

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 TEU 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 2007

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

Sumario:

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.

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (enero 2006-junio 2007)**

DAVID MOYA MALAPEIRA

- [47] **II. Diversidad cultural y derechos fundamentales**

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

- [73] **III. La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos**

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

NOTAS Y COLABORACIONES. DOSSIER:

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: LA STC 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE

- [91] **I. Introducción al Dossier**

PASCUAL AGUELO NAVARRO y ÁNGEL CHUECA SANCHO

- [143] **II. Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga (STC de 19 de diciembre de 2007 en el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía)**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [151] **Índice analítico de voces**

[151] **Asilo**

[180] **Expulsión**

[184] **Derecho al trabajo**

[191] **Permiso de trabajo**

[198] **Derecho Penal**

[202] **Homologación**

[212] **Nacionalidad**

[219] **Régimen comunitario**

[233] **I. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería (Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2006 a 30 de junio de 2007)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

CRÓNICA LEGISLATIVA:

[273] **I. Crónica legislativa**

[273] **Fuentes internas**

[274] **Fuentes internacionales**

[275] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[295] **Notas bibliográficas**

[301] **I. Inmigración: especial referencia al archipiélago canario**

MARTA PÉREZ DELGADO

[315] **II. El Código Civil de Andrés Bello y los *cayucos***

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

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

[319] **IV. Año 2007: Las 30 noticias más destacadas en materia de extranjería**

EDITORIAL

El año 2007 proporcionó abundantes y destacadas novedades en la materia. En un apartado “Última Hora” recogemos las 30 noticias que a nuestro juicio fueron las más relevantes del año que termina.

Entre ellas, sin duda, la incorporación el 1.º de enero de 2007 de Bulgaria y Rumanía a la UE acaparó la atención del primer trimestre del año. El último Consejo de Ministros celebrado en diciembre ha prorrogado el período transitorio durante el 2008.

En el mes de febrero, la aprobación por el Gobierno del Plan Estratégico sobre ciudadanía e integración, pese a su evidente trascendencia, pasó de puntillas y sus principios básicos: igualdad, ciudadanía e interculturalidad, no han parecido interesar como punto de partida en el debate de las inquietantes propuestas de reforma legislativa realizadas por Coalición Canaria con el respaldo del GP Popular.

En el plano legislativo sobresale la redacción del RD 240/2007, sobre libre circulación de comunitarios y las parciales pero importantes modificaciones sobre asilo de género y nacionalidad de hijos y nietos de españoles contenidas respectivamente en la Ley sobre Adopción internacional y Memoria histórica.

Reglamentariamente destacamos la aprobación de la OM sobre acreditación de medios económicos, la regulación de la Carta de invitación y las instrucciones para las autorizaciones por cuenta propia y sobre medidas coercitivas en vuelos de repatriación.

En el plano jurisprudencial, luces y sombras. El TS respaldó el desarrollo reglamentario de la LOEX desestimando en su totalidad los recursos de ilegalidad planteados, al tiempo que desarrolló una intensa y garantista jurisprudencia en materia de arraigo y expulsiones. Destacada es también la STS conocida en diciembre sobre la apatridia de saharauí.

Por su parte el TC en dos recientes sentencias declaró la inconstitucionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales impuestas por la contrarreforma de la LO 8/2000 y que por su importancia ofrecemos un extenso dossier de actualidad en esta misma REDMEX.

La nueva legislatura, que se abre con el nuevo año electoral 2008, se prevé muy movida con el anuncio de una nueva reforma de la Ley de extranjería que, por las posturas anunciadas, generará nuevos e intensos debates.

La Agenda 2008 comprende, en el plano europeo: una nueva Presidencia Europea, Slovenia, la ratificación del Tratado de Lisboa, la prórroga del período transitorio para Bulgaria y Rumanía y la ampliación del espacio Schengen.

En un plano interno, entre otros, aprobación del Contingente 2008 y Catálogo actividades primer trimestre; directivas pendientes de transposición, como la de residentes de larga duración y las de asilo; desarrollo del Plan estratégico en el ámbito de la CC.AA.; jurisprudencia sobre ascendientes de españoles, menores no acompañados y representación procesal de oficio; no pudiendo olvidarnos de la anunciada reforma de la Ley de extranjería.

No queremos terminar este repaso sin destacar el anuncio efectuado por el PSE al finalizar el año, coincidente con el ya efectuado en 2005 por el CGAE, sobre la conveniencia de iniciar el proceso de ratificación de la Convención Internacional de Naciones Unidas de 1990 sobre derechos de las personas migrantes.

La REDMEX estará atenta a éstas y a todas las demás novedades que se vayan produciendo a lo largo del año para ofrecerlas con el rigor y actualidad que le caracterizan.

Una buena lectura de la REDMEX y nuestros mejores deseos para el año 2008 que comenzamos.

Artículos

DAVID MOYA MALAPEIRA²

Profesor Derecho Constitucional UB
(dmoya@ub.edu)

I Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

(enero 2006-junio 2007)¹

SUMARIO

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

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

III. La actividad institucional de la Unión Europea en materia de inmigración a lo largo de 2006.

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

(1) [N.A: debe advertirse que en las referencias documentales o bibliográficas se han respetado los títulos en la lengua original, si no estaban disponibles en castellano; en este sentido, las referencias se hacen generalmente a las versiones en inglés, en aras de una mínima homogeneidad, lo cual no excluye que existan otras versiones de los textos referenciados en otras lenguas. Igualmente, para facilitar la lectura y localización de los documentos se incluye un link a la página web donde pueden localizarse los mismos.]

En general se incluyen disposiciones, documentos o publicaciones aparecidas durante todo el año 2006 y una selección de las disponibles respecto de la primera mitad del año 2007, si bien excepcionalmente se incluirán referencias fuera de este período con el fin de contextualizar mejor la actividad de las instituciones analizadas.

(2) Este trabajo se ha beneficiado de las numerosas referencias normativas y jurisprudenciales aportadas por Natalia CAICEDO y Celia DÍAZ, investigadoras del Instituto de Derecho Público (www.pcb.ub.es/idp).

A lo largo de 2006 y de la primera mitad de 2007, la actividad en materia de inmigración de las instituciones internacionales, comunitarias y nacionales ha sido relativamente intensa, desplegando sus efectos sobre la práctica jurídica española de Extranjería, efectos que en ocasiones no son apreciados en su justa dimensión. Y ello porque junto a las novedades normativas y jurisprudenciales, a las que se hará muy breve referencia –pues de ellas se ocupan otras secciones periódicas de esta Revista–, existe una multitud de informes, estudios, comunicaciones a congresos, documentos preliminares, etc., que constituyen una fuente interpretativa de las normas de vital importancia, además de una guía respecto a las grandes líneas de debate y actividad de estas instituciones. Centrando la atención en las fuentes secundarias de información, a través de una selección de documentos y bibliografía, la presente crónica pretende completar la información presentada en las otras secciones de la Revista, y a la vez situar el trabajo de las instituciones en una perspectiva de conjunto, de la que destaca la mutua influencia en los respectivos procesos decisorios. Con esta intención, es inevitable que la selección refleje una valoración relativamente subjetiva de las cuestiones que se han considerado más relevantes durante este período.

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

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

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

La actividad de la ONU en materia de inmigración se aglutina en torno a la labor realizada por la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos –y en especial de su Comité para los Trabajadores Migratorios–, y la División de Población cuyo trabajo en aras de mejorar los datos y estadísticas en este campo constituye toda un referente; igualmente, debe destacarse la realización en el período de estudio de dos informes o relatorías sobre derechos de los trabajadores migrantes y sobre libertad religiosa. Junto a éstos, se comentará también el impacto del Diálogo de Alto Nivel sobre Inmigración y Desarrollo y la iniciativa para una Alianza de Civilizaciones, que en 2006-2007 ha seguido su curso con la presentación de varios informes clave.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

A lo largo de su 61.º período de sesiones³ y al igual que en años anteriores, la Asamblea General de Naciones Unidas, ha continuado prestando una atención creciente al fenómeno de la inmigración, interés que se ha traducido en la adopción de numerosas resoluciones relacionadas con la inmigración, destacadamente en ámbitos como el tráfico de personas⁴, el respeto a las religiones⁵, el racismo⁶, los derechos de los trabajadores migrantes⁷, la protección de los refugiados⁸ o más en general, la protección de los derechos humanos de estos colectivos⁹. El Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General, en su cuarto período de sesiones, recibía en diciembre de 2006 el *Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias*¹⁰, Sra. Asma Jahangir, (A/HRC/4/21), que además de señalar con enorme preocupación las denuncias planteadas en torno a esta cuestión y el limitado cumplimiento de la Declaración de 1981 sobre intolerancia religiosa, destacaba diversas cuestiones objeto de preocupación, entre las cuales: la situación vulnerable de la mujer; las violaciones de los derechos relacionadas con las medidas de lucha contra el terrorismo; y la situación de las minorías religiosas y de los nuevos movimientos religiosos; entre las conclusiones y recomendaciones de la Relatora, destacaba la urgencia de actuar en este ámbito en el sentido de despolitizar las cuestiones relacionadas con la religión o las creencias e incluir plenamente este debate en el marco de los derechos humanos. Igualmente, y de conformidad con la Decisión 1/107 del Consejo de Derechos Humanos, la Relatora Especial preparó junto con el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Sr. Doudou Diène,

(3) El 62.º período de sesiones queda fuera de esta crónica por cuanto sus actividades se concentran en el último trimestre de 2007.

(4) A/RES/61/180 20 Dec. 2006 *Improving the coordination of efforts against trafficking in persons*, A/RES/61/179 20 Dec. 2006 *International cooperation in the prevention, combating and elimination of kidnapping and in providing assistance to victims*, A/RES/61/144 19 Dec. 2006 *Trafficking in women and girls*.

(5) A/RES/61/221 20 Dec. 2006 *Promotion of interreligious and intercultural dialogue, understanding and cooperation for peace*, A/RES/61/164 19 Dec. 2006 *Combating defamation of religions*, A/RES/61/161 19 Dec. 2006 *Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*.

(6) A/RES/61/149 19 Dec. 2006 *Global efforts for the total elimination of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance and the comprehensive implementation of and follow-up to the Durban Declaration and Programme of Action*, A/RES/61/148 19 Dec. 2006 *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, A/RES/61/147 19 Dec. 2006 *Inadmissibility of certain practices that contribute to fuelling contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*.

(7) A/RES/61/165 19 Dec. 2006 *Protection of migrants*, A/RES/61/162 19 Dec. 2006 *Respect for the right to universal freedom of travel and the vital importance of family reunification*.

(8) A/RES/61/139 19 Dec. 2006 *Assistance to refugees, returnees and displaced persons in Africa*, A/RES/61/115 14 Dec. 2006 *Palestine refugees' properties and their revenues*, A/RES/61/114 14 Dec. 2006 *Operations of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East*, A/RES/61/113 14 Dec. 2006 *Persons displaced as a result of the June 1967 and subsequent hostilities*, A/RES/61/112 14 Dec. 2006 *Assistance to Palestine refugees*.

(9) A/RES/61/171 19 Dec. 2006 *Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/RES/61/168 19 Dec. 2006 *Enhancement of international cooperation in the field of human rights*, A/RES/61/167 19 Dec. 2006 *Regional arrangements for the promotion and protection of human rights*, A/RES/61/166 19 Dec. 2006 *Promotion of equitable and mutually respectful dialogue on human rights*.

(10) En aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos" GE.07-10024 (S) 310107 010207.

un informe temático sobre la *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia* (A/HRC/2/3), que se presentó al Consejo de Derechos Humanos en su segundo período de sesiones, en septiembre de 2006. En esta misma línea, merece la pena destacar la presentación en julio de 2006 de otro informe, esta vez de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General, del Relator Especial Sr. Maurice Kamto titulado *Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros* (A/CN.4/573).

En el seno de la Comisión de Derechos Humanos, que en 2006 celebraba su 62.º período de sesiones y entre cuyas labores se encuentra la protección de grupos e individuos específicos, se encuentra el **Comité para los Trabajadores Migratorios**¹¹ instituido por la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, aprobada y abierta a la firma por Resolución 45/158 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1990¹². En abril y noviembre de 2006 así como en abril de 2007 el Comité ha celebrado sus cuarto¹³, quinto y sexto períodos de sesiones, como resultado de los cuales ha ampliado el número de ratificaciones a treinta y seis Estados (Mauritania y Nicaragua, los más recientes), y recibido los informes sobre el cumplimiento del convenio por parte de los Estados, de modo que a los de México y Mali se suman ya los de Egipto, Siria, Bolivia, Ecuador, El Salvador y Azerbaiyán, constituyendo el centro de discusión del quinto y sexto períodos de sesiones la examen y discusión de los informes de México y Egipto¹⁴. Cabe destacar igualmente, que dicho Comité recibía a principios del año 2006 el Informe del Relator Especial para los Derechos Humanos de los Inmigrantes, D. Jorge Bustamante (E/CN.4/2006/73, de 30 de diciembre de 2005) y, poco después, el 7 de marzo de 2006 una queja escrita presentada por la Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial, exponiendo la situación de deterioro de los derechos de los inmigrantes irregulares en la frontera hispano-marroquí durante la segunda mitad de 2005 (E/CN.4/2006/NGO/212). Junto a estos informes, cabe destacar la publicación en este período de la obra *The Rights of Non-citizens, 2006*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, NY 2006.

Entre las publicaciones e informes estadísticos elaborados por los organismos de Naciones Unidas sobre **población e inmigración**, pueden destacarse: *Trends in total migrant stock: the 2005 revision*, United Nations. Dept. of Economic and Social Affairs. Population Division. New York 2006; *Trends of the number of migrants in the World 1996-2005*, UN Department of Economic and Social Affairs, New York 2006, CD-ROM. A nivel más técnico, destacar el Informe del Secre-

(11) <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/cmww/index.htm>.

(12) Situación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y esfuerzos desplegados por la Secretaría para promover la Convención. Consejo Económico y Social, E/CN.4/2006/70, *Informe del Secretario General*, de 13 de enero de 2006, <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm#14>.

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

(14) El Encuentro del quinto período de sesiones sobre el Informe de México puede consultarse en <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmww/cmws05.htm>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

tario General sobre *Estadísticas de migración* (E/CN.3/2007/16 de 19 de diciembre de 2006) en respuesta a la solicitud formulada por la Comisión de Estadística en su 37.º período de sesiones, donde se resumen las actividades de la División de Estadística de las Naciones Unidas relativas a las estadísticas de migración internacional y se informa sobre los resultados de la reunión del Grupo de expertos en estadísticas de migración internacional celebrada en Nueva York del 4 al 7 de diciembre de 2006 y que incorpora un conjunto de Recomendaciones sobre conceptos y métodos de medición de la migración internacional.

Entre las actividades de Naciones Unidas con mayor repercusión en este período se encuentra la apertura el 20 de diciembre de 2006 del *Diálogo de Alto Nivel sobre Inmigración Internacional y Desarrollo*¹⁵, que ha involucrado tanto a las agencias de la ONU competentes en inmigración como a los Estados y a otras organizaciones internacionales. El Diálogo tiene por fin identificar medios y formas de maximizar los beneficios de la inmigración en términos de desarrollo y minimizar su impacto, en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁶. Como es lógico, a dicho diálogo contribuyeron con sus observaciones entre otros, los órganos de la ONU especializados en inmigración y asilo, como el Comité para los Trabajadores Migratorios¹⁷, la División de Población del Consejo Económico y Social¹⁸, el Foro permanente para Asuntos Indígenas, la División para el Avance de la Mujer, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el ACNUR o el Fondo de la ONU para la Población¹⁹, la Oficina de Asuntos Jurídicos, etc., así como otras organizaciones internacionales (la OIM o la OIT²⁰), los gobiernos de los Estados miembros y las organizaciones no gubernamentales con estatuto de invitadas en el Consejo Económico y Social. El Diálogo de Alto Nivel ha conducido a la adopción por consenso

(15) El Diálogo de Alto Nivel se estableció mediante la Resolución 58/208 de 23 de diciembre de 2003, por la Asamblea General sobre inmigración internacional y desarrollo en su 61.ª Sesión. El Diálogo ha venido precedido de una serie de encuentros previos de grupos preparatorios y grupos regionales. Los documentos preparatorios, finales y las resoluciones derivados del Diálogo pueden localizarse en <http://www.un.org/esa/population/migration/hld/index.html>.

(16) En este contexto surgieron también diversas iniciativas como el *International Symposium on International Migration and Development*, celebrado en Turin, Italy, 28-30 junio de 2006.

(17) <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/CMWC.4.CRP2.pdf>.

(18) La Comisión de Población y Desarrollo del Consejo Económico y Social discutió en abril de 2006 durante su 39º período de sesiones el *Informe del Secretario General "Medidas para poner en práctica las recomendaciones de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo Seguimiento de la población mundial, con especial referencia a la migración internacional y el desarrollo"* (E/CN.9/2006/3 de 25 de enero de 2006), que contenía las bases para las deliberaciones de la Comisión entorno a la migración internacional y el desarrollo, conforme a la Decisión 2004/1 de esa misma Comisión. El informe fue preparado por la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas. Igualmente, la División prepararía un *Compendium of Recommendations on International Migration and Development: The United Nations Development Agenda and the Global Commission on International Migration Compared*, ESA/P/WP.197, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, United Nations, New York, 2006.

(19) Informes presentados disponibles en <http://www.un.org/esa/population/migration/hld/index.html>.

(20) "International Labour Migration and Development: The ILO Perspective", *United Nations High-Level Dialogue on International Migration and Development*, New York, 14-15 September, 2006, <http://www.ilo.int/public/english/protection/migrant/download/perspectives.pdf>.

de una Resolución de la Asamblea General (A/RES/61/208, de 6 de marzo de 2007²¹) en la que se recogen las Conclusiones de la Presidenta de la Asamblea General sobre el Diálogo²², solicitando la presentación de informes sobre el cumplimiento de las mismas al Secretario General de la ONU en los próximos periodos de sesiones, y apoyando la celebración en Bélgica en 2007 del *Global Forum on International Migration and Development*²³, encuentro que se celebró los días 10 y 11 de julio, con la asistencia de representantes de 155 países. Planteado como un espacio de encuentro y reflexión entre gobiernos, organizaciones y sociedad civil, el *Global Forum* ha pretendido situar el fenómeno migratorio como un factor positivo clave en el desarrollo de los países si se adoptan las políticas adecuadas, a partir de esta premisa en el encuentro se intentaron identificar las mejores prácticas, intercambiar experiencias, estrategias, fomentar la cooperación entre los actores implicados, etcétera.

Del mismo modo, también bajo el amplio paraguas de Naciones Unidas puede destacarse la iniciativa, impulsada por los gobiernos español y turco, de una *Alianza de Civilizaciones*. La Alianza pretende construir el consenso político internacional suficiente como para movilizar a las instituciones y la sociedad civil para superar los prejuicios, la incompreensión y la polarización entre sociedades y culturas, especialmente entre las sociedades occidentales y las islámicas, desencuentro aprovechado por los extremistas de ambas sociedades. La protección de la estabilidad internacional a través de unas buenas relaciones entre sociedades y naciones inspira esta iniciativa.

El desarrollo de esta idea, asumida por el Secretario de Naciones Unidas mediante la creación un Grupo de Alto Nivel, que se reunió cinco veces entre noviembre de 2005 y noviembre de 2006, ha conducido a la elaboración de un *Informe del Grupo de Alto Nivel* fechado el 13 de noviembre de 2006²⁴, en el que entre otras cuestiones urgentes a abordar en el contexto de la Alianza se señalan la mejora de la coordinación en las políticas migratorias y el desarrollo de políticas de integración de los inmigrantes²⁵. El informe propone avanzar en la consecución de tales obje-

(21) Ver también las Resoluciones A/RES/60/227, A/RES/59/241, A/RES/58/208 de la Asamblea General así como la Resolución 2006/2 del Comité de Desarrollo Poblacional.

(22) *Globalización e interdependencia: migración internacional y desarrollo. Resumen del Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo*. Nota de la Presidenta de la Asamblea General, A/61/515, de 13 de octubre de 2006, Sexagésimo primer período de sesiones, Naciones Unidas, en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/No6/571/05/PDF/No657105.pdf?OpenElement>.

(23) El Fórum se ha organizado en torno a tres mesas redondas dedicadas a la migración laboral, las remesas y los vínculos entre inmigración y desarrollo (<http://www.gfmd-fmmd.org/>).

(24) Entre otras cuestiones clave que deben abordarse para fraguar una alianza de civilizaciones se señalan: la solución del conflicto palestino-israelí, la necesidad de buscar salidas a la situación en Irak y Afganistán, el reconocimiento de un mayor pluralismo político en los países musulmanes, el combate contra la pobreza, el fomento del multilateralismo, la protección de los derechos humanos, la mejora de la protección de la libertad de culto, etc. (http://www.unaoc.org/repository/HLG_report_ESP.pdf).

(25) De los diversos informes sectoriales que en materia de inmigración se han elaborado cabe destacar el dirigido por Leila EZZARQUI sobre un informe previo de Yasemin SOYSAL, titulado *Research Paper on Migration*, Alliance of Civilizations Secretariat, United Nations, New York, que apunta a la necesidad de reforzar en las sociedades occidentales y destacadamente en Europa las actuaciones de integración de los inmigrantes residentes, el establecimiento de medidas anti-discrimina-

tivos desde una perspectiva de conjunto a través de una serie de recomendaciones y acciones estratégicas en cuatro ámbitos clave: educación, jóvenes, migración y medios de comunicación, en los que considera necesario tejer complicidades a partir del apoyo a otras iniciativas similares de aproximación entre sociedades y culturas. En desarrollo de los planteamientos de la Alianza se ha confeccionado un *Plan de Acción 2007-2009*²⁶, se han celebrado a lo largo de 2007 varias reuniones del Grupo de Amigos del Diálogo Político de Alto Nivel (septiembre de 2007) y se ha programado el I Foro Anual de la Alianza de Civilizaciones, cuya celebración está prevista para enero de 2008 en Madrid.

B) EL ACNUR y la protección de los refugiados

Un año después de su designación por la Asamblea General como Alto Comisionado para los Refugiados el 27 de mayo de 2005, para un periodo de cinco años²⁷, el Sr. António Manuel de Oliveira GUTERRES presentaba su primer informe de gestión²⁸ respecto del período comprendido entre enero de 2005 y mediados de 2006, en dicho informe se recogen los principales focos de preocupación del Comisionado sobre los refugiados, así como una propuesta de actuaciones específicas de protección. Reflejo de tales preocupaciones, la 57.ª Sesión Plenaria del Comité Ejecutivo de octubre de 2006 –que opera ya con 70 miembros tras la ampliación del mismo²⁹–, junto a las habituales decisiones sobre funcionamiento interno de la institución, incluía en su propio informe dos conclusiones adicionales³⁰: una sobre mujeres y niñas en riesgo y otra sobre identificación y protección de apátridas, en ambos casos decisiones que recogen informes y propuestas gestadas a lo largo de los dos últimos años³¹. En la siguiente reunión del Comité

torias, la mejora de la representación del colectivo musulmán en Europa, así como acciones para conformar la opinión pública en este ámbito.

(26) http://www.mae.es/es/Home/alianza_civilizaciones.htm.

(27) Decisión 59/420, el período se inició el 15 de junio de 2005 y durará hasta el 14 de junio de 2010.

(28) *UN General Assembly Report of the United Nations High Commissioner for Refugees*, Sixty-first Session, Supplement No. 12, A/61/12 (<http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/4601372a.pdf>).

(29) A/RES/61/136 19 Dec. 2006 *Enlargement of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees*; téngase en cuenta también A/RES/61/137 19 Dec. 2006 *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*. En la 58.ª Sesión Plenaria prevista para octubre de 2007 se sumarían dos miembros más hasta contar 72, en virtud de la Resolución de la Asamblea General A/61/136, de 25 de abril de 2007.

(30) *Report of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees*. Seventy-fifth Session, A/AC.96/1035 <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/45337e862.pdf>.

(31) Estas decisiones son reflejo de la preocupación de ACNUR por la protección de colectivos especialmente vulnerables en su actividad general de protección a los refugiados: niños, mujeres y también apátridas, colectivos que constituirán focos de especial atención durante 2006. Así, por ejemplo en clave orientativa de las actuaciones del organismo, el informe sobre *Statelessness: Prevention and Reduction of Statelessness and Protection of Stateless Persons*, EC/57/SC/CRP6, de 14 de febrero de 2006, las directrices establecidas en *Guidelines for Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Settings Focusing on Prevention of and Response to Sexual Violence in Emergencies*, publicadas en septiembre de 2005 o como directrices las *UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child*, de mayo de 2006, más recientemente *Children At Risk*, Standing Committee, 38th meeting, EC/58/SC/CRP7, 22 February 2007. Igualmente destacable,

Ejecutivo prevista para octubre de 2007³², y con las crisis de Irak y Darfur de trasfondo, el Comisionado más allá de las cuestiones presupuestarias y organizativas de rigor, puso sobre la mesa la necesidad de reformar el funcionamiento del ACNUR para que pueda afrontar nuevos retos en la protección de los refugiados a largo plazo. A su vez, de las tres reuniones celebradas en el período estudiado (noviembre-diciembre de 2006, marzo de 2007 y junio de 2007), fue en la última cuando el Comité Permanente del ACNUR informó sobre aspectos de interés como: los nexos entre inmigración y asilo, la protección de los refugiados y desplazados afectados de HIV/SIDA, la protección de los desplazados mayores y discapacitados, etcétera³³.

Más allá de informes sobre funcionamiento y objetivos de la propia institución³⁴, sobre la protección de los refugiados en general destacan durante 2006 los siguientes documentos: primero, *Protection Gaps. Framework for Analysis. Enhancing Protection of Refugees*; segundo, *Strengthening Protection Capacity Project (SPCP)*³⁵; tercero, *Proposed strategic framework for the period 2008-2009: Programme 20 - International protection, durable solutions and assistance to refugees A/61/6 (Prog. 20)*, 16 June 2006; cuarto, *Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, questions relating to refugees, returnees and displaced persons and humanitarian questions: Report of the Third Committee A/61/436* 1 December 2006; *Note on International Protection, Report by the High Commissioner on the Work of the Standing Committee*, Fifty-seventh session Geneva, 2-6 October 2006, Doc. A/AC.96/1024. Algunos informes en relación a diversas normas jurídicas relacionadas con los refugiados son de particular interés: "The Dublin II Regulation. A UNHCR Discussion Paper", "UNHCR Guidelines on the Application in Mass Influx Situations of the Exclusion Clauses of Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees", "UNHCR Manual on refugee protection and the European Convention on Human Rights", editado inicialmente en abril de 2003 pero actualizado en agosto de 2006. Igualmente, deben destacarse dos informes elaborados durante 2006 sobre la protección de los refugiados: *Protection Gaps. Framework*

en relación a la protección de los niños y como proyecto transversal la iniciativa común (Oficina ACNUR, UNICEF y OMS) para la elaboración de un *Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños* (<http://www.violencestudy.org/IMG/pdf/Spanish-2-2.pdf>), presentado el 11 de octubre de 2006 ante la Asamblea General que adoptó una *Resolución para la Promoción y protección de los derechos de los niños* de 17 de noviembre de 2006, 61.^a Sesión (A/C.3/61/L.16/Rev.1, http://www.violencestudy.org/IMG/pdf/GA_Resolution2006.pdf). La valoración final del estudio se alargará hasta 2007, fecha en que se presentará un informe de progreso en la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York, previa discusión por el Grupo Inter-Agencias de Naciones Unidas para la Violencia contra los Niños y diversas ONG. Partiendo de este estudio se ha elaborado el *World Report on Violence against Children* 20 November 2006, Geneva. Esta publicación, mucho más elaborada y detallada, incluye estudios de casos, buenas prácticas y recomendaciones.

(32) Esta reunión queda fuera de la presente crónica, aunque para una revisión de los acuerdos adoptados durante la misma puede acudir a <http://www.unhcr.org/excom/46fb6c122.html>.

(33) <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/doclist>.

(34) Destacadamente, *Comprehensive policy guidelines for consultants in the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Report of the Secretary-General A/61/201* 21 July 2006; *Voluntary funds administered by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Financial report and audited financial statements for the year ended 31 December 2005 and Report of the Board of Auditors, A/61/5/Add.5* 3 July 2006.

(35) <http://www.unhcr.org/events/STATISTICS/4486ceb12.pdf>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

for Analysis. *Enhancing Protection of Refugees, y Strengthening Protection Capacity Project (SPCP)*.

Del mismo modo, desde ACNUR se vienen elaborando una serie de documentos de trabajo (*Research Working Papers*³⁶) de reconocido interés en esta área, de los cuales pueden destacarse en este período, por ejemplo: Markus SPERL: *Fortress Europe and the Iraqi 'intruders': Iraqi asylum-seekers and the EU, 2003-2007*, October 2007 n.º 144; Mehreen AFZAL: *A violation of his or her human security: New grounds for the recognition of refugee status: a proposal for reform*, December 2006 No. 140 revised, Elsa BOUSQUET: *Le droit d'asile en France: politique et réalité*, Diciembre 2006, n.º 138; María-Teresa GIL-BAZO: *Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law*, Research Paper No. 136, November 2006; Cathryn COSTELLO: *The European asylum procedures directive in legal context*, Research Paper No. 134, November 2006; Santhosh PERSAUD: *Protecting refugees and asylum seekers under the International Covenant on Civil and Political Rights*, Research Paper No. 132, November 2006; Luise DRUKE: *Refugee policy in Eurasia: The CIS Conference and EU Enlargement Process 1996-2005*, Research Paper No. 129, entre otros. Entre las publicaciones del ACNUR de proyección general y publicación anual no puede dejar de destacarse las ya tradicionales *Tendencias globales sobre refugiados 2006*, la *Situación de los Refugiados en el Mundo 2006*, el *Informe Mundial 2005 o Programas y estrategias del ACNUR en 2007*.

En plano más operativo, destaca la publicación a lo largo de 2007 de diversos materiales dirigidos a reforzar la actividad de reasentamiento de refugiados³⁷, las relaciones entre inmigración y asilo³⁸ o la situación de los desplazados³⁹. Igualmente, de este período puede destacarse, por un lado, una serie de observaciones y recomendaciones a los Estados europeos sobre su política

(36) <http://www.unhcr.org/doclist/research/3bbc18ed5.html>.

(37) Por ejemplo: *Baseline Standard Operating Procedures on Resettlement*, así como la *Information Note: Establishing Temporary Evacuation Transit Facilities for Onward Resettlement*. *Annual Tripartite Consultations on Resettlement* Geneva, 28-30 June 2007 (Agenda Item 3m), 28 June 2007. <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=46822d01d> o el *Resettlement Handbook*, 1 November 2004 (revised September 2007): <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b35e0>.

(38) UNHCR *Refugee Protection and International Migration*, Rev.1, 17 January 2007 *Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action*, Rev.1, January 2007.

(39) UN High Commissioner for Refugees, *The Protection of Internally Displaced Persons and the Role of UNHCR*, 21 February 2007. Online. UNHCR Refworld, disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=45ddc5c04>, *Real-time Evaluations of UNHCR's Involvement in Operations for Internally Displaced Persons and the Cluster Approach: Analysis of Findings*, 40th Meeting of the Standing Committee, EC/58/SC/CRP.23, 29 August 2007, *UNHCR's Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement. Policy Framework and Implementation Strategy*, 39th Meeting of the Standing Committee, EC/58/SC/CRP.18, 4 June 2007 (in French), *UNHCR's Role in Support of an Enhanced Humanitarian Response to Situations of Internal Displacement: Update on UNHCR's Leadership Role Within the Cluster Approach and IDP Operational Workplans*, Informal Consultative Meeting, 25 May 2007, así como un conjunto de informes sobre esta materia presentados al Comité Permanente del ACNUR.

migratoria y de asilo⁴⁰, así como la participación de ACNUR en el *Global Forum on Migration and Development*, celebrado en Bruselas en junio de 2007⁴¹.

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

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) es una organización internacional de carácter intergubernamental dedicada a la asistencia y asesoramiento en el ámbito de la inmigración principalmente a los Gobiernos, pero también a otras organizaciones internacionales y ONGs, así como a la prestación de servicios a los propios inmigrantes. En el marco de su carta fundacional, la OIM actúa en cuatro áreas de la gestión migratoria: desarrollo, facilitación de la inmigración legal, regulación y migraciones forzadas, centrandose sus actividades principalmente en la promoción del derecho internacional migratorio, el debate de las políticas y directrices en esta área, protección de los derechos de los inmigrantes así como salud y género⁴². Precisamente en el período estudiado en esta crónica España, tras permanecer las dos últimas décadas fuera de la misma, ha modificado su estatuto, pasando de observadora a miembro de la misma, junto con otros 120 países⁴³.

La OIM ha mantenido y estrechado en este período la colaboración con Naciones Unidas, en 2006 participando y apoyando a la *Comisión Global sobre Inmigración Internacional*⁴⁴, y en 2007 la celebración de varios seminarios y conferencias⁴⁵, especialmente los trabajos relaciona-

(40) Véase por ejemplo UNHCR *Observations on the occasion of the First Euro-Mediterranean Ministerial Meeting on Migration*, Algarve, 18-19 November 2007 UNHCR Briefing Notes, o UN High Commissioner for Refugees, *Ten Point Plan of Action for Refugee Protection and Mixed Migration for Countries Along the Eastern and South Eastern Borders of European Union Member States*, 29 June 2007. Online. UNHCR Refworld, available at: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=46852fee2> o el informe de ACNUR *Asylum in the European Union. A Study on the implementation of the Qualification Directive* <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/47302b6c2.pdf>.

(41) UN High Commissioner for Refugees, *Forced Migration and Development (Global Forum on Migration and Development, Brussels, 9-11 July 2007)*, 28 June 2007. Online. UNHCR Refworld, available at: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4688b1e02>.

(42) Una idea de la amplitud de las acciones y proyectos en manos de la OIM durante 2006 puede obtenerse de la lectura del *Informe de Actividades 2006*, (http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/docs/DG_annualreport_2006.pdf) así como de sus líneas de actividad previstas para 2007 en su presupuesto (http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/docs/2007_bluebook.pdf).

(43) Solicitud de admisión de España en la Organización Internacional para las Migraciones y aceptación de la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, de 19 de octubre de 1953, enmendada el 20 de mayo de 1987 y el 24 de noviembre de 1998. (Cong. Diputados, Serie C, n.º 166 Cortes Generales, Serie A, n.º 254 n.º exp. 110/000146y Senado Serie A n 146c, decisión adoptada el 7 de junio de 2006).

(44) Tras el seguimiento y apoyo a, cuyos trabajos oficialmente terminaron en diciembre de 2005 con la adopción del informe *Migration in an interconnected world: new directions for action* (<http://www.cgim.org>), informe también disponible en la web de la OIM http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/gcim/GCIM_Report_Complete.pdf.

(45) <http://www.un.int/iom/Series.html>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

dos con inmigración y desarrollo. A nivel interno, la OIM ha continuado su trabajo habitual en torno a varias áreas prioritarias: el desarrollo de las comunidades de origen de la inmigración, la asistencia en materia de salud a los inmigrantes y en zonas de inmigración, especialmente en situaciones posteriores a emergencias, la lucha contra el tráfico, la cooperación técnica en la gestión migratoria, la asistencia al retorno, la repatriación y el reasentamiento, la integración de inmigrantes, actuaciones en situaciones de emergencia y conflicto, así como programas de restitución de propiedades y compensación de víctimas.

En el marco de estas líneas de actividad, la IOM ha publicado ampliamente sobre cuestiones relacionadas con las migraciones internacionales⁴⁶ –como no podía ser de otra manera respecto a una organización internacional especializada precisamente en esta cuestión–, por lo que aquí sólo se señalarán algunas publicaciones de especial interés, en particular en las áreas de inmigración ilegal y desarrollo económico, que han revistido un especial interés entre 2006 y 2007.

Sobre inmigración y desarrollo económico la IOM ha publicado diversos estudios: *Migration for Development: Within and Beyond Frontiers*; Bimal GOSH, *Migrants' Remittances and Development: Myths, Rhetoric and Realities*, IOM; *Migration and Development Conference: Final Report, y Final Report on the Ministerial Conference of the Least-Developed Countries on Enhancing the Development Impact of Remittances*; IOM: *International migration and development initiative: Labour mobility for development (MC/INF/284)*; IOM: *Migration Management in Central and South-Eastern Europe IOM Strategy and Objectives, 2006-2007*, y también IOM: *Towards Development-Friendly Migration Policies and Programmes: Some Concrete Examples from European Member States*, Conference on Migration and Development, Brussels, March 15-16 2006. De la colección *Migration Research Series* pueden destacarse los números 22 y 26 dedicados a *Migration and Development: Opportunities and Challenges for Policymakers* de Macha FARRANT, Anna MACDONALD y Dhananjayan SRISKANDARAJAH y *Engaging Diasporas as Development Partners for Home and Destination Countries: Challenges for Policymakers* de Dina IONESCU, respectivamente. Como puede observarse, en el año en que se iniciaba el Diálogo de Alto Nivel sobre Migraciones y Desarrollo en Naciones Unidas, la IOM ha llevado a cabo un destacado trabajo preparatorio de investigación y discusión en esta materia.

Sobre tráfico de personas e inmigración ilegal puede destacarse: IOM-Ministerio del Interior Austríaco: *Resource Book for Law Enforcement Officers on Good Practices in Combating Child Trafficking* y Katarína GEMBICKÁ, Sarsembayev Marat ALDANGOVICH, Natalia HADJIMURATOVA y Davron MUKHAMADIEV (IOM): *Baseline research on smuggling of migrants in, from and through Central Asia*, septiembre 2006, Joergen CARLING: *Migration, Human Smuggling and Trafficking from Nigeria to Europe* en la colección *Migration Research Series*, n.º 23, *Out of Sight, Out of Mind? Child Domestic Workers and Patterns of Trafficking in Cambodia*, IOM Phnom Pen 2007.

En el marco de actividad del Departamento de Asuntos Legales y Derecho de la Inmigración, varias iniciativas han conducido a la publicación de R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD & E. MA-

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

CDONALD: *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, Ed. T.M.C Asser Press 2007; R. PERRUCHOUD & K. TOMOLOVA: *Compendium of International Migration Law Instruments*, Ed. T.M.C. Asser Press 2007, así como un estudio comparativo de la legislación de inmigración en los 27 Estados miembros, por encargo del Parlamento Europeo, cuya entrega está prevista para finales de 2007.

Finalmente, entre el resto de publicaciones pueden destacarse los artículos publicados en la revista *Internacional Migration* que en 2006 ha dedicado un número monográfico a la restitución de la propiedad a los retornados tras desplazamientos o procesos migratorios nacionales y/o colectivos, así como artículos sobre las movilizaciones de las barriadas francesas, la integración en los países nórdicos o la Comisión Global para las Migraciones Internacionales; de los números publicados en 2007 se pueden destacar los trabajos de Jørgen CARLING: “Unauthorized Migration from Africa to Spain” y Hein de HAAS: “Morocco’s Migration Experience: A Transitional Perspective”⁴⁷. De la misma manera, entre las publicaciones periódicas elaboradas por la OIM se encuentran *World Migration Report 2005*, *Migration Initiatives 2006* y *Migration Health Annual Report 2005* así como IOM: *Migración y recursos humanos para la salud: de la concienciación a la acción*, *Migration and Religion in a Globalized World o Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination*, *Fundamentos de Gestión de la Inmigración en 3 vols.* (2007), *Migration, Development and Natural Disasters: Insights from the Indian Ocean Tsunami*, MRS n.º 30 (2007) y *Sharing Data - Where to Start: An Emerging Approach to Migration Data Management* (2007).

D) La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

A nivel legislativo, en la OIT los años 2006 y 2007 han traído consigo la adopción de tres nuevos convenios que al incidir en las condiciones de trabajo también indirectamente afectan a los trabajadores inmigrantes: primero, el *Convenio sobre el Trabajo Marítimo (CLM)* de 7 de febrero de 2006, que se estructura en un Articulado, un Reglamento y un Código, cuya principal virtualidad es armonizar el régimen de contratación, trabajo, repatriación, derechos, formación, prestaciones, y condiciones laborales de los trabajadores del mar, para lo cual impone una serie de obligaciones de supervisión y control por parte de los Estados; segundo, el *Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (C-187)* de 15 de junio de 2006, orientado a promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo y la prevención de las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el mismo; tercero, el *Convenio sobre el trabajo en el sector pesquero (C-188)* de 14 de junio de 2007, que tiene por objeto garantizar que los pescadores gocen de condiciones de trabajo decentes a bordo de los buques pesqueros por lo que se refiere a requisitos mínimos para el trabajo a bordo, condiciones de servicio, alojamiento y comida, protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, atención médica y seguridad social, junto al Convenio se ha adoptado una Recomendación (R199)⁴⁸. En materia específicamente

(47) *International Migration*, vol. 44 (3), vol. 44 (2), vol. 44 (4), 2006; vol 45 (5) 2007, pp. 3-37 y pp. 39-70, respectivamente.

(48) El texto de los Convenios puede encontrarse en <http://www.ilo.int/public/spanish/standards/norm/mlc2006/index.htm>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

migratoria cabe destacar que al *Convenio n.º 97 sobre Migración Laboral* (1949), se han sumado en 2007 Montenegro y Tayikistán que junto a Armenia en 2006, permiten sumar actualmente ya a 47 países⁴⁹.

Entre la actividad destacable emprendida por la Sección de Migración Internacional de esta Organización a lo largo de 2006 se encuentran: primero, la puesta en marcha de un proyecto conjunto con la Unión Europea para la realización de estudios, el análisis y la disección de documentación e información sobre igualdad, discriminación en el trabajo y para la integración principalmente laboral de la inmigración en Europa⁵⁰; segundo, el establecimiento de un Marco Multilateral de Migración Laboral, un instrumento no vinculante dirigido a establecer una serie de principios y directrices en cooperación con los representantes de los trabajadores, de los empresarios y los Estados para el desarrollo de políticas y prácticas migratorias laborales basadas en instrumentos internacionales y buenas prácticas⁵¹; en tercer lugar, a Sección ha desarrollado proyectos con financiación de la UE para los desplazados en Afganistán y continuado su trabajo en África para desarrollar la capacidad de los gobiernos y agentes sociales de las regiones del Magreb, Este y Oeste de África en la gestión de sus flujos migratorios laborales⁵². En consonancia con ello, no es de extrañar que la colección de documentos *International Migration Papers* (IMPs) dedicara una atención prioritaria a estas zonas con la elaboración de diversos estudios en 2006 sobre legislación de inmigración sobre la inmigración (IMPs 80 y 82), estadísticas (IMPs 76, 79 y 81) y gestión migratoria en África Oriental y Occidental (IMPs 72 y 84), temas también abordados respecto al Maghreb (IMPs 76, 77, 78 y 84) y los derechos de los trabajadores en Asia (IMP 75)⁵³. En cuarto lugar, la Sección de Inmigración de la OIT iniciaba a finales de 2006 y principios de 2007 un amplio estudio de campo sobre el grado de discriminación en el ámbito laboral respecto a los trabajadores de origen inmigrante en algunos Estados miembros, cuyos frutos se han presentado ya en sendos informes sobre Francia⁵⁴ y Suecia⁵⁵.

Finalmente, de entre los documentos de interés producidos por la OIT durante 2006 y 2007 destacan básicamente dos: por un lado, el *Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination*, una guía elaborada en colaboración con la OCDE y la OIM dirigida a Estados y otros agentes, recopilando algunas de las nuevas prácticas así como de las políticas más eficaces para la gestión de flujos migratorios laborales entre paí-

(49) Ratificada por España el 21 de marzo de 1967. Texto disponible en <http://www.ilo.int/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

(50) Referencias en <http://www.ilo.org/migrant/equality>.

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

(52) Una descripción de los proyectos puede obtenerse en <http://migration-africa.ilo.org/>.

(53) <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/publ/imp-list.htm>.

(54) Informe completo http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/france_discr_fr.pdf.

(55) Informe ejecutivo provisional en http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/france_discr_fr.pdf.

ses de origen y destino⁵⁶; el segundo es un documento que recoge la visión de esta institución en materia de inmigración y desarrollo, un tema que como ya se ha reseñado ha centrado la atención de organizaciones internacionales y Estados durante este período: *International Labour Migration and Development: The ILO Perspective*⁵⁷. Completan la visión expuesta en este documento, algunos de los escritos presentados por la OIT a varias conferencias nacionales sobre inmigración: “Theme paper on Globalization, International Labour Migration and Rights of Migrant Workers”⁵⁸, así como, el documento “Imperatives For Union Leadership In Defending A Rights Based Approach To Migration In The Age Of Globalization”⁵⁹, al igual que “International Migration, Globalization and the Bill of Rights: Ensuring Protection under the Rule of Law”⁶⁰.

E) La libertad de prestación de servicios en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

El cierre de la Ronda Uruguay supuso en 1994 la adopción del *WTO General Agreement on Trade and Services* (GATS), cuyo Módulo IV se dedicaba a la circulación de personas físicas entre los Estados signatarios con el fin de liberalizar la prestación de tales servicios, liberalización que excluye en todo caso la circulación con fines de obtención de la ciudadanía, residencia permanente o residencia laboral. La posterior Declaración de la Ronda Doha, estableció entre otras cuestiones los procedimientos y directrices de negociación así como el calendario de actividades⁶¹, entre las cuales la fecha límite para finalizar la ronda de negociaciones, inicialmente fijada en 2005 pero posteriormente ampliada hasta que a finales de julio de 2006 la suspensión general, a solicitud del Presidente de la OMC y del Consejo General, de todas las negociaciones de la Agenda Doha supuso un frenazo y también un punto de inflexión en este ámbito⁶². Con una agenda negociadora renovada y consultas formales e informales desde noviembre de 2006, de modo que en junio de 2007 se retomaban formalmente las negociaciones que hacia

(56) Nilim BARUAH y Ryszard CHOLEWINSKI (coord.), disponible en http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/osce_handbook_06.pdf.

(57) Junio 2007, Ginebra, disponible en http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/perspectiv_dev.pdf.

(58) Piyasiri WICKRAMASEKARA (coord.), presentado en la IV Sesión Plenaria- *Migration via Globalization: Challenges to Human Rights Defenders*, en el International Symposium on a Culture of Peace 2006: “Intercultural Understanding and Human Rights Education”, Seoul, Republic of Korea, 25-27 October 2006 (http://www.ilo.int/public/english/protection/migrant/download/pws_new_paper.pdf).

(59) Patrick TARAN, documento presentado en el Taller de la Conferencia Internacional de Confederaciones Sindicales titulado “Organizing Migrant Workers and Promoting Their Rights” en diciembre de 2006 en Bruselas (http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/ituc_meet_12_06.pdf).

(60) Patrick TARAN, 9th Annual Human Rights and Equality Conference in Belfast 12 January 2007, disponible en http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/ituc_meet_12_06.pdf.

(61) En mayo de 2006 se decidió poner a disposición del público en versión *on-line* todos los documentos producidos en el marco de los GATT para lo cual se ha establecido una colaboración entre la Universidad de Stanford y la OMC (<http://gatt.stanford.edu/page/home>).

(62) Las propuestas de los Estados sobre la aproximación en el ámbito de las prestaciones de servicios pueden consultarse en http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_propnewnegs_e.htm#movement.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

octubre y noviembre de 2007 debían alcanzar un punto crítico para terminar en algún tipo de compromiso⁶³.

F) El Banco Mundial (BM)

El Banco Mundial también trabaja desde una perspectiva internacional en el ámbito de la inmigración, para lo que cuenta con un específico *Programa en Migraciones Internacionales y Desarrollo* dentro del Grupo de Investigación sobre Desarrollo⁶⁴, así como varios grupos cuyo trabajo incide en este ámbito (Labor Markets Group, Development Prospects Group, Gender and Development Group, Social Protection Unit⁶⁵). El programa pretende concentrar información y datos de cara a mejorar su investigación y análisis especialmente sobre el impacto de la migración en el desarrollo, de manera que permita identificar políticas, regulaciones y reformas institucionales que permitan a los países desarrollados y a los que están en vía de desarrollo aprovechar mejor este fenómeno. Esta política ha conducido a la realización de algunos interesantes trabajos, por ejemplo, a finales de 2005 el volumen coeditado por Maurice SCHIFF & Caglar ORDEN, *International Migration, Remittances and the Brain Drain*, al que en junio de 2007 seguiría otro de los mismos autores *International Migration, Economic Development & Policy*, así como de numerosos informes entre los que pueden destacarse los de Ali MANSOOR & Bryce QUILLIN (ed.): *Migration and remittances. Eastern Europe and the Former Soviet Union*, Ed. World Bank, Washington 2006⁶⁶ o de Johannes KOETTL, Robert HOLZMANN & Stefano SCARPETTA, *The Relative Merits of Skilled and Unskilled Migration, Temporary and Permanent Labor Migration, and Portability of Social Security Benefits*, WB, November 2006; Ratha DILIP & William SHAW: *South-South Migration and Remittances*, WBWP 102, 2007.

Igualmente, en 2006 se inició una colección de trabajos de investigación especializada en inmigración y desarrollo⁶⁷ (“Research Highlights”) que publica una decena de informes anuales sobre cuestiones tales como el régimen de los trabajadores temporales, las remesas, la liberalización de los controles migratorios, el impacto de la inmigración en la inversión exterior directa, estudios sobre las relaciones entre género e inmigración, etc. de gran interés y actualidad, que vienen a sumarse a los más tradicionales “Research Policy Working Papers” que produce esta institución, entre cuyos títulos se encuentran algunos que siguen tratando el fenómeno migratorio,

(63) Para seguir la evolución de las mismas puede consultarse http://www.wto.int/english/news_e/archive_e/dda_arc_e.htm.

(64) [http://www.worldbank.org/ Data & Research > Research > Programs > International Migration and Development](http://www.worldbank.org/Data & Research > Research > Programs > International Migration and Development).

(65) En esta unidad se han elaborado algunos documentos sobre inmigración interesantes Franco PERACCHI & Domenico DEPALO: *Labor Market Outcomes of Natives and Immigrants: Evidence from the ECHP*, Social Protection Discussion Paper No. 615, November 2006; Domenico DEPALO, Riccardo FAINI & Alessandra VENTURINI: *The Social Assimilation of Immigrants*, Social Protection Discussion Paper, No. 701, February 2007.

(66) http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/257896-1167856389505/Migration_FullReport.pdf.

(67) [http://www.worldbank.org/ >Publications > Documents & Reports](http://www.worldbank.org/>Publications > Documents & Reports)

desde perspectivas como el capital social, la gobernanza, el libre mercado, la protección social o las causas y efectos de la inmigración, de éstos cabría destacar a título meramente ilustrativo Mohammad AMIN & Aaditya MATTOO: *Can Guest Worker Schemes Reduce Illegal Migration?*, WPS3828, febrero 2006, Beata S. JAVORCIK, Çağlar ÖZDEN, Mariana SPATAREANU & Cristina NEAGU, *Migrant Networks and Foreign Direct Investment*, WPS4046, noviembre 2006; Steven STILLMAN, John GIBSON & David MCKENZIE: *A land of milk and honey with streets paved with gold: do emigrants have over-optimistic expectations about incomes abroad?*, WPS4141, marzo 2007; Chantal Pohl NIELSEN: *Immigrant overeducation: evidence from Denmark*, WPS4234, mayo 2007; Marcin J. SASIN & David MCKENZIE: *Migration, remittances, poverty, and human capital: conceptual and empirical challenges*, WPS4272, julio 2007.

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

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

El Consejo de Europa, como organización internacional de promoción de la democracia y los derechos humanos en toda Europa, cuenta con una serie de instituciones que en su actividad ordinaria han elaborado un cuerpo de jurisprudencia, resoluciones y recomendaciones que son un punto de referencia obligado en la interpretación de las normas estatales que regulan la inmigración.

En primer lugar, de la actividad desplegada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, curiosamente hay que destacar su labor de seguimiento y apoyo a la actividad de otras instituciones y órganos del Consejo de Europa especializados en el ámbito de la inmigración, especialmente de los Comités de Asuntos Legales y Derechos Humanos y el de Migración, Refugiados y Población. A lo largo de 2006 la Asamblea adoptaba una serie de recomendaciones y resoluciones sobre inmigración⁶⁸, de las que aquí cabe destacar la *Resolution 1521 (2006) Mass arrival of irregular migrants on Europe's southern shores*, la *Resolution 1509 (2006) Human rights of irregular migrants*, así como la *Recommendation 1755 (2006) Human rights of irregular migrants*, que clarifica la anterior respecto a los derechos humanos de los inmigrantes irregulares⁶⁹, del mismo modo en la primera mitad de 2007 se adoptaban la *Resolution 1562 (2007)* y la *Recommendation 1801 (2007) Secret detentions and illegal transfers of detainees involving*

(68) http://assembly.coe.int/ASP/Doc/DocumentGuide_E.asp.

(69) También pueden señalarse otras como la *Resolution 1483 (2006) Policy of return for failed asylum seekers in the Netherlands*, *Resolution 1522 (2006) Establishment of a European remembrance centre for victims of forced population movements and ethnic cleansing*, *Resolution 1478 (2006) Integration of immigrant women in Europe*, *Recommendation 1768 (2006) The image of asylum seekers, migrants and refugees in the media*, *Recommendation 1737 (2006) New trends and challenges for Euro-Mediterranean migration policies*, *Recommendation 1748 (2006) Working migration from the countries of eastern and central Europe: present state and perspectives*, *Recommendation 1774 (2006) Turkish residents in Europe: migrant workers and new European citizens*.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

Council of Europe member States, la Resolution 1563 (2007) Combating anti-semitism in Europe, la Recommendation 1804 (2007) State religion, secularity and human rights, la Recommendation 1805 (2007) Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion, o la Recommendation 1802 (2007) Situation of longstanding refugees and displaced persons in South East Europe.

Al decidir casos relativos a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye una institución de obligada referencia en el establecimiento de estándares europeos para la protección de los derechos humanos en general, y en los últimos años también de los derechos de los inmigrantes⁷⁰. A pesar de que los elementos esenciales de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los extranjeros han sido objeto de elaboración a lo largo de los últimos quince años, lo cierto es que durante el año 2006 y la primera mitad de 2007 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha profundizado en la protección de los derechos de los extranjeros en ámbitos ya analizados en jurisprudencia anterior, como se detalla en el apartado correspondiente de este volumen, así ocurre por ejemplo, respecto al derecho a la vida y la salud frente a la expulsión (STEDH *Aoulim v Francia* de 17 de enero del 2006, STEDH *Achour v. Francia* de 17 de enero de 2006 o STEDH *Bader y otras v. Suecia* de 8 de febrero de 2006 o STEDH *Olaechea Cahuas v. España* de 10 de julio de 2006, STEDH *Garabayev v. Rusia* de 12 de junio de 2007, estos últimos casos en el marco de procedimientos de extradición), sobre el derecho a la vida familiar frente a esta misma medida (STEDH *Keles v. Alemania*, de 27 de enero de 2006, STEDH *Sezen v. Holanda*, de 31 de enero de 2006 o STEDH *Maslov v. Austria* de 22 de marzo de 2007) o garantías procesales de la expulsión (STEDH *Zentar v. Francia* de 4 de abril de 2006, STEDH *Bolat v Rusia*, de 5 de octubre de 2006) así como de la detención a tales efectos (STEDH *Modh v. Grecia* de 27 de abril de 2006) o respecto del acceso a recursos efectivos frente a las denegaciones de entrada de solicitantes de asilo cuando la inadmisión de tal condición implica la salida inmediata (STEDH *Asebeja Gebremedhin v. Francia* de 26 de abril de 2007). En una línea de mayor novedad pueden destacarse los casos de derecho de familia en los que elemento extranjero comporta un trato diferenciado (STEDH *Moser v. Austria*, de 31 de agosto del 2006 o STEDH *Wagner y JMWL v. Luxemburgo* de 28 de junio de 2007), sobre la introducción de restricciones al empadronamiento como violación de la libertad de circulación y residencia (STEDH *Tatichvili v. Rusia* de 22 de febrero de 2007) o sobre las obligaciones de investigación por ataques racistas o xenófobos contra minorías étnicas, como la gitana (STEDH *Sesic v. Croacia* de 31 de mayo de 2007).

Así, la decisión administrativa privativa de la custodia del hijo por carecer de medios económicos y de residencia legal es considerada una vulneración del derecho a la vida familiar y a continuar ejerciendo la patria potestad (STEDH *Moser v. Austria*, de 31 de agosto de 2006). Una restricción del mismo derecho se produce cuando se niega el reconocimiento por el Estado luxemburgués de la adopción celebrada ante un Tribunal peruano por una ciudadana de

(70) Hasta tal punto es relevante que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros e incluso el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se refieren expresamente a sus sentencias al delimitar cuestiones como la vida familiar o sus efectos sobre los ciudadanos extranjeros, como recientemente hemos visto en la STJCE *Parlamento v. Consejo*, cit. infra.

esta nacionalidad respecto de una niña peruana, en aplicación del Código Civil luxemburgués que impide la adopción de menores por una mujer soltera cuando existe un amplio consenso en Europa en torno a la posibilidad de adoptar por personas solteras del artículo 8 de la CEDH, especialmente atendiendo al superior interés del menor en este caso; además, en el caso se infringieron otros derechos como el de un juicio justo en la medida que sus alegaciones sobre posible violación de sus derechos no fueron tomadas en consideración por el Tribunal, o del derecho a la no discriminación del artículo 14 de la CEDH pues supone un trato diferente entre los niños adoptados por una madre soltera y los niños adoptados por parejas, pues en este segundo caso las inscripciones son automáticas (STEDH *Wagner y JMWL v. Luxemburgo* de 28 de junio de 2007). Interesante, a efectos de determinar la importancia del empadronamiento, es el pronunciamiento del Tribunal sobre la denegación de inscripción en el registro administrativo vecinal de Moscú de una extranjera apátrida, razón por lo cual fue excluida del disfrute de determinados servicios sociales en infracción del derecho a un juicio justo y la libertad de circulación reconocida en el artículo 2 Protocolo n.º 4⁷¹, razonamiento cuya exposición lleva al Tribunal a señalar que la obligación de comunicar a la policía cada cambio de residencia o las visitas a los amigos constituye una limitación inaceptable de la libertad de circulación sobre la que se ha pronunciado ya la Asamblea General del Consejo de Europa (STEDH *Tatichvili v. Rusia* de 22 de febrero de 2007). Finalmente, el Tribunal se reafirma en la consideración como violación de las obligaciones positivas de carácter procesal que derivan del artículo 3 de la CEDH –en conjunción con el artículo 14 CEDH, en este caso–, como resultado de la ausencia de una investigación urgente y con garantías respecto de agresiones racistas a un ciudadano gitano, en el contexto de otras agresiones del mismo tipo a personas de la misma etnia (STEDH *Sesic v. Croacia* de 31 de mayo de 2007).

Desde una óptica mucho más particular, el Consejo de Europa dispone de un órgano específico, el Comité para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes (CPT), creado para la protección de un solo derecho, el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes. En 2006 el CPT ha actualizado su documento de trabajo de referencia *The CPT standards - "Substantive" sections of the CPT's General Reports* [CPT/Inf/E (2002)1 rev. 2006], donde se recogen los estándares sobre custodia policial, prisión, entrenamiento de la policía, servicios sanitarios en prisión, detención de extranjeros en aplicación de la legislación de extranjería, tratamiento de delincuentes jóvenes e ingreso y permanencia en centros psiquiátricos. En particular, interesa destacar el *Informe CPT sobre Noruega 2005*⁷² derivado de la visita de la CPT y, en particular, de la parte dedicada a las condiciones de detención de extranjeros en el Centro de Trandum situado junto a aeropuerto internacional de Gardemoen, donde se subraya la necesidad de asegurar que los agentes privados de seguridad encargados de la vigilancia disponen de la formación suficiente, que los detenidos disponen de tiempo para pasear y salir del edificio durante una hora diaria como mínimo, que sus familiares tienen acceso a los detenidos, que estén adecuadamente dotados de mobiliario, que dispongan de asistencia médica regular entre la que debe incluirse la atención psicológica o psiquiátrica, que se contrate como mínimo a un enfermero/a permanente para el centro y que toda persona susceptible de deportación pase un examen médico antes de la misma y con posterioridad si finalmente no se pudo ejecutar

(71) Obsérvese que este Protocolo no ha sido ratificado por España.

(72) <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2006-14-inf-eng.pdf>.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

así como la necesidad de disponer de una reglamentación sobre la administración de medicinas y especialmente tranquilizantes a los detenidos. Igualmente, el informe ponía de relieve la necesidad de revisar el régimen de internamiento en condiciones de “seguridad” para determinados extranjeros que resisten activamente la deportación, pues deben estar especialmente reglamentadas las condiciones de aislamiento, sus causas y los procedimientos y garantías aplicables, que en todo caso deben pasar por el acceso ilimitado a su abogado y a la información en un folleto en diversas lenguas, y en este sentido la necesidad de llevar un registro riguroso de los ingresos en celdas de aislamiento; deben estar protocolizadas las condiciones de aplicación de las esposas así como la metodología a seguir para su aplicación en este tipo de detenciones. También el *Informe CPT Reino Unido 2005*⁷³ en el que se dedica considerable atención a la detención de extranjeros en prisiones de alta seguridad en aplicación de las provisiones de la *Immigration Act* de 1971 y la Parte IV de la *Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001* (ATCSA) –posteriormente anulada por contraria al artículo 5 y 14 de la CEDH– durante el verano de 2005, a la vista de que se aplican disposiciones de extranjería pero en el contexto de sospechosos de vinculación con el terrorismo; en su informe el CPT señala la necesidad de dotar a estas prisiones o unidades especiales de prisión de condiciones adecuadas para asegurar la salud mental de los detenidos reforzando los equipos médicos, pues los detenidos se encuentran muy aislados, igualmente, señala la necesidad de garantizar que en los reconocimientos médicos no se encuentren presentes “sistemáticamente” los funcionarios de prisiones encargados de la custodia de los detenidos, asegurar el acceso a un abogado y la información a terceros de su elección sobre la detención, igualmente la adecuación de las condiciones materiales de transporte de los detenidos; todo ello, además, sobre la base de que la detención a efectos de deportación parece bastante improbable teniendo en cuenta que previamente se había determinado que el retorno de tales detenidos a sus países de origen podría poner en riesgo su vida o su integridad en destino. España, por su parte, no recibió ninguna visita o inspección durante 2006. Por último, destacar la publicación de Jim MURDOCH: *The treatment of prisoners - European standards* (2006), Ed. Council of Europe Publishing, Strasbourg 2006.

A su vez, el Comité Europeo de Derechos Sociales⁷⁴, que ha elaborado un importante cuerpo de recomendaciones en materia de protección y asistencia sociales de los trabajadores inmigrantes, especialmente sobre la base de los artículos 18 y 19 Carta Social Europea⁷⁵. Durante 2006 se adoptaron las Conclusiones XVIII-1 del Comité de Expertos sobre los artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19 de la Carta, respecto de las cuales, el Informe sobre España⁷⁶ al revisar la conformidad de la reforma introducida por LO 14/2003 a la Carta Social, apunta como problemáticas las disposi-

(73) Informe CPT/Inf (2006) 28 de 17 de marzo de 2006.

(74) Por decisión de los representantes ministeriales en su 963 Reunión de 3 de mayo de 2006, un nuevo mecanismo de informes se aplicará a partir del 31 de octubre de 2007.

(75) Una recopilación de la interpretación de este precepto y de las disposiciones de la Carta Social puede leerse en *European Social Charter, Collected Texts* (4th Edition, CoE Publishing 2005), y una recopilación de la doctrina del Comité de Expertos sobre los derechos de los trabajadores migrantes en http://www.coe.int/t/e/human_rights/esc/7_resources/factsheet_migrant_workers.pdf, documento elaborado el 22 de junio de 2006.

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

ciones relativas a las limitaciones a los derechos de sindicación de los trabajadores migrantes y como especialmente problemáticas algunas causas de expulsión, que parecen exceder de lo permitido por la Carta Social, razón por la que acaba recabando un conjunto de datos complementarios al Gobierno español para el siguiente informe; frente a esta actitud cautelosa y al requerimiento de mayor concreción, el Comité declara no conformes a la Carta las disposiciones sobre la exclusión del derecho a la reagrupación familiar de los hijos de inmigrantes cuyas edades se sitúan entre los 18 y 21 años⁷⁷ (artículo 19.6 CSE), conclusión de no conformidad que se extiende al tratamiento diferente que reciben los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena (artículo 19.10 CSE). Sorprendentemente, la repercusión práctica de dichos informes negativos es mucho menor de lo que cabría esperar, pues en la interpretación y aplicación de la legislación española apenas se toma en cuenta la Carta.

En todo caso, merece la pena señalar aquí la introducción a partir de 2007 de una modificación en el sistema de trabajo del Comité: desde este año se ha decidido que los informes anuales de los Estados se centrarían cada año en alguno de cuatro bloques temáticos en que se dividió la Carta Social. Así, si bien en junio de 2007, el Comité en su 223.^a Sesión adoptó sus Conclusiones XVIII-2 operando todavía bajo el esquema anterior, para la 224.^a Sesión, prevista para septiembre de 2007, los informes ya debían centrarse en el primer bloque de temas de la Carta. Bajo este nuevo sistema de trabajo, el estudio de las condiciones legales de los trabajadores migrantes que forma parte del cuarto bloque, será analizada monográficamente en la 227.^a Sesión.

Finalmente, un repaso de la actividad de los diferentes órganos del Consejo de Europa resultaría incompleta si no incluyera el trabajo del Comisario Europeo por los Derechos Humanos, cuyo mandato cambió de titular en marzo de 2006, pasando de las manos de D. Álvaro Gil-Robles a las de D. Thomas Hammarberg, convirtiendo este año en un año de transición para toda la institución, que se ha reflejado en su actividad. El comisario saliente en el primer trimestre de 2006 aún presentó su último *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Europa*⁷⁸ de carácter general, así como un *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos nómadas en Europa*⁷⁹ centrado en la situación de la población romaní, sinti, etc., recogiendo este testigo el nuevo Comisario presentó su informe anual en abril de 2007 seguido de informes sobre la situación de los derechos humanos en Letonia, Lituania, Suecia y Polonia. El resto de trabajo durante el 2006 y 2007 se ha centrado en la actividad de seguimiento del cumplimiento por los Estados de sus recomendaciones, especialmente en sus visitas oficiales (Ucrania, Austria, Bosnia-Herzegovina) o de contacto (Turquía, Polonia, Chipre o Moldavia), en las que

(77) "The Committee notes the information provided in Spain's report. The Government has not provided evidence that persons between 18 and 21 years are in fact admitted for the purposes of family reunion. The Committee therefore considers that they are excluded from the scope of the right to family reunion. The Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with Article 19 §6 of the Charter on the grounds that neither legislation nor practice provide for family reunion in respect of migrant workers' children aged between 18 and 21 years." *Conclusions XVIII-1 – Spain, Article 19, p. 757.*

(78) CommDH(2006)16 de 29 de marzo de 2006 *5th Annual Report of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, January 2004 - March 2006*, en http://www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp.

(79) CommDH(2006)1 de 15 de febrero de 2006, en http://www.coe.int/t/commissioner/default_en.asp.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

aspectos relacionados con los derechos de los extranjeros y solicitantes de asilo, la protección de las minorías⁸⁰, la lucha contra el tráfico de personas, la discriminación religiosa o hacia el pueblo gitano han centrado su actividad. Igualmente, la inmigración es un tema recurrente en sus intervenciones en congresos y seminarios, como la *Conferencia del Consejo de Europa sobre Cohesión Social en una Europa Multicultural*, de noviembre de 2006 o la *Conferencia Europea sobre Derecho a la Vivienda*, celebrada en Helsinki en septiembre de 2006⁸¹, o el *Taller sobre la Protección de los derechos de los inmigrantes* en noviembre de 2006.

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

La OCDE es una de las organizaciones internacionales más activas en el campo de la inmigración internacional, especialmente en relación a la recopilación de datos y la elaboración de estudios generales y sectoriales. Entre los primeros destacan las dos ediciones de 2006 y 2007 del “Internacional Migration Outlook”, que recoge los principales datos sobre migraciones y traza los patrones migratorios para el año en curso. Entre los informes sectoriales pueden destacarse sobre educación “Where Immigrant Students Succeed -A Comparative Review of Performance and Engagement in PISA 2003”⁸² y sobre el papel de las remesas para el desarrollo “Migration, Remittances and Development”. Sorprendentemente, y a diferencia del año anterior (2005) y posterior (2007), durante el año objeto de este estudio ninguno de los *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* publicados se refirió específicamente al fenómeno migratorio⁸³; entre los publicados en 2007 figuran *Trends in International Migration Flows and Stocks, 1975-2005* (OECD SEM-WP No. 58) o *Unauthorized Migrants in the United States: Estimates, Methods, and Characteristics* (OECD SEM-WP No. 57).

En esta línea, los estudios económicos anuales por países (“Economic Surveys”) han dado cada vez mayor importancia al fenómeno migratorio, hasta el punto que varios de los adoptados en 2007 sitúan la inmigración en un puesto central de los mismos, por ejemplo el reciente *Economic Survey of Switzerland 2007: The contribution of immigration to prosperity can be raised further*⁸⁴. Igualmente, destacan entre las publicaciones de esta organización *The unemployment impact of immigration in OECD countries* (Economics Department Working Paper 563) y *Migra-*

(80) Téngase en cuenta que en el contexto de la Convención-marco para la protección de las minorías nacionales, el Comité Consultivo que esta Convención instituye ha emitido una *Segunda Opinión sobre España de 22 de febrero de 2007*, no publicada aún (<http://www.coe.int/minorities>).

(81) CommDH/Speech(2006)15_E y CommDH/Speech(2006)15_E.

(82) <http://www.oecd.org/dataoecd/2/38/36664934.pdf>.

(83) Aunque no publicados en 2006 se presentaron varios WP sobre la integración laboral de los inmigrantes en Dinamarca (<http://www.oecd.org/dataoecd/8/28/38195773.pdf>), Alemania (<http://www.oecd.org/dataoecd/28/5/38163889.pdf>), Suecia (<http://www.oecd.org/dataoecd/28/8/38164205.pdf>) que se publicarían a inicios de 2007, algunos de ellos también recogidos en un primer volumen titulado *Jobs for immigrants: Labour Market Integration in Australia, Denmark, Germany and Sweden* (vol. 1).

(84) http://www.oecd.org/document/51/0,3343,en_2649_37415_39571187_1_1_1_37415,00.html.

tion in OECD countries: labour market impact and integration issues (Economics Department Working Paper 562). Cabe señalar por último la presentación de dos documentos relacionados con la armonización de datos estadísticos sobre inmigración: *Harmonized statistics on immigrant inflows*, de 3 de julio de 2006⁸⁵ y “OECD Stat Brief n.º 9 *The comparability of International Migration Statistics*, de 7 de febrero de 2006⁸⁶.

III. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN A LO LARGO DE 2006

A lo largo de 2006-2007 la Unión Europea ha seguido dando pasos significativos en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, ámbito en el que se enmarcan la actividad comunitaria en materia de inmigración y asilo. En el marco de los Tratados Constitutivos, y fundamentalmente del Título IV del TCE, las instituciones de la Unión Europea disfrutaban de competencias en materia de inmigración y asilo, que apoderan a dichas instituciones tanto en el diseño de políticas públicas como en la elaboración de disposiciones normativas con diferentes grados de eficacia. El Tribunal de Justicia de las Comunidades, a su vez, en la actividad de control jurisdiccional que le es propia, ha contribuido a lo largo del año 2006 a la clarificación y consolidación del derecho comunitario de inmigración y asilo.

El año 2006 se caracteriza por despejar el camino a la adhesión de Bulgaria y Rumania el 1 de enero de 2007, con la recomendación de la Comisión y el voto favorable del Parlamento Europeo⁸⁷, países respecto de los que se contempla la posibilidad de restringir la circulación de trabajadores durante un período transitorio que los Estados pueden aplicar (fórmula 2-3-2), y al que España se acogerá mediante Acuerdo del Consejo de Ministros⁸⁸. En segundo lugar, debe señalarse que 2006 es el primer año de aplicación del nuevo procedimiento de decisión mediante mayoría cualificada en el Consejo y de aplicación del procedimiento de codecisión con el Parlamento Europeo (artículo 67 TCE). En tercer lugar, el nombramiento de Franco Frattini como Comisario de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, tras la retirada de Rocco Buttiglione como comisario propuesto inicialmente por el Presidente de la Comisión ante la hostilidad del Parlamento Europeo, marcaron el estrecho seguimiento por el Parlamento de esta Dirección, que no obstante, en 2006 impulsaba este sector con una batería de informes sobre gestión migratoria⁸⁹. En cuarto lugar, las presidencias sucesivas de Austria y Finlandia

(85) <http://www.oecd.org/dataoecd/61/7/37035672.pdf>.

(86) <http://www.oecd.org/dataoecd/60/44/36064929.pdf>.

(87) COM (2006) 549 final, de 26 de septiembre de 2006 y Resolución del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 2006, sobre la Adhesión de Rumania a la Unión Europea (2006/2115/INI, ref. P6_TAO512).

(88) Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006, consultable en http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20061222.htm.

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

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

nos han dejado importantes avances: por un lado, la Presidencia austriaca señaló como objetivos de su presidencia el avance hacia la finalización de los ajustes técnicos para la puesta en marcha operativa del SIS en abril de 2007, y del VIS en 2007 para la posterior ampliación de la zona Schengen en ese mismo año, la creación de centros de solicitud común de visados e introducción de la biometría en los visados, el avance hacia un Código común de visados, el desarrollo de los Programas de Protección Regional (Ucrania, Moldavia, Bielorrusia, Tanzania) y de la cooperación práctica en el desarrollo del Sistema Común Europeo de Asilo, mayor implicación de Eurojust, Europol y la *Task Force* de Jefes de Policía en la lucha contra el tráfico de seres humanos, apuesta por la cooperación euromediterránea y las iniciativas de cooperación con los Estados africanos, mejora de la capacidad de respuesta a las emergencias y crisis exteriores, con la nueva Agencia de Gestión de Fronteras (*Frontex*) como referente; por otro lado, la Presidencia finlandesa en diciembre de 2006 alcanzó una serie de resultados en las negociaciones para impulsar el área de Justicia, Libertad y Seguridad, negociaciones consistentes en desarrollar tratados para el procedimiento de emisión simplificada de visados y convenios de readmisión con los Estados de los Balcanes, el acuerdo de establecer un sistema de gestión integrada de fronteras, revisión y evaluación del programa de la Haya, el establecimiento de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales en Viena⁹⁰, la creación de cuatro fondos para la gestión financiera de la inmigración, un paquete legislativo de desarrollo del SIS-II y el acuerdo político de supresión del resto de controles fronterizos internos a finales de 2007 y en los aeropuertos en marzo 2008 respecto de los nuevos Estados miembros. La última característica de este período es la parálisis constitucional generada por la congelación del proceso de ratificación del proyecto de Constitución Europea, que ha afectado a todo el período estudiado en esta crónica, si bien ese “período de reflexión” tras los cambios de liderazgo en Francia y Reino Unido haya servido quizá para avanzar durante la presidencia alemana hacia el desencallamiento del proceso en la CIG celebrada en la segunda mitad de 2007, abriendo así el camino a la adopción de una versión revisada de dicho texto en forma de Tratado, que desplegará importantes efectos en materia de inmigración y asilo (propuesta de *Tratado de Lisboa*⁹¹).

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

En materia de visados, donde la Comunidad Europea ha desplegado ampliamente sus competencias. En este período ha continuado la negociación de un Reglamento para el establecimiento del Sistema de Información de Visados⁹² (VIS) y de un Reglamento sobre la obtención e

Migration and Integration. COM (2006) 26, 25.01.2006 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - *Thematic programme for the cooperation with third countries in the areas of migration and asylum*. COM (2006) 67 final, 17.02.2006. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on *strengthened practical cooperation - New structures, new approaches: improving the quality of decision making in the Common European Asylum System*.

(90) Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE de 22/02/2007).

(91) Textos en <http://www.consilium.europa.eu/>.

(92) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el

incorporación de datos biométricos de los solicitantes de visado al VIS, así como de un conjunto de normas sobre la creación de centros comunes para la recepción y gestión de solicitudes de visado y la propuesta de la Comisión de Reglamento para el establecimiento de un Código de Visados Schengen sigue avanzando en su tramitación legislativa⁹³. En cuanto a las normas aprobadas destaca la nueva reforma del Reglamento (CE) n.º 539/2001 la lista de Estados terceros cuyos nacionales están obligados a obtener un visado⁹⁴, la aprobación de una Decisión dirigida a incrementar las tasas en las solicitudes de visados Schengen⁹⁵. En este sentido, destaca también la firma de tratados de simplificación de la obtención de visados, uno firmado con Rusia⁹⁶ otro con Ucrania⁹⁷ y la Comisión pidió autorización para iniciar negociaciones con Albania, Serbia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia y Moldavia. Por último, destaca la adopción de una Decisión de modificación de las ICC con respecto a la exigencia de visado para los titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio indonesios⁹⁸ y de un Informe de la Comisión sobre la reciprocidad de la exención de visado con determinados países terceros⁹⁹.

intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros [COM (2004) 835 final]. Actualmente ha superado la primera lectura en el Parlamento Europeo, ha pasado por la Comisión y se ha adoptado una posición común en el Consejo sobre las enmiendas del Parlamento (la evolución del texto puede seguirse en PRE-LEX, <http://ec.europa.eu/prelex>).

(93) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código Comunitario sobre Visados [COM (2006) 403 final].

(94) Reglamento (CE) n.º 1932/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación DOCE L 405 de 30 de diciembre de 2006, p. 23/34.

(95) Council Decision 2006/440/EC of 1 June 2006 amending Annex 12 to the Common Consular Instructions and Annex 14a to the Common Manual on the fees to be charged corresponding to the administrative costs of processing visa applications (OJ L 175 of 29 June 2006, p. 77).

(96) *Decisión del Consejo, de 19 de abril de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre la facilitación de la expedición de visados de corta duración (DOCE L-129, de 17 de mayo de 2007)*. Esta disposición, más allá de su concreta regulación evidencia la aparición de una política de facilitación de visados a terceros Estados, que satisfaga las necesidades de los nuevos Estados miembros respecto al mantenimiento de especiales relaciones con sus vecinos. Se trata de una política de compromiso entre antiguos y nuevos Estados, que además permite a la Comunidad ejercitar sus competencias externas con un nuevo elemento de negociación respecto a terceros Estados.

(97) Texto final presentado en la reunión EU-Ucrania de 27 de octubre de 2006 (no publicado).

(98) *Decisión 2006/684/CE, del Consejo de 5 de octubre, de modificación del inventario A de el Anexo 2 de la Instrucción Consular Común, de 28 de abril de 1999 con respecto a la exigencia de visado para los titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio indonesios (DOCE de 12 de octubre de 2006, n.º 280, p. 29)*.

(99) Informe de la Comisión de 10 enero del 2006 sobre la reciprocidad de la exención de visado con determinados países terceros en conformidad con el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005, que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 que establece la lista de terceros países los nacionales de los cuales están sometidos a la exigencia de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países los nacionales de los cuales están exentos de esta obligación de acuerdo con el mecanismo de reciprocidad.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

En materia de controles fronterizos, destaca la adopción en el año 2006 del *Código Comunitario de Fronteras*¹⁰⁰, mediante un Reglamento comunitario de aplicación desde el 13 de octubre de 2006. El nuevo Código incorpora en un solo texto todo el acervo Schengen relativo a controles fronterizos y en este sentido constituye la principal norma de referencia para la CE y los Estados en esta materia, substituyendo los artículos 2-8 del Convenio de Aplicación de Schengen, el Manual Común de Schengen sobre Control Fronterizo, tres Decisiones del Comité Ejecutivo de Schengen, un Anexo a las ICC, dos Reglamentos del Consejo y dos Decisiones del Consejo. Dicho Código es completado poco después por un nuevo *Manual Práctico para Guardas de Fronteras* (Manual Schengen¹⁰¹) así como una Decisión de la Comisión sobre la modificación del Manual Sirene¹⁰². Igualmente, en este ámbito se han adoptado dos decisiones relativas al reconocimiento por los nuevos Estados miembros de visados y permisos de residencia expedidos por los Estados parte de Schengen¹⁰³ así como sobre el reconocimiento por los Estados parte de Schengen de la validez de los permisos expedidos por Suiza y Liechtenstein para circular en tránsito sin necesidad de visado¹⁰⁴.

Junto al sistema de concesión de visados, la lucha contra la inmigración ilegal constituye otro bloque central de la actividad comunitaria en este ámbito, tal y como reflejaba el Plan de Acción contra la inmigración ilegal (*DOCE C-142*), elaborado por el Consejo en febrero de 2002 y se refleja en la definición de sus prioridades en la *Comunicación de la Comisión sobre Prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de nacionales de terceros Estados*¹⁰⁵. Un componente del Plan consistía en la adopción de medidas de represión del tráfico de personas, entre las cuales en 2006 destaca la aprobación de dos Decisiones mediante las cuales la Comunidad Europea firma el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes¹⁰⁶ y el Protocolo para

(100) Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el cual se establece un Código comunitario de normas sobre cruce de fronteras (*DOCE* de 13 de abril de 2006, n.º 105, p. 1/32).

(101) Recomendación de la Comisión de 6 de noviembre de 2006 por la que se establece un *Manual Práctico para Guardas de Frontera* (Manual Schengen), para ser usado por las autoridades competentes de los Estados Miembros en la realización de controles fronterizos de personas COM(2006)5186 final de 6 de noviembre de 2006.

(102) Decisión de 22/11/2006, ref. C(2006)4093 y C(2006)4094.

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

(104) *Decision No 896/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 establishing a simplified regime for the control of persons at the external borders based on the unilateral recognition by the Member States of certain residence permits issued by Switzerland and Liechtenstein for the purpose of transit through their territory* (OJ L 167 of 20 June 2006, p. 8).

(105) COM(2006)402 de 19 de julio de 2006, que fue remitida a mediados del segundo semestre de 2006 al Consejo, el Parlamento y el Comité de Regiones.

(106) Decisión 2006/616/CE y Decisión 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en aras de la Comunidad Europea, del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada con respecto a las disposiciones del Protocolo, en la*

prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños¹⁰⁷, ambos complementarios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. Un instrumento de las políticas de lucha contra la irregularidad, a caballo entre esta materia y la gestión de fronteras, es el desarrollo de las tecnologías de la información y la cooperación entre autoridades de los Estados Miembros, sobre la base de la cual se asienta el acuerdo alcanzado en el Consejo para adoptar *el Reglamento del Consejo (EC) No 1988/2006 de 21 de diciembre de 2006 sobre el desarrollo de la segunda generación del Sistema Informático de Schengen (SIS II)* a la que debe sumarse la *Decisión del Consejo 2006/1007/JAI de 21 de diciembre de 2006 sobre el desarrollo de la segunda generación del Sistema Informático de Schengen (SIS II)*¹⁰⁸, que conforman el marco regulatorio en el que se encuadrará la estructura y funcionamiento del nuevo SIS II¹⁰⁹, junto con el *Reglamento (CE) n.º 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)* y la *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)*¹¹⁰, teniendo en cuenta que durante el año 2006 ya se atribuyeron al SIS vigente nuevas funciones en materia de lucha contra el terrorismo¹¹¹; a lo largo de 2007 se han efectuado además modificaciones en el Manual Sirene¹¹².

Junto a esto, la discusión en torno a la definición de una política y normativa común sobre el retorno de nacionales de terceros Estados continuaron durante 2006. Las discusiones giraron en

medida que éstas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A y de la parte III, título I y de la parte III, título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE de 22 de septiembre de 2006, n.º 262, pp. 24-43).

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

(108) *DOCE L/2006/411/1 y DOCE L/2006/411/78*, respectivamente, con correcciones del segundo en el *DOCE L/2007/27/43*.

(109) Decisión del Consejo, de 25 de junio de 2007, por la que se modifica la Decisión del Comité ejecutivo creado por el Convenio de Schengen de 1990 relativa a la modificación del Reglamento financiero relativo a los gastos de instalación y de funcionamiento del Sistema de Información Schengen (C.SIS). (*DOCE n.º 179 de 7 de julio de 2007*).

(110) L-381/4 de 28 de diciembre de 2006 y L-205/63 de 7 de agosto de 2007, respectivamente. Además téngase en cuenta la *Propuesta COM (2006) 904 de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 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.

(111) Decisión 2006/228/JAI y Decisión 2006/229/JAI, del Consejo de 9 de marzo las cuales fijan la fecha de aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2005/211/JAI, de 24 de febrero de 2005 relativa a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, en materia de lucha contra el terrorismo, *DOCE 18/10/2006, n.º 81, p. 45*. Decisión 2006/630/JAI y Decisión 2006/631/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2006, por las cuales se fijan las fechas de aplicación del artículo 1, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) n.º 871/2004, relativo a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, en materia de lucha contra el terrorismo. *DOCE de 20/09/2006, n.º 256, pp. 15-19*.

(112) *Decisión del Consejo, de 25 de junio de 2007, relativa a la desclasificación de determinadas partes del Manual Sirene adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOCE n.º 179 de 7 de julio de 2007)*.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

torno a las propuestas de un Fondo Europeo para el Retorno, finalmente adoptado en diciembre de 2006 y publicado en 2007, tal y como se describe más adelante¹¹³. También continuaron los debates en torno a la propuesta de Directiva sobre los estándares mínimos y procedimiento de retorno de extranjeros, que a finales de 2007 alcanzaba un acuerdo político en el Parlamento Europeo que introducía importantes enmiendas al texto original de la Comisión. Junto a esta norma otro componente fundamental para una política comunitaria de retorno es el despliegue de tratados de readmisión con países terceros, en línea con las propuestas de la Comisión Europea de 10 de abril de 2002 incluidas en el Libro Verde relativo a una política comunitaria de regreso de los residentes ilegales, dentro la cual se insertan los acuerdos firmados en 2005 con Hong Kong, Macao y Sri Lanka, en 2006 con Albania, en 2007 con Rusia y Ucrania¹¹⁴, los acuerdos actualmente bajo negociación con China, Marruecos, Argelia, Pakistán y Turquía, y el otorgamiento de poderes a la Comisión para negociar otros acuerdos de readmisión con Serbia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia y Moldavia. Por otro lado, y fruto de la necesidad de España de contar con la colaboración de la Unión y otros Estados para la vigilancia fronteriza en el Estrecho y Canarias¹¹⁵, debe destacarse la creación en 2007 de equipos de intervención rápida en las fronteras¹¹⁶, la aprobación de un Fondo para las Fronteras Exteriores¹¹⁷.

Un último componente de la lucha contra la inmigración irregular es la cooperación policial, ámbito en el que destaca la adopción de una Recomendación del Consejo sobre la adopción de convenios entre policía, aduanas y otros servicios del orden especializados en la prevención y lucha contra el crimen¹¹⁸. En este contexto de cooperación policial y judicial en la lucha contra el crimen, destaca en 2006 la adopción de una Decisión del Consejo que incorpora el Convenio

(113) Decisión n.º 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”. (DOCE n.º 144 de 6 de junio de 2007).

(114) Convenio con Hong Kong, Decisión del Consejo de 17 de diciembre de 2003/CE/80 (DOCE L 17/21 de 24 de enero de 2004). Convenio con la República Popular China, Decisión del Consejo de 30 de abril de 2004 (DOCE L 143/97 de 30 de abril de 2004). Convenio con Sri Lanka, Decisión 2005/372/CE del Consejo, de 3 de marzo de 2005 (DOCE L 164/21 de 16 de junio de 2006). Acuerdo con Albania, Decisión 2005/371/CE del Consejo, de 3 de marzo de 2005 (DOCE L-96/9 de 5 de abril de 2006). Convenio con Rusia, Decisión del Consejo, de 19 de abril de 2007 (BOE n.º 129 de 17 de mayo de 2007) y Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre readmisión [COM (2007)0197 – C6-0188/2007 – 2007/0071(CNS)].

(115) DOCE de 14 de octubre de 2006, n.º 283, p. 40743.

(116) Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados (DOUE de 31/07/2007).

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

(118) Council Recommendation of 27 April 2006 on the drawing up of agreements between police, customs and other specialised law enforcement services in relation to the prevention and combating of crime (OJ C 124 of 25 May 2006, p. 1).

de la Unión con Islandia y Noruega sobre el procedimiento de entrega de detenidos¹¹⁹, y también las Decisiones relacionadas con la transferencia de información sobre pasajeros en vuelos intercontinentales UE-EEUU¹²⁰.

En materia de asilo debe señalarse que, a lo largo de 2006, se sumaron Islandia y Noruega al sistema comunitario de determinación del Estado responsable de examinar las peticiones de asilo mediante una Decisión del Consejo¹²¹, y que mediante otra Decisión¹²² se publicó el Tratado entre la Comunidad Europea y Dinamarca que abre Eurodac y el sistema de determinación del Estado responsable del asilo a Dinamarca, en la medida en que este Estado miembro goza de un régimen especial en el Tratado de Ámsterdam respecto a la incorporación de las decisiones del Título IV del TCE. Precisamente, en septiembre de 2006 se presentó el tercer informe de la Comisión sobre el funcionamiento de Eurodac¹²³. A finales de 2006 se alcanzó el acuerdo para la creación de un Fondo específico para los refugiados que sustituiría al vigente a partir de 1 de enero de 2008, decisión que se publicaría a mediados de 2007¹²⁴ y en 2007 la Comisión presentaba un Documento Verde sobre el futuro del Sistema Común Europeo de asilo¹²⁵ así como una Comunicación sobre cooperación práctica reforzada en asilo¹²⁶, tal y como se ha reseñado anteriormente.

En relación a la **inmigración legal** decayeron las propuestas de reforma del Reglamento que establece un formato uniforme del permiso de residencia y se presentó una nueva sobre la que

(119) *Council Decision of 27 June 2006 on the signing of the Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the surrender procedure between the Member States of the European Union and Iceland and Norway* (OJ L 292 of 21 October 2006, p. 1) and subsequent Agreement (OJ L 292 of 21 October 2006, p. 2).

(120) *Council Decision 2006/729/CFSP/JHA of 16 October 2006 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security* (OJ L 298 of 27 October 2006, p. 27).

(121) *Decisión 2006/167/CE, del Consejo, de 21 de febrero, de Celebración de un Protocolo, de 21 de febrero de 2006, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega, de 19 de enero de 2001, relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro, Islandia o Noruega. DOCE 28/10/2006, n.º 57, p. 15.*

(122) *Council Decision of 21 February 2006 on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark extending to Denmark the provisions of Council Regulation (EC) No 343/2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national and Council Regulation (EC) No 2725/2000 concerning the establishment of Eurodac for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention, DOCE L 066, 08.03.2006, pp. 37-37.*

(123) Tercer Informe Anual del Consejo y el Parlamento Europeo en las actividades de la Unidad Central de EURODAC, SEC (2006) 1170 de 15 de septiembre de 2006.

(124) Decisión n.º 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general "Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios" y por la que se deroga la Decisión 2004/904/CE del Consejo. (DOCE n.º 144 de 6 de junio de 2007).

(125) *Green Paper of 6 June 2007 on the future common European asylum system* COM (2007) 301 final.

(126) *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on strengthened practical cooperation - New structures, new approaches: improving the quality of decision making in the common European asylum system* COM (2006) 67.

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

en 2007 deberán posicionarse el Consejo y el PE¹²⁷. Además del Fondo para la Integración que se comentará a continuación, en 2006 se adoptó una Decisión para la creación de un grupo de expertos de alto nivel sobre integración social de minorías étnicas con especial atención a la plena participación en el mercado laboral¹²⁸. La Comisión, además, presentó en enero de 2006 una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo con el programa de cooperación con terceros países en las áreas de migración y asilo, y que a su vez recibió los informes del Parlamento en julio y octubre de ese año¹²⁹. Igualmente destacable, es la adopción de la *Decisión 2006/688/CE, del Consejo de 5 octubre, para el establecimiento de un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración*, surgida como resultado de las tensiones entre varios Estados miembros respecto a la política española de regularización de extranjeros llevada a cabo durante 2005. Téngase en cuenta también la creación en 2006 del Fondo Europeo para la Integración¹³⁰, y en 2007, la presentación por la Comisión de sendas propuestas de una Decisión del Consejo para el establecimiento de una Red de Migración Europea¹³¹ y para una Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo para el establecimiento de sanciones contra los empleadores de extranjeros residentes ilegales¹³².

El establecimiento de nuevos fondos y la reorganización de los instrumentos de financiación de acciones en materia de inmigración y asilo, merece un tratamiento aparte, aunque esté ligado a las diferentes áreas de actividad, pues durante 2006 se han puesto las bases para la estructura de los mismos durante el período 2007-2013, aunque la publicación de los programas específicos se haya demorado hasta bien entrado 2007¹³³. Interesa aquí destacar el hecho de que en el mes de diciembre de 2006 las negociaciones entre Consejo y Parlamento se completaron en relación al *Programa General de Solidaridad y gestión de los flujos migratorios*, que incluye

(127) COM (2006) 110 final, 2003/0218 (CNS) modificado, informado por el Supervisor Europeo para la Protección de Datos (DOCE C-320/21 de 28 de diciembre de 2006), y remitido de nuevo al Consejo y al Parlamento Europeo.

(128) *Decisión 2006/33/CE, de la Comisión, de 20 de enero por la cual se constituye un Grupo de expertos de alto nivel sobre la integración social de las minorías étnicas y su plena participación en el mercado laboral* (DOCE L-21/20, 25 de enero de 2006).

(129) COM (2006) 26 final *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Thematic programme for the cooperation with third countries in the areas of migration and asylum*.

(130) Decisión del Consejo, de 25 de junio de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el periodo 2007-2013 como parte del programa general "Solidaridad y gestión de los flujos migratorios". (DOCE n.º 168 de 28 de junio de 2007).

(131) COM (2007) 466 final de 19 de agosto de 2007, SEC 1062 (2007).

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

(133) En febrero de 2007 el Consejo adoptó los programas "Prevention of and Fight against Crime", "Prevention, Preparedness and Consequence management of Terrorism and other Security related risks" como instrumentos que componen el *Programa-marco Seguridad y Protección de las Libertades* dotado durante el período 2007-2013 con 745 M€. El 12 de febrero de 2007 adoptó el programa "Criminal Justice" como uno de los componentes del General Programme "Fundamental Rights and Justice" dotado con una cantidad de 542,90 M€ para el mismo período; los otros instrumentos que lo componen, el programa de acciones en el ámbito de la justicia civil y programas de prevención e información sobre drogas, se retrasarán en su aprobación debido a las enmiendas introducidas en primera lectura por el Parlamento Europeo en diciembre de 2006.

cuatro instrumentos financieros, dos de ellos disponibles desde enero de 2007 (el Fondo para las Fronteras Exteriores y el Fondo para la Integración) y otros dos que lo serán a partir de enero de 2008 (Fondo para el Retorno y el Fondo Europeo para los Refugiados), este último básicamente porque su vigencia actual alcanza hasta el 31 de diciembre de 2007. Destaca la dotación con la que se instituye este fondo, 4020,37 millones de euros, que casi cuadruplica la suma de las dotaciones de los otros dos Programas Generales, para el mismo período.

A lo largo de 2006 y parte de 2007 la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha abundado en las principales líneas marcadas por el Tribunal en años anteriores, principalmente en tres ámbitos: en materia de no discriminación de los familiares extranjeros de un ciudadano comunitario beneficiarios de ciertas libertades comunitarias (STJCE *Asunto Cynthia Mattern y Hajrudin Cikotic v Luxemburgo*, de 26 de octubre de 2006, STJCE *Asunto Comisión en España* de 31 de enero de 2006, STJCE *Yunying Jia v. Migrationsverket* de 9 de enero de 2007); en materia de derechos reconocidos en los acuerdos de asociación con la Comunidad para trabajadores de países terceros (STJCE *Asunto Hasan Güzeli v Oberbürgermeister der Stadt Aachen* de 26 de octubre de 2006, STJCE *Mohamed Gattoussi v Stadt Rüsselsheim* de 14 de diciembre de 2005, STJCE *Ergün Torun v Stadt Augsburg* de 16 de febrero de 2006, STJCE *Ismail Derin v. Landkreis Darmstadt-Dieburg* de 18 de julio de 2007); y en materia de derechos fundamentales de los extranjeros (STJCE *Asunto Parlamento v Consejo* de 27 de junio de 2006). Asimismo, empieza a crearse un cuerpo jurisprudencial en interpretación de las disposiciones comunitarias sobre asilo e inmigración, como la Directiva 2003/9/CE sobre las condiciones de recepción de los solicitantes de asilo (STJCE *Comisión v Austria* de 26 de octubre de 2006 y STJCE *Comisión v. Grecia* de 19 de abril de 2007), la Directiva 2002/9/CE de facilitación de la entrada y residencia irregular (STJCE *Comisión v Luxemburgo* de 7 de diciembre de 2006) o el propio Convenio de Schengen (STJCE *Bot v Préfet du Val-de-Marne* de 3 de octubre de 2006).

Con este cuerpo jurisprudencial el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas está creando poco a poco un verdadero estatuto de derechos de los nacionales de terceros Estados, con una aproximación a veces más protectora que el resto de instituciones comunitarias.

IV. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA A NIVEL ESTATAL

Si 2005 se cerraba con la atención puesta en la frontera sur y las tensiones en el control de las fronteras con Marruecos, los problemas de controles fronterizos vendrían en 2006 con la llegada de cada vez mayores embarcaciones (“cayucos”) a Canarias, lo cual obligó a desplegar medidas especiales de asistencia en las Islas, el refuerzo del mecanismo de redistribución de inmigrantes en la península, especialmente de los menores que deben ser atendidos en centros de protección, así como una doble iniciativa diplomática dirigida, por un lado, a activar la colaboración de las instituciones comunitarias la recién creada Frontex) y la cooperación y solidaridad de sus Estados Miembros; y por otro lado, a crear un marco de colaboración en la gestión migratoria y el control de fronteras con los Estados africanos de origen de la inmigración

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

(*Plan África 2006-2008*¹³⁴). El Plan África ha constituido uno de los ejes de la actividad exterior del Gobierno entre 2006 y 2007, que ha implicado a diversos ministerios (Exteriores, Trabajo y Asuntos Sociales, Interior); el Plan lista una serie de países africanos (no sólo del África subsahariana) agrupados en tres categorías: países de interés prioritario, de interés específico y de especial seguimiento, para lo cual establece varias líneas de acción: consolidación de la democracia y la paz, el desarrollo y la lucha contra la pobreza, cooperación en la regulación de los flujos migratorios, apoyo a la Unión Europea en su actividad respecto de África, fomento de intercambios comerciales y ampliación de las embajadas y la red consular; todo ello respaldado por la consignación de una serie de compromisos presupuestarios¹³⁵. Resultado directo de la especial atención a la cooperación migratoria son los convenios en esta materia adoptados con varios países africanos, así como los más específicos de readmisión.

Junto a las cuestiones de control migratorio, a lo largo de 2006 el Gobierno ha ultimado el proceso deliberativo conducente a la adopción del *Plan de Integración y Ciudadanía 2007-2010*, que se aprobaría definitivamente en abril del siguiente año y la consolidación de los mecanismos de financiación de Comunidades Autónomas y Entidades Locales en los programas de refuerzo de las acciones de acogida, integración e intervención educativa con inmigrantes (Fondo de Acogida). Igualmente, en este año de reformas estatutarias, la cuestión de la gestión de aspectos relacionados con la inmigración y el papel de las CCAA y Entes Locales toma nuevo relieve a raíz de la reforma estatutaria catalana, que asume competencias sobre los permisos de trabajo y las acciones de primera acogida e integración, entre otras cuestiones, marcando una línea por la que discurrirán con mayor o menor intensidad las posteriores reformas andaluza, aragonesa y balear¹³⁶. Al final del año, el Gobierno decidía la introducción de una moratoria a la libertad de circulación con fines laborales para los ciudadanos rumanos a la vista de la incorporación de este Estado a la Unión Europea y la extensión automática a sus nacionales de las libertades inherentes a la ciudadanía comunitaria.

En el plano normativo, durante 2006 y 2007 las normas internacionales adoptadas han tenido por objeto fundamentalmente, el reconocimiento recíproco de permisos de conducir (con Re-

(134) Tanto el Plan como un resumen ejecutivo del mismo pueden obtenerse en <http://www.mae.es/NR/rdonlyres/2931C11A-CA1D-4A45-B928-7C1FFD0B5000/o/LIBROPLANAFRICA.pdf>.

(135) Así, por ejemplo, se compromete a financiar con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo para el período 2008-2013 el X FED el 7,85% del total (1.780,5 millones de euros), la AECI consigna en el Plan Director de la Cooperación Española 2005-2008 unos 90 millones en 2006 y 120 millones de euros en 2008, o 400 millones de euros en Ayuda Oficial al Desarrollo para 2006, así como aportaciones al Banco Mundial o el Banco Europeo de Inversiones en un importe mínimo de 60 millones de euros o en a livio de la deuda como instrumento fundamental de la lucha contra la pobreza en África Subsahariana estimado para el África subsahariana en 546,34 millones de euros.

(136) A diferencia de la simple mención que ofrece el artículo 59.5 *Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (BOE n.º 86 de 11 abril de 2006), el artículo 138 de *Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña* incluye una detallada mención a las competencias autonómicas en este ámbito (BOE n.º 172 de 20 de julio de 2006). Artículo 62.1 *Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía* (BOE n.º 68 de 20 de marzo de 2007), artículo 75.6.ª *Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón* (BOE n.º 97 de 23 de abril de 2007), artículo 32.18.ª *Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears* (BOE n.º 52 de 1 de marzo de 2007).

pública Dominicana, Croacia y Argelia¹³⁷ y en breve con Paraguay), la reinstauración del régimen de visados (Bolivia¹³⁸), la firma de convenios de Seguridad Social (Brasil, República Dominicana, más adelante Argentina¹³⁹), acuerdos de cooperación migratoria con varios países africanos (Gambia, Guinea y Mauritania¹⁴⁰), acuerdos de asistencia judicial civil y mercantil (Argelia y República Dominicana¹⁴¹), acuerdos de extradición, traslado y asistencia de personas condenadas y asistencia judicial penal (Mauritania, República Popular China, India¹⁴²), sobre ejecución de sentencias penales (República Dominicana¹⁴³), acuerdos de cooperación fronteriza, policial y penal (Alemania, Benelux, Francia y Austria¹⁴⁴) así como de lucha contra la delincuencia (Chipre y

(137) Canje de Notas de 14 de julio de 2006 y de 24 de marzo de 2006 entre el Reino de España y la República Dominicana (BOE n.º 20 de 23 de enero de 2007) y Aplicación provisional del Canje de Cartas entre España y Croacia (BOE núm.288 de 23 de septiembre de 2006). Canje de Cartas de 26 de octubre de 2004 entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular (BOE n.º 237 de 4 de octubre de 2006, p. 34485). Más avanzado el año 2007 se publicaría el Canje de Cartas entre el Reino de España y la República de Paraguay relativo al reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción, hecho *ad referendum* en Asunción el 7 de noviembre de 2006 y Canje de Notas de fecha 20 de diciembre de 2006 de corrección de errores (BOE n.º 245 de 12 de octubre de 2007).

(138) Denuncia del Canje de Notas de 26 de marzo de 1962 entre España y Bolivia por el que suprimen los visados entre ambos países, hecho en La Paz el 26 de abril de 2007 (BOE n.º 136 de 7 de junio de 2007), adoptado previa Resolución de la Secretaría General Técnica por la que se dispone la publicación de la Nota Verbal de suspensión temporal del Canje de Notas entre España y Bolivia de fecha 26 de marzo de 1962, sobre supresión de visados (BOE n.º 73 de 26 de marzo de 2007).

(139) Convenio de Seguridad Social entre España y la República Dominicana (BOE de 12 de junio de 2006 n.º 139). Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 23 de noviembre de 2005 (BOE n.º 110 de 9 de mayo de 2006). Entrada en vigor del Protocolo Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, firmado el 28 de enero de 1997, hecho en Buenos Aires el 21 de marzo de 2005 (BOE n.º 243 de 10 de octubre de 2007).

(140) Aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia (BOE de 28 de diciembre de 2006 pp. 45914) con la República de Guinea-Conakry (BOE n.º 26, 30 de enero de 2007 y corrección de erratas en BOE n.º 80 de 3 de abril de 2007) y con la República Islámica de Mauritania (BOE n.º 260 de 30 de octubre de 2007). Destaca en este ámbito también la entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2001 (BOE n.º 73 de 26 de marzo de 2007).

(141) Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular (BOE n.º 103 de 1 de mayo de 2006) y Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Dominicana (BOE n.º 279 de 22 de noviembre de 2006).

(142) Aplicación provisional del Convenio de extradición entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, de 12 de septiembre de 2006, ídem para el Convenio de asistencia a personas detenidas y al traslado de personas condenadas, ídem para el Convenio de asistencia judicial en el ámbito penal (BOE n.º 267 de 08 de noviembre de 2006, p. 38829, p. 38832 y p. 38838). Instrumento de ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia penal, hecho en Pekín el 21 de julio de 2005 (BOE n.º 77 de 30 de marzo de 2007). Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Nueva Delhi el 3 de julio de 2006 (BOE n.º 70 de 22 de marzo de 2007).

(143) Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales (BOE n.º 279 de 22 de noviembre de 2006).

(144) Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (BOE de 25 de diciembre de 2006, n.º 307).

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

Rumanía¹⁴⁵), retorno de menores (Rumanía¹⁴⁶) y disposiciones de desarrollo de los acuerdos de readmisión entre la Unión Europea y otros Estados (Federación Rusa¹⁴⁷).

Entre la legislación estatal ordinaria se puede distinguir varios grupos de normas: primero, aquellas que crean, suprimen o reestructuran departamentos ministeriales y órganos administrativos¹⁴⁸, entre las que destaca la creación de la Dirección General sobre Integración de los Inmigrantes, la reorganización del Foro para la integración social de los inmigrantes¹⁴⁹ y la creación de un Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico¹⁵⁰; segundo, normas de modificación o desarrollo de la legislación de extranjería, entre las que cabe destacar la adopción del Real Decreto 240/2007 sobre el régimen de entrada y residencia de ciudadanos comunitarios¹⁵¹, la modificación del ar-

(145) Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República de Chipre sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Nicosia el 30 de abril de 2007 (BOE n.º 140 de 12 de junio de 2007). Convenio entre España y Rumania sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid el 30 de marzo de 2006 (BOE n.º 41 de 16 de febrero de 2007).

(146) Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid el 15 de diciembre de 2005 (BOE n.º 195 de 16 de agosto de 2006).

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

(148) Real Decreto 100/2006, de 3 de febrero, por el cual se modifica el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE de 4 de febrero de 2006, n.º 30, p. 4327). Real Decreto 991/2006, de 8 de septiembre, por el cual se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (BOE de 12 de septiembre de 2006, n.º 218, p. 32220); Orden PRE/3108/2006, de 10 de octubre, por la cual se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el cual se dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones a para plantar cara a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación (BOE de 11/10/2006, n.º 243, p. 35160). Igualmente son destacables las medidas de redistribución de las Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales en las Misiones Diplomáticas permanentes en varios países, suprimiendo las existentes en las de Canadá y Países Bajos (Reales Decretos 1172/2007 y 1173/2007 de 10 de septiembre, BOE n.º 227 de 21 de septiembre de 2007) y creando nuevas en las Misiones ante la República Popular de China (Real Decreto 87/2007 de 26 de enero, BOE n.º 35 de 9 de febrero de 2007), República de Ucrania y República de Ecuador (Reales Decretos 7/2007 y 8/2007 de 12 de enero, BOE n.º 22 de 25 de enero de 2007).

(149) Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el cual se regulan la composición, las competencias y el régimen de funcionamiento del Foro para la integración social de los inmigrantes (BOE de 17/01/2006, n.º 14, p. 1879).

(150) Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (BOE n.º 237 de 3 de octubre de 2007).

(151) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE n.º 51 de 28 de febrero de 2007).

título 13 del Reglamento de Extranjería¹⁵², la adopción de diversas instrucciones y resoluciones sobre permisos de residencia y trabajo especiales (marineros extranjeros y actividades de especial interés), de colaboración con la Inspección laboral, o de las obligaciones de información de las compañías de transporte, que desarrollan diferente previsiones del Reglamento¹⁵³; tercero, disposiciones de actualización de las normas generales de extranjería o de desarrollo de aspectos procedimentales de las mismas, como serían la convocatoria del contingente anual¹⁵⁴, la actualización de las cantidades dinerarias o medios económicos exigidos para entrar en España¹⁵⁵, la habilitación de puestos fronterizos¹⁵⁶, la actualización de sanciones económicas¹⁵⁷, la fijación de las condiciones de expedición de las cartas de invitación¹⁵⁸, la creación de centros de

(152) Real Decreto 1019/2006, de 8 de septiembre, por el cual se modifica el artículo 13 del Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE de 23 de septiembre de 2006, n.º 228, p. 33525).

(153) Resolución de 23 de junio de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la cual se delega el ejercicio de la competencia de resolución de las solicitudes de autorización de residencia temporal por concurrir la circunstancia excepcional de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los Subdelegados del Gobierno y en los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (BOE de 04/07/2006, n.º 158, p. 25177). Resolución de 2 de julio de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 29 de junio de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para tramitar las solicitudes de autorización de residencia y trabajo de extranjeros no comunitarios enrolados en buques españoles inscritos en el registro especial de buques y empresas navieras (BOE n.º 175, de 23 de julio de 2007). Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural (BOE n.º 65, de 16 de marzo de 2007). Resolución de 14 de febrero de 2007, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de las Secretarías de Estado, de Seguridad, del Ministerio del Interior y de Inmigración y Emigración, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se determinan las rutas sobre las que se establecen obligaciones de información por parte de las compañías, empresas de transportes o transportistas (BOE n.º 42, de 17 de febrero de 2007).

(154) Resolución de 26 diciembre 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la cual se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006, por el cual se establece el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2007 (BOE de 9 de enero de 2007, n.º 8, p. 1122).

(155) Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España. (BOE n.º 113 de 11 de mayo de 2007).

(156) Orden PRE/2729/2007, de 21 de septiembre, por la que se habilita el Puerto del Rosario (Fuerteventura), como puesto fronterizo. (BOE n.º 228, de 22 de septiembre de 2007).

(157) Real Decreto 306/2007, de 2 de marzo, por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

(158) Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado (BOE n.º 113, de 11 de mayo de 2007).

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

internamiento¹⁵⁹ y carta de servicios de los Centros de Acogida¹⁶⁰ o la regulación del acceso de extracomunitarios a los Servicios Públicos de Ocupación¹⁶¹ o a la Universidad¹⁶²; cuarto, todas aquellas normas con especial incidencia sobre los extranjeros, como las normas de desarrollo de distintos aspectos de los acuerdos con las diversas confesiones religiosas¹⁶³, el funcionamiento del padrón y sus certificados así como de las cifras de población resultantes de su revisión¹⁶⁴, la inscripción de adopciones y matrimonios en el Registro¹⁶⁵, la homologación de títulos¹⁶⁶, la regulación de la violencia y el racismo en el deporte¹⁶⁷. Por último, destacan en el ámbito aplicativo un largísimo listado de disposiciones que contienen diferentes medios dirigidos a finan-

(159) Orden PRE/3483/2006, de 13 de noviembre, por la cual se crean los centros de internamiento de extranjeros de Santa Cruz de Tenerife, Algeciras y Fuerteventura (BOE de 15 de noviembre de 2006, n.º 273, p. 39947).

(160) Resolución de 20 de marzo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la Carta de Servicios de los Centros de Acogida a Refugiados. (BOE n.º 76, de 29 de marzo de 2007).

(161) Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la cual se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Ocupación y en las Agencias de Colocación (BOE de 6 de diciembre de 2006, n.º 291, p. 42863).

(162) Resolución de 7 de mayo de 2007, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se dictan instrucciones para el acceso a la Universidad española en el próximo curso 2007-2008, de los alumnos procedentes de sistemas educativos a los que es de aplicación el artículo 38.5 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. (BOE n.º 112 de 10 de mayo de 2007 y corrección de errores en el BOE n.º 114 de 12 de mayo de 2007).

(163) Real Decreto 176/2006, de 10 de febrero, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los dirigentes religiosos e imams de las comunidades integradas en la Comisión Islámica de España (BOE de 18 de febrero de 2006, n.º 42, p. 6636), Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria (BOE de 10 de junio de 2006, n.º 138, p. 22301).

(164) Real Decreto 523/2006, de 28 de abril, por el cual se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes (BOE de 9 de mayo de 2006, n.º 110, p. 17581), Resolución de 24 de febrero de 2006, de la Oficina del Censo Electoral, por la cual se establece la repercusión de las bajas de oficio por inscripción indebida en los padrones municipales y el procedimiento de control de las altas en el Censo Electoral (BOE de 8 de marzo de 2006, n.º 57, p. 9338); Real decreto 1627/2006, de 29 de diciembre, por el cual se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2006 (BOE de 30 de diciembre de 2006, n.º 312, p. 46628).

(165) Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de Registros y del Notariado, por la cual se regula el reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE de 30 de agosto de 2006, n.º 207, p. 31362); Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006 de matrimonios de conveniencia (BOE de 17 de febrero de 2006, n.º 41, p. 6330).

(166) Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo, por la cual se establecen los criterios generales para la determinación y realización de los requisitos formativos complementarios previos a la homologación de títulos extranjeros de educación superior (BOE de 19 de mayo de 2006, n.º 119 p. 19066).

(167) Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (BOE n.º 166, de 12 de julio de 2007).

ciar acciones en materia de inmigración, entre las que se encuentran tanto las convocatorias de subvenciones a entidades públicas como a privadas¹⁶⁸.

Finalmente, y aunque no tengan propiamente carácter normativo, debe destacarse la adopción en el ámbito de Fiscalía de la *Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*¹⁶⁹ y en el ámbito de la DGRN las distintas Instrucciones sobre tramitación de la nacionalidad por residencia, adquisición por presunción o apellidos de extranjeros nacionalizados¹⁷⁰, pues todas ellas presentan un destacado valor interpretativo y aseguran la aplicación uniforme de las normas.

(168) Entre muchas, pueden destacarse: por un lado, aquellas dirigidas a reforzar la acogida de inmigrantes en los puntos de entrada de la frontera sur, el Real Decreto 603/2006, de 19 de mayo, mediante el cual se regula la concesión directa de subvenciones a determinadas entidades para la atención humanitaria a personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad llegadas a la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOE* de 29 de mayo de 2006, n.º 127, p. 20082) y en la misma línea Real Decreto 1142/2006, de 6 de octubre, por el cual se regula la concesión directa de subvenciones a determinadas entidades para la atención humanitaria a personas inmigrantes en situación de vulnerabilidad que llegan a la Comunidad Autónoma de Canarias, a la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las Ciudades de Ceuta y Melilla (*BOE* de 7 de octubre de 2006, n.º 240, p. 34861); por otro lado, el Real Decreto 845/2006, de 7 de julio, por el cual se regula la concesión de una subvención extraordinaria al Reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y la lucha contra la emigración ilegal (*BOE* de 08 de julio de 2006, n.º 162, p.25574); y en tercer lugar, la transferencia de fondos a otras administraciones competentes en materia de inmigración, como es el caso de la Resolución de 27 de junio de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la cual se da publicidad al Protocolo por el cual se prorroga para el año 2006, el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades Autónomas para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes así como de refuerzo educativo (*BOE* de 21 de julio de 2006, n.º 178) o Real Decreto 1515/2006, de 7 de diciembre, por el cual se regula la concesión directa de una subvención a determinadas CCAA para la atención de menores extranjeros no acompañados trasladados en el marco del Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOE* de 8 de diciembre de 2006, n.º 293, p. 43104). En la misma línea se inscriben el Real Decreto 1260/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la concesión de una subvención directa a las Ciudades de Ceuta y Melilla para la mejora de la atención a menores extranjeros no acompañados (*BOE* n.º 228, de 22 de septiembre de 2007 y *BOE* n.º 230, de 25 de septiembre de 2007). Real Decreto 868/2007, de 2 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las entidades encargadas de la atención de menores extranjeros no acompañados en el marco del Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desde la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOE* n.º 168, de 14 de julio de 2007). Real Decreto 441/2007, de 3 de abril, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de subvenciones a entidades y organizaciones que realizan actuaciones de atención humanitaria a personas inmigrantes (*BOE* n.º 94, de 19 de abril de 2007). Orden TAS/195/2007, de 2 de febrero, por la que se establece la concesión de subvenciones para financiar programas destinados a la formación e inserción de trabajadores inmigrantes (*BOE* n.º 32, de 6 de febrero de 2007). Orden TAS/1043/2007, de 18 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (*BOE* n.º 95, de 20 de abril de 2007). Orden TAS/1763/2007, de 11 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones para la ordenación de los flujos migratorios laborales de los trabajadores migrantes y su inserción sociolaboral (*BOE* n.º 144, de 16 de junio de 2007). Resolución de 16 de marzo de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se establecen para el año 2007, las cuantías máximas y mínimas de las ayudas económicas para los beneficiarios de los Centros de Acogida a Refugiados de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes (*BOE* n.º 81, de 4 de abril de 2007).

(169) El texto puede consultarse directamente en www.fiscal.es.

(170) Instrucción de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (*BOE* n.º 189, de 8 de agosto de 2007), Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple pre-

Actividad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración

Respecto de la legislación autonómica, baste aquí apuntar que más allá de las reformas estatutarias mencionadas en las que algunas Comunidades han empezado a asumir expresamente competencias sobre aspectos importantes de inmigración (integración, primera acogida, educación, formación ocupacional, servicios sociales, etc.), las Comunidades Autónomas han continuado abordando la regulación de tales actividades a través de la legislación específica (Cataluña¹⁷¹) o sectorial de carácter general, que toma ya en consideración al colectivo inmigrante como elemento de referencia, como es el caso por ejemplo de las distintas leyes de cooperación (Cantabria, País Vasco, Comunidad Valenciana¹⁷²) o de servicios sociales (Cataluña¹⁷³), así como planes de inmigración y otras disposiciones infralegales de carácter sectorial¹⁷⁴.

La jurisprudencia nacional en esta materia es demasiado amplia como para abarcarla aquí además ya ha sido objeto de estudio específico en otros apartados de la Revista, por lo que en este punto nos limitaremos a señalar los elementos más novedosos de la misma.

Entre la *jurisprudencia constitucional* de 2006 y 2007 es llamativo el gran número de recursos de amparo contra la inadmisión a trámite de “habeas corpus” presentados por extranjeros que han llegado en “patera” y que fueron inadmitidos directamente sin audiencia del recurrente (STC 169/2006 de 5 de junio; STC 356/2006 de 18 de diciembre de 2006; STC 355/2006 de 18 de diciembre de 2006, STC 354/2006 de 18 de diciembre de 2006; STC 213/2006 de 3 de julio de 2006; Sentencia 212/2006 de 3 de julio de 2006) así como aquellos en los que la inadmisión por el órgano judicial se produjo a pesar de que las cuestiones que se dilucidaban en este trámite previo eran cuestiones de fondo relacionadas con la legalidad de la detención (STC 260/2006 de 11 de septiembre de 2006; STC 259/2006 de 11 de septiembre de 2006). La estimación de los recursos no excluye la importancia de algunos votos particulares en relación a la legitimación procesal y la presentación por abogado en estos recursos. Dado que la presente recensión documental abarca hasta el mes de junio de 2007, queda excluida de la misma el comentario más detenido que merecería la STC 236/2007 de 14 de noviembre de 2007 sobre la reforma de la LO 8/2000 a la LO 4/2000 de *Derechos y Libertades de los Extranjeros y su integración social*, baste

sunción (BOE n.º 86, de 10 de abril de 2007). Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la dirección general de los registros y del notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el registro civil español (BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007).

(171) *Projecte de Llei catalana de primera acollida de les persones immigrades*, se puede consultar el documento de bases (http://www.gencat.net/benestar/immi/pdf/bases_llei_acollida.pdf) así como la sección dedicada a la misma en la web de la Consejería de Bienestar Social (<http://www.gencat.net/benestar/societat/convivencia/immigracio/index.htm>).

(172) Ley de Cantabria 4/2007, de 4 de abril, de Cooperación Internacional al Desarrollo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada el 17/04/2007, Ley de Cooperación para el Desarrollo del País Vasco publicada el 8 de marzo de 2007, Ley de la Cooperación al Desarrollo de la Comunitat Valenciana publicada el 14 de febrero de 2007.

(173) Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña (DOGC n.º 4990, de 11 de octubre de 2007).

(174) Para una recopilación detallada puede consultarse VIDAL FUEYO, Camino: “Las políticas autonómicas en materia de inmigración en 2006” en ARANGO, Joaquín y AJA, Eliseo (eds.): *La inmigración en España en 2006. Anuario de Inmigración y Políticas de Inmigración*, Ed. CIDOB, Barcelona 2007, o con carácter más general de la misma autora “Breve aproximación a las políticas autonómicas en materia de inmigración” en MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL FUEYO, Camino: *Las competencias en inmigración del estado y de las comunidades autónomas*, Ed. CEPC, Madrid 2007.

aquí subrayar la necesidad de abordar algunos de los problemas constitucionales centrales que el recurso planteaba¹⁷⁵.

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya dimensión e importancia exceden este espacio, baste señalar la consolidación de algunas de líneas jurisprudenciales de relativo interés: en primer lugar, el Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina referida a la necesidad de motivar expresamente la expulsión cuando la causa sea la mera permanencia irregular en el territorio (STS de 29 de septiembre de 2006, Secc. 5.ª Sala C-A; STS de 19 de abril de 2007, RJ 2007\4277; STS de 19 de julio de 2007, RJ 2007\4843; STS de 20 de abril de 2007, RJ 2007\4115; STS de 28 de febrero, RJ 2007\3081; STS de 20 de abril de 2007, RJ 2007\4288); segundo, y en línea de mayor novedad, el Tribunal apunta el efecto relativamente vinculante que despliega la interpretación de la ley exteriorizada en formularios, notas informativas e instrucciones elaboradas por la Administración, especialmente cuando es favorable a los administrados y luego de forma inmotivada y sin subsanación la Administración se desvía de la misma (STS de 12 de abril 2007, RJ 2007\2405; STS de 29 de marzo de 2007, RJ 2007\1958); tercera, el Tribunal Supremo insiste en el carácter complementario del concepto de arraigo legal del artículo 41.2.d) de la LO 4/2000 del concepto de arraigo de elaboración jurisprudencial, pues el primero no puede considerarse que efectúe una definición tasada con un *numerus clausus* de supuestos (STS de 12 de abril de 2007, RJ 2007\3704); cuarto, el Tribunal ha seguido sosteniendo la necesidad de que para que la omisión del trámite de audiencia tenga fuerza invalidante del procedimiento, ésta debe producir una indefensión real y efectiva (STS de 25 de mayo de 2007, RJ 2007\5720; STS de 18 de abril, RJ 2007\1869 y en un sentido más amplio, STS de 29 de marzo, RJ 2007\2658 y la STS de 22 de febrero, RJ 2007\1914); las primeras sentencias citadas también recuerdan que el establecimiento de un recurso administrativo previo al acceso a la jurisdicción no obstaculiza ni impide el acceso al proceso judicial, sino que por el contrario es una garantía para los interesados; y quinta, el Tribunal ha continuado los esfuerzos por lograr una más adecuada delimitación entre los delitos contra los derechos de los extranjeros y otros delitos como los de inducción a la prostitución o los delitos contra los trabajadores (STS de 2 de noviembre de 2006, Secc. 1.ª Sala Penal; STS de 5 de octubre de 2006, Sec. 1.ª Sala Penal; STS de 5 de junio de 2006, Secc. 1.ª Sala Penal). Finalmente, debe recordarse el rechazo por el Tribunal Supremo a principios de 2007 de los argumentos sobre la ilegalidad de varios preceptos del Real Decreto 2393/2004, argumentos sostenidos por diversas asociaciones de defensa de los derechos de los inmigrantes (STS de 8 de enero de 2007, Secc. 4.ª C-A; STS de 9 de enero de 2007, Secc. 4.ª C-A; STS de 10 de enero de 2007, Secc. 4.ª C-A; STS de 13 de junio de 2007, Secc. 4.ª C-A).

(175) El texto de la misma puede localizarse en www.tribunalconstitucional.es.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional,
Universidad de Córdoba
(E-mail: octavio@uco.es)

II

Diversidad cultural y derechos fundamentales

RESUMEN

DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En los primeros años del siglo XXI estamos asistiendo a una serie de profundos cambios sociales, políticos y culturales que nos obligan a replantearnos algunos de los paradigmas del moderno constitucionalismo. Tomando como referencia la teoría clásica de los tres elementos del Estado –pueblo, territorio y poder–, es evidente la erosión sufrida por dicho modelo de organización político-jurídica. Una de las transformaciones más evidentes en nuestras sociedades es el incremento de la heterogeneidad como consecuencia del crecimiento de las migraciones. Un cambio con evidentes repercusiones desde la perspectiva de los derechos humanos y que obliga a un entendimiento más complejo del principio de igualdad, concebido como derecho a nuestras diferencias, así como a cuestionarnos si es posible hablar de un derecho a la identidad cultural. Frente a dicha diversidad, el Estado debe hacer un tremendo esfuerzo por mantenerse neutral en relación a las múltiples expresiones culturales. Una neutralidad que debe ser particularmente evidente en materia religiosa. A su vez, las reglas democráticas deben servir como herramientas para un diálogo intercultural, para un intercambio de ideas, experiencias e identidades, que han de enriquecernos a todos y cada uno de nosotros.

ABSTRACT

CULTURAL DIVERSITY AND HUMAN RIGHTS

At the dawn of the twenty-first century, we are witnesses to a series of profound social, political and cultural changes that force us to rethink some of the foundations of modern constitutionalism. Taking the classic theory of the three elements of State –people, territory and power– as a reference point, the erosion suffered by the traditional foundations of this political/legal model of organisation becomes clear. One of the most evident transformations taking place in our society is the phenomenon of growing heterogeneity as a consequence of

Octavio Salazar Benítez

II

increased migratory movements. This sets up crucial challenges from the perspective of human rights and above all confronts us with a more complex understanding of the principle of equality. Diversity forces us to deepen our understanding of equality as a right to acknowledge our differences and also begs the question of whether it is possible to talk about the right to cultural identity. Faced with diversity, the State must make a tremendous effort to remain “neutral” in relation to all these cultural expressions. The neutral position of the State should be particularly clear in matters of religion. These democratic rules must act as a channel, enabling intercultural dialogue to flow, an exchange of ideas, experiences and identities that in the end enrich each and every one of us.

SUMARIO

I. Viejos escenarios y nuevas exclusiones.

II. Cultura *versus* “culturas”.

III. El reconocimiento internacional de la diversidad cultural.

IV. Los retos constitucionales de la diversidad cultural.

V. Los límites de la diversidad cultural.

VI. Conclusiones: La universalidad como punto de llegada.

I. VIEJOS ESCENARIOS Y NUEVAS EXCLUSIONES

En este recién iniciado siglo XXI estamos asistiendo a profundos cambios sociales, políticos y culturales que nos obligan a replantear algunos de los cimientos del constitucionalismo moderno¹. Fenómenos como la globalización o los movimientos migratorios nos obligan a cuestionarnos una serie de paradigmas sobre los que se fueron consolidando los Estados nacionales². De entrada, el marco territorial que servía de delimitación para la acción política del Estado y

(1) PEDRO DE VEGA (1998): *Mundialización y Derecho constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad del Externado de Colombia.

(2) Véanse David HELD (1997): *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós; y Will KYMLICKA (2003): *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

como referencia de aplicación del ordenamiento jurídico estatal, ha ido desdibujándose. Las fronteras se han vuelto más porosas y, en algunos casos, hasta invisibles. Un proceso paralelo al del progresivo debilitamiento de la soberanía. Algo evidente en materia económica pero que también se extiende a otros ámbitos de acción política. La Unión Europea es el ejemplo más depurado de organización política supranacional en la que los Estados miembros han tenido que despojarse de parte de su soberanía para traspasarla a un ente que toma decisiones obligatorias para todos ellos. Y en tercer lugar, ligado a los fenómenos anteriormente descritos, el elemento humano del Estado también ha empezado a experimentar una serie de transformaciones como consecuencia, en gran medida, de los movimientos migratorios. Un fenómeno que está poniendo en entredicho la tradicional vinculación entre “nacionalidad” y “ciudadanía” y que está rompiendo la tradicional homogeneidad sobre la que se edificaron los Estados constitucionales³. En este sentido, la misma teoría de los derechos fundamentales se ve obligada a una revisión desde unas exigencias de universalidad que hoy más que nunca llaman a las puertas de las Constituciones. Si el constitucionalismo es lo que convierte a los individuos en ciudadanos y su eje fundamental es la igualdad⁴, no cabe duda de que la teoría constitucional está obligada a revisar a algunos de sus parámetros clásicos. Desde el convencimiento de que la igualdad, y en definitiva los derechos humanos, no son conceptos absolutos sino procesos en los que se va concretando la lucha por la dignidad, “vehículo y depósito de alternativas e innovaciones”⁵.

Los Estados nacionales han empezado a perder parte del terreno sólido sobre el que habían construido su hegemonía: el cimentado sobre una pretendida homogeneidad que reducía los conflictos y que en realidad suponía una división jerárquica entre la “cultura dominante” y las minoritarias. En nuestras ciudades conviven, o al menos lo intentan, personas de diferentes orígenes étnicos, que practican religiones diversas o que, en definitiva, han construido su identidad sobre parámetros distintos. De esta manera se está forjando “una era de diferencias entrelazadas”⁶, mientras que asistimos a “una crisis de la maquinaria del Estado Nación inventada para separar inequívocamente a los «de dentro» de los «de fuera»”⁷. Esa diversidad, enriquecedora pero también en ocasiones conflictiva, nos obliga a profundizar en el entendimiento de la igualdad como derecho al reconocimiento de nuestras diferencias y plantea la necesidad de reconocer el derecho a la identidad cultural⁸. Desde esta perspectiva, “universalidad de los

(3) Benito ALÁEZ DEL CORRAL (2006): *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

(4) Javier PÉREZ ROYO (2005): *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, p. 28.

(5) Peter HÁBERLE (2002): *Pluralismo y Constitución, Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, p. 68.

En este contexto habría que situar el interesante proyecto de *Carta de Derechos Humanos Emergentes*, elaborado en el marco de los trabajos preparatorios del Diálogo “Derechos Humanos, necesidades emergentes y nuevos compromisos” celebrado en el Fórum de Barcelona de 2004. Un proyecto que parte de la necesidad de “redefinir” los derechos fundamentales para adaptarlos a las nuevas necesidades del siglo XXI. Puede consultarse el texto en la página web del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña: www.indhc.org.

(6) Daniel INNERARITY (2001): *Ética de la hospitalidad*, Barcelona, Península, p. 147.

(7) Zygmunt BAUMAN (2007): *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, p. 162.

(8) Sobre el derecho a la igualdad como reconocimiento de las diferencias véase Luigi FERRAJOLI (1995): *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, p. 906. Sobre el derecho a la identidad cultural, véase Octavio SALAZAR (2005): “El derecho a la identidad

derechos humanos y diversidad cultural no pueden ya plantearse como conceptos antagónicos, sino necesariamente interactivos”⁹.

Estos retos se han hecho especialmente presentes en las últimas décadas como resultado de dos consecuencias del proceso de globalización, una que podemos calificar como negativa y otra que estimamos positiva. La primera estaría constituida por las amenazas que dicho proceso representa para las culturas, para las identidades, en definitiva para las minorías. Ante dichas amenazas surge la necesidad de amparar bajo los derechos las diversas opciones culturales¹⁰. La segunda podríamos concretarla como las mayores posibilidades que tenemos de encontrarnos con “lo extraño” y con “lo diferente”¹¹. Esa eliminación de distancias contribuye a que tomemos conciencia de nuestra identidad, en la medida en que tenemos más posibilidades de contraste. Al mismo tiempo, las identidades se están reforzando ante las amenazas que implica la globalización y están llegando incluso a desarrollar mentalidades propias de “fortalezas asediadas”¹². Un proceso paradójico en la medida en que, al tiempo que se insiste en la “universalidad” de los derechos humanos, no dejan de aumentar las desigualdades y la exclusión. Ante esta creciente vulnerabilidad, ante las amenazas de “desposesión”, es normal que los “perdedores” se refugien en sus identidades, en sus comunidades más próximas, en los valores que pueden otorgarles una cierta seguridad, aunque sea ficticia o sobrenatural¹³. Y ello, a su vez, propicia el crecimiento de un fundamentalismo identitario que abona teorías como la del “choque de civilizaciones”¹⁴.

Por otra parte, no podemos olvidar que la globalización también tiene una dimensión cultural. Y no sólo porque, como se señaló en la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas culturales de 1982, “la lengua internacional de los negocios y el comercio desbanca a pasos agigantados a la lengua de la cultura”, sino también porque los procesos de internacionalización tienen entre sus objetivos la creación de un espacio público lo más homogéneo posible, dominado por las políticas de asimilación y en el que tratan de neutralizarse las diferencias. De esta manera se subrayan y amplifican las características que sirvieron de base a la construcción de los Estados nacionales.

cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 127, pp. 297-332.

(9) Juan José TAMAYO y M.ª José FARIÑAS (2007): *Culturas y religiones en diálogo*, Madrid, Síntesis, p. 173.

(10) “La posibilidad de responder *alternativamente* a nuestra «civilizada» organización del planeta radica hoy, fundamentalmente, en el recurso a la diversidad cultural como pluralidad de visiones del mundo. Y debo precisar que se trata de un recurso que, por hacerse precisamente en vistas a la formulación de respuestas alternativas a la «Barbarie» resultante de nuestra «Civilización», está animado por la idea regulativa de lograr la articulación intercultural de esas posibles respuestas alternativas en una estrategia universalizable de vida digna para toda la humanidad”. Raúl FORNET-BETANCOURT: “Supuestos filosóficos del diálogo intercultural”, www.them.polylog.org/1/ffr-es.htm (consultada por última vez el 20 de mayo de 2007).

(11) Daniel INNERARITY (2006): *El nuevo espacio público*, Madrid, Espasa, p. 236.

(12) Zygmunt BAUMAN (2002): *La cultura como praxis*, Barcelona, Paidós, p. 75.

(13) “Los sentimientos, la convivencia, la memoria, la afinidad, el lugar, la comunidad, la plenitud emocional, el disfrute intelectual y la sensación de que todo tiene sentido, todo ello nos resulta algo mucho más cercano que las declaraciones de derechos humanos o los tratados comerciales”. Terry EAGLETON (2001): *La idea de cultura. Una mirada política sobre los conflictos culturales*, Barcelona, Paidós, p. 193.

(14) Samuel HUNGTINTON (1997): *El choque de civilizaciones. La reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós.

II. CULTURA VERSUS “CULTURAS”

Debemos recordar que el Estado Nación surgido del liberalismo se apoyó en la suma de tres principios –el de legalidad, el de universalidad de la ley y el de igualdad formal ante la ley– y en el binomio nacionalidad/ciudadanía¹⁵. Sobre ellos se trató de configurar un espacio público lo más homogéneo posible mediante la conjunción de varios elementos como la centralización del poder político, un sistema jurídico unificado, una lengua oficial, un sistema educativo controlado en gran medida por los poderes públicos y una serie de símbolos estatales. La pretendida “neutralidad” del Estado, que nunca fue tal porque siempre respondió a los intereses de una clase dominante, amparaba las “diversidades” pero siempre que permanecieran en el ámbito privado. Un ámbito que no es casualidad que fuera el reservado a las mujeres, excluidas durante siglos de la ciudadanía y por tanto de la universalidad de los derechos¹⁶.

De hecho, el constitucionalismo europeo, incluidos los textos más recientes, no reconoce expresamente la diversidad cultural y ni siquiera, en la mayoría de los casos, los derechos culturales. Éstos, en todo caso, han de entenderse protegidos a través de otras libertades que sirven de vehículo de expresión de los mismos. Es el caso de las libertades de conciencia y de expresión. A ello habría que añadir instrumentos tales como el pluralismo educativo o de medios de comunicación. Las referencias a la “cultura” se limitan al reconocimiento, más o menos expreso, de las libertades de creación cultural y de la protección del patrimonio, al que habría que sumar, en los Estados descentralizados, el reconocimiento de las expresiones culturales de cada uno de sus territorios.

Podemos utilizar como ejemplo del leve reconocimiento constitucional de los derechos culturales la Constitución española de 1978¹⁷. En su Preámbulo encontramos dos pronunciamientos muy genéricos. Por una parte, se conecta el progreso de la cultura a la digna calidad de vida. Por otra, y de acuerdo con el modelo autonómico, se establece el objetivo de proteger las “culturas, tradiciones, lenguas e instituciones” de pueblos de España. Sólo encontramos el término cultura una vez más en el capítulo dedicado a los “principios rectores de la política social y económica”. En concreto, el artículo 44 de la CE dispone que “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”. Un mandato en el que la “cultura” aparece en singular, entendida pues como un conjunto de prestaciones, productos y servicios que nada tienen que ver con lo que podemos considerar “identidad cultural”. Entre ambas hay una diferencia clave: mientras que en el acceso a la cultura todos debemos ser considerados “iguales”, y los poderes públicos deben actuar para que no haya discriminaciones en el disfrute en dicho derecho, en el derecho a la identidad cultural todos debemos ser considerados “diferentes”. Algo que está íntimamente relacionado con los dos faros que la Constitución española sitúa como guía de su declaración de derechos. Me refiero a la “dignidad” y al “libre desarrollo

(15) Octavio SALAZAR (2005): cit., pp. 203-205.

(16) Las mujeres fueron excluidas del “pacto” y abandonadas en la naturaleza. Ana RUBIO CASTRO: “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política”, *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, (2007), Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, p. 35.

(17) Sobre este tema véase Jesús PRIETO DE PEDRO (1992): *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, CEPC, y Gerardo RUIZ-RICO RUIZ y Nicolás PÉREZ SOLA (2005): *Constitución y cultura, Retos del Derechos Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch y Junta de Andalucía.

de la personalidad”, considerados en el artículo 10 como fundamentos del “orden político”, o sea del edificio constitucional, y de la “paz social”, es decir, de la convivencia pluralista y pacífica. Dignidad que implica no sólo la capacidad de autodeterminación del individuo sino también el reconocimiento y el respeto de los demás (STC 53/85, de 11 de abril, fundamento jurídico 8)¹⁸. Estas previsiones constitucionales deben conectarse a su vez con el reconocimiento como derecho fundamental de la libertad que ampara la identidad de cada sujeto. Me refiero a la libertad de conciencia, no expresamente mencionada como tal en la Constitución de 1978, pero sí deducible de la proclamación en el artículo 16 de la “libertad ideológica, religiosa y de culto”. Dicha libertad constituye uno de los fundamentos de un régimen democrático en la medida en que la misma posibilita “el libre desarrollo de la personalidad” y es pieza clave en la articulación de un sistema pluralista. La conciencia, en definitiva, es la herramienta mediante la que construimos nuestra identidad¹⁹. Estas referencias no podemos desligarlas del mandato que contiene el artículo 9.2 de la CE, el cual obliga a los poderes públicos a remover todos los obstáculos que impiden que la libertad de los individuos “y de los grupos en que se integra” sean reales y efectivas, al tiempo que hace un llamamiento para impulsar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica y también cultural²⁰.

Llama la atención cómo, a diferencia de lo que ocurre en el constitucionalismo europeo, el latinoamericano se ha mostrado más sensible al reconocimiento de la diversidad cultural de sus

(18) Como bien señala Dionisio LLAMAZARES, la persona se caracteriza por dos cosas: 1.^a) por la capacidad para percibirse a sí misma como algo existente y distinto tanto de “los otros” a los que percibe como un tú, como de “lo otro”; 2.^a) por la capacidad para decidir libremente sobre sus relaciones con “lo otro” y con “los otros” e incluso sobre sí misma. Dionisio LLAMAZARES (1997): *Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid, Civitas, p. 225.

(19) “La conciencia es la capacidad o facultad para percibir la propia esencia como persona y como radical libertad, para percibir la propia identidad y, por tanto, para percibirse como distinto de «lo otro» y de «los otros» en razón de sus características singulares y como sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones, dando así unidad a su propia historia”, Dionisio LLAMAZARES (1997): cit., p. 11.

(20) La LO 2/2007, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía es la primera “norma institucional básica” que incorpora la necesidad de proteger la diversidad cultural. El mismo Preámbulo parte del reconocimiento de la historia “multicultural” de Andalucía, territorio que “ha compilado un rico acervo cultural por la confluencia de una multiplicidad de pueblos y de civilizaciones, dando sobrado ejemplo de mestizaje humano a través de los siglos. La interculturalidad de prácticas, hábitos y modos de vida se ha expresado a lo largo del tiempo sobre una unidad de fondo que acrisola una pluralidad histórica, y se manifiesta en un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre las culturas del mundo”. A lo largo del articulado encontramos varias previsiones que inciden en la protección del pluralismo cultural. Así, el artículo 10, al señalar los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, dispone en su apartado 1.º que “La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias”. Además concreta como objetivos la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes (artículo 10.3.17.º) y la promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social (artículo 10.3.21.º). El artículo 14 incluye entre las circunstancias que no pueden dar lugar a discriminaciones los orígenes étnicos y la cultura. Finalmente, el artículo 37, al definir los principios rectores de las políticas de los poderes públicos andaluces, incluye “la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad” (artículo 37.1.2.º), así como “la convivencia social, cultural y religiosa de todas las personas en Andalucía y el respeto a la diversidad cultural, de creencias y convicciones, fomentando las relaciones interculturales con pleno respeto a los valores y principios constitucionales” (artículo 37.1.23.º).

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

sociedades. Los textos constitucionales surgidos en el centro y en el sur del continente americano en diferentes momentos del siglo xx reflejan la realidad multiétnica de dichos países y, en muchos casos, la abrumadora presencia de pueblos indígenas. El reconocimiento que en dichos textos encontramos de la realidad multicultural de esos países puede servirnos de referente para el debate que en Europa estamos obligados a plantearnos en la actualidad tras siglos de diversidades invisibles y de culturas monolíticas²¹.

Frente a esa tradición constitucional, la europea hunde sus raíces en el modelo político-jurídico, y también cultural, que construyó el liberalismo. Un modelo para el que la “cultura” equivale a “civilización”, es decir, a un determinado estadio del progreso intelectual de la humanidad que se identificaba con las conquistas de la razón. “Cultura” era, pues, la expresión ética y estética del compromiso racional con unos valores occidentales. Frente a ella, las “culturas”, en plural, serían las tradiciones, lo ligado a lo sentimental, los vínculos que unían al individuo a los aspectos más irracionales de la existencia. Es decir, todo lo que no cabía en el programa racionalizador de la Ilustración y que, a lo sumo, cabía proteger mediante las “libertades negativas”. Las diferencias quedaron replegadas en el ámbito privado y se trató de articular un espacio público lo más homogéneo posible y sustentado sobre una concepción jerárquica entre la “cultura” y las “culturas”. La primera, en cuanto producto de la razón, se consideraba superior y por ello era legítima cualquier actuación destinada a extenderla. Los diferentes, los diversos, los bárbaros, los salvajes, debían ser civilizados²². Sus culturas eran inferiores, menos acordes con la naturaleza racional del ser humano y, por ello, incluso debían ser aniquiladas²³. Los derechos humanos, tal y como se concibieron desde una lectura occidental, no podían tutelar expresiones de la

(21) El texto que inicialmente plantea ese reconocimiento es la Constitución mejicana de 1917, la cual se apoyaba en la “composición pluricultural” de la Nación mejicana “sustentada originariamente en sus pueblos indígenas” (artículo 4). El reconocimiento del pluralismo étnico se ha sucedido después en diversos textos constitucionales. Así el artículo 5 de la Constitución de Nicaragua reconoce el “pluralismo étnico” de la nación. De manera similar se pronuncia la Constitución peruana. Bolivia es definida como “libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural” (artículo 1 Constitución Bolivia), mientras que el Estado colombiano se compromete a reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7 Constitución colombiana). Por su parte, el Estado de Ecuador es definido como “social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico” (artículo 1 Constitución de Ecuador).

Con distinta intensidad encontramos también en estos textos la protección de lo que podríamos llamar el “derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas”, el cual se proyecta en el respeto a sus tradiciones históricas y culturales, de sus usos y costumbres, idiomas y religiones, en la necesaria ordenación de una educación bilingüe, en la protección de su derecho consuetudinario y a la posesión y disfrute de sus tierras, o en la conservación y promoción de sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. Entre las previsiones constitucionales que contemplan esas diversidades podemos destacar cómo en la Constitución venezolana de 1999 se recoge expresamente “el derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto” (artículo 121). O como en la Constitución de Guatemala (de 1985, reformada en 1993) se contempla la necesaria protección de los derechos de los grupos indígenas entre los que cabe considerar incluidas las formas de vida, las costumbres, las formas de organización social, los idiomas y dialectos e incluso el uso del traje tradicional de dichos pueblos.

(22) Joaquín HERRERA FLORES (2005): *Los derechos humanos como productos culturales*, Madrid, Catarata, p. 18.

(23) “Para la Ilustración, la cultura significaba, lisa y llanamente, todos aquellos vínculos regresivos que nos impiden convertirnos en ciudadanos y ciudadanas del mundo. Cultura significa nuestro apego al lugar, la nostalgia de la tradición, la inclinación hacia la tribu, la reverencia a la jerarquía”. Terry EAGLETON (2001): cit., p. 52.

libertad que no cabían en el canon desde el que se pretendía administrar la democracia y el desarrollo humano²⁴.

Esta mentalidad “colonialista” ha imperado en el ámbito cultural a lo largo de los últimos siglos y corremos el riesgo de que vuelva a ser dominante en estos tiempos de globalización. Sobre esa dicotomía se construyó culturalmente un modelo social que llegó hasta los Estados constitucionales del siglo xx y que en el presente siglo empieza a mostrar fisuras gracias a los fenómenos que están desenmascarando el “mito” de la homogeneidad. Un mito que se derrumba si partimos de dos afirmaciones complementarias: todos somos animales culturales y todas las sociedades son de hecho multiculturales.

Si hay algún elemento que nos identifica como seres humanos es precisamente nuestra capacidad de reaccionar culturalmente frente al mundo en el que vivimos²⁵. Se trata de una capacidad universal y racional que nos sitúa de una determinada manera en el mundo y que se proyecta en todos los derechos y libertades en que se concreta nuestra dignidad. Es inevitable, pues, hablar de la identidad cultural como un derecho que, a su vez, se proyecta en otros. Un derecho que pone en tela de juicio el mismo entendimiento del pluralismo y las dimensiones sustanciales de la igualdad, y en cuyo reconocimiento hemos de tener en cuenta que las culturas no son puras sino que se van construyendo por interacción con otras. En este sentido, más que seres culturales, nos podemos definir como seres “multiculturales”. Como tales nos movemos además en una tensión difícil de resolver, la que nos sitúa entre la identidad entendida como códigos culturales heredados y la identidad como proceso que vamos recorriendo.

La realidad innegable de nuestra naturaleza de seres multiculturales se proyecta a su vez en la dimensión colectiva de nuestra existencia. Si somos hombres y mujeres culturales, la sociedad tiene que reflejar esa diversidad. Es decir, las sociedades son necesariamente multiculturales. Todos los países sin excepción han ido conformando su historia de manera multicultural y de esa historia ha surgido una identidad necesariamente diversa y plural. Una identidad que se ha ido forjando a lo largo de siglos en los que se han recorrido diversas etapas de conquistas y reconquistas, de mezclas y fusiones, de imperialismos y persecuciones. Lo que ha ocurrido es que tradicionalmente esa diversidad ha tratado de ser “domesticada”, hecha invisible en nombre de una homogeneidad capaz de reducir al mínimo el conflicto²⁶. Un objetivo que, por otra

(24) En definitiva, “la idea de un modelo ideal/universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades y, en consecuencia, exportable a todas ellas, es una falacia; se trata de una hipótesis destinada a enmascarar la imposición coactiva e/o ideológica de un modelo histórico y concreto, por tanto, de una forma de particularismo político cultural: el modelo europeo occidental en su versión forjada en la modernidad”. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (2000): “La universalidad de los derechos humanos” en VV.AA.: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, p. 57.

(25) Joaquín HERRERA FLORES (2005): *El proceso cultural. Materiales para la creación humana*, Sevilla, Aconcagua, p. 13.

(26) Podríamos poner como ejemplo de esta situación la integración de la etnia gitana. Realmente a lo largo de estos siglos, y aun en los años de democracia, los gitanos en nuestro país han sido “tolerados”, algunos de ellos “integrados”, pero como colectivo con una determinada identidad cultural han quedado más o menos ocultos, domesticados, salvo en determinadas expresiones, normalmente de tipo artístico, que se han utilizado incluso como “seña de identidad” de nuestro país. Sin embargo, y si hacemos un análisis sociológico de nuestras ciudades, fácilmente podemos comprobar como los gitanos siguen siendo una minoría que reproduce esquemas comunitarios muy cerrados, que suelen vivir concentrados en barrios o núcleos muy específicos y con respecto a los cuales practicamos una “tolerancia” que no suele ir más allá de las pobres exigencias de lo *políticamente correcto*. De hecho, el reconocimiento de su específica identidad

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

parte, constituía parte del sostén de un sistema económico basado en el mercado y necesitado de unas dosis mínimas de estabilidad.

En la actualidad varios fenómenos están agrietando esos sólidos muros. En Europa, no es sólo que los países se hayan conformado históricamente desde la diversidad cultural, sino que en la actualidad los movimientos migratorios están rompiendo la “ficticia” homogeneidad de los Estados nación. De esta manera empiezan a cuestionarse algunos de los parámetros que durante siglos han servido para construir el Estado contemporáneo y se ponen en jaque algunos de los fundamentos del constitucionalismo democrático. Sobre todo los que tienen que ver con el pluralismo, la igualdad y los derechos fundamentales. De ahí que el constitucionalismo tenga que reactivarse como instrumento racional de control del poder –en este caso no tanto de poderes públicos sino más bien privados, sobre todo económicos– y de garantía de las libertades. Todo ello al tiempo que reinterpreta los tres elementos presentes en el estatuto de ciudadano: el técnico-jurídico, el político y el vínculo de identidad, de pertenencia y reconocimiento²⁷.

III. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Tampoco el Derecho Internacional ha prestado una especial atención a la protección de la diversidad cultural. Sólo en las últimas décadas se han intensificado los esfuerzos por reconocerla y garantizarla. El instrumento que hasta el momento ha contemplado de manera más precisa esta realidad es la Convención aprobada por la UNESCO en 2005. En concreto, en octubre de 2005 la Conferencia General de la UNESCO aprobó la denominada *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales*. En ella, junto a la consideración de la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad y un factor indispensable para la paz y la seguridad así como un elemento estratégico para las políticas de desarrollo y cooperación, se definió la misma como “la multiplicidad de formas en que se expresan los grupos y sociedades”. Se dejó claro además que esa diversidad se manifiesta en las formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad no sólo mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de los distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados. Además la Convención ofreció una definición de un concepto clave para los retos a los que nos enfrentamos en las sociedades actuales. Me refiero al de “interculturalidad”, definida como “la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”.

Esta Convención culminaba un largo recorrido en el que los derechos culturales han sido normalmente situados en un segundo plano. Debemos recordar que en la misma *Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948* se rechazó incluir una referencia a los derechos de las minorías, entre los que se incluían en el Anteproyecto de dicho texto el derecho a establecer y

cultural no ha llegado a traspasar las fronteras de “lo folclórico” y sigue situada en gran medida entre el tópico y el desconocimiento.

(27) Javier DE LUCAS (2003): *Globalización e identidades, Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria, pp. 16-17.

mantener sus instituciones religiosas y culturales y sus lenguas. Unos derechos que en todo caso habría que considerar protegidos de manera indirecta a través de la prohibición de discriminación por motivos raciales, religiosos, lingüísticos o de origen nacional.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales* de 1966 sí que reconoció el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma (artículo 27). En todo caso habría que esperar varias décadas para que la protección de los derechos culturales encontrara expresión en documentos internacionales. Así, en la *Conferencia intergubernamental sobre Políticas culturales para el desarrollo de 1982* se subrayó la necesidad de proteger el pluralismo cultural y de reconocer los derechos culturales como derechos humanos. Unos objetivos que se volvieron a plantear en la *Conferencia de 1998* en la que empezó a hablarse del “diálogo entre culturas”.

En la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* (Naciones Unidas, 1992) se reconoció expresamente el derecho a la “identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística” (artículo 1). Esta Declaración incorporó el derecho de dichas personas a “disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su religión, y a utilizar su propio idioma” (artículo 2.1), así como la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de dichos derechos (artículo 4.2).

Ha sido la UNESCO la que más ha avanzado en el reconocimiento de la diversidad cultural. Ya en la *Declaración de Principios de Cooperación cultural internacional* de 1966 reconoció la igual dignidad y valor de toda cultura (artículo 1.1) y el derecho de todo pueblo a desarrollar su cultura (artículo 1.2). En su *Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, Cooperación y la Paz Internacional y la Educación relativa a los Derechos humanos y a las libertades fundamentales* (1974) insistió en que los Estados deberían promover el estudio de las diferentes culturas, sus influencias recíprocas y modos de vida.

De manera especial debemos resaltar las conclusiones alcanzadas en la *Conferencia mundial sobre Políticas Culturales* celebrada en México en 1982. En el Preámbulo del Informe final de la misma nos encontramos una definición de cultura que nos puede servir para delimitar el contenido del derecho a la identidad cultural: “conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o grupo social. Ello engloba, además de las artes y de las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores”. En dicha Conferencia se llamó la atención sobre el hecho de que la identidad cultural de un pueblo se renueva y enriquece en contacto con las tradiciones y valores de los demás. En este sentido, “la cultura es diálogo, intercambio de ideas y experiencias, apreciación de otros valores y tradiciones; se agota y muere en el aislamiento”. Por lo tanto, “identidad” y “diversidad” son indisolubles.

Finalmente, y como antecedente de la Convención de 2005, la *Declaración Mundial sobre la Diversidad Cultural* de 2001 partió del convencimiento de que dicha diversidad es tan necesaria como la diversidad biológica. De ahí la urgencia en que los poderes públicos la protejan adecuadamente. Porque la misma, además, es inseparable de la dignidad. Estamos pues ante una exigencia derivada de la misma esencia de los derechos humanos.

IV. LOS RETOS CONSTITUCIONALES DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

El reconocimiento del derecho a la identidad cultural y la consiguiente protección constitucional de la diversidad cultural plantea varios retos desde el punto de vista del constitucionalismo. El esencial, y que de alguna manera viene a englobar a todos los demás, tiene que ver con el principio de igualdad. El multiculturalismo creciente de nuestras sociedades nos obliga a profundizar en la dimensión sustancial de dicho principio. Ahora más que nunca es insuficiente el mero principio de igualdad formal ante la ley. Los poderes públicos han de adoptar medidas, incluidas acciones positivas, para garantizar que los individuos y los grupos en que se integran puedan desarrollar libremente sus “opciones” culturales²⁸.

Este reconocimiento de las diferencias se proyecta sobre todos y cada uno de los derechos fundamentales, aunque incide de manera especial en algunos de ellos. De esta manera, el multiculturalismo obliga en cierta medida a revisar buena parte de la teoría de los derechos fundamentales o, cuando menos, obliga a precisar algunos contornos que hasta hace poco eran invisibles. Además nos sitúa frente a una inevitable dimensión pública de unas diferencias que hasta hace poco tiempo habían permanecido sumisas en el ámbito privado.

Para empezar, es necesario cerrar el debate un tanto absurdo generado en torno a la dimensión colectiva de los derechos. Un debate motivado por las férreas raíces individualistas a las que se agarran los derechos reconocidos por nuestras Constituciones pero que mal resiste un análisis que pretenda ir más allá de polémicas doctrinales con las que podríamos llenar cientos de páginas. Y digo que es un debate absurdo porque cualquier derecho tiene una dimensión individual y otra necesariamente colectiva. Y ambas están entrelazadas porque en la vida de cualquier persona lo individual y lo colectivo se fusionan, se mezclan y se engrandecen mutuamente²⁹. Sobre todo en un sistema como el democrático en el que todos deberíamos entender la felicidad en términos políticos. Esa doble presencia se articula en una doble dirección. Por una parte, el individuo se halla siempre en un determinado contexto, está condicionado por una herencia cultural y está integrado en una comunidad de valores. Por otra, muchos de nuestros derechos y libertades requieren para su ejercicio la concurrencia de otros individuos. Desde este punto de vista, prácticamente cualquier derecho presenta esa doble faz. De ahí que podamos afirmar que “los derechos colectivos pueden considerarse como una forma de profundizar en la universalidad de los derechos humanos”³⁰. El Tribunal Constitucional lo ha dejado claro en relación a uno de los derechos en los que más evidente es esa dimensión colectiva. Me refiero a la libertad religiosa. En concreto, la STC 64/1988 reconoció que su titularidad “no corresponde

(28) Como concepto de acciones positivas, acogemos el mismo que el legislador nos ha ofrecido en la reciente LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el cual podríamos hacerlo extensivo a colectivos o grupos que requieran de las mismas. En concreto, el artículo 11 de dicha ley dispone que “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

(29) Nicolás LÓPEZ CALERA (2000): *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y solidaridad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, p. 107.

(30) Andrés GARCÍA INDA (2001): “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, n.º 20. Madrid, Dykinson, p. 120.

sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman parte del substrato último del derecho fundamental”.

Una cuestión distinta es que nos planteemos el lenguaje de los derechos colectivos desde una lógica comunitarista, incompatible con los dos pilares sobre los que pretendemos construir una revisada teoría de los derechos, a saber, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Con independencia de que algunos aspectos de dichas teorías nos puedan aportar elementos teóricos relevantes para construir una teoría de la diversidad cultural, sus propuestas ponen en peligro las bases desde las que es posible articular una convivencia pacífica. Hablar de derechos colectivos en este sentido implica hablar de reconocimiento de espacios de poder, de comunidades que acaban pugando por ocupar lugares públicos, de colectividades que se sitúan por encima de los derechos individuales, de una división de intereses que puede hacer harto complicado encontrar una definición de los bienes comunes³¹.

Frente a esa diversidad de expresiones culturales el Estado ha de hacer un tremendo esfuerzo por permanecer “neutral”. Una tarea muy complicada si tenemos en cuenta que los poderes públicos nunca han sido “culturalmente” neutrales. Siempre han respondido a los intereses dominantes, a la homogeneidad marcada por la mayoría poderosa que, “graciosamente”, toleraba los derechos de las minorías. En unas sociedades cada vez más plurales y complejas, el Estado ha de ser el marco que permita el diálogo de esa pluralidad sobre la base de unos mínimos valores que sirvan de “lenguaje” común, de una “ética cívica” compartida por todos y todas. Unos principios y valores jurídicos y metajurídicos, que ha como ha señalado el Tribunal Constitucional español, “están en la base de la convivencia social y son el fundamento del orden social, económico y político” (STC 66/1995). Ello obligará además a hacer una relectura de los derechos capaz de superar una visión etnocéntrica que deja fuera otras interpretaciones igualmente válidas, o al menos igualmente rebatibles, de la dignidad humana. Desde ese lenguaje común deberemos “pluralizar el bien común” y construir una “comunidad o identidad compartida”³². Por lo tanto, la construcción de esos valores comunes debería ser un proceso “multicultural”.

Esa posición neutral del Estado ha de ser especialmente evidente en materia religiosa. Como bien afirma Peter HÄBERLE, “toda diferencia cultural, toda libertad cultural dependen en último extremo del resultado final y definitivo de la secularidad del Estado, o de su proceso de secularización”³³. No cabe duda de que las opciones religiosas, o espirituales en sentido amplio, forman parte de la identidad de cualquier ser humano. Opciones que, a su vez, se proyectan en otras muchas dimensiones individuales y colectivas. La religión se traduce no sólo en actos privados sino también en ceremonias públicas, en costumbres y tradiciones que acaban configurando

(31) Sí son dignas de tener en cuenta las propuestas “comunitaristas” que plantean la necesidad de articular procedimientos de toma de decisiones en los que se expresen todas las necesidades y los puntos de vista. Ello enlazaría con propuestas como las de la “ética comunicativa” de HABERMAS o con la reivindicación republicana de un modelo deliberativo de democracia. Véanse al respecto las propuestas de Iris Marion YOUNG, (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.

(32) Daniel INNERARITY (2006): cit., pp. 154-175; Will KYMLICKA (2006): *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, p. 72.

(33) Peter HÄBERLE (2000): *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, p. 117.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

códigos de regulación ética, en reglas que incluso alcanzan la dimensión jurídica y, en definitiva, en una determinada cosmovisión. Por todo ello, y ante la creciente diversidad religiosa de las sociedades europeas y los conflictos que de esta realidad pueden derivarse, el Estado no ha de mantenerse indiferente frente al hecho religioso pero sí que ha de evitar el compromiso público con las religiones. Es decir, el Estado deberá proteger la libertad religiosa de sus ciudadanos y ciudadanas, deberá amparar las ceremonias y ritos de cada comunidad, pero no habrá de convertir en propia ninguna celebración. Las religiones deberán proyectarse especialmente en el ámbito privado y el Estado ha de garantizar el principio de no discriminación entre ellas. Estos objetivos están lejos de conseguirse en nuestro sistema constitucional. Y es que aunque el artículo 16.3 de la CE –un prodigio de ambigüedad resultante del consenso constituyente– disponga que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, el Estado español, al amparo del principio de cooperación “con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, ha prorrogado una clara situación de privilegio de una determinada confesión frente a las “supuestamente” minoritarias. De acuerdo con lo establecido en los Acuerdos firmados con la Santa Sede en 1979, se ha consolidado una relación singular con la Iglesia Católica, con evidentes repercusiones en cuestiones tan relevantes como su financiación o la presencia de la religión en los centros de enseñanza. De hecho, el “laicismo positivo” que ha proclamado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (STC 46/2001, de 15 de febrero) ha beneficiado a una determinada confesión y ha olvidado conjugar el derecho a la libertad religiosa con el principio de igualdad y no discriminación. Como bien ha analizado Abraham BARRERO, “no se ha progresado lo suficiente en dimensiones igualitarias de la libertad, sino que, al contrario, se ahondan las diferencias a favor de las Iglesias más poderosas, principalmente la católica”³⁴. Una situación que han seguido avalando tanto acuerdos gubernamentales como decisiones jurisprudenciales muy recientes.

Así, la reciente reforma del sistema de financiación de la Iglesia Católica también ha venido a consolidar la relación privilegiada de esta confesión con el Estado español. El acuerdo, que tiene vigencia a partir del presente año, suprime la dotación directa del Estado a la Iglesia, modifica la asignación voluntaria del IRPF que hace el contribuyente a la Iglesia (pasa del 0,52% al 0,7%) y además establece la sujeción de la Iglesia católica al pago del IVA en la adquisición de bienes e inmuebles, tal y como había solicitado la Unión Europea. En realidad, no se ha producido cambio alguno en el modelo de financiación. Es básicamente el mismo que funciona desde hace casi veinte años. La única novedad relevante ha sido reparar el incumplimiento de la normativa europea en relación con la exención del IVA a la Iglesia católica. Este acuerdo perpetúa la discriminación de otras religiones, especialmente a las de “notorio arraigo”, de acuerdo con el criterio establecido en el artículo 7 de la *LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa*, es decir, judaísmo, islam e iglesias evangélicas. Ninguna de ellas, y por supuesto tampoco las que no tienen esa consideración, cuentan con casilla en la declaración de la renta y tan sólo reciben apoyo económico para la realización de algunas actividades culturales. Las que, además, carecen de ese “notorio arraigo” ni siquiera tienen capacidad para firmar acuerdos con el Estado. Todo ello

(34) Abraham BARRERO ORTEGA (2006): *La libertad religiosa en España*, Madrid, CEPC, p. 477.

La desigualdad se plantea en cuatro campos: en el tipo de acuerdos (o carencia de acuerdo) existente entre la correspondiente confesión y el Estado; en razón de las normas que regulan las enseñanzas de las religiones en las escuelas públicas; en relación a la financiación y fiscalidad reconocidas a las diferentes confesiones y, finalmente, en relación a la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, prisiones, hospitales, servicios sociales, etc. Victorino MAYORAL, (2006): *España; de la intolerancia al laicismo*, Madrid, Laberinto, p. 132.

me lleva a estar plenamente de acuerdo con el teólogo Juan José TAMAYO cuando afirma que “un Estado que se dedica a recaudar fondos económicos para la supervivencia, la reproducción ideológica y el mantenimiento institucional de una religión, tiene muy poco de laico y deja mucho que desear como Estado social de Derecho. Una religión que reclama apoyos económicos del Estado para sobrevivir deja mucho que desear como fuerza espiritual y referente ético para la sociedad”³⁵.

Por otra parte, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha seguido avalando la constitucionalidad de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979 y ha venido a consolidar la posición singular de la Iglesia Católica, en este caso en relación al sistema educativo. En concreto, la STC de 17 de febrero de 2007 ha resuelto una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual se enfrentó a la decisión del obispo de Canarias de no renovar el contrato de trabajo a una profesora de religión por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo³⁶. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña planteó las dudas de inconstitucionalidad sobre el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, ratificados por España y el Estado Vaticano, el cual ampara la potestad de la autoridad eclesiástica para decidir sobre la idoneidad de los profesores de religión para impartir su docencia. El Tribunal Constitucional, de forma sorprendentemente unánime, avala la potestad concedida en virtud de los Acuerdos de 1979 y reconoce que el “juicio de idoneidad” sobre los profesores de religión no ha de limitarse a la consideración de los conocimientos o aptitudes pedagógicas del docente, “siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores”. De esta manera, el TC no sólo olvida que el principio de libertad religiosa debe interpretarse en conjunción con el de igualdad y no discriminación³⁷, sino que también pierde la oportunidad de cuestionar unos Acuerdos firmados con la Santa Sede que, a mi parecer, plantean serias dudas de constitucionalidad. La propia sentencia pone el dedo en llaga pero renuncia a curar la herida: “Si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual la enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo”³⁸.

Esta sentencia nos remite a una cuestión que lleva generando polémica en nuestro país desde la misma entrada en vigor del texto constitucional. Me refiero a la presencia de la religión en el

(35) Juan José TAMAYO: “Signo de minoría de edad”, *El Correo*, 8 de diciembre de 2006.

(36) Posteriormente este posicionamiento del TC ha sido reiterado en la Sentencia de 4 de junio de 2007, si bien ésta ha contado con un voto particular formulado por la magistrada Elisa Pérez Vera y el magistrado Pascual Sala Sánchez.

(37) De manera un tanto contradictoria con el fallo, la misma sentencia reconoce que la libertad religiosa no es absoluta “pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional”.

(38) De esta manera, y tal como ha señalado Marc CARRILLO, “con la interpretación del Tribunal Constitucional de los Acuerdos con el Vaticano de 1979 la condición aconfesional del Estado deviene una pura falacia y la Constitución como norma suprema queda devaluada”. “La religión devalúa la Constitución”, *El País*, 8 de marzo de 2007.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

sistema público de enseñanza. La reciente LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, tampoco ha dado el esperado paso de excluir la enseñanza de la religión de los centros públicos. En concreto su disposición adicional 2.^a dispone que “La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español. A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos”. En relación a la enseñanza de las otras religiones, habrá que estar a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas. De esta manera, y al amparo de la garantía que ofrece el artículo 27.3 de la CE (“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”), nuestro sistema de enseñanza continúa reconociendo la presencia de la religión como asignatura en el currículo educativo, marcando evidentes diferencias entre la Iglesia Católica y el resto de confesiones. Una situación que, además de incidir en la vulneración del principio de igualdad, cada vez tiene un menor fundamento sociológico dada la creciente diversidad cultural y religiosa de nuestro país³⁹. Una diversidad que reclama cada vez con más insistencia un modelo más acorde con el respeto del derecho a la libertad de conciencia –que también ejercen por supuesto los que no profesan ningún credo religioso– y del principio de igualdad, que implica a su vez el del pluralismo. En este sentido, la formación en las correspondientes doctrinas debería ser responsabilidad de cada confesión, teniendo en todo caso como límite la protección de los derechos fundamentales, la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática (artículo 3 LO 7/1980, de Libertad Religiosa). La escuela pública sólo debería contemplar el estudio de las religiones desde su consideración como factores culturales e históricos decisivos en la conformación de la identidad de los individuos y de los colectivos humanos.

Todo ello vendría a incidir en la necesidad de que los Estados europeos, empezando por el nuestro, evolucionen desde la “aconfesionalidad” hacia el “laicismo”, el cual no supone una actitud beligerante hacia las religiones, sino más bien una actitud de tolerancia y respeto, la que deriva en definitiva del reconocimiento de la libertad de conciencia⁴⁰. De ahí que, por otra parte, me parezcan excesivas medidas como la de la controvertida Ley francesa para la Defensa de la Laicidad (Ley n.º 2004/2888, de 15 de marzo), conocida como “ley del velo”, ya que supone una limitación injustificada al derecho de cada persona a llevar los símbolos religiosos que desee, lo cual es expresión también de derechos fundamentales como la misma libertad de conciencia, la libertad religiosa o incluso el derecho a la propia imagen⁴¹. Es decir, el portar signos religiosos

(39) Véase al respecto los datos que aporta Victorino MAYORAL (2006): cit., pp. 95-123.

(40) Abraham BARRERO (2006): cit., pp. 249-255. Sobre el laicismo véanse Henri PEÑA-RUIZ: *La emancipación laica. Filosofía de la laicidad*, Madrid, Laberinto, 2001; y Luis M.ª CIFUENTES (2006): *¿Qué es el laicismo?*, Madrid, Laberinto.

(41) “En la cuestión del velo en la escuela, parece claro que mientras no alterara el curso normal de interacción entre los estudiantes debido a un uso proselitista y beligerante que buscara únicamente la alteración de la actividad docente y del orden público, no habría justificación para prohibirlo al amparo de tal laicidad tal y como ha sido descrita; es más, su porte

no contradice el principio de laicidad, salvo que se haga con fines proselitistas o perturbe el orden público⁴². La laicidad debe traducirse fundamentalmente en los contenidos del sistema público de enseñanza, cuyo ideario en ningún caso debe responder a los dogmas de una religión⁴³. Los únicos valores que los centros públicos de enseñanza, o mejor, todos los sustentados con fondos públicos, han de propagar son los propios de una democracia.

Y es que no podemos olvidar que el sistema educativo ha de jugar un importantísimo papel en el diálogo intercultural y en lo que podríamos llamar el “ajuste” constitucional de la diversidad. La enseñanza pública es el mecanismo más adecuado para conseguir dos objetivos necesariamente conectados. Por una parte, la escuela ha de ser el cauce fundamental de socialización en los principios democráticos. Ha de plantearse como uno de sus principales objetivos la educación “para la ciudadanía” en la que habrán de ser instruidos los nacionales y los no nacionales, los estrictamente ciudadanos y los residentes. Por lo tanto, para evitar los posibles conflictos que puede generar la heterogeneidad es necesario enseñar “las reglas del juego”, los mecanismos procedimentales de resoluciones de conflictos y los valores en que se proyecta la dignidad humana y que han de constituir el armazón ético de cualquier democracia. Se trataría de incidir en lo que RAWLS ha denominado *identidad cívica*⁴⁴. Algo que plantea con rotundidad el artículo 27.2 de la CE al señalar que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Es decir, en esta cuestión la democracia ha de ser “militante” y ha de apostar por unos valores que marcan el límite que los derechos y libertades no pueden rebasar⁴⁵.

Pero, al mismo tiempo, la escuela ha de ser también el escenario idóneo para que las culturas se encuentren y las identidades se pongan en entredicho. Es decir, bajo la cobertura de las reglas

estaría amparado por el derecho a la propia imagen y en última instancia las soluciones habrían de ser administradas caso por caso, haciendo especial énfasis en un proceso de mediación entre la partes implicadas (el centro escolar, los estudiantes y sus familias)”. Margarita LEMA TOMÉ (2007): *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Madrid, Marcial Pons, p. 54.

(42) Estamos ante uno de esos problemas que puede plantear la diversidad cultural y que es muy difícil resolver con reglas generales. En el caso concreto del uso del “velo” en establecimientos educativos habría que tener en cuenta un factor tan decisivo como la minoría de edad y la capacidad de decisión de los padres y madres. En otros casos, como por ejemplo en un lugar de trabajo, la prohibición del uso de algún signo religioso o identitario plantea más dificultades desde el momento en que entran en juego derechos fundamentales que pretenden ser ejercidos por una persona adulta. De hecho, son frecuentes incluso en los medios de comunicación las reivindicaciones por ejemplo de mujeres musulmanes del uso de estos signos no como expresión de discriminación sobre ellas sino como símbolo de una identidad. Por ejemplo, recientemente una política holandesa, Asmaa Abdol-Hamid, musulmana, de origen palestino, y con aspiraciones a formar parte del Parlamento Europeo, declaraba lo siguiente: “Con el hiyab me siento más libre. A muchas mujeres en Europa se las considera un objeto. Yo no quiero que se fijen en mí por ser mujer o por mi aspecto físico; quiero que se tenga en cuenta mi talento”. *El País*, domingo 20 de mayo de 2007, p. 10.

(43) Francisco DELGADO (2006): *Hacia la escuela laica*, Madrid, Laberinto.

(44) Véase John RAWLS (2002): *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós. Sobre una lectura de RAWLS “en clave republicana”, véase Andrés DE FRANCISCO (2007): *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*, Madrid, Los libros de la Catarata, pp. 174-198.

(45) Margarita LEMA TOMÉ propone en este sentido articular un “patriotismo constitucional” sobre la base de unos “valores comunes” (la dignidad de la persona, su pleno y libre desarrollo; los derechos y deberes fundamentales; los valores superiores del ordenamiento, los principios democráticos de convivencia y la moral pública) y unos “valores diferenciales”, Margarita LEMA TOMÉ (2007): cit., pp. 203-210.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

democráticas, la escuela ha de favorecer que los países “de acogida” conozcamos otras culturas y sometamos a crítica la nuestra y que, a su vez, los migrantes, o más bien los hijos de migrantes que llegan a nuestras aulas⁴⁶, puedan confrontar sus culturas con los principios democráticos y puedan adquirir herramientas suficientes para elegir su propia identidad más allá de la heredada⁴⁷. De ahí la importancia de que, por ejemplo, se implante en todas nuestras escuelas una asignatura sobre “historia de las religiones” o que los curricula educativos se completen con las aportaciones de otras culturas que hasta el momento nos son desconocidas. De la misma manera, el sistema educativo ha de desempeñar un papel fundamental en la protección de manifestaciones culturales minoritarias que corren el riesgo de ser aniquiladas. Piénsese por ejemplo en la necesidad de proteger la diversidad lingüística que en el momento actual corre los mismos riesgos que la biodiversidad. Dicha protección obligaría a compatibilizar el derecho a la enseñanza en el idioma oficial del país con el derecho a la enseñanza en la lengua materna.

A estos objetivos tratan de responder algunas de las reformas introducidas en nuestro sistema educativo por la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁴⁸. De entrada, su artículo 1.º, al definir los principios del sistema educativo español incluye “la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”. De la misma manera, el artículo 2 subraya como objetivos a conseguir: “la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad, así como la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos; la formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y solidaridad entre los pueblos así como la adquisición de valores que propicien el respeto hacia los seres vivos y el medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales y el desarrollo sostenible; la formación en el respeto y reconocimiento de la pluralidad lingüística y cultural de España y de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad, así como la preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento”. De hecho, la ley ha introducido con carácter obligatorio en la educación primaria (artículo 18.3) y en la secundaria obligatoria (artículo 24.3) una asignatura de “educación para la ciudadanía”. En el Bachillerato se ha incluido entre las materias comunes una asignatura denominada “Filosofía y Ciudadanía” (artículo 34.6). Una de las cuestiones más debatidas en los últimos meses ha sido precisamente el contenido de dichas asignaturas, las

(46) Incluso sería conveniente articular algún sistema de formación de los extranjeros que lleguen a nuestro país en los principios y valores constitucionales, de manera que, tal y como ocurre ya en algún país, esta formación fuera un requisito para acceder a los derechos de ciudadanía.

(47) Ese doble objetivo parece estar presente en el artículo 9.4 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el cual dispone que “Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, *con reconocimiento y respeto a su identidad cultural*”.

(48) Un completo análisis de la experiencia de asignaturas similares en otros países europeos puede verse en Margarita LEMA TOMÉ (2007): cit., pp. 37-127. Sobre la reciente reforma española, *ibidem*, pp. 227-233.

cuales han provocado una extrema reacción de la Iglesia Católica y de determinados colectivos de madres y padres, los cuales incluso han realizado un injustificado llamamiento a la “objeción de conciencia”⁴⁹.

V. LOS LÍMITES DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Uno de los principales problemas que plantea la diversidad cultural es el de sus límites. El artículo 1 de la *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005* deja muy claro que “sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales”. Además, se insiste en que nadie podrá invocar las disposiciones de la Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales, proclamados en la Declaración universal de derechos del hombre y garantizados por el Derecho Internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

En un sentido similar se pronuncia el artículo 3.2 de la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, el cual afirma que “las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

El artículo 16 de la CE, al señalar los límites de la libertad ideológica y religiosa, remite a un concepto tan complejo y ambiguo como el de “orden público”. Un concepto que la *LO 7/1980, de Libertad Religiosa*, concreta en “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública” (artículo 3.1). Estamos ante un límite necesariamente cambiante, de ahí que el mismo artículo 16.3 de la CE hable expresamente de “orden público protegido por la ley”. Es decir, el legislador habrá de concretar en cada momento histórico qué se entiende por esa “moralidad pública”, o lo que es lo mismo, por “el sistema de valores que cimentan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado” (STC 66/1995). Unos valores que necesariamente han de ser flexibles y que deben adaptarse a las exigencias que en cada momento vaya planteando la sociedad. Unos valores que no han de identificarse con los de un grupo, cultura o religión, sino que han de ser los propios de “una moral democrática, no confesional, integrada por criterios éticos plenamente aceptados y valores cívicos asumibles”⁵⁰.

(49) Los Reales Decretos que regulan los contenidos mínimos de estas asignaturas insisten en el “reconocimiento de la diversidad cultural y religiosa”, en el “respeto crítico por las costumbres y modos de vida distintos al propio” y, en definitiva, en la “convivencia de culturas distintas en una sociedad plural”. Véanse el RD 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación primaria y el RD 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria.

(50) Abraham BARRERO (2006): cit., pp. 208-209.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

Estos valores cívicos nos remiten necesariamente a la misma idea de derechos humanos⁵¹. Por lo tanto, inicialmente podemos afirmar que la diversidad cultural no puede sobrepasar la barra marcada por los derechos humanos. Sin embargo, es necesario realizar algunas precisiones. Para empezar, hay un límite que señala la Convención de 2005 sobre el que no deberíamos tener ninguna duda: el derecho a la identidad cultural no puede legitimar ninguna lesión de libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, *así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales*. Es decir, y tal como subrayaba el Informe sobre Desarrollo Humano de 2004, el valor de la diversidad ha de ser inseparable de la libertad cultural. El individuo ha de poder, de una parte, contextualizar culturalmente su personalidad pero también ha de tener la libertad de “cambiar de contexto”, de descubrir otras identidades, de abrirse a otras culturas. De lo contrario, estaríamos contradiciendo la misma esencia de la dignidad del ser humano. De ahí lo peligroso de las posiciones radicalmente comunitaristas que llegan a legitimar eso que KYMLICKA ha denominado “restricciones internas” y que no permiten a los sujetos “estrategias de salida”⁵². No en vano, “la identidad es lo que resulta del complejo de intenciones discrepantes que pugnan antes de ser derrotadas finalmente por lo imprevisto”⁵³. Desde este punto de vista, la identidad estaría más cerca del “descubrimiento” que de la “esencia”⁵⁴. Por lo tanto, “sólo pueden mantenerse aquellas tradiciones y formas de vida que vinculan a sus miembros con tal que se sometan a un examen crítico y dejen a las generaciones futuras la opción de aprender de otras tradiciones o de convertirse a otra cultura y zarpar hacia otras costas”⁵⁵.

Esta dimensión de libertad inseparable de la identidad debe estar presente especialmente cuando hablamos de los derechos de las mujeres ya que “las culturas, cuanto más herméticas, homogéneas y acosadas se autoperciben, en la medida en que tienen concepciones fuertemente comunitaristas, suelen ser más coactivas con las mujeres, porque suelen apelar a la tradición como fuente de legitimación y la tradición inevitablemente es sinónimo de subordinación para las mujeres”⁵⁶. Desde este punto de vista, es evidente que son preferibles las culturas que han

(51) “Entre los derechos fundamentales y el orden público existe, por tanto, una interrelación en virtud de la cual ambos forman una unidad, puesto que ambos tienen como finalidad la consecución de la dignidad de la persona”. ABRAHAM BARRERO ORTEGA (2006): cit., p. 216.

(52) WILL KYMLICKA (1996): *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, pp. 11-12; DANIEL BONILLA MALDONADO (2006): *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, p. 281.

(53) DANIEL INNERARITY (2001): cit., p. 26.

(54) Como bien señala RAÚL FORNET-BETANCOURT, “la cultura de origen no es para una persona su destino inexorable sino su situación histórica original; situación que indudablemente la define como persona perteneciente a un mundo con sus propios códigos sociales, políticos, religiosos, axiológicos, etc.; y que constituyen para ella la «herencia» desde y con la que empieza a ser. La cultura de origen, como situación histórica original, no es, con todo, sino, como decía antes, un *punto de apoyo* para la persona. Es herencia que la *sitúa* en una visión específica de sí misma, de sus relaciones con los otros y con el mundo, pero que no la dispensa de la tarea de tener que hacer su propio camino.”. “Supuestos filosóficos del diálogo intercultural” (se puede consultar en www.them.polylog.org/1/ffr-es.htm; última consulta: 20 de mayo de 2007).

(55) JÜRGEN HABERMAS (1999): *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, p. 210. En este sentido RAÚL FORNET-BETANCOURT habla del “derecho a la desobediencia cultural”. “Aprender a filosofar desde el contexto de las culturas”, *Revista de Filosofía*, n.º 90, 1997, pp. 365-382.

(56) ROSA COBO, editora (2006): *Interculturalidad, feminismo y educación*, Madrid, Los libros de la Catarata, p. 24

puesto en cuestión los roles estereotipados y subordinados de las mujeres⁵⁷. En este sentido cabe destacar las previsiones contenidas en la Ley balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, la cual prohíbe que en los centros docentes sostenidos con fondos públicos o privados “las desigualdades entre el alumnado sustentadas en creencias, ideologías, tradiciones o prácticas consuetudinarias transmisoras, directa o indirectamente, de una distribución estereotipada de papeles entre los sexos o de una imagen de dominación de un sexo sobre otro en cualquier ámbito de la vida” (artículo 13). Además la ley obliga a las Administraciones públicas baleares a garantizar “el respeto a los derechos fundamentales de las mujeres por encima de cualquier condición cultural, religiosa o sexual, para impedir que se lleven a cabo prácticas que atenten contra la integridad de niñas y mujeres” (artículo 49.4)⁵⁸.

Por otra parte, el límite de los derechos humanos nos plantea el debate sobre la misma definición de éstos. Es evidente que cuando desde el Derecho Internacional o desde el Derecho Constitucional se invocan los derechos humanos como legitimadores de un sistema político y, por lo tanto, como principios éticos que limitan las libertades y el pluralismo, entendemos esos derechos desde una lógica occidental. Desde la supremacía de los principios ilustrados que antes comentábamos, ese entendimiento de los derechos humanos ha llevado a excluir cualquier lectura que desde los mismos pueda hacerse desde otros contextos valorativos. Y es obvio que tanto la Declaración Universal de 1948 como el resto de tratados y convenios internacionales que han ido concretándola responden a una visión etnocéntrica de la dignidad. Una visión que, no sin algunas reservas, podemos admitir como la más depurada a la que hemos llegado a través de una larga historia de luchas y conquistas. Ahora bien, ello no nos debería hacer olvidar dos parámetros fundamentales en una lectura *constitucionalmente adecuada* de la diversidad cultural. En primer lugar, todos los fenómenos que están cuestionando algunos de los fundamentos del constitucionalismo clásico, y que venimos comentando en estas páginas, deberían propiciar un análisis más crítico de la propia idea de “derechos humanos” que hemos ido construyendo en Occidente. El contacto con otras culturas, con otras “civilizaciones”, debería servirnos para poner en cuestión la nuestra. Es decir, nuestra propia cultura democrática y de los derechos humanos es también perfectible ya que también está llena de prácticas criticables, limitaciones que dudosamente respetan las libertades fundamentales y realidades que ponen en entredicho las proclamaciones constitucionales⁵⁹. Piénsese, por ejemplo, en la vigencia de la pena de muerte en algunos Estados norteamericanos o en la resistencia que EEUU manifiesta a la ratificación de determinados tratados internacionales. La propia diversidad creciente de nuestras sociedades está sometiendo a un test de coherencia a nuestros sistemas de libertades. Es el caso de muchos de los debates originados en la actualidad en torno a la libertad religiosa. Existe, además, otra cuestión que vendría a ser algo así como la “piedra de toque” de cualquier

(57) Celia AMORÓS y Ana MIGUEL (2006): *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, Madrid, Minerva, p. 263.

(58) En un sentido similar se había pronunciado con anterioridad la Ley de Castilla y León 1/2003, de 3 de marzo, para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, la cual obliga a las Administraciones públicas a “garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las mujeres por encima de cualquier condición cultural, religiosa o social, impidiendo la realización de prácticas culturales que atenten contra su integridad” (artículo 21.8).

(59) Como bien ha puesto de manifiesto Sophie BESSIS, “la paradoja de Occidente reside en su facultad de producir universales, elevarlos al rango de lo absoluto, violar con un fascinante espíritu sistemático los principios que de ellos derivan y elaborar justificaciones teóricas de estas violaciones”. (2002) *Occidente y los otros. Historia de una supremacía*, Madrid, Alianza.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

cultura de los derechos humanos. Me refiero a la posición de las mujeres. En cualquier cultura, en cualquier civilización, incluso en la progresista y demócrata occidental, las mujeres siguen siendo objeto de discriminaciones y subordinaciones. Baste con recordar las cifras de mujeres asesinadas en manos de sus compañeros en cualquier país europeo. Obviamente las conquistas que las mujeres han alcanzado en el Occidente democrático son el referente a seguir por otros países, pero no es menos cierto que también en nuestro entorno el mundo sigue estructurando sobre una diferencia jerárquica, y a veces muy sutil, entre el hombre y la mujer. De ahí que la revolución “feminista”, que algunos llegan ya a calificar como una teoría política, sea la única que a estas alturas nos permita superar las insuficiencias de las teorías liberal y social-demócrata⁶⁰.

Esta mirada crítica sobre nuestra teoría de los “derechos humanos” también nos debería llevar a incorporar a la misma otras categorías que enriquezcan y complementen la falsa universalidad que implica entender los derechos desde una racionalidad exclusivamente occidental. La verdadera universalidad de los derechos ha de ser intercultural. Deberíamos incorporar dimensiones de la dignidad que encontramos en declaraciones de derechos surgidas en otros contextos culturales. Basta con repasar textos como la Convención interamericana de 1969, la Carta africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 1981) o las Declaraciones de Bangkok de 1993. En ellos se destacan aspectos para nosotros prácticamente inéditos como la dimensión colectiva de los derechos, la conexión de éstos con los deberes que implica la pertenencia a la comunidad o la importancia que se le concede a la protección del entorno natural.

VI. CONCLUSIONES: LA UNIVERSALIDAD COMO PUNTO DE LLEGADA

En definitiva, el nuevo contexto global que estamos viviendo nos obliga a un complejo pero apasionante esfuerzo desde el punto de vista del Derecho Constitucional. Si éste es el que permite que el individuo sea ciudadano, es evidente que debemos replantearnos las bases de esa ciudadanía. Es decir, debemos someter a un juicio crítico y a una urgente revisión las libertades y el pluralismo, los derechos y sus límites. Una revisión que deberemos realizar desde las reglas y procedimientos democráticos, aunque sin olvidar que la misma democracia es un proceso capaz de ir moldeándose en función de las necesidades y de las exigencias de la dignidad de los seres humanos. Esas reglas democráticas deben servirnos como cauce para hacer posible un diálogo entre las culturas⁶¹. Debemos planificar un viaje en una doble dirección; una conversación entre “nosotros” y los “otros”, y entre “los otros” y “nosotros”, de manera que lleguemos a un punto en que esa confrontación deje de tener sentido y seamos capaces de construir un nuevo sujeto plural que no sea excluyente⁶². Las propias reglas del juego democrático, tanto las

(60) Alicia MIYARES (2003): *Democracia feminista*, Madrid, Cátedra.

(61) M.ª José FARINÑAS DULCE (2004): “Globalización, ciudadanía y derechos humanos”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, n.º 16, Madrid, Dykinson, p. 54.

(62) “El diálogo intercultural implica por eso una especial calidad ética que lo caracteriza como una forma de vida o actitud fundamental teórico-práctica cuyo ejercicio, yendo más allá de la tolerancia y del respeto, funda la acogida del otro como sujeto que, para intervenir y participar, no necesita pagar primero derechos de aduana ni solicitar un permiso de trabajo. El diálogo intercultural tiene, a este nivel, el carácter de un proyecto ético guiado por el valor de la acogida del otro en tanto que realidad con la que se quiere compartir la soberanía y con la cual, por consiguiente, se puede compartir un futuro que

formales como las materiales, nos deben servir de escenario y de guión para esos encuentros. Para la creación de redes sobre las que sostengamos nuestra identidad, en parte heredada, pero en parte también aprehendida. Hemos de desarrollar técnicas de “traducción” que nos permitan construir zonas de encuentro y hemos de fomentar las instituciones mediadoras o traductoras⁶³. Como bien explica Celia AMORÓS, “el diálogo intercultural, si ha de ser eficaz y legítimo, tiene sus condiciones propias: requiere situaciones simétricas en cuanto a la disponibilidad para interpelar así como para ser interpelado. Y sólo es posible si se dan actitudes críticas y reflexivas por ambas partes”. De ahí que ese multiculturalismo crítico deba articularse tendiendo puentes entre las “vetas de Ilustración” presentes en cualquier cultura⁶⁴. Por ello son rechazables las posiciones fundamentalistas y, en general, todas las que contradigan la realidad de la porosidad de las culturas. Por lo tanto, en el momento actual hemos de fomentar al máximo todas esas posibilidades de encuentro, de mezcla, de auto-crítica. Debemos tender puentes, porque la cultura no radica en una u otra orilla, sino en el puente, en los trayectos que relacionan y que permiten la mezcla⁶⁵. Hemos de abandonar pues las mentalidades colonialistas y violentas, las que defienden una pureza inexistente y que en todo caso privilegia a los dominantes⁶⁶. Ello además nos obligará a buscar soluciones a situaciones concretas, en las que habremos de valorar los derechos e intereses en juego. Es decir, en muchos casos será imposible llegar a soluciones globales, a pautas traducibles en leyes generales, sino que por el contrario habremos de profundizar en las herramientas que nos posibiliten resolver pacíficamente conflictos, llegar a acuerdos, limar las asperezas inevitables.

Partiendo de esos principios rectores, los poderes públicos deberían situar en primera línea de sus agendas objetivos como la promoción de la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, con la previsión de acciones positivas dirigidas a aquellos colectivos que se hallen en peores condiciones sociales, económicas o culturales; la eliminación de cualquier discriminación por razón de orígenes étnicos o sociales, o por pertenencia a una cultura o religión, o por ser hablante de una lengua minoritaria; la plena integración social, económica, laboral y cultural de las minorías y, muy en especial, de los inmigrantes; el fomento de la cultura de la paz y del diálogo entre los pueblos, así como de la cooperación internacional; y, finalmente, el libre acceso de todos a la cultura y el respeto a la diversidad cultural, de creencias y convicciones, fomentando las relaciones interculturales con pleno respeto a los valores y principios constitucionales.

no está determinado únicamente por mi manera de comprender y de querer la vida. En términos sartreanos diría que el diálogo intercultural se caracteriza por ser un proyecto que aspira a la reestructuración de las relaciones entre las personas y sus culturas optando por la universalización de los principios de la co-autonomía y cosoberanía como modos de vida que concretizan y realizan el “plan” de la libertad en todos y para todos”. Raúl FORNET-BETANCOURT, “Supuestos filofísicos del diálogo intercultural”; cit.

(63) Joaquín HERRERA (2005): *El proceso cultural. Materiales para la creación humana*, cit., p. 95.

(64) Celia AMORÓS (2004): “Por una Ilustración multicultural”, *Quaderns de filosofia i ciència*, n.º 34, p. 75.

(65) Joaquín HERRERA (2005): *El proceso cultural. Materiales para la creación humana*, cit., p. 261.

(66) En este sentido es fundamental el diálogo que debe establecerse entre las religiones. Un diálogo para el que son fundamentales dos exigencias: las religiones han de “desdogmatizarse y etizarse”; en otras palabras, han de dar prioridad a la ética sobre la dogmática; y, en segundo lugar, las instituciones religiosas deben democratizarse. Juan José TAMAYO y M.ª José FARIÑAS (2007): *Culturas y religiones en diálogo*, Madrid, Síntesis, p. 215.

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

Para conseguir dichos objetivos sería necesario adoptar al menos tres grupos de medidas con evidente repercusión constitucional:

1.^ª) La definitiva implantación del laicismo como un “método” cívico que nos permita articular la convivencia con una plena garantía del pluralismo. Ha de ser un modelo laico el que rijas las relaciones entre el Estado y las religiones, el cual garantice el desarrollo de la libertad religiosa en un marco de igualdad y de respeto a los principios constitucionales. De manera paralela debería fomentarse un diálogo entre las religiones, las cuales deberían hacer un esfuerzo por subrayar su dimensión de “minorías morales” y por sumar en beneficio de todos y todas sus “propuestas éticas liberadoras”⁶⁷.

A su vez, el sistema público de enseñanza ha de responder también a unos criterios laicos, de manera que se eduque a los niños y niñas para ser ciudadanos y ciudadanas demócratas, y en el que jueguen un papel relevante dos herramientas íntimamente conectadas: el diálogo intercultural y la resolución pacífica de conflictos⁶⁸. Estas políticas educativas deberían ir acompañadas de una intensa actuación en los medios de comunicación, de manera que se lograran dos objetivos: la progresiva eliminación de la imagen de los inmigrantes como un problema y la difusión y conocimiento de otras culturas. A su vez, todas estas políticas deberán tener presente de manera transversal la perspectiva de la igualdad de género⁶⁹, ya que éste es sin duda uno de los objetivos todavía a perseguir en sociedades y culturas que, en mayor o menor medida, se resisten a abandonar el modelo patriarcal⁷⁰.

2.^ª) Unas políticas de inmigración que no respondan exclusivamente al control de los “flujos migratorios” y que tengan en cuenta la situación de los inmigrantes desde la perspectiva de los derechos humanos en su triple consideración: derechos civiles, políticos y económico-sociales. Una clasificación a la que habría que darle la vuelta de manera que fueran considerados prioritarios los económico-sociales, pues de lo contrario de nada servirían las políticas de integración que se intentaran en otras parcelas⁷¹. A ellos habría que sumar los derechos derivados de la iden-

(67) Juan José TAMAYO y M.^ª José FARIÑAS (2007): cit., p. 213.

(68) Muchos de los problemas que puede generar la “diversidad cultural” habrán de resolverse mediante técnicas de mediación y diálogo que habrán de ir aplicándose a los casos concretos que se presenten. Es el caso por ejemplo de los conflictos religiosos en las escuelas, los cuales difícilmente pueden resolverse con soluciones generales y abstractas, sino que habrán de encauzarse a través de procesos de negociación en los que intervengan los centros escolares, los padres y madres y los estudiantes.

(69) Tal y como proclama el artículo 15 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

(70) “Para alterar la posición de subordinación social de las mujeres no bastan las reformas jurídico-políticas formales, a través del desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, es imprescindible reconocer a los excluidos como sujetos igualmente racionales. Del mismo modo que el proletariado no pudo usar sin más el marco legal establecido por el liberalismo para garantizar la igualdad en derechos y necesitó producir reformas jurídico-políticas, las mujeres tienen que cuestionar el falso universalismo humano que está en la base de la representación social y política y exigir un nuevo pacto, esta vez sí, inclusivo de todas y todos”, Ana RUBIO CASTRO (2007): cit., p. 42.

(71) T. H. MARSHALL (1965): *Class, citizenship and social development*, Nueva York, Anchor.

tividad cultural⁷². En todo caso no deberíamos perder de vista que, con demasiada frecuencia, se “disfrazan” de conflictos identitarios los que realmente derivan de situaciones de marginación social y económica. Por ello, y junto a unas más depuradas garantías de los derechos sociales, sería recomendable el reconocimiento del derecho a una “renta básica”⁷³, la cual posibilitaría la autonomía necesaria para, a su vez, poder ejercer otros derechos y poder integrarse plenamente en el espacio público. Sin unos mínimos de suficiencia económica, es imposible que el individuo sea auténticamente libre y, por lo tanto, es muy difícil que asuma las reglas del juego democrático.

3.^a) Un paso adelante en el “ensanchamiento” del círculo restringido de la ciudadanía que sigue pivotando sobre la nacionalidad. Difícilmente lograremos integrar en el sistema a aquellos y aquellas a los que no les permitimos participar en la toma de decisiones que les afectan. Es decir, no será posible reconstruir el espacio público con las dimensiones que hemos comentado sin que en esa reconstrucción participaran los que carecen de la nacionalidad del Estado que los acoge. Por ello, además de fomentar fórmulas participativas más directas, sobre todo en el ámbito local⁷⁴, sería necesario ampliar la titularidad del derecho de sufragio a los residentes permanentes en nuestras ciudades. Tal y como se proclama en el *Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local*, de 5 de febrero de 1992, del Consejo de Europa, y en el que se expresa el compromiso de los Estados en conceder en las elecciones locales el derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros con cinco años de residencia⁷⁵.

(72) El Proyecto de *Carta de Derechos Humanos Emergentes* recogió un denominado “derecho a la democracia plural” el cual se identifica con el derecho de todos los seres humanos y pueblos al respeto de su identidad individual y colectiva, así como con el derecho a la diversidad cultural (artículo 5). A su vez, este derecho fundamental comprendería los siguientes derechos: el derecho a la pluriculturalidad; el derecho individual a la libertad cultural, derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común; el derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos; el derecho de los pueblos indígenas a la protección de sus características distintivas y de sus recursos culturales, intelectuales y naturales; el derecho a la libertad de conciencia y religión, así como el derecho a cambiar de religión y a no tenerla; el derecho a la información; el derecho a la comunicación y el derecho a la protección de los datos personales.

(73) Daniel RAVENTÓS, comp. (2001): *La renta básica*, Barcelona, Ariel.

(74) El Proyecto de *Carta de Derechos Humanos Emergentes*, dentro del genérico “derecho a la democracia participativa” (artículo 7), propone un “derecho a la ciudad, que asegure que todo ser humano y los pueblos en que se integran encuentren en la ciudad las condiciones para su plena realización política, económica, social, cultural y ecológica”. Junto a este derecho se incluyen otros como el derecho de sufragio activo y pasivo con independencia de la nacionalidad, el derecho a ser consultado o el derecho a la participación.

(75) Esta extensión ya se ha producido en el ámbito de la Unión Europea a partir del Tratado de Maastrich el cual, recordemos, obligó a reformar el artículo 13.2 de nuestra Constitución e incluir el derecho de sufragio de los extranjeros también en su vertiente pasiva. El gran inconveniente que plantea esta extensión en nuestro sistema constitucional es la exigencia de “criterios de reciprocidad” que plantea el artículo 13.2, ya que el mismo obliga a que el Estado de origen de los extranjeros residentes en nuestro país reconozca también a los españoles el derecho de sufragio en su territorio. Una reciprocidad difícil de alcanzar con muchos de los Estados de los que proceden un número importante de los inmigrantes que llegan a nuestro país. Debemos recordar que el 16 de agosto de 2006, PSOE e IU presentaron en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley mediante la que instaban al gobierno a negociar tratados con los Estados de los que proceden la mayor parte de inmigrantes que llegan a nuestro país con el objetivo de que se les reconozca el derecho de sufragio en las elecciones locales. Igualmente pedían que el Consejo de Estado se pronunciara sobre la interpretación de los “criterios de reciprocidad” exigidos por el artículo 13.2 de la CE. Sobre la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros véanse Octavio SALAZAR y Miguel ESPINOSA (2005): “La participación política de los extranjeros como requisito de una ciudadanía inclusiva”, *Personalidad y capacidad jurídicas*, tomo II, Universidad de Córdoba, pp. 1223-1242, y Pablo SANTOLAYA y

Diversidad cultural y derechos fundamentales

II

De esta manera, podríamos avanzar en la construcción de un nuevo orden político y de una paz social en la que los derechos humanos no actuarían tanto como punto de partida sino más bien como punto de llegada. Un modelo que supone someter a prueba, quizás a una de las pruebas más difíciles de las que ha sido sometido a lo largo de su historia, los propios cimientos del constitucionalismo occidental. No se trata más que de hacer real la “universalidad de la dignidad”. Una exigencia que la realidad del siglo XXI nos exige con más urgencia que nunca ya que “la igualdad de derechos parece insuficiente cuando hay quienes no pueden hablar por sí mismos”⁷⁶. Sólo así conseguiremos neutralizar, al menos en parte, la excesiva *liquidez* de una *post*-modernidad empeñada en hacernos cada vez más frágiles y vulnerables⁷⁷. Una vulnerabilidad ante la que el Derecho Constitucional no debería permanecer indiferente.

Miguel REVENGA SÁNCHEZ (2007): *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

(76) Daniel INNERARITY (2006): cit., p. 141.

(77) Véase Zygmunt BAUMAN (2005): *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

Experta Jurídica en Migraciones Internacionales
y Extranjería

III

La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

RESUMEN

LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN A TRAVÉS DE LOS CONSEJOS EUROPEOS

El presente trabajo pretende analizar el papel determinante de los Consejos Europeos en la política de inmigración que actualmente lleva a cabo la Unión Europea y que, por ser Estados miembros, afecta a las políticas nacionales. La inmigración es, hoy en día, una de las principales “preocupaciones” de los ciudadanos europeos y de las instituciones de la Unión. Por ello hemos elegido como eje de trabajo las conclusiones de diversos Consejos Europeos, donde se ha abordado como tema principal la inmigración, ya que son estos los que marcan la pauta de la política comunitaria. Veremos como la política en materia de inmigración ha ido evolucionando desde una visión meramente económica a otra que tiene en cuenta a la persona, aunque no siempre de la forma más respetuosa con su dignidad.

ABSTRACT

THE EVOLUTION OF THE COMMUNITARIAN INMIGRATION POLICY THROUGH THE EUROPEAN COUNCILS

The present work intends to analyse the relevant role of the European Councils in the immigration policy which is at present implemented by the European Union and, due to the condition of member state, act upon the national policies. Immigration is, nowadays, one of the main “worries” for European citizens and institutions. Because of this, we have chosen the conclusions of some European Councils as an axis for this work, where immigration has been treated as the main subject, because they set the standard on the European policy. We are

Daría Terrádez Salom

III

going to explain how the European immigration policy has evolved from economical vision to another one which emphasizes on the person, even if it is not oftenly in the more respectful way within its dignity.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La aparición de la inmigración en la agenda comunitaria.

III. De Tampere al programa de la Haya. A) Tampere. B) Sevilla. C) Salónica.

IV. La herencia de Tampere: el programa de la Haya.

V. Los últimos aportes a la política comunitaria de inmigración: de Hampton Court al último informe sobre inmigración e integración.

VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos encontramos en plena celebración del 50 aniversario del nacimiento de la Europa unida, es importante mirar hacia atrás para poder construir el futuro de esta Unión, una unión donde quepamos todos. Y la referencia a todos se hace desde su sentido más amplio.

Actualmente la inmigración se ha convertido en una de las principales “preocupaciones” de los ciudadanos de la Unión, y esa preocupación se refleja en las políticas comunitarias en esta materia, donde los flujos migratorios, su control y posterior integración ha pasado a ser uno de los puntos relevantes de la agenda comunitaria.

En este sentido, y como se verá en el presente trabajo, la política comunitaria en materia de inmigración se mueve entre la preservación de la seguridad y la integración-asimilación de los extranjeros que ya residen de forma legal en nuestros estados.

La evolución comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

III

Con esta comunicación se pretende repasar y analizar la evolución de la política comunitaria en materia de inmigración utilizando como prisma los Consejos Europeos, sus conclusiones y aportaciones. Debemos entender lo que se ha hecho para poder construir una política de inmigración coherente con una Unión Europea respetuosa con los derechos fundamentales y ba-luarte de unos valores fundados en la convivencia y la solidaridad.

II. LA APARICIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN LA AGENDA COMUNITARIA

En este primer punto intentaremos responder a dos preguntas: ¿Cuándo aparece en escena la inmigración en la agenda comunitaria? y ¿por qué surge esa preocupación frente a un fenómeno que estaba y estará presente en nuestra sociedad?

Antes de entrar a analizar el Acuerdo de Schengen, debemos hablar brevemente del Consejo Europeo de Fontainebleau celebrado los días 25 y 26 de junio de 1984. Durante dicho consejo se debatió, entre otras cuestiones, la necesidad de reforzar y promover la identidad europea; el título del epígrafe no puede ser más claro “La Europa de los ciudadanos”. Una de las medidas que se propone es la de la supresión de las fronteras interiores, así como de los controles aduaneros y policiales¹. En este consejo se sentaron las bases para lo que un año más tarde se llamaría Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes.

El Acuerdo de Schengen nace con la sana intención de crear un espacio común donde los ciudadanos de los Estados miembros firmantes de éste pudieran circular libremente, así como sus mercancías. Se suprimen los controles fronterizos internos respondiendo a un deseo de “reforzar la solidaridad entre sus pueblos, eliminando los obstáculos para la libre circulación entre los estados (...)”. Podemos decir que este acuerdo da respuesta al mandato de libre circulación de trabajadores y servicios establecido en el Tratado fundacional de 1957, aunque su alcance fuese únicamente intergubernamental. El concepto de “libre circulación de personas” fue profundamente discutido durante la década de los 80 entre los diferentes Estados miembros; el desacuerdo existente sobre el sentido real del término “libre circulación” provocó el cisma que daría lugar al Acuerdo de Schengen. No se puede entender una comunidad económica con unos controles fronterizos que ralenticen la fluidez de los intercambios comerciales. Lógicamente, cuando se habla de fronteras, se habla también de inmigración. En el artículo 7 del Acuerdo encontramos por fin una referencia sobre este tema: “Las partes se esforzarán por coordinar, en el plazo más favorable posible, sus políticas en materia de visados, con el fin de evitar las consecuencias negativas en materia de inmigración y seguridad que pueda originar la reducción de controles en las fronteras comunes. Adoptarán las medidas necesarias antes del primero de

(1) Consejo Europeo de Fontainebleau (25 y 26 de junio de 1984) *L'Europe des citoyens: Il demande au Conseil et aux pays membres de mettre très rapidement à l'étude les mesures qui pourraient permettre de parvenir dans un délai rapproché et en tout cas avant la fin du 1er semestre 1985 (...):*

– à la suppression de toutes formalités de police et de douane aux frontières intercommunautaires pour la circulation des personnes.

enero de 1986, si ello fuera posible, con el fin de aplicar sus procedimientos relativos a la expedición de visados y a la admisión en su territorio, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la protección del conjunto de los territorios de los cinco Estados contra la inmigración ilegal y las actividades que pudieran afectar a su seguridad". Ya en 1985 se identificaba inmigración con seguridad, algo que pudiera amenazar la seguridad de la fortaleza europea, aún muy reducida. Hasta 1985 las políticas de inmigración se quedaban en el seno de los Estados, pero desde ese año la Comisión Europea empezó a plantear la necesidad de formular una política común en materia de inmigración. El trinomio inmigración-seguridad-problema será una constante en la evolución de las políticas sobre inmigración, como veremos más tarde.

En 1986 se firma el Acta Única Europea; en su texto se incluye un programa de armonización de la política de inmigración. El texto "favoreció el desarrollo de una cooperación más estrecha entre los Estados miembros"². El Acta Única Europea va más allá de Schengen, ya que el ámbito de aplicación de éste era muy reducido. En su antiguo artículo 8A se establecieron las bases para la progresiva creación de un mercado interior que garantizara la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Respecto de la libre circulación de trabajadores, ésta quedaba reducida a los ciudadanos de los Estados miembros y sometida, como se apuntaba antes, a un reforzamiento de las fronteras exteriores, lo que dificultaba la entrada de ciudadanos de Estados terceros. Cada Estado miembro poseía su legislación sobre inmigración y asilo, por lo que desde la Comunidad Europea se insistía en la necesidad de crear una base legislativa común sobre esta materia.

El punto de partida para la creación de una legislación común en materia de inmigración y asilo viene dado por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen³. Con este convenio se creó lo que hoy conocemos como el espacio Schengen; se abrían las fronteras internas de los Estados firmantes y se reforzaba la cooperación judicial así como la policial en los controles fronterizos. Para facilitar esa labor se crea un sistema de visados, normas para la circulación de ciudadanos de Estados terceros y un procedimiento de expulsión, entre otras medidas.

Tras el Acta Única Europea llegó el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht⁴. En este tratado se incorporan al fin las políticas de inmigración y asilo, si bien el método de trabajo seguía siendo el de la cooperación intergubernamental. A pesar de ello lo que se consiguió con el Tratado de Maastricht fue definir dicha cooperación y dotarla de contenido, basado en nueve puntos, tales como el asilo, la inmigración o la lucha contra la droga. Tal y como podemos ver la inmigración se trató en aquel momento como un tema de seguridad: reforzar las fronteras exteriores para evitar la intromisión de terceros no deseados. En el artículo 29 del TUE (antiguo artículo K).¹ se establece que "el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un

(2) Leticia DELGADO GODOY: *La inmigración en Europa: realidades y políticas*, Unidad de Políticas Comparadas (CSIC) Documento de trabajo 02-18 (septiembre de 2002).

(3) Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (firmado en Schengen el 19 de junio de 1990). Instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993 (BOE de 5 de abril de 1994).

(4) Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht, BOE de 13 de enero de 1994.

La evolución comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

III

alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia”. El problema con el que se encontró la Unión en aquel momento fue el papel limitado de sus instituciones frente a la acción de los Estados miembros, sobre los cuales no podía ejercer ningún tipo de control, con lo que el deseo de armonizar las políticas de inmigración se topaba de nuevo con un obstáculo. Una de las instituciones que más acusó esta limitación fue el Parlamento Europeo; esta institución, fiel reflejo de los valores democráticos que se propugnan dentro de la Unión, era en la época el convidado de piedra, paradójicamente en temas como la inmigración que tanto tienen que ver con los derechos fundamentales. Cuando en los estados democráticos el Parlamento es la sede donde se ejercita la democracia, en la Unión Europea su Parlamento no era más que un mero observador, a veces molesto por sus declaraciones referentes a los derechos y libertades.

Esta situación se palió con las modificaciones aportadas por el Tratado de Ámsterdam, firmado en octubre de 1997 (en vigor desde el 1 de mayo de 1999). Según los profesores AGUELO y CHUECA⁵, con el Tratado de Ámsterdam se da “la conversión en Derecho Comunitario del conjunto de las relaciones que atañen a la libre circulación de personas, por medio del establecimiento del nuevo Título IV del Tratado de la Comunidad Europea cuya rúbrica es precisamente “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas”. Además se incorporó al acervo comunitario el Acuerdo de Schengen, lo que provocó una mayor vinculación entre los Estados miembros y la Unión⁶ (DELGADO, 2002). Podemos afirmar que el Tratado de Ámsterdam supone un avance en la forma de actuar, en este caso respecto de la inmigración, pues intentó involucrar a todas las instituciones en los procedimientos de toma de decisión (en mayor o menor medida) junto con una participación más estrecha de los Estados miembros. Este avance se ve reflejado en lo establecido en el Consejo Europeo de Viena⁷, cuando en su punto décimo, relativo a Justicia y Asuntos de Interior, destaca “la importancia de que Schengen se integre rápidamente en la Unión Europea” y aconseja la pronta asignación de bases jurídicas al acervo Schengen. Sorprendentemente, entre todos los llamamientos del Consejo de Viena, resalta el de “la necesidad de buscar soluciones globales en lo que respecta a la protección temporal y a un sistema europeo de solidaridad (...) y una estrategia global sobre migración”. Resulta un poco contradictorio blindar las fronteras exteriores, reforzando la seguridad, y hablar de solidaridad. En materia de inmigración, tal y como se podrá observar en los siguientes puntos, el guión es uniforme, aunque el tono, a veces, se recrudezca.

(5) Pascual AGUELO NAVARRO y Ángel CHUECA SANCHO: “Panorámica de las políticas inmigración de la Unión Europea (I)” *Abogacía española. Derecho y sociedad*, n.º 38, mayo de 2006.

(6) Ídem 2.

(7) Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena, 11 y 12 de diciembre de 1998.

III. DE TAMPERE AL PROGRAMA DE LA HAYA

A) Tampere

El Consejo Europeo de Tampere, celebrado entre el 15 y 16 de octubre de 1999, marca un antes y un después en la política de inmigración comunitaria. La primera consideración que debemos tener en cuenta es que es un consejo monotemático, dedicado exclusivamente a la seguridad y a la justicia. Tal y como queda expresado en el segundo párrafo de las Conclusiones de la Presidencia “El Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam”. Este objetivo pretende ser llevado a cabo adoptando numerosas medidas que afectan a temas como la inmigración o la política exterior. Respecto de la inmigración, resulta muy interesante el estudio de este Consejo pues se desarrolla un “menú” de acciones a realizar, en las que entraremos más adelante.

Otro de los puntos relevantes de Tampere es la creación del órgano competente para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01 DOCEC de 18 de diciembre de 2000). Hasta la aparición de la Carta, la Unión Europea tomaba prestado del Consejo de Europa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptándolo como propio; era necesario crear una Carta de Derechos de la Unión, impulsar mediante ésta la ciudadanía europea y dotarla de un contenido humano, que reforzara el sentimiento de pertenencia a ese conjunto. Resulta especialmente interesante el capítulo dedicado a la dignidad y el reconocimiento, en el capítulo segundo, del derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición ya que se incorpora a la legislación comunitaria el principio de *non refoulement*, dando cumplimiento a lo establecido en las conclusiones de Tampere⁸. No vamos a entrar a comentar la Carta en profundidad pues nos alejaríamos de nuestro tema y alargaría demasiado el presente trabajo.

Entrando ya en el estudio de las conclusiones de Tampere, debemos detenernos en la primera parte donde se desarrollan sus hitos. Los puntos tercero y cuarto introducen los objetivos en cuanto a política de inmigración se refiere.

Tras la lectura del tercer punto, vemos cómo la Unión justifica la llegada de extranjeros provenientes de Estados terceros en la necesidad de éstos de vivir en un espacio de libertad, asegurado para todos los ciudadanos de la Unión, y garantizado para los que se establezcan de manera regular. Establece textualmente el punto tercero que la existencia de este espacio de libertad “ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada”. Y añade que “Sería, además, contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a

(8) Punto A, párrafo 2.º, 13: “El Consejo Europeo reitera la importancia que la Unión y los Estados miembros conceden al respeto absoluto del derecho a solicitar asilo. El Consejo Europeo ha acordado trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo, basado en la plena y total aplicación de la Convención; de ese modo, se logrará que ninguna persona sea repatriada a un país en que sufre persecución, lo que significa que se observará el principio de no devolución”.

La evolución comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

III

las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio”. Resulta curioso que estos argumentos se utilicen a su vez para justificar el “control coherente de las fronteras exteriores”, control que implica una mayor presencia policial en ellas y un procedimiento de regularización de la situación administrativa del recién llegado que por sus férreas condiciones aboca a menudo a la irregularidad (como ocurre en el caso español). Nos resulta sorprendente que cada vez que nos encontramos con una mención a la inmigración ilegal, ésta esté acompañada de otra referente a la lucha contra el crimen organizado. Parece que desde la Unión se identifique inmigración ilegal con delincuencia organizada lo que puede llegar a redundar de forma negativa en la opinión pública y activar un rechazo al extranjero, así como actitudes xenófobas y racistas, que por otro lado son manifiestamente contrarias a los principios de la Unión y a lo establecido en su Carta de Derechos Fundamentales. Si desde la Unión, y desde los Consejos, se quieren combatir las actitudes xenófobas y racistas, deberían empezar por un replanteamiento de los discursos y alejar inmigración ilegal y crimen organizado, dos realidades completamente distintas.

En el cuarto punto de los “Hitos de Tampere” se introduce el tema de la integración de los extranjeros “que residen legalmente en la Unión”. En nuestra opinión esta única mención a los extranjeros residentes ahonda más en la brecha entre rechazo al “ilegal”/asimilación (que no integración) del “legal”. No se puede obviar una realidad que existe y es patente a nuestro alrededor; y no debemos olvidar lo establecido por el artículo primero de la Carta de Derechos Fundamentales “La dignidad humana es inviolable. Será protegida y respetada”. Deberíamos asumir que la inmigración irregular no es un problema sino una realidad que debería ser tenida en cuenta desde la Unión y formar parte de ese deseo de armonización de la política comunitaria en materia de inmigración. El tema de la inmigración irregular será analizado en mayor profundidad en la parte dedicada al Consejo de Sevilla, ya que éste lo trató con mayor amplitud.

Entrando ya en materia, y como hemos dicho anteriormente, Tampere introduce cuatro elementos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de desarrollar una política común en materia de inmigración y asilo. El primer punto desarrolla la **colaboración con países de origen** donde se afirma que “La Unión necesita un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito” y para ello se propone “luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo”; en nuestra opinión son medidas necesarias y coherentes con la sociedad actual, aunque podrían haber formado parte de la política de inmigración desde mucho antes. Esta toma de posición de la Unión frente a la inmigración resulta acertada, ya que lo más fácil es legislar sobre esta materia sin tener en cuenta el contexto por el cual y a través del cual se desarrolla. Si a esta medida añadimos la de “consolidar los estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos” el elemento *colaboración* se completa. El Consejo termina por invitar a los Estados miembros a que esta misma coherencia que se demanda la Unión para sí, la adopten también éstos, en cuanto a lo que a política de inmigración se refiere.

El segundo punto versa sobre un **sistema europeo común de asilo**. El Consejo Europeo expresa la necesidad de crear un sistema unificado respecto de la concesión de asilo y del estatuto del asilado; dicho sistema resulta necesario y su creación perentoria, ya que los procedimientos

para obtener asilo suelen ser hartamente complicados. Una homogeneización del procedimiento de solicitud de asilo podría conllevar un aumento de la transparencia de éste y de la seguridad jurídica del demandante; por el contrario no debería suponer un endurecimiento de las condiciones para otorgar dicha protección. El establecimiento de “formas de protección subsidiarias” sería bienvenido ya que en numerosas ocasiones la denegación del estatuto de asilado supone un riesgo para la integridad del demandante y una clara desprotección jurídica y social.

El tercer punto establece el trato justo de los nacionales de terceros países. El Consejo de Tampere aboga por “una política de integración más decidida” encaminada “a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia”; sin embargo añade en el punto 21 que “a una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia”. En este punto debemos preguntarnos ¿no es claramente discriminatorio el hacer depender de la duración de la residencia legal el otorgamiento o no de determinados derechos?, ¿quién será el encargado de determinar el tiempo necesario para beneficiarse de derechos como el de recibir educación, que por otro lado es un derecho universal?⁹ y por último ¿hasta cumplir el tiempo establecido para poder disfrutar de esos derechos, esas personas qué derechos tendrían? Son preguntas cuya respuesta escapa a cualquier estudio de los derechos fundamentales y podemos afirmar que dicha sugerencia entra en conflicto directo con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con su eje principal que es el respeto y protección de la dignidad de la persona.

Por último, Tampere desarrolla la gestión de los flujos migratorios adoptando dos vías: informar en los países de origen y tránsito de “las posibilidades reales de inmigración legal”, información que tendrá un claro componente disuasorio, y por otro lado la lucha contra la trata de seres humanos. Respecto de la primera debería de acompañarse con una cooperación global con dichos países para erradicar los problemas ya citados en el punto 11 de las conclusiones y que son causa directa de la mayoría de los flujos migratorios. Respecto de la trata de seres humanos el Consejo propone “ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la trata de seres humanos”, en numerosas ocasiones toleradas por los cuerpos de seguridad de los propios estados de origen.

Como podemos observar Tampere supuso, para la política comunitaria en materia de inmigración, una toma de posición de la Unión respecto de la necesidad de armonización de las distintas legislaciones y de la puesta en marcha de diversas medidas para su consecución.

(9) Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 26.

B) Sevilla

El Consejo Europeo de Sevilla (celebrado entre los días 21 y 22 de junio de 2002) abordó también el tema de la inmigración, aunque centrándose sobre todo en la inmigración ilegal y en su combate efectivo.

Uno de los principios rectores que establece este Consejo, y que nos puede dar una idea del tenor del contenido de las políticas que en materia de inmigración pretende desarrollar, es que “La aspiración legítima a una vida mejor debe conjugarse con la capacidad de acogida de la Unión y de sus Estados Miembros¹⁰”. El Consejo de Sevilla, tal y como afirmamos antes, se centra en la lucha contra la inmigración ilegal; si comparamos las conclusiones de Tampere con las de Sevilla podemos decir que el primero era mucho más benévolo en sus declaraciones, al menos dedicaba parte de su contenido a los derechos de los ciudadanos de terceros estados. En cambio Sevilla toma una línea más dura”, tal y como a continuación se podrá observar.

En primer lugar, respecto de las **Medidas para luchar contra la inmigración ilegal y la Puesta en marcha progresiva de una gestión coordinada e integrada de las fronteras exteriores**, estos dos puntos engloban varias acciones y medidas referentes a los visados, a la policía de frontera, a la conclusión de acuerdos de readmisión y la aprobación de un programa de repatriaciones, entre otras medidas; todas en general con un objetivo común: el de proteger la citada capacidad de acogida de los Estados de la Unión y el de luchar contra la inmigración ilegal. Sin embargo estos dos puntos no resultan tan llamativos como el tercero. En los párrafos dedicados a la **Integración de la política de inmigración en las relaciones de la Unión con terceros países** (párrafos 33 a 36) el Consejo de Sevilla descarga toda su artillería estableciendo dos medidas que resultan en nuestra opinión desmesuradas.

La primera es la inclusión de “una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión Europea o la Comunidad Europea celebre con cualquier país.”¹¹ Resulta paradójico el firmar un acuerdo de cooperación de la materia que sea, aceptando además una cláusula en la que se impone la readmisión obligatoria de cualquier persona que entre en la Unión de forma irregular¹² y un compromiso de gestión de los flujos de personas con destino a nuestra Europa. Es obvio que se obliga a firmar dos cláusulas que en la práctica son difíciles de cumplir, la mayoría de las veces por la situación del país.

(10) Punto 29 de las Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Sevilla.

(11) Respecto del Consejo Europeo de Sevilla “En los días previos a su celebración los gobiernos del Reino Unido, Italia y España daban muestras de gran interés en adoptar una política común al respecto, centrada en la idea de sancionar económicamente a los terceros países que no colaboraran en la lucha contra la inmigración” (DELGADO, 2002).

(12) Párrafo 33. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Sevilla.

(13) Ver párrafo 34 de las Conclusiones de Sevilla en lo referente a la readmisión de personas.

Sin embargo esta medida se recrudece cuando en el párrafo 36, ya se deja entrever una posible sanción por “una falta injustificada de colaboración por parte de un tercer país en la gestión de los flujos migratorios”, si bien no menciona la palabra *sanción*, se afirma que en ese caso “el Consejo podrá adoptar, de conformidad con lo dispuesto en los tratados, medidas o posiciones en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común y de las demás políticas de la Unión Europea, dentro del respeto de los compromisos contraídos por la Unión y sin menoscabo de los objetivos de la cooperación para el desarrollo”. Este último compromiso, de no menoscabar los objetivos de la cooperación al desarrollo, parece no encajar muy bien con una velada advertencia del párrafo 35 cuando se afirma que “una colaboración insuficiente por parte de un país podría dificultar la intensificación de las relaciones de dicho país con la Unión”. Volvemos a insistir en la contradicción que resulta de una cooperación dependiente de una colaboración sobre el control de flujos, y si éste no se da habría lugar a una sanción económica, aunque ni la palabra *sanción* ni *económica* se mencionen; al menos es lo que podemos deducir del contenido de los puntos antes estudiados. No se puede entender este agravamiento del discurso sobre la inmigración, respecto de Tampere, si no acudimos a componentes de orden ideológico que no vienen al caso. Hemos de añadir que una política de inmigración debe ser coherente con el entorno y englobar distintos elementos, no solo la intención de construir una fortaleza y luchar contra los flujos migratorios *no deseados* que se dan en la actualidad y se darán en un futuro.

C) Salónica

Unos meses más tarde se celebra en Salónica¹⁴ otro Consejo Europeo, con un tono más suave y conciliador que su antecesor de Sevilla. Si bien insiste en que “existe una marcada necesidad de una política de la UE más estructurada, que abarque todo el espectro de las relaciones con terceros países, incluida la pronta celebración de acuerdos de readmisión con determinados terceros países clave de origen, así como el fomento de la cooperación ulterior con ellos”, el discurso parece más conciliador.

Respecto de la *Asociación con Terceros Países*, el Consejo propone tener en cuenta la situación de cada país y en cada momento, lo que hace más viable dicha cooperación, así como la posibilidad de efectuar de forma eficaz las repatriaciones. Siguiendo con la mejora de las posturas de Sevilla, y con el objetivo de estructurar mejor la política común de inmigración, se dan una serie de pautas a seguir respecto de la cooperación en dicha materia con los países terceros, pautas que a su vez servirán de evaluación. Podemos hablar de un cierto control de calidad hacia los países que no cooperen, lo que aleja la velada amenaza de la sanción económica.

El otro aspecto de interés de este Consejo de Salónica es el relativo al *Desarrollo al nivel de la Unión Europea sobre la integración de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea*. En este punto el Consejo Europeo, retomando lo manifestado en Tampere, deja de lado el factor tiempo para otorgar derechos y obligaciones, y establece que “Las medidas de integración deben entenderse como un proceso continuo y en dos sentidos basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes de los nacionales de terceros

(14) Consejo Europeo de Salónica celebrado el 19 y 20 de junio de 2003.

La evolución comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

III

países con residencia legal y de las sociedades de acogida¹⁵". Es lógico que la integración pasa por los que llegan pero también por los que acogen, debiendo hacer un esfuerzo para garantizarles y garantizarnos una convivencia digna y respetuosa con los principios de la Unión. Como novedad, y para llevar a término con éxito la política de integración, el Consejo de Salónica da paso "a la participación eficiente de todos los agentes" donde incluye tanto a los organismos de la Unión Europea y a las administraciones estatales como a sindicatos, organizaciones no gubernamentales e incluso a las organizaciones de migrantes¹⁶. En nuestra opinión resulta gratificante el ejercicio de transparencia y democracia que realiza este Consejo, pues el que estos agentes, entre otros, puedan participar en el diseño de las políticas de integración tiene como consecuencia el que éstas sean más acordes con la realidad imperante; además el incluir también a las asociaciones de migrantes garantiza su equiparación respecto de los ciudadanos de la Unión, que al fin y al cabo es de lo que se trata cuando hablamos de integración.

Llegados a este punto podemos decir que desde Tampere "la organización progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia se ha convertido en un nuevo objetivo de la Unión Europea"¹⁷, y dentro de ese espacio la política de inmigración es uno de sus puntos fuertes, y por ello es necesario una homogeneización de las normativas y políticas sobre dicha materia, pero teniendo como base de actuación el máximo respeto a los derechos fundamentales.

IV. LA HERENCIA DE TAMPERE: EL PROGRAMA DE LA HAYA

El Programa de la Haya, aprobado durante el Consejo Europeo de Bruselas¹⁸ celebrado en el 2004, toma el testigo dejado por Tampere.

En la introducción del Programa que todos los objetivos de Tampere no se han logrado, pero que se han realizado enormes progresos. Por lo que respecta a la política de inmigración, el contenido del Programa de La Haya es una continuación de lo acordado en Tampere, ya que sigue insistiendo en la necesidad de armonizar las legislaciones en materia de inmigración y las actuaciones de los Estados miembros respecto del control de fronteras y del sistema de visados. Se afirma que la Unión debe afrontar nuevos retos, manifestación muy influida por la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (actualmente sin vigor), y el discurso empleado hace continuas referencias al respeto de los derechos humanos.

(15) Párrafo 31 (Salónica, 2003).

(16) Párrafo 35 (Salónica, 2003).

(17) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa Tampere y futuras orientaciones*. Bruselas 2.6.2004 [COM (2004) 401 final].

(18) Consejo Europeo de Bruselas 4 y 5 de noviembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia (14292/1/04 REV 1).

En lo referente a la inmigración¹⁹ nos sorprende la primera afirmación: “La migración internacional continuará”. Parece que los miembros de este Consejo Europeo, y por extensión la Unión Europea, hayan tomado conciencia de una realidad que ya lo era en 1999, incluso antes. Es un paso importante pues garantiza, al menos así lo creemos, unas políticas acordes con dicha realidad, ya que añade que “es necesario un planteamiento completo, que abarque todas sus etapas, que trate las causas profundas de la migración, las políticas de entrada y admisión y las políticas de integración y de retorno”. Además expresa el deseo de que la política europea de asilo y migración se base en un análisis “de los fenómenos migratorios en todos sus aspectos”.

Respecto de la integración de los migrantes en los Estados miembros el Consejo Europeo solicita la igualdad de oportunidades para éstos lo que les facilite la plena participación en la sociedad. Para la consecución de dicho objetivo da contenido a la palabra integración, desarrollando una serie de aspectos tales como que ésta es “un proceso bidireccional que implica tanto a los ciudadanos de terceros países con residencia legal como a la sociedad de acogida”, siguiendo la dirección del Consejo de Salónica, que la integración también “implica el respeto por los valores básicos de la Unión Europea y los derechos humanos fundamentales” y, el que nos ha resultado más interesante, que la integración “se basa en la interacción frecuente y el diálogo intercultural entre todos los miembros de la sociedad, en el marco de foros y actividades comunes encaminados a mejorar la comprensión recíproca”. Este último aspecto es continuación de lo establecido en Salónica respecto de los agentes que intervienen en los procesos migratorios y resulta de gran relevancia el que la Unión insista en la necesidad de dicho diálogo, introduciendo el factor intercultural, imprescindible para la consecución de una integración, y no de una asimilación, de los extranjeros en nuestra sociedad.

Otro de los puntos, también tratados en Tampere, es el de la política de repatriación y readmisión. Respecto de ésta 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 dignidad”. En este punto podemos decir que es la primera vez que en unas conclusiones de la Presidencia de los Consejos analizados aparece la palabra *dignidad*, lo que en teoría debería evitar expulsiones masivas o carentes de un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales, impropio de una unión de Estados de Derecho.

Resulta interesante, tras el análisis del Programa de La Haya, completar éste con una breve aproximación a otro documento. En 2005, la Comisión comunicó al Parlamento europeo y al Consejo sus *Diez prioridades para los próximos cinco años*²⁰. En sus puntos cuarto y quinto desarrolla lo referente a la gestión de la migración y a la integración de los inmigrantes en nuestra sociedad. La Comisión asume que la gestión de los flujos migratorios, de la decisión de quién entra y cómo lo hace, es una competencia de cada Estado miembro; sin embargo afirma que

(19) Programa de La Haya: capítulo III, punto 1.º, párrafos 1.2 a 1.7.

(20) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia* [COM (2005) 184 final], Bruselas, 10 de mayo de 2005.

La evolución comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

III

además exige también el desarrollo de una política común “que ofrezca un estatuto legal seguro y un conjunto de derechos garantizados que contribuyan a la integración de quienes sean admitidos”. Insiste también la Comisión en la necesidad de “incluir una inversión importante en relaciones con terceros países, tanto de origen como de tránsito, consistente especialmente en ayuda y cooperación, en interés recíproco tanto de los terceros países como de la Unión”. Como vemos mejora lo establecido en Tampere y se aleja de la postura defensiva del Consejo Europeo de Sevilla.

Respecto de la integración considera importante el aprovechar el impacto positivo de la migración, lo que nos recuerda lo establecido en Salónica sobre el diálogo intercultural y el firme propósito de la Unión de tener cada vez más en cuenta a los agentes sociales, que están más en contacto con la realidad social.

V. LOS ÚLTIMOS APORTES A LA POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN: DE HAMPTON COURT AL ÚLTIMO INFORME SOBRE INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN

Durante la presidencia del Reino Unido, que abarca desde julio hasta diciembre de 2005, se celebró una cumbre informal en Hampton Court para debatir, entre otros asuntos, la política europea de inmigración. No es baladí la elección de dicha cumbre como punto de partida de este último capítulo. Cuando en el anterior analizábamos el Programa de La Haya, veíamos la cara más “dulce” de la política de inmigración comunitaria; la preocupación por el respeto de los derechos humanos y el firme propósito de considerar, con su debida importancia, a los agentes sociales hacían de este programa el más comprensivo con la realidad de la migración. Pero en Hampton Court, la inmigración vuelve a ser un problema ligado a la seguridad y no una realidad social más a tener en cuenta, suavizado sí con continuas referencias al respeto de los derechos humanos.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de noviembre 2005²¹ insiste, como en textos ya citados en este trabajo, en “la importancia de un enfoque equilibrado y global, destinado a promover las sinergias entre la migración y el desarrollo, y basado en una estrategia a largo plazo de lucha contra las causas profundas de la migración forzosa”. Resulta curiosa la calificación de la migración como de *forzosa* cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 13 la libertad de circulación y de establecimiento a toda persona²² que así lo desee. En principio, toda persona tiene derecho a luchar por su proyecto personal, sea en su país de nacimiento o en el país vecino; al fin y al cabo, toda persona tiene derecho a luchar por su dignidad. De forma paralela, la Comunicación que comentamos

(21) COM (2005) 621 final. Prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court, Bruselas, 30 de noviembre de 2005.

(22) Artículo 13: 1.º) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2º) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

continúa hablando del binomio inmigración-seguridad, haciendo de ello un problema y no un hecho al cual nos debemos enfrentar con normalidad y sin dramatismos.

Sin embargo podemos encontrar también ciertos aportes que podríamos calificar de positivos. La idea general es continuar el espíritu del Programa de La Haya, poniendo el acento sobre todo en la colaboración con los países emisores y de tránsito. Sobre este punto se incluyen diversas medidas como la de “combatir las causas profundas de la migración, como la pobreza y la inseguridad” o “favorecer los vínculos entre la migración y el desarrollo”. Dicha cooperación se realizará también con Redes de funcionarios de enlace de inmigración. Los funcionarios tienen la función de informar “de la situación en los países prioritarios en materia de inmigración ilegal y trata de seres humanos”. A priori estas Redes de funcionarios podrían resultar beneficiosas si realmente sirven para evitar tragedias como las que podemos ver a diario en las playas canarias o andaluzas; es decir combatir la delincuencia organizada que se ceba en las esperanzas de numerosas personas. Otra de las cuestiones que se afrontan es la sensibilización “a los Estados miembros con respecto a los canales legales de inmigración” es decir “La UE y los respectivos países de origen deberían definir y financiar proyectos capaces de favorecer la circulación legal, tanto de carácter temporal como permanente, de los estudiantes, investigadores y trabajadores”. Con todo ello se pretende, tal y como decíamos antes, combatir la delincuencia organizada alrededor de la inmigración. Esa sensibilización respecto de los canales legales de inmigración se apoya a su vez en la celebración de acuerdos de readmisión pero prestando “especial atención a sus implicaciones a nivel de derechos humanos, y garantizar la solidaridad y la asociación con los países vecinos”. Esta preocupación por el respeto de los derechos humanos, sobre todo en procedimientos como la expulsión y readmisión de las personas migrantes que, en numerosas ocasiones, comportan actuaciones no del todo *regulares*, resulta positiva.

Asimismo se incluyen medidas para los países de acogida, siendo una de las más interesantes la de mejorar la integración: “los Estados miembros de la UE deberían realizar ulteriores esfuerzos para lograr una integración de los emigrantes efectiva y sostenible, reconociendo los derechos y las responsabilidades de los inmigrantes como de la sociedad que los acoge.” Es llamativa la mención del reconocimiento mutuo de derechos y responsabilidades, tanto de los que llegan como de los que acogen, pues en numerosas ocasiones la sociedad de acogida no piensa en que posee unas determinadas obligaciones respecto a los recién llegados, sino únicamente unos privilegios dignos a veces de la época feudal.

Volviendo a las Conclusiones de los Consejos Europeos, eje de este trabajo, podemos detenernos en uno de los últimos consejos celebrados este año en Bruselas los días 21 y 22 de junio²³. Nos vamos a detener especialmente en el punto 17 de estas conclusiones. El Consejo insiste en la necesidad de una cooperación con los países terceros y afirma que “unas asociaciones específicas con terceros países en materia de migración podría contribuir a una política de migración coherente que combine medidas que faciliten unas posibilidades de migración legal bien gestionadas y sus beneficios” pero añade a continuación que dichas asociaciones se realicen “den-

(23) Consejo Europeo de Bruselas. Conclusiones de la Presidencia 11177/1/07 CONCL2, páginas 3 a 6.

La evolución comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos

III

tro del respeto de las competencias de los Estados miembros y de las necesidades particulares de sus respectivos mercados laborales”. Resulta hartamente curioso hablar de respeto de los derechos y de las obligaciones mutuas en relación con una visión estrictamente mercantilista de la inmigración, que se aleja de la esencia verdadera de esta realidad social que no es sino el reflejo de un proyecto de convivencia humana, basada en la solidaridad y en el respeto mutuo y no en la estricta cobertura de necesidades económicas.

Para finalizar este trabajo vamos a analizar de forma breve la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones²⁴. En este informe, que es una buena aproximación general a las políticas de inmigración en la UE, se hace referencia en sus conclusiones al Consejo Europeo de junio de 2007, calificándolo de “hito en la política de integración de la UE al subrayar la necesidad de considerar que la integración implica a toda la sociedad y de reconocer que el diálogo intercultural es un instrumento importante para estimular la integración”. Realmente resulta un hito el reconocer, tal y como decíamos, los derechos y responsabilidades mutuas existentes entre los que llegan y los que acogen. El informe da una visión muy positiva de las políticas de integración que se están llevando a cabo en los Estados miembros, centradas sobre todo en programas de formación y de participación ciudadana, dos componentes que garantizan una convivencia respetuosa. Podemos resaltar el fomento de “Valores básicos como la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales” considerados como el eje de las políticas de integración, aunque la enseñanza y promoción de dichos valores debe llevarse a cabo no solo respecto de los recién llegados, sino también en las sociedades de acogida garantizando el diálogo intercultural tan promovido durante los últimos años.

VI. CONCLUSIONES

Cuando, tal y como decíamos en la introducción, nos encontramos en el año del cincuenta aniversario de la Unión Europea, vemos cómo ésta ha tomado el pulso a la sociedad actual y en materia de inmigración intenta tener una actitud más realista.

Hemos podido observar una clara evolución, desde los inicios cuando de inmigración se hablaba en meros términos económicos, sin citar los derechos, a una postura acorde no con una unión económica, sino con una unión de democracias respetuosas con los derechos de los demás. Se aboga por la interacción entre todos los agentes sociales inmersos en los procesos de migración, por un respeto de los derechos fundamentales de la persona y por una gestión de los flujos migratorios donde países de origen y acogida tengan su lugar.

Por el contrario se sigue olvidando la situación de la persona que se encuentra de forma irregular en cualquiera de los Estados miembros, siendo invisible a los ojos de las administraciones;

(24) Tercer informe anual sobre inmigración e integración. COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre.

Daríá Terrádez Salom

III

únicamente se le cita al hablar de las políticas de repatriación y expulsión, formando también parte de esa realidad social que deberíamos tener en cuenta.

Esperemos que durante los próximos cincuenta años dejemos de acompañar la palabra *inmigración* con *problema*, sino con *diálogo* y *respeto*.

Notas y colaboraciones

*Dossier: Los derechos humanos
de los extranjeros en la doctrina
constitucional*

(La STC 236/2007, de 7 de noviembre)

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Director de la REDMEX

ÁNGEL CHUECA SANCHO

Director Adjunto de la REDMEX

Introducción al Dossier

SUMARIO

I. La Ley Orgánica 8/2000, ampliamente recurrida ante el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad. A) El desarrollo de los acontecimientos. B) Lista de recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO 8/2000. C) Las normas afectadas por los recursos.

II. Enmarque de la STC de 7 de noviembre de 2007. A) Referencia al recurso del Parlamento de Navarra. B) Los dos argumentos generales del Parlamento de Navarra. a) La libertad del legislador subconstitucional. b) La posible contradicción con los Tratados internacionales. C) Los fundamentos jurídicos de la STC 236/2007.

III. La argumentación del Abogado del Estado. A) La Constitución Española no establece una equiparación absoluta en materia de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales. B) Aspectos de las alegaciones del Abogado del Estado. a) Territorialidad *versus* universalidad. b) El uso alternativo del derecho. c) Interpretación arbitraria de los tratados internacionales de derechos humanos. d) El orden público permite restringir todo.

IV. Dignidad humana y derechos de todas las personas, sea cual fuere su situación migratoria. A) El Tribunal Constitucional examina el artículo 13 de la Constitución española y lo interpreta del siguiente modo (FJ 3). B) Derechos que corresponden a los extranjeros por el propio mandato constitucional y derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. C) Derechos hasta ahora limitados a los extranjeros residentes de los que deben disfrutar todos los extranjeros, sea cual fuere su situación migratoria. a) El derecho a la libertad de reunión. b) El derecho a la libertad de asociación. c) El derecho de acceso a la educación de naturaleza no obligatoria. d) El derecho a la libertad de sindicación. e) Inexistencia en Derecho constitucional español de los derechos al respeto de la vida familiar y a la reagrupación familiar. f) El derecho a la asistencia jurídica gratuita: FJ 13: Ya reconocido por la STC 95/2003. g) El principio de *non bis in idem*. D) El tratado internacional no se convierte en canon de inconstitucionalidad.

V. También el Tribunal Constitucional considera ilegales a las personas.

VI. El fallo: no siempre inconstitucionalidad equivale a nulidad.

Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho

I

VII. Contenido del fallo: preceptos impugnados y fallo de la sentencia. A) Artículos impugnados declarados inconstitucionales. B) Artículos impugnados declarados constitucionales.

VIII. El voto particular del magistrado Conde Martín De Hijas.

IX. Conclusión.

X. Apunte bibliográfico.

I. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, AMPLIAMENTE RECURRIDA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR INCONSTITUCIONALIDAD

El día 22 de diciembre de 2000 se producía la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, que acometió la reforma de un gran número de preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Todos los títulos de la LO 4/2000 quedaron afectados por la reforma.

A) El desarrollo de los acontecimientos

En particular el título I dedicado a recoger los “Derechos y Libertades de los extranjeros” quedó prácticamente modificado en su totalidad y en sentido restrictivo al modificarse los artículos 3.1; 5.2; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 13; 16.2 y 3; 17.1 y 2; 18; 19; 20; 21; 22; 23 y 24.

Tan sólo se libraron de la contrarreforma el artículo 4, referido al Derecho a la documentación, el artículo 12, relativo a la asistencia sanitaria, el artículo 14, Derecho a seguridad social y a los servicios sociales y el artículo 15, que regula la sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles.

Ante la importancia de la reforma y tras el examen de una copiosa documentación remitida por los Colegios de Abogados (especialmente de Barcelona, León, Madrid, Málaga y Zaragoza), por el Consell Consultiu de la Generalitat, que finalmente no recurriría la Ley, por algunos Grupos Parlamentarios (IU, IC-V y Socialista), diversos Parlamentos y Gobiernos Autonómicos (Parlamento Aragonés, Asturiano, Balear, Castilla-La Mancha, Navarro y Vasco), y ONG, en especial “Andalucía Acoge”, el Grupo de Trabajo constituido por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, con el encargo de analizar el contenido de la Ley 8/2000 e informar acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la mencionada Ley Orgánica llegó a la conclusión de que un significativo número de preceptos de la referida Ley Orgánica eran de dudosa constitucionalidad¹.

(1) El Grupo estuvo compuesto por D. Eduard SAGARRA, D. Roberto SÁNCHEZ, y D.ª Eva IZQUIERDA (I.C. Abogados de Barcelona), D.ª Aurelia ÁLVAREZ y D.ª Mayola ALONSO-VILLALOBOS (I.C. Abogados de León), D. Fernando OLIVÁN (I.C. Abogados de Madrid), D. José Luis RODRÍGUEZ (I.C. Abogados de Málaga) y D. Pascual AGUELO (ReICAZ y Presidente de la Subcomi-

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

En concreto y en relación con el título I “Derechos y Libertades” se consideró que el artículo 1.º de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en sus apartados 5.º, 6.º y 9.º relativos a libertades de reunión y manifestación, sindicación y huelga, en su apartado 7.º relativo al derecho a la educación post obligatoria de los menores de edad y en su apartado 16 relativo al derecho a la Justicia Gratuita eran contrarios a la regulación constitucional.

A lo largo del mes de marzo de 2001, la reforma sufriría la interposición de hasta nueve recursos de inconstitucionalidad: Recurrieron el Parlamento Navarro, el Grupo Parlamentario Socialista, la Diputación General de Aragón, la Junta de Extremadura, el Gobierno de Asturias, la Junta de Andalucía, el Parlamento Vasco, la Junta de Castilla la Mancha y el Gobierno Balear; este último se separaría posteriormente del recurso. El Defensor del Pueblo, en esa ocasión, no estimó la existencia de motivos de inconstitucionalidad o al menos la oportunidad jurídica para la interposición del recurso.

B) Lista de recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO 8/2000

- Recurso de inconstitucionalidad número 1668/2001, promovido por el **Grupo Parlamentario del Partido Socialista Obrero Español (PSOE)** en el Congreso de los Diputados, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 9 y 16 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Recurso de inconstitucionalidad número 1671/2001, promovido por la **Diputación General de Aragón**, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 9 y 16 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Recurso de inconstitucionalidad número 1677/2001, promovido por la **Junta de Extremadura**, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 9 y 16 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Recurso de inconstitucionalidad número 1679/2001, promovido por el **Gobierno del Principado de Asturias**, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 9 y 16 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Recurso de inconstitucionalidad número 1640/2001, promovido por el **Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía**, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 9, 15, 16 y 56 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

sión), El Informe fue emitido con fecha 15 de febrero y puede consultarse en la dirección: <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/InfSubcInc82000.pdf>.

- Recurso de inconstitucionalidad número 1644/2001, promovido por el Parlamento Vasco, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 9, 12, 13, 50, 54, 55 y 56 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Recurso de inconstitucionalidad número 1669/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 7, 9, 15, 16, 50, 56 y 57 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Recurso de inconstitucionalidad número 1707/2001, promovido por el Parlamento de Navarra, en relación con el artículo primero, apartados 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

C) Las normas afectadas por los recursos

Los artículos o normas objeto de los diferentes recursos que, con mayor o menor amplitud, se interpusieron fueron:

- Artículo 7.1. Reunión y Manifestación.
- Artículo 8. Asociación.
- Artículo 9. Educación.
- Artículo 11. Sindicación y huelga.
- Artículo 16. Intimidación familiar.
- Artículo 17. Reagrupación.
- Artículo 18. Procedimiento de Reagrupación.
- Artículo 20. Tutela Judicial.
- Artículo 21. Recursos contra los actos administrativos.
- Artículo 22. Asistencia jurídica gratuita.
- Artículo 27. Visado.
- Artículo 57. Expulsión.
- Artículo 60. Retorno.
- Artículo 61. Medidas cautelares.
- Artículo 62. Ingreso Centros Internamiento.
- Artículo 63. Procedimiento Preferente.
- Artículo 64. Ejecución Expulsión.

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

TABLA: Recursos de inconstitucionalidad presentados y preceptos afectados por cada uno de ellos

	1707/2001 Parlamento de Navarra	1668/2001 GP. PSOE	1671/2001 D.G.A.	1677/2001 Junta Extremadura	1679/2001 Gobierno Asturias	1640/2001 Junta Andalucía	1644/2001 Parlamento Vasco	1699/2001 Junta C-La Mancha
Artículo 7.1. Reunión y Manifestación	X	X	X	X	X	X	X	X
Artículo 8. Asociación	X	X	X	X	X	X	X	X
Artículo 9. Educación	X							X
Artículo 11. Sindicación y huelga	X	X	X	X	X	X	X	X
Artículo 16. Intimidación familiar	X						X	
Artículo 17. Reagrupación	X						X	
Artículo 18. Proc. Reagrupación	X							
Artículo 20. Tutela judicial	X							
Artículo 21. Rec. Actos advos.						X		X
Artículo 22. A. Jurídica Gratuita	X	X	X	X	X	X		X
Artículo 27. Visado	X							
Artículo 57. Expulsión	X						X	X
Artículo 60. Retorno	X							
Artículo 61. Medidas cautelares							X	
Artículo 62. Ingreso Centros Internamiento							X	
Artículo 63. Proc. Preferente	X					X	X	X
Artículo 64. Ejecución Expulsión								X

NOTAS:

1.³ La presente tabla no tiene en cuenta el Recurso de inconstitucionalidad número 1670/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que posteriormente desistió del recurso.

2.³ La presente tabla tampoco incluye el Recurso de inconstitucionalidad número 1024/2004, promovido por el Parlamento Vasco contra el artículo 1, apartados 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40; y el artículo 3, apartados 3 y 5, de la Ley Orgánica 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

II. ENMARQUE DE LA STC DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2007²

A) Referencia al recurso del Parlamento de Navarra

Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 23 de marzo de 2001, la Letrada del Parlamento de Navarra, actuando en nombre y representación de la Cámara, en virtud de los Acuerdos del Pleno y de la Mesa de 23 y 22 de marzo, respectivamente, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

De esta forma, se veían recurridos por el Parlamento Navarro, entre otros, los siguientes artículos de la LOEX:

- Artículo 7: Derecho de reunión.
- Artículo 8: Derecho de asociación.
- Artículo 9: Derecho a la educación no obligatoria sólo para los extranjeros residentes.
- Artículo 11.1: Derecho a la libertad sindical.
- Artículos 16.2, 17.2 y 18.4, relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar.
- Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos.
- Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- Artículo 27. Expedición de visado.
- Artículo 57. Expulsión.
- Artículo 60. Retorno.
- Artículo 62. Ingreso Centros Internamiento.

En su sentencia la mayoría del TC considerará que la modificación de la ley de extranjería, realizada por la LO 8/2000, vulnera el artículo 13 de la Constitución porque no se pueden limitar los derechos fundamentales de las personas al intentar distinguir entre inmigrantes en situación regular (los “residentes”) e inmigrantes en situación irregular. Todos los preceptos recurridos en relación con el Título I de la Ley Orgánica, Derechos y Libertades de los extranjeros, a excepción de los relativos a la reagrupación familiar serán declarados inconstitucionales.

A su vez, y como ya se había señalado reiteradamente, el Parlamento Navarro va a considerar que, en la Ley Orgánica 8/2000, se había producido la violación de numerosos tratados internacionales ratificados por España. El Comité de Libertad Sindical de la OIT, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y otros órganos internacionales de Derechos Humanos constataron durante los años 2002-2004 la incompatibilidad entre la citada Ley y las obligaciones internacionales asumidas por España en diversos Tratados³.

(2) Se trata de la Sentencia 236/2007 y puede consultarse en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2007/STC2007-236.html>.

(3) http://www.abogados.es/portalsBOGADOS/printPortal.do?urlPagina=5003069001005/es_ES.html.

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

B) Los dos argumentos generales del Parlamento de Navarra

El conjunto del recurso, tal y como señala el FJ 2.º de la STC 236/2007 se sostiene sobre dos argumentos de carácter general que la sentencia examina con carácter previo al examen particular de cada uno de los apartados que se refieren a derechos concretos.

Estos dos argumentos generales son:

a) La libertad del legislador subconstitucional

Este argumento se refiere a la libertad que el artículo 13.1 de la CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales.

El recurso cuestiona precisamente la legitimidad constitucional de algunos de los preceptos impugnados, porque condicionan el ejercicio de determinados derechos constitucionales por parte de los extranjeros a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España, y, por tanto, circunscriben su disfrute exclusivamente a las personas que se encuentren en una situación de regularidad dentro del país.

A juicio del Parlamento Navarro el legislador habría establecido una diferencia de trato basada en dicha situación jurídica que carecería de cobertura constitucional.

En la STC 236/2007, que a nuestro juicio marca un nuevo hito en el íter interpretativo del estatuto jurídico constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España, como en su momento lo supuso la STC 107/1984, el TC se plantea, por primera vez, al menos con carácter tan amplio, la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos **no a los extranjeros en general, sino a aquellos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.**

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, anticipa que

*“Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar, ya que si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, **sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros** siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales.”⁴*

b) La posible contradicción con los Tratados internacionales

El segundo argumento general esgrimido en el recurso, aunque no se formula explícitamente, sostiene la inconstitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados por su presunta

(4) La cursiva es nuestra.

contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, atribuyendo así a estos últimos la condición de parámetro de la constitucionalidad de las leyes españolas con base en la disposición prevista en el artículo 10.2 de la CE.

C) Los fundamentos jurídicos de la STC 236/2007

La STC 236/2007 es pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 7 de noviembre de 2007, siendo su Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde.

La Sentencia consta de 17 Fundamentos Jurídicos:

• FJ 1.º:	Legitimación del Parlamento Navarro
• FJ 2.º a 5.º:	Argumentos generales
• FJ 6.º y 7.º:	Derechos de reunión y asociación
• FJ 8.º:	Derecho a la educación de naturaleza no obligatoria
• FJ 9.º:	Derecho de sindicación
• FJ 10.º y 11.º:	Intimidad familiar y al reagrupamiento familiar
• FJ 12.º:	Motivación actos administrativos (visados)
• FJ 13.º:	Derecho a la asistencia jurídica gratuita
• FJ 14.º:	Expulsión de extranjeros condenados
• FJ 15.º:	Privación de libertad en supuestos de retorno
• FJ 16.º:	Indefensión procedimiento preferente expulsión
• FJ 17.º:	Inconstitucionalidad no siempre equivale a nulidad

a) **Fundamento jurídico 1.º.** Dedicado a examinar una primera cuestión de orden procesal, referida a la legitimación del Parlamento Navarro para interponer el presente recurso

La sentencia concluye acerca de:

“(…) la inequívoca legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 8/2000, dado que el ejercicio de las funciones que corresponden a la Comunidad Foral puede verse «afectado» por la norma estatal recurrida (…).”

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

b) **Fundamentos jurídicos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º.** Dedicados a examinar dos argumentos de carácter general que se abordan de forma previa:

- El primero se refiere a la libertad que el artículo 13.1 de la CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales.
- El segundo argumento general en el que se fundamenta el recurso, aunque no se formula explícitamente, sostiene la inconstitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados por su presunta contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades.
- En el fundamento jurídico 4.º la sentencia reflexiona ampliamente acerca del contenido del artículo 13 de la CE y los límites impuestos al legislador a la hora de modular el ejercicio de determinados derechos.
- En el fundamento jurídico 5.º se desarrollará el examen del segundo argumento general acerca de los Tratados Internacionales como posibles instrumentos o cánones de inconstitucionalidad de nuestras leyes

c) **Fundamentos jurídicos 6.º y 7.º.** Dedicados a examinar la regulación y naturaleza de los derechos de reunión y asociación y su posible modulación legal. Los efectos del pronunciamiento constitucional se fijarán en el fundamento jurídico 17.º.

d) **Fundamento jurídico 8.º.** Referido al examen del acceso al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria.

La sentencia concluye que:

“ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.”

e) **Fundamento jurídico 9.º.** Dedicado al examen del derecho de sindicación.

La sentencia concluye en la inconstitucionalidad de la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, si bien precisa,

“(…) que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre (…).”

- f) **Fundamentos jurídicos 10.º y 11.º.** Dedicados al examen del derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar.

La sentencia concluye que:

“(…) los preceptos impugnados (artículos 16.2 y 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000, así como el nuevo artículo 18, en la redacción dada por los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000), al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la CE), no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica (artículo 81.1 de la CE), ni a la reserva de ley establecida para los «derechos y libertades reconocidos en el capítulo II» (artículo 53.1 de la CE).”

- g) **Fundamento jurídico 12.** Dedicado al examen de la motivación de los actos administrativos y en particular de los visados.

Entiende la sentencia que:

“(…) la inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues «con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 de la CE» (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5.º). Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (artículo 106.1 de la CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales.”

- h) **Fundamento jurídico 13.º.** Dedicado a examinar el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Concluye la sentencia que la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, resulta inconstitucional.

“Al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación.”

- i) **Fundamento jurídico 14.º.** Dedicado a examinar la constitucionalidad del artículo 57.2 que contempla la expulsión de extranjeros condenados.

La alegación del Parlamento Navarro se concreta en la posible contradicción de la previsión legal con los principios de reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la CE); y también por vulnerar el artículo 25.1 de la CE puesto que supone una infracción del principio *non bis in idem*, conectado con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

(artículo 25.1 de la CE), al establecer el precepto que la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal.

La STC entiende sin embargo, que:

“(...) la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería (...)”

Concluyendo la STC que:

“(...) la nueva redacción dada por el artículo 1, punto 50, de la Ley 8/2000, por cuanto dicho precepto no supone una infracción del principio *non bis in idem* contenido en el artículo 25.1 de la CE.”

- j) **Fundamento jurídico 15.º.** Dedicado a examinar las condiciones de legalidad de la privación de libertad en los supuestos de retorno.

El TC como ya lo hiciera en la STC 115/1987 señala que:

“(...) la voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad (STC 115/1987, FJ 1). Y en consecuencia, la expresión «para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno», contenida en el precepto impugnado, debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión.”

- k) **Fundamento jurídico 16.º.** Dedicada a la posible indefensión que pudieren provocar los exiguos plazos del procedimiento preferente de expulsión. Vulneración del artículo 24 de la CE.

Señala la STC que:

“(...) la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso,(...)”

“(...) los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley Orgánica al disponer que «las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes» (artículo 65, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000)”

1) **Fundamento jurídico 17.º.** Inconstitucionalidad no siempre equivale a nulidad.

La inconstitucionalidad apreciada en los FJ.º 6.º, 7.º y 9.º, exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23.º), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6.º), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional.

III. LA ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO

A) La Constitución Española no establece una equiparación absoluta en materia de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales

El escrito del Abogado del Estado se inicia con una consideración previa señalando que:

“(…) nuestra Constitución no establece una equiparación absoluta en materia de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, ya que el artículo 13.1 de la CE prevé la posibilidad de establecer un régimen especial, y por otro lado, ello no puede deducirse de las expresiones utilizadas en los preceptos constitucionales, ni siquiera poniéndolos en conexión con los artículos 53.1 y 10 de la CE.

En relación con el primero, porque del mismo no se infiere el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales, ya definidos en los textos correspondientes, sino unas medidas de garantía de un derecho preexistente.

En relación con el segundo, porque a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha aplicado el artículo 10 de la CE para señalar aquellos derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana, nunca ha afirmado que todos los derechos fundamentales se hayan de aplicar con igual extensión a todos, al margen de su nacionalidad.

La generalización de la equiparación entre españoles y extranjeros hace quebrar la argumentación de la demanda, que va en contra del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional (STC 107/1984), y de ahí que no pueda aceptarse la afirmación de que los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga son derechos propios de la dignidad humana.”

B) Aspectos de las alegaciones del Abogado del Estado

Las alegaciones del Abogado del Estado pueden resumirse en los cuatro aspectos siguientes:

- Territorialidad y no universalidad de los derechos humanos.
- Uso alternativo del derecho (o el revés del derecho).

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

- Interpretación arbitraria de los tratados internacionales sin tener en cuenta las normas de interpretación que el mismo Derecho Internacional Público exige, y
- Potenciación de la cláusula del orden público como criterio limitador de los derechos humanos de los extranjeros.

a) Territorialidad *versus* universalidad

El Abogado del Estado, oponiéndose al recurso, parte de la territorialidad de los derechos, exigiendo en todo caso que para su ejercicio las personas debían residir regularmente en España.

Por eso dice en el apartado b) de su argumentación:

“Las impugnaciones formuladas, a su juicio, habrían atendido escasamente al presupuesto general de aplicación de la legislación española (el derecho de permanencia en el territorio español), abordando los derechos fundamentales como derechos extraterritoriales con vigencia universal independientemente de cualquier conexión territorial. De este modo, se habría olvidado que el derecho a residir y circular dentro de las fronteras del Estado no son derechos imprescindibles para la dignidad humana, y por tanto, no pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano (SSTC 107/1984; 94/1993)

Los preceptos impugnados, reguladores de los derechos de reunión, manifestación y asociación, no niegan a los extranjeros el disfrute de las libertades públicas que corresponden a los españoles sino que condicionan su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España. Ello no implica que el ejercicio de estos derechos supuestamente preexistentes se vea supeditado a una ocasional autorización administrativa, sino que la autorización tiene un significado constitutivo de un derecho de configuración legal, que nace con la propia autorización, dado que ningún extranjero tiene un derecho propio a residir o circular en España....

En el presente recurso no se ha impugnado ninguno de los preceptos de la Ley que condicionan la estancia o residencia en España al cumplimiento de los requisitos legales (artículo 25), ni se ha cuestionado el reverso de estas normas, es decir, la irregularidad o ilicitud de las situaciones que por falta de autorización determinan el deber de abandonar el territorio. Y si el presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales es la estancia o residencia en España, resulta difícil reconocer estos derechos en quienes no deben estar en territorio español. Los preceptos impugnados vienen a expresar una incompatibilidad material entre la situación legal de los extranjeros no autorizados a estar o residir y el presupuesto práctico de estos derechos, que es la residencia en España.”

Lanza pues el Abogado del Estado una primera argumentación con doble dirección: Territorialidad española y no universalidad de los derechos humanos. Parece que participa de la obsesión por el territorio que muestran algunos políticos estatales en algunos hechos rocamboleros recientes (el asunto de la Isla de Perejil, de 2002, por ejemplo).

Por otro lado, la tesis de la territorialidad contradice frontalmente la tesis de la Organización de las Naciones Unidas, que considera a los derechos humanos como universales, indivisibles, interdependientes, inalienables e irrenunciables; como veremos, se opone asimismo de un modo frontal con diversas normas de algunos tratados internacionales ratificados por España.

b) El uso alternativo del derecho

En el apartado d) de su argumentación, el Abogado del Estado se refiere a la educación no obligatoria para los extranjeros en situación irregular y afirma:

“(…) que nos hallamos en presencia de un derecho que presupone un cierto grado de vinculación personal o territorial del beneficiario con España y un grado de justificación presupuestaria, y por ello la supresión de aquella palabra implicaría un régimen de absoluta indiferenciación respecto de la legalidad de la situación y del lugar de residencia física. La expresión «todos» del artículo 27 de la CE, prescindiendo de cualquier restricción subjetiva, comprendería a los extranjeros que estuviesen de hecho en territorio español, pero no se sabría cómo podrían excluirse a los que sin estarlo, pudiesen y desearan ser beneficiarios del derecho. La pretensión de inconstitucionalidad llevaría a una solución discriminatoria en perjuicio de los extranjeros respetuosos con las leyes, que beneficiaría sólo a sus infractores. Por otra parte, ni la Convención de las Naciones Unidas de 1989, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos pueden interpretarse en el sentido de que haya un derecho a la «prosecución de la escolarización» hasta los 18 años puesto que se refieren a la enseñanza básica, primaria o elemental y no a estudios ulteriores.”

De nuevo sobresale la territorialidad. Pero además argumenta que la extensión de este derecho de acceso a la enseñanza no obligatoria perjudicaría a los residentes en situación regular: Es difícil saber dónde encuentra el Abogado del Estado esa hipotética discriminación de los residentes.

Por eso puede hablarse a nuestro entender del uso alternativo del derecho o el revés del derecho.

c) Interpretación arbitraria de los tratados internacionales de derechos humanos

Por otro lado, el Abogado del Estado rechaza la pretensión del Parlamento Navarro de fundamentar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados en su contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales.

A juicio del Abogado del Estado,

“(…) de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la CE, la configuración de los derechos fundamentales en los tratados internacionales no es un parámetro de constitucionalidad de las leyes españolas, pues la citada disposición constitucional está destinada a la interpretación de aquéllos (ATC 195/1991).”

Por consiguiente (continúa con su argumentación),

“La constitucionalidad de los preceptos recurridos debe enjuiciarse utilizando como parámetro, en primer lugar, los artículos de la Constitución pero no comparando directamente los términos de los preceptos recurridos con las expresiones contenidas en los tratados internacionales.”

“En la demanda se reconoce que los derechos regulados pueden ser restringidos para los extranjeros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1 de la CE y la STC 115/1987, pero se afirma que la

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

restricción contenida en los preceptos recurridos vulnera la Constitución de acuerdo con el alcance que tiene de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España. Tal planteamiento no puede prosperar porque *los tratados invocados no contienen una previsión expresa sobre el alcance subjetivo que han de tener esos derechos en relación con los extranjeros, ni es posible deducirla de las expresiones que contienen*. Por el contrario, en esos tratados sí es posible encontrar el «orden público» como motivo de limitación al ejercicio de los derechos que se regulan en la Ley impugnada.” (cursiva añadida).

¿Cómo que no resulta posible deducir el alcance subjetivo, por ejemplo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, cuando en su artículo 11 señala que **toda persona** tiene derecho “a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”? ¿Qué significa “toda persona” para el Abogado del Estado? ¿O es que el hecho de traspasar irregularmente una frontera convierte a un extranjero en no persona, privándole de sus Derechos Humanos?

Desde luego podemos ver que está claramente delimitado el ámbito subjetivo de un tratado internacional ratificado por España, que además forma parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96 de la CE).

Y todavía está más diáfamanamente delimitado ese ámbito subjetivo cuando se lee el artículo 1 del CEDH, según el cual, los Estados partes reconocen los derechos enunciados en ese texto “a todas las personas dependientes de su jurisdicción”; un extranjero, en situación irregular, depende de la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se encuentre y tiene derechos humanos.

El Abogado del Estado convierte el derecho en puro juego de palabras, en una logomaquia (batalla o discusión en la que se puede variar el sentido de las palabras, sin atender al fondo del asunto). Este uso del derecho es el que le ha acarreado tantos detractores.

El Abogado del Estado se olvida pues totalmente de las normas de interpretación de tratados, recogidas en los artículos 31-33 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados entre Estados. No podemos pasar por alto que la mencionada Convención ha sido ratificada por España y que por tanto le obliga. Se olvida especialmente de la regla general de interpretación de tratados que dice:

“Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Afortunadamente el TC, FJ 6.º, rechaza de plano esta interpretación, diciendo:

“Según el Abogado del Estado, las expresiones que figuran en los textos internacionales citados («toda persona», «se reconoce»), o en la misma Constitución («Se reconoce el derecho de reunión») no proporcionan una interpretación que permita dilucidar si se puede excluir del derecho de reunión a los extranjeros que no están legalmente en España, puesto que tales textos no contienen un pronunciamiento expreso sobre el reconocimiento del ejercicio de ese derecho a los extranjeros ilegales. Tal objeción, sin embargo, no puede compartirse. A pesar de que nuestra jurisprudencia ha relativizado la dicción literal de los artículos que reconocen derechos en el Título I de nuestra Carta Magna (así, por ejemplo, en la STC 94/1993, FJ 2.º), ha extraído conclusiones de las expresiones utilizadas en los preceptos constitucionales, interpretándolas precisamente de conformidad con los textos internacionales llamados por el artículo 10.2 de la CE. Así lo hemos hecho en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva partiendo del artículo 24.1 de la CE («Todas las personas tienen derecho...»), que, interpretado de conformidad con los preceptos equivalentes de los textos internacionales, según exige el artículo 10.2 de la CE, nos ha conducido a afirmar que se trata de un derecho de todas las personas, reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica (SSTC 99/1985, FJ 2.º; 95/2003, FJ 5.º). Y en relación con el derecho de reunión hemos afirmado que «El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que ‘se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas’, sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los ‘españoles’, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos» (STC 115/1987, FJ 2.º).”

d) El orden público permite restringir todo

Alega asimismo el Abogado del Estado que las libertades de reunión, asociación y sindicación (entre otras) pueden ser limitadas por razones de orden público, según los propios tratados de derechos humanos.

Se basa sobre todo en los párrafos segundos de los artículos 8 al 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en los cuales efectivamente se puede leer:

“El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

Dejar sin derechos a los extranjeros que se hallan indocumentados o insuficientemente documentados desde luego resulta excesivo. Por eso el TC, en el mismo FJ 6.º, rechaza la alegación del Abogado del Estado, en los siguientes términos:

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

“Por último, el Abogado del Estado alega que de los límites establecidos por los mencionados Tratados a los derechos en ellos reconocidos, tales como el «orden público», se podría deducir una justificación para que el legislador sujetara el ejercicio del derecho de reunión a la autorización de estancia o residencia de los extranjeros en España. Sin embargo, tampoco este argumento puede acogerse. El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado de acuerdo con la Constitución (STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6.º), y con los Tratados internacionales. Pero dichos límites se imponen al ejercicio mismo del derecho, independientemente de quién lo ejerza. Así ocurre con el «orden público con peligro para personas o bienes», que figura en el artículo 21.2 de la CE, y que se refiere a la seguridad ciudadana estrictamente (SSTC 36/1982, FJ 6.º), sin que quepa realizar una interpretación extensiva de dicho límite incluyendo en el mismo la regularidad de los extranjeros en España. Y ello porque «el principio de libertad del que [el derecho de reunión] es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucionalmente fijado» (STC 101/85, de 4 de octubre, FJ 3.º). Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha defendido una interpretación estricta de los límites al derecho de reunión fijados en el artículo 11.2 CEDH, de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STEDH caso Sidiropoulos, de 10 de julio de 1998, § 40). En concreto, en un caso en el que aquel Tribunal admitió la limitación del derecho de reunión con base en la defensa del orden público (artículo 11.2 CEDH), rechazó que «la situación irregular de la demandante fuera suficiente para justificar la vulneración de su libertad de reunión dado (...) que el hecho de protestar pacíficamente contra una legislación que se está infringiendo no constituye un fin legítimo de restricción de la libertad en el sentido del artículo 11.2 (CEDH)» (STEDH caso Cissé, de 9 de abril de 2002, § 50).”

Precisamente en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de derechos humanos en el caso CISSÉ (una senegalesa en situación irregular en Francia o sin papeles, que encabezaba en 1996 la ocupación de la iglesia parisina de San Bernardo, solicitando su regularización) puede leerse textualmente:

“En un caso en el que el Tribunal admitió la limitación del derecho de reunión con base en la defensa del orden público (artículo 11.2 CEDH), rechazó que «la situación irregular de la demandante fuera suficiente para justificar la vulneración de su libertad de reunión dado (...) que el hecho de protestar pacíficamente contra una legislación que se está infringiendo no constituye un fin legítimo de restricción de la libertad en el sentido del artículo 11.2 (CEDH)» (STEDH caso Cissé, de 9 de abril de 2002, § 50).

En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre.”

IV. DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS DE TODAS LAS PERSONAS, SEA CUAL FUERE SU SITUACIÓN MIGRATORIA

Veremos a continuación el núcleo de la sentencia; partiremos del examen que el TC realiza del artículo 13 de la CE; avanzaremos hasta los derechos que corresponden a los extranjeros por el

propio mandato constitucional y nos centraremos después en los derechos que la LO 8/2000 limitaba a los extranjeros residentes pero que deben disfrutar todos los extranjeros, sea cual fuere su situación migratoria.

En todo caso el concepto fundamental será el de dignidad humana, que resulta claramente presente tanto en la CE como en diversos tratados internacionales ratificados por España.

A) El Tribunal Constitucional examina el artículo 13 de la Constitución española y lo interpreta del siguiente modo (FJ 3.º):

“Nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el título I, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho Título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4.º). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el artículo 13 de la CE, cuyo primer apartado dispone: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», mientras el segundo apartado establece que: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

El artículo 13 de la CE se refiere a los derechos y libertades del título I, consagrando un estatuto constitucional de los extranjeros en España. De una parte, como señalamos en la sentencia citada, la expresión «libertades públicas» utilizada en el precepto no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutarán «no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución». Por otra parte, como se deduce de su dicción y de su ubicación en el Capítulo Primero («De los españoles y los extranjeros») del título I, este precepto constitucional se refiere a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas. La remisión a la ley que contiene el artículo 13.1 no supone pues una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los «términos» en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 10 de la CE en los términos que seguidamente se expondrán.”

B) Derechos que corresponden a los extranjeros por el propio mandato constitucional y derechos inherentes a la dignidad de la persona humana

La STC 236/2007, ahora analizada, señala, FJ 3.º:

“Nuestra jurisprudencia ha reiterado que *existen derechos del título I que «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los*

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

españoles» (STC 107/1984, FJ 3.º) puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3.º). Estos derechos son los que «pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español» (SSTC 107/1984, FJ 3.º; 99/1985, FJ 2.º; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2.º). También nos hemos referido a ellos como derechos «inherentes a la dignidad de la persona humana» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.º).»

La STC 236/2007 ejemplifica expresamente entre otros:

- el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3.º);
- el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2.º);
- el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4.º);
- el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5.º);
- el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1.º).

Todos ellos han sido reconocidos expresamente por el Tribunal Constitucional como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva⁵.

“...La dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (artículo 10.1 de la CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador. Ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como «marco de coincidencias» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.º) que permite distintas legislaciones en materia de extranjería. Ahora bien, el juicio de constitucionalidad que debemos realizar en el presente proceso no consiste en examinar si en el marco constitucional cabrían otras opciones en materia de extranjería distintas a la adoptada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sino en determinar si los preceptos de esa Ley sometidos a nuestro enjuiciamiento han excedido o no los límites impuestos por la Constitución...

En esa misma resolución, el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución «proyecta universalmente», señalando que «hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos» (FJ 7.º).» (cursiva añadida).

(5) Ver Anexo de este mismo Dossier: “*Jurisprudencia del tribunal constitucional (selección y extractos)*”.

Por otro lado, la STC 236/2007 añade en su FJ 4.º:

“De todo ello no se concluye que el legislador no esté facultado ex artículo 13.1 de la CE para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros, teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles, como ha hecho la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en relación con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (añadiendo un nuevo apartado al artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000)...

(...) El incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España.”(cursiva añadida).

C) Derechos hasta ahora limitados a los extranjeros residentes de los que deben disfrutar todos los extranjeros, sea cual fuere su situación migratoria

El análisis del TC sería ciertamente limitado si se detuviera en sus afirmaciones hasta ahora sintetizadas. Por eso profundiza después en los derechos humanos concretos que los extranjeros (incluso los que se hallen en situación irregular) pueden disfrutar.

a) El derecho a la libertad de reunión:

El TC, en la STC 236/2007 comentada, reitera la conexión entre dignidad humana y derechos fundamentales en varias ocasiones; por ejemplo dice en el FJ 6:

“Debemos, por tanto, determinar en primer lugar la conexión del derecho de reunión con la garantía de la dignidad humana. Como ha quedado dicho en el FJ 3.º, con cita de la STC 91/2000, tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege (contenido esencial) para precisar después en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona, acudiendo para ello a la Declaración Universal de Derechos Humanos y *los demás tratados* y acuerdos internacionales ratificados por España sobre las mismas materias.” (cursiva añadida).

A pesar de lo acertado del pronunciamiento, habrá que recordar que la Declaración Universal no es un tratado internacional y por eso la expresión del TC resulta técnicamente incorrecta. Con ello no deseamos quitar importancia a tan trascendental texto (en el ámbito internacional y en numerosos derechos internos), sino situarlo en su verdadero contexto. Destacando la importancia de la Declaración Universal, puede ser considerada como la conciencia jurídica de la Humanidad en esta materia.

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

Regulación internacional de la libertad de reunión, FJ 6.º:

“(…) Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los principales tratados internacionales ratificados por España parecen vincular el derecho de reunión a la dignidad que «ha permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre» (STC 91/2000, FJ 7.º). Así, en el primer texto se proclama que «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas» (artículo 20.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966 (PIDCP) dispone en su artículo 21: «Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás». Finalmente, el artículo 11 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) establece en su apartado 1...

(…) En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre.”

b) El derecho a la libertad de asociación

Con una argumentación muy parecida, dice el TC en el FJ 7.º:

“El artículo 22.1 de nuestra Constitución utiliza la fórmula impersonal «Se reconoce el derecho de asociación», mientras los textos internacionales citados garantizan a «toda persona» la «libertad de asociación» (artículo 20.1 Declaración Universal; artículo 11 CEDH) o «el derecho a asociarse libremente con otras» (artículo 22.1 PIDCP), con los límites que se han citado ya en el anterior fundamento jurídico...

(…) Aunque el derecho de asociación está directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución, *el legislador se encuentra habilitado ex artículo 13,1 de la CE para establecer «condicionamientos adicionales» a su ejercicio, pero respetando siempre las prescripciones constitucionales, que limitan su poder de libre configuración de su contenido. Como hemos señalado, el legislador orgánico podría pues, en principio, fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respetara un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre...*”

En todo caso, esos “condicionamientos adicionales” deben establecerse con sumo cuidado, puesto que de lo contrario se pueden producir discriminaciones, prohibidas por el artículo 14 de la CE.

El TC, en el mismo FJ 7.º, sigue afirmando:

“(…) El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la

persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo «proyectan universalmente» y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado.”

c) El derecho de acceso a la educación de naturaleza no obligatoria

En el FJ 8.º el TC diferencia dos vertientes normativas de la educación, una constitucional y otra internacional.

Vertiente constitucional:

“El artículo 27 de la CE dispone que «Todos tienen derecho a la educación» (apartado 1), el cual «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (apartado 5), que cuando es «básica es obligatoria y gratuita» (apartado 4).”

Vertiente internacional:

“El artículo 27 de la CE presenta una similitud significativa con el artículo 26 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, cuyo primer apartado dispone: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos...»

... El PIDCP⁶ sólo se refiere al compromiso de los Estados de «respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (artículo 18.4). El derecho a la educación, como tal, se recoge en el artículo 13 *del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). En su primer apartado dispone que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación» (...), mientras en el segundo establece que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y

(6) PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966 como el PIDESC, citado en el mismo FJ.

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del Cuerpo docente.”

Finalmente, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (Instrumento de Ratificación de 2 de noviembre de 1990, BOE de 12 de enero de 1991)...

También pone de relieve la STC la conexión de este derecho con el desarrollo de la personalidad humana y con la convivencia social: ... De las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución.

Interesa destacar sobre todo la circunstancia de que este derecho no se limita a la enseñanza básica, como hasta ahora se afirmaba en la LOEX:

“De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.”

En consonancia con la posición anterior, para el TC este derecho corresponde a todas las personas:

“Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la CE *corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España.*” (cursiva añadida).

Rechazando el uso alternativo del Derecho practicado por el Abogado del Estado, el TC señalará que la atribución de este derecho a los extranjeros indocumentados no discrimina a los extranjeros residentes:

“La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador.”

d) El derecho a la libertad de sindicación

Basándose con gran frecuencia en los tratados internacionales de derechos humanos, el FJ 9.º también observa una vertiente normativa interna y otra internacional de este derecho.

Vertiente normativa interna:

“El artículo 28.1 de la CE dispone: «Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato»”.

Vertiente normativa internacional:

“Siguiendo el criterio interpretativo *ex* artículo 10.2 de la CE que hemos utilizado para el enjuiciamiento de los anteriores preceptos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual «toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses»; así como el artículo 22 PIDCP, que reza: «toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses», lo que en términos similares recoge el artículo 8 PIDESC, proclamando el «derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección». Por otra parte, como se ha visto, el artículo 11.1 de la CEDH consagra el derecho de «toda persona» a la libertad de reunión y de asociación, «incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses», mientras en la Carta Social Europea las Partes Contratantes se comprometen a «que la legislación nacional no menoscabe esa libertad [sindical] ni se aplique de manera que pueda menoscabarla» (artículo 5). Finalmente, deben mencionarse dos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ambos ratificados por España y con virtualidad hermenéutica *ex* artículo 10.2 de la CE (según se dijo en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5.º): el Convenio núm. 87, sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, en cuyo artículo 2 se garantiza aquí ya «a los trabajadores (...), sin ninguna distinción (...), el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones...»; y el Convenio núm. 98, relativo a la aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, cuyo artículo 1 proclama que «los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo...»

La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes «sean sujetos de una relación laboral» (en los términos del artículo 1.2 de la LOLS), no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal. *De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses*, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma.” (subrayado añadido).

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

Hay que recordar que cuatro órganos internacionales de protección de los derechos humanos han constatado ya la violación por parte de España de los tratados internacionales que protegen este derecho: El Comité de Libertad Sindical de la OIT (2002),⁷ la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (2002, al emitir el segundo informe sobre España), la Relatora Especial de la Comisión de derechos humanos de la ONU (2003, al presentar su informe tras la visita realizada a España en 2003) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2004, al examinar la evolución de estos derechos humanos en el caso español).

e) Inexistencia en Derecho constitucional español de los derechos al respeto de la vida familiar y a la reagrupación familiar

Dice el TC en el FJ 11.º:

“Este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia (...)

(...) Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que nuestra Constitución no reconoce un «derecho a la vida familiar» en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el artículo 8.1 de la CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 de la CE. Sostiene la representación del Estado que la reagrupación familiar, regulada en los preceptos impugnados, constituye una modalidad de protección de la familia, haciendo efectivo el principio rector consagrado en el artículo 39.1 de la CE.”

Surge aquí una muy interesante cuestión teórica y práctica que simplemente apuntamos: Si la Constitución Española no reconoce ni siquiera el derecho a la vida familiar y la Convención Europea de Derechos Humanos sí⁸, siendo protegido con claridad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o bien habría que modificar la Constitución (por estar ante la hipótesis de un tratado internacional contrario a la propia Constitución, como señala al artículo 95, 1.º de la CE) o bien habría que denunciar la Convención Europea.

Cualquiera de las dos acciones resulta jurídica y políticamente muy difícil de asumir. Lo mejor hubiera sido que el TC hubiera interpretado el artículo 18, 1.º de la CE de acuerdo con el TEDH, interpretando de otro modo el concepto de intimidad familiar e incluyendo en el contenido del artículo el derecho a la vida familiar que sí encuentra su protección en el artículo 8.1 de la CEDH.

(7) La denuncia ante la OIT fue presentada por la UGT el 23 de marzo de 2001 y fue resuelta en el año 2002. El contenido del Informe definitivo de la OIT puede consultarse en <http://www.oit.org.pe/sindi/casos/esp/esp200201.html>.

(8) Fue ratificada por España el 4 de octubre de 1979, ya vigente pues la Constitución.

f) El derecho a la asistencia jurídica gratuita: FJ 13.º: Ya reconocido por la STC 95/2003

El tema de la tutela judicial efectiva y más concretamente de su corolario *el derecho de defensa y la asistencia jurídica gratuita* de los extranjeros en España ha sido puesto nuevamente de máxima actualidad por la STC 236/2007, ahora abordada. En ella (entre otros pronunciamientos) el TC ha venido a reiterar que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho prestacional a la justicia gratuita es un derecho que corresponde a todas las personas, independientemente de su nacionalidad y de su estatuto jurídico administrativo.

Como el debate no es nuevo y los argumentos utilizados han aparecido en los sucesivos procesos de elaboración legislativa, consideramos necesario comenzar nuestra exposición haciendo un breve análisis sobre la evolución o iter normativo del derecho a *la tutela judicial efectiva*, y su corolario *el derecho de defensa y la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros* en España.

- *El período bajo la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985.*

A pesar del explícito mandato del artículo 24.1 de la CE, la primera Ley de Extranjería de nuestro país, la Ley Orgánica 7/1985, no recogió expresamente como derecho de los ciudadanos extranjeros el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, debiéndose estar por tanto a la regulación e interpretación del contenido constitucional del artículo 24.º. Quizás ello se debió por entender que el derecho se encontraba muy claramente recogido en el texto constitucional.

Tan sólo el *artículo 30* de aquella norma, dedicado a la tramitación de los procedimientos de expulsión, contemplaba el derecho a la asistencia letrada, que se le proporcionaría de oficio en los supuestos en que se hubiere producido la detención del extranjero expedientado. Es decir, el derecho de asistencia venía impuesto por la situación de detención, no por el hecho de la existencia de un procedimiento gubernativo que pudiera terminar con su alejamiento del territorio español¹⁰.

A nadie puede escapársele las dificultades que el ejercicio del derecho de defensa, insuficientemente regulado, sufrió durante todo aquel período de vigencia de la Ley Orgánica de 1985 y dio lugar a un importante derecho judicial en materia de extranjería.

(9) El artículo 24 de la CE. “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

(10) El artículo 30.2 de la LO 7/1985 señala: “2. Cuando, de las investigaciones practicadas, se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado de la propuesta motivada y por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas, en los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, este tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o habla el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos”.

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

En este contexto normativo coinciden diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que sometió a su consideración la tutela judicial efectiva en relación concreta con los extranjeros.

Entre ellos cabe destacar *la STC 99/1985, de 30 de septiembre* en la que ya se expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos

“(…) que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” y que “corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para todos”,

A esta conclusión llega la sentencia invocando el artículo 10.2 de la CE, en relación con los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

En concreto, en esta sentencia se expresa que:

“(…) el derecho a la tutela Judicial efectiva, y por ello las garantías judiciales, vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales, son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros.”

Recordaremos asimismo que similares argumentos contienen los fundamentos jurídicos de las sentencias 22/05/2003 y 07/11/2007 que es el objeto principal de este Dossier.

Por otra parte, la citada STC 99/1985, señala, por otra parte, en su fundamento jurídico, 2.º párrafo segundo que:

“Es verdad, como afirma el representante del querrellado, que nuestra Constitución es «obra de españoles», pero ya no lo es afirmar que es solo «para españoles».”

“El párrafo primero del artículo 13 de la CE no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes, como parece entender la mencionada representación procesal. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título Primero de la CE (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los artículos 19, 23, 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo artículo 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los Tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible con todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Sala 2.ª, FJ 4.º, BOE 21 de diciembre) así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o dicho de otro modo, «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme el artículo 10.1 de la CE constituye fundamento del orden político español.»

Pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional han venido a desarrollar el contenido del *Derecho a la tutela judicial efectiva* al señalar que su reconocimiento persigue fundamentalmente evitar la indefensión de las personas y colectivos como corolario de juicio justo e

igualdad procesal y de armas, de ahí que el derecho de defensa constituya un elemento esencial del mismo, y comprende al menos los siguientes elementos:

STC 105/1999	<ul style="list-style-type: none"> — Proscripción de la indefensión. — Derecho a un juicio justo, a un proceso público con todas las garantías. — Derecho a la asistencia de jurisperitos, abogados y procuradores. — Ejercicio de defensa letrada como coadyuvante para una efectiva tutela judicial en cualquier fase del procedimiento.
ATC 158/1996 STEDH 9/10/79 (caso Airrey), 13/5/80 (caso Artico), y 25/4/83 (caso Pakelli) STC 99/92 ; 123/92	<ul style="list-style-type: none"> — Asistencia real y operativa como sinónimo de asistencia letrada efectiva. — Igualdad de armas e igualdad procesal. — Reponer los medios precisos para la igualdad real y efectiva de individuos y grupos como Acción tuitiva del más débil.
STC. 183/2001 STC 22/5/2003 STC 138/1988 STC 16/1994, FJ 3.º STC 236/2007	<ul style="list-style-type: none"> — Derecho a la justicia gratuita para todas aquellas personas que carezcan de recursos.
STC 115/1987	<ul style="list-style-type: none"> — Suspensión cautelar, en algunos casos, de los actos administrativos.

• *La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*

Volviendo de nuevo al íter histórico-normativo debemos reseñar la aprobación de la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita y ciñéndonos al contenido material de la norma, en el campo de la extranjería, al negar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas extranjeras en situación irregular no fue permeable al sentir del TC. En concreto, en su artículo 2 estableció:

“Que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos y con el alcance previsto en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte, los *residentes legales* en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, y en el orden contencioso administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de *asilo*.”

Frente al enunciado de la Ley y a instancia, entre otros, del CGAE, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad por entender que la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva a las personas extranjeras en situación irregular vulneraba el contenido del artículo 24 de la CE¹¹.

(11) La extensión del derecho a todas las personas independientemente de estatuto jurídico administrativo fue consecuencia del recurso de inconstitucionalidad que planteó el Defensor del Pueblo contra el contenido restrictivo del artículo 2 de la Ley, que entre otros es promovido por un grupo de abogados de extranjería reunidos en el marco del Consejo General

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

Adelantándome en el tiempo me referiré a la STC 95/2003, de 22 de mayo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

El TC, partiendo de

“la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva” (FJ 3.º), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, “con independencia de su situación jurídica” (FJ 5.º), concluye que la norma impugnada está viciada de inconstitucionalidad por entrañar “una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España)” (FJ 6.º).

- *La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.*

La *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*, se va acercando al posicionamiento de nuestro más Alto Tribunal en el sentido de equiparar jurídicamente a los nacionales y extranjeros, como consecuencia de la expansión de los derechos fundamentales a todas las personas.

En este sentido, establece en su artículo 20 párrafo primero el derecho a la asistencia letrada de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de entrada o su expulsión o su salida obligatoria del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo.

Asimismo, el *párrafo dos de este artículo 20* reconoce a los extranjeros con residencia legal y a los irregulares empadronados que acrediten insuficiencia de recursos económicos, para litigar, como decíamos reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles, en aquellos procesos en los que sean parte, sea cual sea la jurisdicción en la que se siguen.

Vemos pues que la norma amplía el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros incursos en procedimientos que puedan conllevar su alejamiento del territorio nacional incluso en la fase administrativa del expediente y en el caso de los extranjeros empadronados en cualquier jurisdicción en la que se sigue el proceso.

La ampliación a la fase administrativa con referencia concreta al procedimiento administrativo de expulsión resulta coherente con la regulación contenida en el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (1966). En efecto, en el artículo 13 señala que:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte (...) sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas

de la Abogacía Española. La Sentencia 95/2003, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del inciso “que residan legalmente”. La reciente STC de 9/11/2007 ha vuelto a pronunciarse en idéntico sentido declarando la inconstitucionalidad de similar inciso contenido en la LO 8/2000, que reformó el contenido del artículo 20 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente (...).”

Y el artículo 14.3 del Pacto Internacional señala que,

“(...) Toda persona acusada tiene derecho (...) a ser asistida por un defensor (...).”

Concepto de acusación que debe ampliarse al supuesto de inculpación administrativa.

En efecto, reiterada jurisprudencia del TC ha señalado a partir de la *STC 18/1981* que las garantías predicadas por el artículo 24 de la CE respecto de los procedimientos jurisdiccionales deben ampliarse respecto de los administrativos de naturaleza sancionadora en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la CE. *STC 18/1981*, FJ 2.º (*STC 181/1990*, de 15 de noviembre).

En el mismo sentido, la *STC de 8 de junio de 1981* estableció el principio general de que en materia de sanciones administrativas ninguna norma puede imponer sanciones con menos garantías que las penales.

Por otra parte, la nueva *Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común 30/1992*, de aplicación indudable a los procedimientos en materia de extranjería, en su artículo 135 lo recoge expresamente entre los derechos del presunto responsable¹².

Incluso como hemos visto el artículo 30.2 de la vieja LO 7/1985, señalaba explícitamente el derecho a la asistencia letrada:

“(...) en aquellos supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, este tendrá derecho a asistencia letrada.”

No puede por ello dudarse del carácter preceptivo que siempre tuvo en nuestro ordenamiento jurídico la asistencia letrada en materia de extranjería en la fase administrativa. El hecho diferencial, en relación con el ciudadano español, que así lo sanciona, es la posible detención del extranjero inculpado en un procedimiento administrativo sancionador y la afectación de derechos fundamentales que puede suponer el alejamiento del territorio español.

- *La contrarreforma de la LO 8/2000, de 22 de diciembre*

Desafortunadamente, la vigencia del artículo 20 fue escasa y la *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* dio un paso atrás, en esta materia (y en otras) y únicamente volvió a reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros en situación irregular en aquellos procedimientos que podían comportar la denegación de su entrada, o su devolución o su expulsión de territorio nacional y en todos los procedimientos en materia de asilo¹³.

(12) “Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: (...) A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.”

(13) Pese a su limitadora redacción expresamente vino a reconocer el derecho a la asistencia letrada en aquellos procedimientos que pudieran comportar la denegación de entrada en el territorio nacional, lo que obligó a establecer con urgen-

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

La constitucionalidad de la previsión legal del artículo sería cuestionada por la interposición de los nueve recursos de inconstitucionalidad antes citados.

Precisamente la sentencia que analizamos ha declarado la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por ser contrario al artículo 24 de la CE.

Antes ya, el Tribunal constitucional como hemos visto, en su *Sentencia de 22 de mayo de 2003* había declarado nulo, por inconstitucional, el inciso “legalmente” del artículo 2 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, reconociendo el derecho a acceder a la asistencia jurídica gratuita a todos aquellos extranjeros que se hallen en España.

Consecuentemente, la Ley 16/2005 de 18 de julio que modifica la Ley 1/1996 recogió el contenido de la STC de 22 de mayo de 2003 estableciendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que se encuentren en España cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

El artículo 2 queda redactado de la siguiente manera:

“En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:

a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar (...).”

• La STC 7 de noviembre de 2007

Por último, la STC de 7 de noviembre de 2007 dictada en el Recurso de inconstitucionalidad 1707/2001, interpuesto por el Parlamento Navarro, dedica el FJ 13.º al examen de la impugnación del apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, que dispone:

“Los extranjeros *residentes* que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.”

El precepto a juicio del Parlamento Navarro, se estima contrario al artículo 119 de la CE en relación con el artículo 24.1 de la CE, así como a los artículos 2 y 10.1 de la CE, al artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al artículo 6.1 de la CEDH.

cia, dada la preceptividad de la asistencia en estos supuestos, previsiones de asistencia del Turno de oficio en las fronteras exteriores y más concretamente en los aeropuertos generando una importante litigiosidad que culminó con trascendentes pronunciamientos del TS y TC sobre el derecho de entrada y libre circulación de personas. Es cierto también que en algún caso esa litigiosidad fue poco efectiva y ha debido reconducirse. En este sentido la Subcomisión de Extranjería del CGAE emitió unas recomendaciones que contenían criterios orientativos en esta materia tendentes a racionalizar la actuación letrada en los procedimientos sobre denegación de entrada.

Y todo ello porque introduce una limitación a un derecho prestacional y de configuración legal que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial (artículo 24 de la CE), y supone *de facto* impedir el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos *extranjeros no residentes* que carezcan de recursos para litigar.

Al igual que ya hizo la STC 95/2003, de 22 de mayo, en el recurso inconstitucionalidad interpuesto, en aquel caso por el Defensor del Pueblo, contra artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, el TC, partiendo de

“la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva” (FJ 3.º), y reiterando la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, “con independencia de su situación jurídica” (FJ 5.º),

La sentencia concluye que la norma impugnada está viciada de inconstitucionalidad por entrañar

“una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE, del que, como se dijo, son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España).” (FJ 6.º).

En efecto, a juicio del TC:

“(…) el apartado 1 del artículo 22 concede a «los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes (...)» el derecho a la asistencia jurídica gratuita «en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo». Por su parte, el apartado 2 del artículo 22, aquí impugnado, reserva a los «extranjeros residentes» el derecho a la asistencia jurídica gratuita «en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan». Ello supone la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, lo cual resulta inconstitucional por las razones expuestas.”

El derecho a la asistencia jurídica gratuita, intrínseco al derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho del que son titulares todas las personas (también los extranjeros no residentes legalmente en España).

En consecuencia, el TC declara la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 16 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, por ser contrario al artículo 24 de la CE.

g) El principio de *non bis in idem*

El FJ 14.º aborda el principio *non bis in idem*. El planteamiento general es bien sencillo: Un extranjero condenado a pena superior a un año (en España o fuera) además de sufrir la pena, puede ser expulsado. El TC dice que no se viola este principio en el artículo 57, 2.º, de la LOEX:

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

“la pretendida vulneración del principio *non bis in idem* ha de ser rechazada por la falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión... El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes.”

... la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6.º). Es decir, sin mayor matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado.”

Pero difícilmente se puede negar al menos estas cuatro cosas:

- Los hechos que generan la sanción penal y la expulsión son los mismos para las dos medidas. Hay por tanto una clara *identidad factual*.
- La expulsión sin duda puede tener un carácter aflictivo muchas veces muy superior al de la propia prisión.
- Al nacional que delinque en ese grado no se le puede expulsar; luego además puede existir discriminación por razón de la nacionalidad.
- Por todo lo anterior, la *expulsión pudiera ser alternativa a la prisión*, no complementaria de la misma.

D) El tratado internacional no se convierte en canon de inconstitucionalidad

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, señala en su FJ 5.º:

“Relacionado con el anterior, el segundo argumento general en el que se basa el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra sostiene que la mayoría de los preceptos legales impugnados son inconstitucionales por entrar en contradicción con los Tratados Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, los cuales en virtud del artículo 10.2 de la CE se convertirían en canon de la constitucionalidad de las leyes españolas. Dicho argumento se encuentra implícito en buena parte de los motivos de impugnación...”

... Nuestra jurisprudencia ha afirmado en reiteradas ocasiones la utilidad de los textos internacionales ratificados por España «para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4.º; 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5.º). En concreto, hemos explicado el significado de la «interpretación» a la que alude el artículo 10.2 de la CE señalando que «no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales...»

(...) En suma, al enjuiciar la Ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos ex artículo 10.2 de la CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos, como pretende el Parlamento recurrente. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades.”

V. TAMBIÉN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONSIDERA ILEGALES A LAS PERSONAS

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, observa en su FJ 6.º:

“La Ley recurrida establece, pues, una distinción *entre españoles y extranjeros ilegales* que, a juicio de la entidad recurrente, sería contraria a la Constitución (...)

(...) Por el contrario, de las expresiones como «toda persona dependiente de su jurisdicción» (artículo 1 de la CEDH) o «los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción» (artículo 2 PIDCP) *no puede deducirse que los textos internacionales excluyan a los extranjeros ilegales* de todos los derechos que los Estados se comprometen a garantizar, y así lo admite el Abogado del Estado.”

— Nos parece inadmisibles que tan alta Magistratura caiga en dicho mito. *Porque en Derecho ninguna persona es ilegal, aunque sí pueden serlo sus actos.* Estamos además ante un mito extendido peligrosamente y con efectos nefastos sobre la persona extranjera que se halle en situación irregular.

VI. EL FALLO: NO SIEMPRE INCONSTITUCIONALIDAD EQUIVALE A NULIDAD

La STC 236/2007, de 7 de noviembre, indica en su FJ 17.º:

“Sin embargo, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11.º), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión...»

En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso «y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razona-

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

do anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23.º), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6.º), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España...

Distinto debe ser el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso «residentes», que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.”

VII. CONTENIDO DEL FALLO: PRECEPTOS IMPUGNADOS Y FALLO DE LA SENTENCIA

A) Artículos impugnados declarados inconstitucionales

- a) Apartado 1 del artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2000, en el que se reconoce a los extranjeros el derecho de reunión pero somete su ejercicio a la circunstancia de haber obtenido autorización de estancia o residencia en España.
 - La STC lo declara inconstitucional.
- b) Artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2000, reconociendo a todos los extranjeros el derecho de asociación, si bien restringe su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia y residencia en España.
 - La STC lo declara inconstitucional.
- c) Apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, estableciendo el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria sólo para los extranjeros residentes.
 - La STC declara inconstitucional introducir el término residente.
- d) Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, que reconoce la libertad sindical de los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles, la cual podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.
 - La STC lo declara inconstitucional.
- g) Apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley Orgánica 4/2000, regulando la asistencia jurídica gratuita. El precepto limita la asistencia jurídica gratuita para todos los procedimientos y jurisdicciones a los extranjeros residentes.
 - La STC declara inconstitucional introducir el término residente.

i) **Artículo 60** (antes 56) de la Ley Orgánica 4/2000, que regula el internamiento de los extranjeros en los supuestos de retorno.

- La STC declara su constitucionalidad pero en los términos del FJ 15.º.

B) Artículos impugnados declarados constitucionales

e) **Artículos 16.2, 17.2 y 18.4** de la Ley Orgánica 4/2000, relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar, remitiendo a su posterior desarrollo reglamentario.

- La STC declara su constitucionalidad.

f) Apartado 2 del artículo 20 (antes 18) y al apartado 5 del artículo 27 (antes 25) de la Ley Orgánica 4/2000, preceptos que permiten en algunos supuestos (cuando no se refieran a reagrupación familiar o solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena) que no se motive el acuerdo de denegación de visado.

- La STC declara su constitucionalidad.

h) Apartados 2 y 8 del artículo 57 (antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000, autorizando la **expulsión de los extranjeros condenados** por conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. Infracción de los principios de reeducación y reinserción social, así como del principio *non bis in idem*, conectado con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones,

- La STC declara su constitucionalidad.

j) **Artículo 63** de la Ley Orgánica 4/2000, en cuyo apartado 2 se establece un **plazo de alegaciones de 48 horas** en el procedimiento preferente de expulsión tras la incoación del procedimiento sancionador.

- La STC declara su constitucionalidad.

VIII. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO CONDE MARTÍN DE HIJAS

Punto 1:

“A mi juicio si en nuestra Constitución se establece una distinción inicial entre españoles y extranjeros y en nuestro ordenamiento infraconstitucional se establece para las situaciones de estancia ilegal de los ciudadanos extranjeros la medida de su expulsión, el que nuestro ordenamiento legal de ciertos derechos fundamentales de los extranjeros (en este caso los de reunión, asociación y sindicación) se imponga como condición del disfrute y ejercicio por aquéllos la de su estancia o residencia legal en España, resulta de pura coherencia sistemática...”

Situación masiva de entradas y estancias ilegales:

Punto 1:

“Que ante *una situación masiva de entradas y estancias ilegales* de ciudadanos extranjeros el legislador establezca como condición de disfrute de los derechos de reunión, asociación y sindicación

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

por parte de los extranjeros la de la estancia o residencia legal en España, creo que entra con absoluta naturalidad entre las restricciones que los tratados internacionales referidos admiten respecto de los derechos que consagran, en concreto en el de la protección de la seguridad o del orden público.”

Punto 2:

“Ante el fenómeno, inesquivable como realidad del momento en que se promulgó la Ley recurrida, del masivo número de extranjeros en situación de entrada y residencia ilegal en España...una situación social generalizada y masiva de incumplimiento. Así pues, a mi juicio, la apelación a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, no me resulta consistente.”

Voto discrepante al que se adhieren jorge rodríguez-zapata y roberto garcía-calvo y montiel.

IX. CONCLUSIÓN

- Por primera vez, al menos de una forma tan importante, el TC se plantea la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general (STC 107/1984), sino a aquellos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.
- Examina el grado de libertad que el artículo 13 CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales que el Título I reconoce a los extranjeros en España.
- La libertad de modulación dependerá del concreto derecho afectado (STC 107/1984).
- Existen derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional. En este supuesto la posibilidad de un tratamiento desigual estará muy limitada para el legislador e incluso en algunos casos prohibida.
- Es el supuesto de aquellos derechos que el TC ha venido refiriendo como “derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”.
- El TC ha explicitado que pertenecen a esta categoría: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984); el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985); el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003); el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990); el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000). El catálogo no está cerrado y es indiscutible que el TC volverá a pronunciarse acerca de algunos otros.
- Como quiera que todos los Derechos Fundamentales por su misma naturaleza están vinculados a la naturaleza humana, el problema estriba en delimitar la línea divisoria para

determinar que derechos pueden ser modulables y cuáles no, y hasta dónde pueden ser modulables.

- La libertad de regulación será mayor respecto de aquellos derechos reconocidos por el Tratado y la Ley subconstitucional, incluidos los Estatutos de Autonomía (Leyes Orgánicas), que respecto de derechos reconocidos en la CE, aun de forma limitada, por ejemplo: Artículo 19, libertad de circulación; Artículo 23, derechos de participación; Artículo 29, derecho de petición; Artículo 35, derecho al trabajo; Artículo 43, derecho a la salud; Artículo 47, derecho a la vivienda, cuya titularidad en principio se limita a los españoles o ciudadanos.
- La STC deja abierta la posibilidad de modulación del ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, siempre que se salvaguarde el contenido constitucional de los mismos.
- Aun con la valoración positiva que debe hacerse deja cierto sabor agrí dulce
- No se aborda el principio de igualdad y no discriminación, que es esencial (salvo en derechos políticos). Artículo 16 de la CEDH permite limitarlos a los extranjeros luego cabría limitar su derecho de reunión política o de creación de partidos políticos, pero no otra cosa.
- La STC es poco consecuente con la constatación de la LOEX viola Tratados Internacionales ratificados por España. Vulneraciones que han sido ratificadas por al menos cuatro órganos internacionales de derechos humanos.
- Queda fuera del tratamiento de la STC la violación de la LOEX por Tratados internacionales ratificados por España. Hubiera sido preciso entrar en el tema. ¿Qué hacemos cuando la CE no reconoce el derecho a la vida familiar, que sí está reconocido por la CEDH ratificado por España?
- Muy deplorable que el TC hable de “extranjeros ilegales”. Las personas todas son legales; algunos de sus actos pueden ser ilegales.

Como señalaba en un reciente artículo publicado por Eduard SAGARRA, miembro de la Comisión Asesora de la REDMEX, en el Diario *El País* del 23 de noviembre (Edición de Cataluña): “El Tribunal Constitucional vuelve a dar un severo varapalo y un toque de atención al Legislador y al ejecutivo, para evitar que en un futuro, y de nuevo, se dicten leyes o resoluciones administrativas que afecten o limiten libertades y derechos reconocidos constitucionalmente a todos y, que a todos nos afectan de forma directa o indirectamente, pero en último caso alteran nuestra vida cotidiana”.

En definitiva, no ha desaparecido completamente la esquizofrenia jurídica existente antes de esta STC pero se ha rebajado su gravedad en gran medida. Debemos esperar que los distintos Gobiernos y particularmente el legislador subconstitucional tome buena nota de las reflexiones de la sentencia y promueva las oportunas reformas de la legislación sobre derechos

Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional

y libertades de los extranjeros que definitivamente encuentren su acomodo en el mandato constitucional.

X. APUNTE BIBLIOGRÁFICO

AGUELO NAVARRO: “Derechos Humanos y legislaciones de extranjería”, en la obra colectiva *Inmigración y derechos*, 2.ª Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y libertades fundamentales, noviembre 2000, publicada en octubre 2001, Editorial Mira, Zaragoza.

– *Los derechos y libertades de los extranjeros: análisis crítico del marco jurídico español*. Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza abril 2001, publicada en 2002, SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ, *La inmigración, una realidad en España*.

CHUECA SANCHO: “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: Entre el respeto y la discriminación”, SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ, *La inmigración, una realidad en España*, Zaragoza 2002, pp. 237-265

– “Ley de Extranjería y Tratados Internacionales: Una violación permanente e internacionalmente comprobada”, REDMEX, vol. 7, 2004, pp. 123-138.

– “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”, REDMEX, n.º 9, 2005, pp. 45-63.

– “Migrantes en España: Entre mitos y Derechos Humanos”, en *Geografías del desorden: Migración, alteridad y nueva esfera social*, Valencia-Zaragoza, 2006, pp. 93-98.

MIQUEL CALATAYUD, José A.: “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, obra colectiva, *10 años de Ley de Extranjería*, Itinera Libros, 1995.

SAGARRA I TRIAS: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

– *La Legislación sobre extranjería e inmigración una lectura*, Ed. Universidad de Barcelona, 2002.

Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (selección y extractos)

TRIPLE CLASIFICACIÓN: (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4.º)

“El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.”

DERECHO A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL, A LA INTIMIDAD, LA LIBERTAD IDEOLÓGICA (STC 107/1984, FJ 3.º)

“No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (STC 99/1985, FJ 2.º)

“Pues bien, uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a «toda persona» o a «todas las personas», sin atención a su nacionalidad. Por consiguiente, en el caso que examinamos, la nacionalidad alemana o española de quien nos pide amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo.

Con ese derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (y no con el del artículo 17.1 que se refiere a la seguridad física y en cuanto tal no tiene nada que ver con el caso presente, aunque la demandante considere que ha sido aquí vulnerado) hay que confrontar el presupuesto procesal en un proceso penal por falso testimonio consistente en la exigencia de la autorización previa concedida por el órgano judicial ante el que se prestó la declaración supuestamente constitutiva de aquel delito.”

DERECHO INSTRUMENTAL A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA (STC 95/2003, FJ 4.º)

“A la vista de lo anteriormente expuesto hemos de preguntarnos ahora si el legislador ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el artículo 119 de la CE, al configurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de modo tal que los extranjeros que no reúnan la condición de residentes legalmente en España, pese a acreditar insuficiencia de recursos para litigar, resultan excluidos del derecho a la gratuidad de la justicia. De no haberlo respetado, la norma impugnada, no sólo vulneraría el artículo 119 de la Constitución, sino que supondría también una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la CE.

Las claves para resolver esta cuestión fueron ya apuntadas en la STC 16/1994, de 20 de enero, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 14 y 15 de la LEC, en la redacción dada por la Ley 34/1984 (preceptos que hoy se encuentran derogados). Los criterios en aquella ocasión apuntados determinaron después, ya de forma explícita en la STC 117/1998, de 2 de junio, un pronunciamiento de este Tribunal que circunscribe a las personas físicas el contenido indisponible del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de suerte que resulta compatible con la tutela judicial efectiva la decisión del legislador de reconocer el indicado derecho tan sólo a ciertas personas jurídicas. En la primera de las resoluciones aludidas el Pleno de este Tribunal consideró que el contenido indisponible que encierra el artículo 119 de la CE: «sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso)

Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (selección y extractos)

sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (STC 16/1994, FJ 3.º).

De lo anteriormente expuesto se deduce que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario. (...)

(...) Pues bien, uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así, no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a «toda persona» o a «todas las personas», sin atención a su nacionalidad.» (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.º). (...)

FALLO

(...) 1.º Declarar que el inciso «legalmente» incluido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, es inconstitucional y por lo tanto nulo.»

DERECHO INSTRUMENTAL A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 6.º)

“Ya más concretamente, hemos de recordar que el artículo 13.1 de la CE es el precepto que «en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales» [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3.b)]. La redacción del apartado 1 del artículo 13 de la CE, que se refiere a los términos en que los extranjeros gozarán de los derechos del Título I de la CE «en España», pone de manifiesto que la regulación de dicho precepto constitucional no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España. El sujeto de derechos al que se refiere la regulación del artículo 13.1 de la CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el artículo 13.1 de la CE.

Por eso, ya en su dicción literal, la regulación del artículo 13.1 de la CE no se proyecta en concreto sobre uno de los derechos fundamentales –el derecho a entrar en España– que se reconocen en el artículo 19 de la CE, lo que tiene como consecuencia que sólo sean titulares de este derecho fundamental los españoles, con las salvedades a que hemos aludido en el último párrafo del fundamento jurídico 4.º y que no vienen a desvirtuar esta afirmación. El derecho fundamental del nacional a ser en todo momento aceptado por el propio Estado y, por tanto, a entrar en su país, es uno de los elementos esenciales de la nacionalidad y, en consecuencia, una de las diferencias jurídicas básicas en el estatuto personal del nacional y el extranjero, «tradicional binomio» que sólo progresivamente va siendo objeto de «parcial superación», por ahora, en el marco de «una naciente ciudadanía europea» [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3.a)].

Es claro, pues, que la literalidad del artículo 13.1 CE, sin ninguna ambigüedad, no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros.”

REC. INCONSTITUCIONALIDAD defensor del pueblo, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, STC. 115/1987 FJ 1.º:

“De nuevo ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, según ha dicho la STC 93/1985, de 30 de septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, además, que, aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones examinadas en los fundamentos jurídicos anteriores, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecua a la necesidad de salvaguardar los intereses generales.”

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5.º)

“Pues bien, en el caso presente, de la simple lectura de los Autos impugnados se desprende que la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva para todos los detenidos –un total de ocho–, sin relación alguna entre ellos con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido. En este sentido, tanto el Juez de Instrucción como la Audiencia Provincial, no expresan los motivos y causas en virtud de los cuales acuerdan el internamiento de la detenida, hoy recurrente de amparo, hasta su expulsión del territorio nacional. Esa ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad, consagrados en los artículos 24.1 y 17.1 de la Constitución, respectivamente, en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes en la

Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (selección y extractos)

hoy solicitante de amparo y, en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada, y la mayor o menor probabilidad de que huyera.

En definitiva, pues, el internamiento se acordó sin explicitar los órganos judiciales, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en la hoy actora fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Por ello cabe concluir que en el presente caso ha existido una infracción de los artículos 17.1 y 24.1 de la Constitución. Al respecto, el hecho de que la privación de libertad decretada pudiera tener cobertura legal –artículo 26.2 de la LO 7/1985, de 1 de julio–, no impide, en contra de lo apuntado por el Fiscal en su escrito de alegaciones, apreciar la lesión del derecho a la libertad del artículo 17.1 de la CE, toda vez que esta lesión se produce cuando una persona es privada de libertad, excepto en los casos y con la observancia de los requisitos previstos en la Ley, requisitos éstos que, en el presente caso y debido a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, no es posible presumirlos existentes.”

DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE NACIMIENTO, RAZA, SEXO, RELIGIÓN O CUALQUIER OTRA CONDICIÓN O CIRCUNSTANCIA PERSONAL O SOCIAL (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1.º)

“Quien demanda el amparo ante este Tribunal lo hace por considerar que las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Vitoria y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao han vulnerado sus derechos fundamentales al resolver los recursos contra el acuerdo de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Nanclares de Oca, denegatorio de un permiso ordinario de salida.

En primer lugar, conviene decir que entre los invocados en la demanda a tal efecto, los principios reconocidos en los artículos 9.2 y 10.2 de la CE, no son susceptibles de tutela a través del amparo cuando, como aquí sucede, se manejan como motivos independientes, sin relación con otros derechos fundamentales capaces de tal tutela y, por lo que hace al artículo 13 de la CE, su alegación no puede ser aceptada, porque este precepto tampoco abre por sí mismo la vía de este recurso constitucional (artículo 53.2 de la CE).

La queja de vulneración del principio de igualdad ante la ley sin sufrir discriminación (artículo 14 de la CE), es la que, en realidad, ocupa un lugar central en la demanda de amparo, siendo los demás motivos secundarios respecto de esta alegación. En este sentido, la queja del demandante de que el Auto de la Audiencia Provincial infringe el principio de igualdad, parte, como premisa necesaria, del supuesto de que el órgano judicial ha tomado la decisión de denegar el permiso penitenciario de salida atendiendo exclusivamente a su condición de extranjero. Sin embargo, no existe, ni tampoco ha sido aportado, dato alguno que nos permita confirmar aquella premisa. En la demanda de amparo se habla, con acierto, de que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, en este caso francesa, del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el artículo 14 de la CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros –especialmente en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre;

99/1985, de 30 de septiembre; 115/1987, de 7 de julio, y 94/1993, de 22 de marzo– se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (STC 107/1984, FJ 3.º) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Pero a la hora de explicar los motivos y de exponer los argumentos acreditativos de la discriminación, en la denegación del permiso de salida por el hecho de ser extranjero, en la demanda se guarda un silencio total que sólo se ve interrumpido por la simple invocación a la igualdad. Por tanto, el demandante no ha desplegado, como es su obligación, una mínima actividad, ni mostrado indicio alguno, para llevarnos al convencimiento de que ha sido objeto de un trato discriminatorio en la aplicación de la ley que ha llevado a cabo la resolución judicial impugnada y que pudiera haber servido para vincular la hipotética desigualdad de trato de que se queja con alguna de las causas expresamente prohibidas en el artículo 14 de la CE. Por lo que debe también rechazarse el motivo de lesión del principio de igualdad ante la Ley.”

DERECHO AL TRABAJO (STC 107/1984, FJ 4.º)

“El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

En el presente caso, la igualdad pretendida por el demandante lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Y tanto porque no existe tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo –lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones–, como porque la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, no resulta posible la estimación del recurso.

Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros –incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia ninguna en favor de ellos– y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga, ya sea multilateral o bilateral, pues los convenios entre España y Uruguay que invoca el demandante no tienen el significado de excluir el permiso de residencia como se pretende. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato.”

Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (selección y extractos)

DERECHO A LA SALUD (STC 95/2000, FJ 3.º)

“Con el fin de situar correctamente los términos en los que, desde la perspectiva constitucional, debe ser valorada la decisión del órgano judicial, es preciso tener en cuenta que en la resolución del caso concurrían, efectivamente, dos órdenes normativos, tanto el relativo a la asistencia sanitaria prestada por el sistema de Seguridad Social, como el referido a los derechos en esta materia de los extranjeros en nuestro país. No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el artículo 13.1 de la CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 de la CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.

Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (artículo 41 de la CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (artículo 43 de la CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (artículo 43 de la CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del artículo 13.1 de la CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y del actual artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor «los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica». En el mismo sentido cabe citar los artículos 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en desarrollo de la anterior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado. Por otra parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara en su artículo 1.2 que «son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».

Y en lo que se refiere, concretamente, a las prestaciones de asistencia sanitaria preciso es recordar que éstas se reconocen legalmente en nuestro país no sólo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquéllos [artículo 100.1 c) del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, precepto cuya vigencia ha mantenido el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que, a su vez, se aprobó el actual Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]. De otro lado, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se aprobaron las normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos. Posteriormente fue asimilada, a estos efectos, y dándose determinadas condiciones, la pareja de hecho al cónyuge, mediante Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, recogida en la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de febrero de 1985, cuya existencia y contenido sustancial figura en los hechos probados de la Sentencia impugnada.”

DERECHO A PERCIBIR UNA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO

(STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2.º), y también con matizaciones:

“Como en la STC 107/1984, viene a plantearse aquí una cuestión de igualdad de los ciudadanos extranjeros respecto de los españoles, es decir, ahora la de si deben ser tratados igualmente en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo. Y conviene recordar que, según dicha sentencia interpretó, «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Doctrina de la cual se desprende que el derecho que el recurrente invoca como vulnerado (por discriminación en razón de su ciudadanía marroquí) de percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles del mismo sector, dependerá de que por ley o por tratado internacional aplicable ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán, como a éstos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social a los que se refiere el artículo 41 de la CE.

La relevancia constitucional, pues, del derecho invocado por el recurrente está subordinada a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca ya que a este Tribunal corresponde sólo enjuiciar sobre la eventual infracción, al aplicar las normas citadas, de algún precepto constitucional que reconozca derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo [artículos 53.2, 161.1.b) de la CE y 41 de la LOTC].

Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (selección y extractos)

La denegación del derecho invocado por el recurrente se ha fundado sustancialmente en que, al no venir enumerada expresamente, entre las contingencias incluidas, la prestación por desempleo o paro en el Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre España y Marruecos (de 8 de noviembre de 1979) pese a que en el mismo se acuerda que los marroquíes quedan sujetos a la ley española de Seguridad Social «en las mismas condiciones que los nacionales» (artículo 4), habría de aplicarse el Convenio de la OIT 97/1949 sobre trabajadores emigrantes que tampoco dispone nada en cuanto a la prestación por desempleo, limitándose (artículo 2) a declarar la obligación de los Estados miembros de desplegar sus esfuerzos para proteger a este colectivo (el excluido de las «gentes del mar»).

Sin embargo, al margen del Derecho convencional internacional que se acaba de indicar, ha de tenerse en cuenta que España es Estado miembro de las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986, de conformidad con las previsiones del artículo 93 de la CE y, por tanto, sujeto a las normas del ordenamiento comunitario que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas, como así se ha declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias de 5 de febrero de 1963, en el asunto *Van Gend and Loos* y de 15 de julio de 1964, asunto *Costa contra ENEL*) y ha sido reconocido por este Tribunal (SSTC 28/1991 y 64/1991, entre otras).

En consecuencia, como acertadamente ha alegado el Ministerio fiscal, en el presente caso no cabe desconocer que por el Reglamento 2211/1978 del Consejo de la CEE se ha aprobado el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976, cuyo artículo 41.1 constituye una disposición que ha de considerarse de aplicación directa en la Comunidad e implica «una obligación precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior» por parte de los Estados miembros como ha declarado el mencionado Tribunal en su Sentencia de 31 de enero de 1991 (Asunto *Kziber*).”

DERECHO DE RESIDENCIA Y DESPLAZAMIENTO EN ESPAÑA (SSTC 94/1993, FJ 3.º)

“Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 de la CE, y STC 107/1984, fundamento jurídico 3.º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella.

La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta, como da por supuesto la sentencia impugnada en este recurso de amparo. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que –a diferencia del Cuarto Pro-

tocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos— se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 19 y 13 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10.2. Las Leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado.

Así pues, los extranjeros que por disposición de una Ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 de la CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las Leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 de la CE.

DERECHO DE RESIDENCIA Y DESPLAZAMIENTO EN ESPAÑA (STC 242/1994, FJ 4.º)

“(…) En concreta relación con el derecho de residencia y desplazamiento de los extranjeros en nuestro país, la referencia «los españoles» que abre el artículo 19 de la CE no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental. Por el contrario, junto al artículo 19 de la CE deben tenerse en cuenta «otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España» (STC 94/1993, fundamento jurídico 2.º) y, en los términos establecidos por la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, «el apartado 2 del artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CE» (fundamento jurídico 2.º, STC 94/1993, cit.).

Salvada esta única exclusión, las condiciones en que un extranjero ha de acceder a los derechos reconocidos en el artículo 19 de la CE, han de ser determinadas por el legislador, pero, una vez que estas condiciones han sido legalmente fijadas y cumplidas, puede concluirse que los extranjeros que «por disposición de una Ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 de la CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 de la CE» (STC 94/1993, cit.; en el mismo sentido STC 116/1993, fundamento jurídico 2.º). STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 4.º 4. Debe finalmente tenerse en cuenta que los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (artículos 13 y 19 de la CE, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.º, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3.º; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su terri-

Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (selección y extractos)

torio (SSTEDH Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985; Berrehab, de 21 de junio de 1988; Moustaquim, de 18 de febrero de 1991, y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre. Las SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, han precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los artículos 13, 19 y 24 de la CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus artículos 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

Del referido precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo «las razones que le asisten en contra de su expulsión».

Si se cumplen esas garantías, cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4.º), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión puedan ser delictivos (artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley de Extranjería), intervención judicial que supone para este extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativa de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (artículos 21.2, párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero; 21/1996, de 12 de febrero; 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre).”

Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga (STC de 19 de diciembre de 2007 en el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía)

SUMARIO

I. El entorno de la nueva sentencia.

II. El reconocimiento del derecho de huelga de los extranjeros en situación irregular.

III. La parte decisoria de la sentencia.

IV. Una favorable valoración de esta sentencia.

V. Una cuestión pendiente: ¿Qué sucede si una ley interna española viola flagrantemente un tratado internacional válidamente celebrado por España?

I. EL ENTORNO DE LA NUEVA SENTENCIA

Poco menos de un mes y medio después de que el TC dictara su trascendental Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre (en la que reconoce que la Ley Orgánica de Extranjería es inconstitucional en diversos preceptos), aparece esta nueva decisión que restablece en sus justos términos otro de los derechos humanos de los cuales la Ley Orgánica 8/2000 excluyó a los extranjeros en situación irregular, indocumentada o insuficientemente documentada.

La nueva sentencia decide el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Observemos brevemente el entorno de la sentencia, fijándonos sobre todo en dos aspectos: La posición del Abogado del Estado y el voto discrepante del que casualmente era el Magistrado Ponente.

La posición del Abogado del Estado

En cuanto al primer aspecto conviene no olvidar que las argumentaciones del Abogado del Estado siguen la misma línea de las presentadas en el recurso del Parlamento de Navarra, que originó la STC 236/2007, que se analiza en el dossier.

Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga

II

El Abogado del Estado, partiendo de la tesis de la territorialidad de los derechos humanos, señala por ejemplo que la demandante considera “los derechos fundamentales como derechos extraterritoriales con vigencia universal independientemente de cualquier conexión territorial... Los preceptos impugnados, reguladores de los derechos de reunión, manifestación y asociación, no niegan a los extranjeros el disfrute de las libertades públicas que corresponden a los españoles sino que condicionan su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España... Y si el presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales es la estancia o residencia en España resulta difícil reconocer estos derechos a quienes no deben estar en territorio español” [antecedentes, 6, b)].

Por otro lado, su argumentación continúa observando [antecedentes, 6, d)]: “Por lo que hace a la limitación de los derechos de sindicación y huelga (nueva redacción del art. 11 de la Ley Orgánica 4/2000), la parte demandante los sitúa en el ámbito de las relaciones de trabajo, partiendo de que el trabajador extranjero, aun ilegalmente en España, puede ser sujeto de un contrato válido de trabajo (art. 38.3 de la Ley)... Sin embargo los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente. Y ello porque constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga”.

Las referencias del Abogado del Estado a los tratados internacionales son tan negativas como ya lo fueran en su argumentación presentada en el recurso que daría lugar a la STC 236/2007. Desde esta perspectiva, claramente minusvaloradora de los tratados internacionales, señala [antecedentes, 6, e)]: “La constitucionalidad de los preceptos recurridos debe enjuiciarse utilizando como parámetro, en primer lugar, los artículos de la Constitución, pero no comparando directamente los términos de los preceptos recurridos con las expresiones contenidas en los tratados internacionales... Los tratados invocados no contienen una previsión expresa sobre el alcance subjetivo que han de tener esos derechos en relación con los extranjeros, ni es posible deducirla de las expresiones que contienen. Por el contrario en esos tratados sí es posible encontrar el «orden público» como motivo de limitación al ejercicio de los derechos que se regulan en la Ley impugnada.

A lo anterior se añade que los tratados tienen una virtualidad propia, que se desenvuelve a través de sus propios mecanismos de defensa...”

El Voto discrepante del Magistrado Ponente

Rememorando asimismo la situación presente en la STC 236/2007, la sentencia ahora comentada cuenta con el voto particular del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, que justamente ha sido Ponente en esta segunda sentencia; en él reitera su disenso y la argumentación entonces expresados. Dado el contenido y la decisión del TC sobre este recurso presentado por la Junta de Andalucía, aun cuando el texto de la sentencia señale que el Magistrado Ponente “expresa el parecer del Tribunal”, semejante expresión se halla totalmente alejada de la realidad. Por otro lado, como también sucediera el 7 de noviembre de 2007, al voto particular

Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga

II

indicado se adhieren los Magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Roberto García-Calvo y Montiel.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Como no podía ser de otro modo, el TC se apoya repetidamente en la STC 236/2007 y remite frecuentemente a la misma “a fin de evitar reiteraciones innecesarias”, como dice en varias ocasiones en sus Fundamentos Jurídicos¹.

El interés de la STC de 19 de diciembre de 2007 se centra sobre todo en el art. 11.2.º, de la LOEX. Recordemos que en su Sentencia de 7 de noviembre el TC ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 11.1.º, en cuanto privaba a los extranjeros no residentes del derecho a la libre sindicación.

El art. 11 de la LOEX se titula “Derecho de sindicación y de huelga”; pues bien, su párrafo 2.º observa: “2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”. El análisis del TC se centra por tanto en el derecho de huelga y, sobre todo, en el inciso “cuando estén autorizados a trabajar”.

El FJ 7 resulta esencial en esta materia; sus aspectos más sobresalientes son los que reproducimos a continuación²:

“La autorización para trabajar a la que se refiere el precepto controvertido está regulada en el art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, el cual, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, dispone que los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar, autorización que habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia y que ha de ser solicitada por el empleador que pretenda contratar al trabajador extranjero...”

El art. 28.2 de la CE dispone: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Asimismo, en relación con este derecho, el art. 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 reconoce el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país, y el art. 6 de la Carta Social Europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga...

(...) Este derecho presenta una directa relación en su ejercicio con el derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 de la CE (...).

(...) La consecuencia de ello es que, *si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, el mismo puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el*

(1) Ver los FJ 3, 4 y 5.

(2) Las cursivas no se hallan en el original de la sentencia.

Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga

II

ámbito laboral al que se extiende la huelga, como contenido esencial del derecho a la libertad sindical...”

Reconocido por tanto el derecho a la libertad sindical a las personas extranjeras en situación irregular, parece lógico que el TC avance hasta el reconocimiento del derecho de huelga. De esta forma refuerza el carácter colectivo de ambos derechos.

La argumentación del TC avanza mediante la profundización en la misma Constitución; por eso esta sentencia continúa:

“Es de apreciar que la dicción literal del art. 28.2 de la CE no realiza distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho y tampoco lo hace el Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sino que, coherentemente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos.

Ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse, en línea con lo que ya hemos afirmado en la STC 236/ 2007 (FJ 9) en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros... A mayor abundamiento debemos recordar que el propio párrafo segundo del apartado 3 del art. 36 de la misma Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el art. 1.29 de la Ley Orgánica 8/2000, sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. De esta forma el propio legislador orgánico, con tal declaración de equiparación, pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador...

Así pues la exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello –la cual, por lo demás, no están personalmente obligados a solicitar– no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 de la CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el art. 8.1.d) del PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales...”

Con esa firme base constitucional y también legal, no puede extrañar que la sentencia rebata con rotundidad la argumentación del Abogado del Estado; por eso la STC añade:

“De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De esta forma la norma aquí controvertida no garantiza la

Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga

II

debida protección de los intereses que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer.”

III. LA PARTE DECISORIA DE LA SENTENCIA

La Sentencia de 19 de diciembre decide:

“1.º Declarar extinguido el recurso por desaparición sobrevenida del objeto respecto de la impugnación del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

2.º Declarar la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el fundamento jurídico 9, de los arts. 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

3.º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

4.º Desestimar el recurso en todo lo demás.”

IV. UNA FAVORABLE VALORACIÓN DE ESTA SENTENCIA

La lectura de esta segunda sentencia decidiendo otro recurso de inconstitucionalidad presentado contra la desventurada Ley Orgánica 8/2000 permite realizar una favorable valoración de la misma.

La valoración es todavía más favorable porque en esta ocasión el TC ha evitado la antijurídica expresión de “extranjeros ilegales”. Ninguna persona es ilegal, aunque sí pueden serlo sus actos. Por eso hemos preferido siempre hablar de extranjeros en situación irregular, o indocumentados o escasamente documentados.

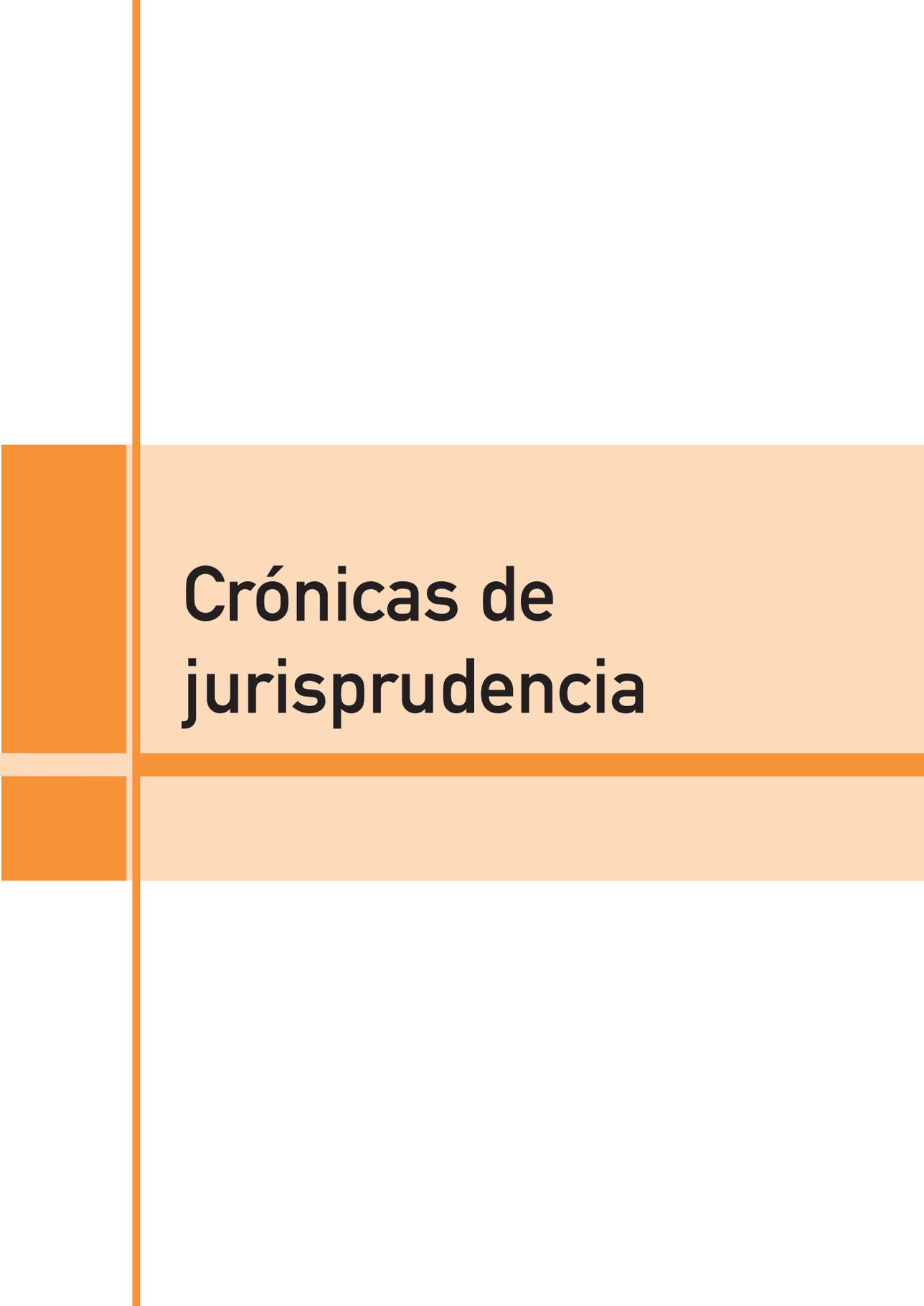
V. UNA CUESTIÓN PENDIENTE: ¿QUÉ SUCEDE SI UNA LEY INTERNA ESPAÑOLA VIOLA FLAGRANTEMENTE UN TRATADO INTERNACIONAL VÁLIDAMENTE CELEBRADO POR ESPAÑA?

La Sentencia de 19 de diciembre de 2007 tampoco aclara la suerte de las normas internas españolas que contradigan a otra u otras de un tratado o convenio internacional que obligue a España. La aplicación del art. 96.1.º de la CE, permite avanzar en esta materia más allá de lo que lo hace el mismo TC, porque –como observa el art. 96, citado– “los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”; si –como sigue dicha norma– “sus disposiciones 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”, ello suscita determinados interrogantes:

Última hora: los extranjeros en situación irregular tienen asimismo derecho de huelga

II

- ¿Qué sucede cuando una norma interna viola un tratado internacional?
- ¿No puede ser calificada la LOEX como una verdadera modificación del tratado, cuando su texto contradice abiertamente normas de los tratados internacionales, válidamente celebrados por España?
- ¿Cuál es en definitiva la relación entre un tratado internacional, que cumpla los requisitos del art. 96.1.º CE, y una ley interna española?
- ¿Basta con constatar –como lo hace el Abogado del Estado– el hecho de que “los tratados tienen una virtualidad propia, que se desenvuelve a través de sus propios mecanismos de defensa”, para excluir cualquier pronunciamiento del TC sobre esta importante cuestión o es preciso que el mismo TC establezca la racionalidad del ordenamiento español, incluyendo los tratados internacionales que “forman parte” del mismo?



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 100/2007.

Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.

Voz: Solicitud de asilo: ciudadano venezolano. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acuerda inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España. Su discrepancia con las autoridades venezolanas no es conocida por éstas ya que le han expedido pasaporte en España sin ningún problema. A ello se añade que llegó a nuestro país dos años antes de solicitar asilo lo que denota falta de motivación.

“El ahora recurrente, de nacionalidad venezolana, presentó su solicitud de asilo el 3 de marzo de 2005 manifestando que es opositor al presidente Hugo Chávez, habiendo participado en manifestaciones contrarias a su régimen. Ha decidido huir del régimen porque no hay libertad llegando a España en el año 2003 aunque no ha solicitado asilo hasta el 2005 por desconocimiento.

En el informe de la instrucción, que sirve de fundamento a la resolución administrativa, se señala que los motivos alegados por el solicitante tal y como el los relata, no se encuentran contemplados en la Convención de Ginebra de 1951, ya que los mismos no hacen referencia a una persecución personal y concreta contra el solicitante por motivos étnicos, religiosos, políticos, sociales o de pertenencia a un colectivo determinado. Además su discrepancia con las autoridades venezolanas no es conocida por éstas ya que le han expedido pasaporte en España sin ningún problema. A ello se añade que llegó a España dos años antes de solicitar asilo lo que denota falta de motivación.

El Ministerio del Interior funda su resolución en la concurrencia de las circunstancias contemplada en la letra d) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por estar basada la solicitud en alegaciones manifiestamente inverosímiles.

En la sentencia impugnada en esta apelación se razona la desestimación del recurso en que el recurrente presentó su solicitud dos años después de su entrada en España lo que a tenor del número 2 del art. 7 del Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de Asilo constituye una presunción de falta de credibilidad de la solicitud presentada. Además, se destaca que en el relato presentado no aparece la existencia de una persecución personal dirigida por las autoridades venezolanas contra el recurrente en el sentido expresado en la Convención de Ginebra de 1951 pues no ha sido ni siquiera detenido por la participación en las manifestaciones o enfrentamientos violentos entre los partidarios de la oposición y las fuerzas de seguridad en todo el país, habiendo obtenido incluso sin dificultad pasaporte venezolano en nuestro país.

En la apelación se denuncia que la interpretación realizada en la sentencia del art. 7.2 del Reglamento es contraria al ordenamiento jurídico y que en su caso existen indicios concretos de persecución.

Como viene señalando reiteradamente el Tribunal Supremo –STS de 9 de diciembre de 2005, entre otras muchas– lo que abre el trámite en un caso como el enjuiciado es la concurrencia de un requisito positivo (descripción de una persecución) junto con otro requisito negativo (que no haya manifiesta falsedad o inverosimilitud), por lo que la Administración, y derivativamente los Jueces y Tribunales, no deben juzgar, en fase de admisión a trámite, si hay indicios suficientes de la persecución alegada, sino si el relato describe una persecución y

si es o no manifiestamente inverosímil, y basta esto para que la solicitud merezca el trámite.

Pues bien, en este caso los hechos denunciados no pueden tener objetivamente la consideración de persecución ya que en los mismos no se recoge ninguna actuación concreta dirigida contra el solicitante que pueda calificarse de constitutiva de persecución en el sentido que expresa la Convención de Ginebra de 1951. Como acertadamente se destaca en la sentencia en el relato no hay más que la denuncia de oposición al régimen político venezolano y la participación en manifestaciones multitudinarias contra Chávez, sin que de estos hechos pueda desprenderse, por sí mismos, la existencia de una persecución personal.

Por tanto, no sólo hay una inverosimilitud general de todo el relato presumida del hecho de haber permanecido en España durante más de dos años sin demandar protección alguna de nuestras autoridades, inverosimilitud que determina la correcta aplicación del apartado d) del art. 5.6 de la Ley de Asilo de 1984, sino que además el relato presentado no aporta datos que permitan valorar la situación del actor como la propia de un refugiado por razones políticas razón por la que también es acertada la aplicación de la causa de inadmisión del apartado b) de ese mismo precepto.”

ellos se deduce una posible situación de riesgo que justifican autorizar la permanencia en España de los recurrentes por “razones humanitarias”.

“El recurrente en la solicitud de asilo presentada el 25 de septiembre de 2003 y en la entrevista realizada por la instructora del expediente administrativo el 8 de febrero de 2005 manifestó en síntesis que era funcionario de prisiones en Colombia desde 1994 y su puesto de trabajo era el de «dragoneante» (hacer el control interno y externo de comedor, talleres y estar en contacto directo con los internos), tuvo un primer destino en Boyacá y en 1996 fue trasladado a la cárcel Modelo de Bogotá, permaneciendo aproximadamente hasta comienzos de febrero de 1999. Durante el año 1998, conjuntamente con sus compañeros, frustró dos intentos de fuga, el segundo era de paramilitares. En 1999 descubre un túnel de 60 m aproximadamente, del que tan sólo faltaban 20 a 30 m para alcanzar el exterior, a través del que se planeaba la fuga de los cabecillas paramilitares, después de este descubrimiento fue requerido por unos internos que le dijeron que no querían «sapos» en la cárcel y que conocían su domicilio y el de sus familiares, datos que efectivamente tenían, recibiendo amenazas a través de llamadas anónimas en su domicilio. Ante las amenazas, el solicitante pidió ser trasladado y, como se ganó enemistades de sus compañeros ya que algunos eran partidarios de colaborar con ese grupo, fue trasladado a la cárcel de Itsmina en Chocó, zona de conflicto dominada por los paramilitares. Pretendió que le reasignasen a otra cárcel menos conflictiva pero tuvo que cumplir lo ordenado y se trasladó a la citada cárcel en agosto de 1999, cárcel de la que apenas salía por temor ya que tenía dependencias para residir. Sobre marzo del año 2000 salió al pueblo con sus compañeros y, cuando caminaba por el centro, dos personas le llamaron por su apellido y le dijeron que se tenía que ir del pueblo ya que no querían gente que trabajara para la guerrilla, lo comentó con el director de la cárcel y éste le aconsejó que no saliera de la misma pero el solicitante pidió una licencia de 30 días para irse a Bogotá y agilizar su traslado, como

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 660/2005.

Ponente: Doña Elisa Veiga Nicole.

Voz: Solicitud de asilo: nacionales de Colombia. Razones humanitarias.

Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por los recurrentes contra la resolución por la que se denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. Los presupuestos de hecho analizados son insuficientes para acordar el derecho de asilo del recurrente, pero de

Asilo

no lo consiguió, pidió una prórroga de otros 30 días sin sueldo, no arregló el traslado a otra prisión, estaba muy asustado, y decidió irse a Israel, país en el que residía legalmente un hermano de su cuñado que le cursó una invitación. A finales del año 2001 empieza a hacer averiguaciones para solicitar asilo pero las autoridades israelíes no aceptan refugiados y tardan en dar cita un año o año y medio, él vive en Tel Aviv donde conoce a su mujer, también colombiana en situación de ilegalidad, con la que tiene una hija en el año 2003. En Colombia siguen viviendo su ex mujer e hijos que no han tenido problemas desde la salida del solicitante. Su hermana, que regentaba una tienda en Colombia, fue requerida en dos ocasiones para preguntarle por el solicitante, diciéndole que tarde o temprano volvería y tendría que pagar lo que debía allí.

En el expediente administrativo figura un informe de la instructora que destaca la existencia de contradicciones entre la versión dada por el solicitante en su primer relato y las manifestaciones vertidas en la entrevista. Así se recoge que no coinciden ambas versiones sobre el número de llamadas ni sobre el momento en que se producen ni cuando decidió huir del país ni sobre su intención de solicitar asilo en Israel, en el primer relato afirma que se lo planteó nada más llegar a Israel mientras que la entrevista lo sitúa después de un año de permanencia en dicho país. También destaca el informe la existencia de contradicciones sobre la persecución tras su marcha de Colombia, en la solicitud se habla de múltiples llamadas a su hermana preguntando por él mientras que en la entrevista las limita a dos ocasiones.

(...).

Partiendo de la documentación unida al expediente, del relato del solicitante, 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 suficientemente fundados de la existencia de una persecu-

ción contra el recurrente, en el sentido descrito en la Convención de Ginebra.

Es cierto, como se recoge en el informe de ACNUR obrante a los folios 7.1 y siguientes del expediente administrativo, que los hechos alegados por el solicitante son creíbles y coherentes, se suceden en el tiempo de manera progresiva, responden a la realidad que se vive en las cárceles de Colombia y la actitud del solicitante, cuando ocurren los hechos que describe, se corresponde con lo que cabe esperar de un funcionario amenazado en el ejercicio de su cargo. Sin embargo resulta difícilmente explicable que el recurrente haya permanecido en Israel durante 1197 días, desde el 14 de junio de 2000 hasta el 24 de septiembre del 2003, sin solicitar asilo. El informe de ACNUR recoge que los trámites para solicitar asilo en Israel suelen ser dificultosos y «... no sorprende que la cita se la hubiesen dado al solicitante para un año lo que pudiera haberle disuadido para presentar su solicitud». Aun así, hay que tener en cuenta que el recurrente permaneció en Israel durante tres años y tres meses, es decir tiempo más que suficiente para haber obtenido la cita y haber solicitado asilo, como lógicamente es de esperar de una persona que se encuentra en situación de ilegalidad y puede ser devuelta a su país de origen donde, según sus manifestaciones, podía ser objeto de persecución.

Así las cosas, es lógico presumir, como se indica en la STS de 23 de junio de 2004, que no le atemorizaba el riesgo de ser expulsado de Israel o que no hay temor de ser perseguido ni la imperiosa necesidad de ser protegido, de buscar refugio. Ahora bien, tal presunción no determina que sean manifiestamente falsos o inverosímiles los hechos, datos o alegaciones en que se basa la solicitud, debiendo concretarse esos hechos, datos o alegaciones para determinar si tienen o no entidad y seriedad bastante para desvirtuar esa presunción.

En este caso, con mayor exigencia, recae sobre el solicitante la carga de destruir la presunción, bien justificando la imposibilidad de presentar su solicitud

Asilo

en Israel, bien despejando las dudas sobre el fundado temor de persecución que dice experimentar. Así, del examen del expediente administrativo, de las manifestaciones del solicitante y del contenido de la demanda debemos concluir que no se ha desvirtuado la presunción de falta de apariencia de veracidad que se deriva del hecho de no haber solicitado asilo hasta después de haber transcurrido tres años tres meses desde su salida de Colombia.

Para la concesión del derecho de asilo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es necesaria una prueba plena de que el solicitante ha sufrido en su país de origen la persecución a que hace referencia el citado precepto, artículo 3 de la Ley 5/1984, bastando que existan indicios suficientes según la naturaleza del caso. Ahora bien esta prueba indiciaria es imprescindible para valorar la probabilidad, al menos, de la persecución alegada, recayendo la carga de la prueba sobre el solicitante, a diferencia de los casos de inadmisión a trámite, como señala la STS de 5 de enero de 2005, reiterando doctrina recogida en múltiples sentencias anteriores. En el presente caso no existió una prueba suficiente para acreditar, frente a la presunción de falta de veracidad derivada de la tardanza en solicitar asilo, la existencia de las amenazas esgrimidas por el recurrente.

La representación procesal del actor solicita con carácter subsidiario que se autorice la permanencia en España del demandante, su conviviente y su hija por razones humanitarias.

Los presupuestos de hecho que hemos analizado son insuficientes para acordar el derecho de asilo del recurrente, pero de ellos se deduce una posible situación de riesgo que justifican autorizar la permanencia en España de los recurrentes por «razones humanitarias», procediendo, por tanto, la estimación parcial del recurso sin necesidad de entrar a conocer otros motivos de impugnación esgrimidos en la demanda.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 55/2007.

Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.

Voz: Asilo: nacional de Guinea Conakry. Admisión.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acuerda inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo. Del relato presentado por el solicitante sí puede deducirse la existencia de una persecución de origen político al narrar unas circunstancias que merecen objetivamente la consideración de persecución.

“El ahora recurrente, que dice ser de nacional de Guinea Conakry, llegó a España por la frontera de Ceuta el 29 de septiembre de 2005.

Según el alegato presentado en el año 2004 se dio un golpe de Estado en su país por los militares contra el presidente del gobierno Alassane Konte. Días después los militares se presentaron en su casa para detener a su padre y lo llevaron a un campo miliar denominado campo Alpha Yaya, culpándole de participar en el golpe. Días después su nombre apareció en un diario en el que se recogía una relación de los que iban a ser arrestados. Un tío suyo le facilitó la salida del país.

(...).

En la sentencia se razona la desestimación afirmándose que no aparece probada la concurrencia de alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra para la concesión del asilo.

Sobre esta afirmación contenida en la sentencia, que constituye el principal razonamiento conducente a la desestimación de la pretensión actora, debe recordarse que la prueba de persecución en modo alguno es exigible en el trámite de admisión, como viene advirtiendo en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo. Basta para que la petición merezca el trámite la presentación de un relato que resulte coherente y en el que se narren unas circuns-

Asilo

tancias que merezcan objetivamente la consideración de persecución y que no resulten inverosímiles en el contexto del propio relato o atendidas las circunstancias conocidas del país de procedencia. Por otra parte, el concepto de persecución referido en la Convención de Ginebra de 1951 está perfectamente perfilado, tanto en documentos internacionales suscritos por nuestro país, en la ley española y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido el asilo es un mecanismo legal de protección establecido para defender a los ciudadanos de otros Estados pero no en cualquier circunstancia, sino sólo cuando sean objeto de persecución, esto es que su vida o integridad física peligre por determinados motivos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por razón de sus opiniones políticas.

En el presente caso, frente a lo afirmado por el juez a quo en su sentencia, del relato presentado por el solicitante de asilo sí puede deducirse la existencia de una persecución de origen político. Obsérvese que no decimos prueba de persecución, pues tal prueba insistimos en modo alguno es exigible en el trámite de admisión, sino que se trata de un relato coherente en el que se narran unas circunstancias que merecen objetivamente la consideración de persecución. Así, el solicitante hace referencia a un golpe de Estado ocurrido en Guinea Conakry, país del que dice ser nacional, que determina la detención de su padre y su inclusión en una lista de ciudadanos que van a ser detenidos. Junto a ello facilita fechas del acontecimiento, contra quien se ha dirigido el golpe y datos del lugar de detención de los disidentes, lugar al que fue llevado su padre junto a otros detenidos y justifica la necesidad de salir rápidamente del país para evitar su propia detención.

Este relato puede que no sea cierto pero ni es incoherente ni aparenta de forma clara faltar a la verdad –manifiestamente inverosímil dice el apartado d) del art. 5.6 de la Ley de Asilo para que se declare la inadmisión– por lo que aun cuando no se hayan aportado pruebas de la realidad de los hechos la

solicitud merece el trámite de admisión, siendo de esta forma contraria a derecho la decisión adoptada por la Administración.

El recurso de apelación debe ser estimado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de junio de 2007.

Ponente: Don José Luis Sánchez Díaz.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Rusia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la petición de asilo. No se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo.

“Se impugna la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Interior de fecha 29 de noviembre de 2005, que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España del hoy demandante D. Emilio nacional de Rusia.

Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que el relato que formula es inverosímil, que el solicitante ha tenido oportunidad de solicitar asilo en un estado donde hubiera podido recibir protección con anterioridad; que lo relatado presenta contradicciones; que lo acreditado se refiere a hechos que no ha establecido; que los hechos no constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951; y, finalmente, que no se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Frente a ello el actor expresa en su demanda que «su historia viene determinada por su pertenencia a medios de difusión de noticias» en los periódicos Za Soyuz y Pravda Kaspiyska, donde ha venido expresando su ideología en defensa de los derechos

Asilo

humanos y de la democracia, lo que ha provocado que se haya atentado contra su propia vida e integridad física; que en su periódico fue destrozada la redacción, «destruidas las instalaciones y quemado el material impreso»; que el hecho de que la Administración no haya encontrado referencia sobre los citados periódicos no significa que no existan; que fue candidato a diputado por la Asamblea Popular de la República de Daguestán; que en 2003 realizó varios viajes a Europa y que en dicho año recibe varias amenazas telefónicas; que en diciembre de 2003 hubo un atentado contra la sede del periódico donde trabajaba; que en diciembre de 2003, cuando viajaba en tren, tres individuos le agreden, ocasionándole lesiones; que el 24 de marzo de 2004 le agredió un grupo de personas, el 25 de julio de 2004 le disparan desde un coche en marcha; hecho este que provoca su salida de Rusia para solicitar asilo en España el 28 de septiembre de 2004 y finalmente que todo ello justifica el otorgamiento de asilo.

(...) que la Administración ha estudiado, analizado y recabado informes sobre los datos de demandante y que el resultado de esta actuación no ha sido favorable a las pretensiones del actor. En este sentido hay que puntualizar que en materia de denegación de asilo es preciso tomar en consideración la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias la establecida en el recurso de casación número 5091/2002 de la Sección Quinta, de fecha 28 de octubre de 2005, en cuyo fundamento quinto se expresa lo siguiente:

«Resulta preciso recordar que la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta (así v. g. en Sentencia de uno de junio de 2000, casación 4997/1996 y más recientemente las Sentencias de 6 de abril de 2005, casación n.º 6306/2000 y 30 de mayo de 2005, casación n.º 1346/2002). Ciertamente para la concesión de asilo bastan indicios suficien-

tes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir y es carga del recurrente aportarlos».

En este caso las agresiones relatadas se producen a considerable distancia del lugar donde trabajaba, con insuficiencia de pruebas que no permite inducir relación entre las amenazas y la labor periodística.

Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos, lo cual es exigible conforme a lo establecido en el artículo 31 apartado 3 del Reglamento de la Ley de Asilo que vincula las razones humanitarias a motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado, a tenor de la redacción dada a dicho precepto por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. En este sentido la Sentencia de fecha 27 de mayo de 2006 de la Sección Quinta de nuestro Tribunal Supremo (recurso de casación n.º 287/2003) puntualiza que las razones humanitarias a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley de Asilo «rectamente entendidas no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso.»

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 67/2007.

Ponente: Doña Lourdes Sanz Calvo.

Asilo

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Liberia. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo.

“La resolución recurrida deniega la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución del Ministerio del Interior de fecha 6 de junio de 2006, que inadmite a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo de doña Consuelo, nacional de Liberia.

El auto impugnado efectúa una referencia a la legislación y jurisprudencia sobre la materia, y argumenta en el Razonamiento Jurídico 2.º que no se alega en la solicitud de medida cautelar causa alguna que determine la concurrencia del requisito fundamental exigido en el artículo 130 Ley Jurisdiccional, pues ni tan siquiera se justifica al menos indiciariamente cuales serían los graves perjuicios que pudieran derivarse de la obligación de abandonar el territorio español. Además, se dice, que el recurso tampoco perdería su finalidad legítima aunque el solicitante no se encontrara en España, pues tramitado el procedimiento con abogado y procurador de oficio éstos podrían comunicarle en su caso la resolución favorable a su pretensión que pudiera recaer y así poder entrar en España a partir de ese momento y gozar de los derechos que le correspondan.

La apelante efectúa una referencia a la jurisprudencia existente en materia de medidas cautelares y en concreto de asilo y señala que la salida de España del recurrente supondría la imposibilidad de regresar en el supuesto de que fuera admitido el recurso interpuesto dadas las circunstancias políticas y sociales existentes en su país, por lo que de llevarse a cabo la salida de España del solicitante el recurso perdería su finalidad legítima.

(...) las SSTS de 17 de julio de 2003 (recurso 6768/2000) y 15 abril de 2004 (recurso 8684/98), entre las más recientes, señalan que «la concesión de la suspensión en función exclusivamente de la

obligación de salir de España supondría dejar sin efecto con carácter general las previsiones normativas en la materia, por ello la suspensión sólo procede cuando circunstancias personales específicas así lo aconsejen o cuando la situación del país de origen sea manifiestamente de tal gravedad que per se implique una situación de riesgo para la vida, la integridad física o la libertad del recurrente».

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, no puede apreciarse la existencia de daños de imposible reparación, con la ejecución de la orden de salida obligatoria del territorio Español del recurrente, pues se requiere para la adopción de la medida cautelar postulada la concurrencia de circunstancias de las que se infiera la existencia de un grave riesgo para la vida o la integridad física del recurrente.

Es decir, la concurrencia de un posible rechazo en frontera, salida obligatoria o expulsión del territorio nacional, contrariamente a lo señalado por el apelante, es insuficiente por sí sola para la adopción de dicha medida cautelar, siendo necesaria la concurrencia además de esas especiales circunstancias expuestas que pongan en peligro la entidad de la recurrente caso de regresar a su país, pues si no, el interés particular de la recurrente debe ceder ante el interés general en que se ejecuten los actos impugnados.

En el caso de autos, la parte apelante omite toda referencia a dichas circunstancias que justificarían la adopción de la citada medida cautelar y parece referirse a la situación de su país de origen, Liberia, situación que no consta sea de las que implique una situación de riesgo para la vida, la integridad física o la libertad del recurrente, que es lo que exige la jurisprudencia expuesta.

Es decir, la inmediata ejecución de la resolución administrativa impugnada no compromete la efectividad de la tutela judicial efectiva, derecho del que forma parte la justicia cautelar y que se satisface

mediante el reconocimiento de la posibilidad de que la ejecutividad de la resolución administrativa pueda ser sometida, como aquí ha sucedido, a revisión y control jurisdiccional (STS de 17 de octubre de 2001, Rec. 472/01), ni hace perder al recurso su finalidad legítima.

El recurso debe, en definitiva, ser desestimado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 48/2007.

Ponente: Doña Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de la India. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de asilo. La descripción de los motivos de persecución está llena de contradicciones, imprecisiones y falsedades que restan toda credibilidad a dicho relato.

“La representación de don Carlos, nacional de India, pretende en este recurso de apelación la revocación de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 3, que desestimando el recurso interpuesto frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 1 de marzo de 2006, que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España del recurrente, confirma y declara ajustada a Derecho la resolución recurrida.

(...).

El relato en el que el sustenta su solicitud de asilo, relato cuyo análisis deviene esencial a fin de confirmar o no las causas de inadmisión apreciada primero por la Administración y después por el Juez *a quo* en la sentencia ahora apelada, figura, escueta y lacónicamente, (...) del expediente administrativo, en el que don Carlos manifiesta que salió de su país

por problemas con los militares de la India, que pegan y matan a la gente.

Con posterioridad en una segunda declaración llevada a cabo el 3 de febrero de 2006, el mismo solicitante fundamenta su pretensión en los problemas terroristas de la zona en la que reside y en la situación de violencia generalizada. Añade que una noche del año 2005, mientras dormían, sus padres fueron asesinados por un grupo terrorista del que no conoce nada, que siente miedo a que le pueda ocurrir lo mismo, y por eso abandona la India.

Tal sentencia apelada, en su fundamento jurídico tercero (...) razona que: «En cuanto a la narración efectuada, a pesar de las escasas ampliaciones hechas en el escrito de demanda, lo cierto es que las manifestaciones del interesado en vía administrativa deben ser preferidas, porque, por un lado, fueron hechas espontáneamente, pero en uno y en otro caso no aporta indicio alguno que haga creíbles tales manifestaciones de que la huida actual ha sido motivada por hechos actuales con la suficiente determinación y concreción para que le afectasen de forma personal y directa (...) Es de notar que los hechos aducidos por el interesado aluden a la existencia de una persecución un tanto difusamente y contradictoriamente; difusamente porque no precisa qué grupo de los ‘militares de la India’ fue aquel que le pudo causar problemas. Después tampoco concreta qué grupo armado o terrorista hindú pudo amenazarle, ni siquiera expresa la causa por la cual esta amenaza tendría sentido, lo cual resulta extraordinariamente chocante. Por otra parte... no se comprende cómo el recurrente no denunció tales actuaciones a las autoridades de su país, aunque también alega que la situación de violencia es generalizada y no le permite vivir en tranquilidad, situación ésta que sería extensible a millones de ciudadanos hindúes».

(...).

Asilo

El relato que sustenta la solicitud de asilo se refiere, de un lado y fundamentalmente, a la situación general del país de origen, de dicho Sr. Carlos, la India, lo cual no es motivo de asilo conforme a reiteradísima Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 5 de octubre de 2005 Rec. 20/2004, por todas). Por otra parte, y tal como señala el Informe del Instructor del expediente y asimismo el Juez a quo en la sentencia ahora apelada, tal descripción de los motivos de persecución esta llena de contradicciones, imprecisiones y falsedades que restan toda credibilidad a dicho relato. En definitiva, por tanto, la causa de inadmisión apreciada en la resolución impugnada y confirmada por el Juez a quo, ha de ser igualmente confirmada por esta Sala, con desestimación de la apelación planteada.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 38/2007.

Ponente: Doña Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Argelia. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de asilo. El solicitante, a pesar de su extenso relato, no está describiendo una situación de persecución personal y directa frente a él, y tampoco derivada de alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra sino exclusivamente, y de modo genérico y alejado en el tiempo, los problemas padecidos por él, en un país como Argelia, en el que resultan agravados por su condición de sordo.

“La representación de don Guillermo, nacional de Argelia, pretende en este recurso de apelación la revocación de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, que desestimando el recurso interpuesto frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 24 de marzo de 2006, confirma la inadmisión a trámite de la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España de dicho recurrente.

Tal apelante, sustenta su recurso de apelación, en síntesis, en que los terroristas habían minado la zona donde vivía y él se encontraba indefenso debido a su minusvalía, temiendo continuamente la muerte al entrar en espacios minados. El Estado de Argelia es incapaz de prestar protección a aquellos ciudadanos que están expuestos a tales riesgos, pues el gobierno no tiene capacidad de defenderles, por lo que existen temores de ser perseguido por los motivos contemplados en la Convención de Ginebra. Que es muy difícil obtener una prueba plena que demuestre que el apelante tiene un riesgo altísimo de ser matado o herido en un atentado terrorista, y sí que existe un principio de prueba que permite otorgar verosimilitud a las circunstancias alegadas por el actor. Se solicita también, con carácter alternativo, la permanencia del recurrente en España por razones humanitarias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...).

Los motivos que fundamentaban dicha solicitud de asilo, aunque no se detallan en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, (...), en resumen, se describen los problemas económicos y laborales que tienen en Argelia las personas, que como él, son sordas. Se narra un acontecimiento que le ocurrió a su mujer, también sorda, cuando hace tres años un terrorista ordenó desalojar el bus-taxi en que viajaba. Que hace dos años y medio, en plena calle, se vio en mitad de un tiroteo. Él veía que la gente quería avisarle de algo pero al no poder oír, no se percató del peligro. En que su casa esta en un lugar muy peligroso, pues el pasado mes de julio unos helicópteros bombardearon una zona cercana a ella, en busca de terroristas. En que en Argelia apenas existen señales de tráfico y éstas no son respetadas por los conductores, por lo que también a causa de su falta de oído un coche le atropelló, sin que él pudiese esquivarlo. Y en que en Argelia pensaba en el sufrimiento de su familia, provocado por la mala situación de su país, por las bombas, los tiroteos... que frecuentemente se producen cerca de su casa.

Seguir en esa situación le agobiaba y le hacía sentir mal, y por eso ha venido a España.

(...).

Respecto a la petición alternativa, otorgamiento de las razones humanitarias del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, hemos de manifestar que para que proceda la autorización de permanencia en España por tales razones humanitarias, según reiterada y consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 29 de marzo de 2004, recurso 6207/2001; de 28 de enero de 2005, recurso 518/2002; y de 20 de abril de 2005, recurso 410/2003) han de existir indicios de que el solicitante de asilo ha tenido que abandonar su país por conflictos graves de carácter religioso, político, social o étnico, consecuencia de los cuales el retorno del mismo supone riesgos para derechos tales como su vida, su seguridad o su libertad. En este sentido, las razones humanitarias contempladas por el artículo 17.2 de la Ley de Asilo han de tener una entidad cualitativa suficiente y estar personalizadas. Circunstancias que tampoco concurren en el supuesto ahora analizado y referido al eventual retorno don Guillermo a Argelia, sin que tenga virtualidad, a tales efectos, la sordera que se invoca reiteradamente por el mismo, por lo que tal pretensión subsidiaria ha de ser igualmente desestimada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 7 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 1359/2004.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo: natural de Colombia. Admisión.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. No puede calificarse como inverosímil el relato en el que señala haber sufrido una persecución en su país de origen a cargo de grupos terroristas por causa de su vinculación con las Fuerzas Armadas colombianas.

“(…) el ahora recurrente en casación expuso al pedir asilo que había sufrido persecución en su país de origen a cargo de los grupos terroristas, que le dirigieron amenazas por su condición de militar; amenazas que se prolongaron incluso después de que cambiara de domicilio.

El instructor del expediente emitió informe desfavorable a la admisión a trámite de la solicitud (...), razonando que las alegaciones expuestas por el solicitante eran ambiguas en aspectos como el hecho de que dijera haber sufrido persecución por ser militar, cuando al tiempo de dichas amenazas únicamente se encontraba realizando el servicio militar obligatorio. Añadió el instructor que había incongruencias entre las fechas expuestas en la solicitud y las que figuraban en la denuncia presentada por la madre del solicitante (de la que éste había presentado copia).

(...).

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra esta resolución, fue desestimado por la sentencia ahora combatida en casación. Contiene la sentencia de instancia, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«Cuarto.—Pues bien, el interesado nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal encuadrable en el marco jurídico de asilo, siendo así que la condición militar del actor se refiere a que en su momento prestó el servicio militar obligatorio, circunstancia no atendible a los efectos debatidos, formulando una denuncia sobre la pretendida persecución su madre en fecha posterior a su llegada a España (...), habiendo informado el ACNUR en contra de la admisión a trámite (...) tras la pertinente propuesta (...).

[...] Quinto.—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

Asilo

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. Si bien como se ha dicho, en los procesos que nos ocupan, no es necesaria una prueba plena sobre los hechos que justifican su concesión, como señala entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994, 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000 y 1 de abril de 2003, cuando no existen ni siquiera los indicios suficientes a los que se refiere el artículo 8 de la Ley anteriormente citada, no puede tener éxito la concesión de asilo solicitada, y es lo cierto que en el caso de autos tales indicios, como se ha expuesto, no han quedado acreditados, procediendo, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto».

(...) la lectura del relato expuesto por el actor al presentar su solicitud no parece tan manifiestamente inverosímil como para dar lugar a la inadmisión a trámite de su solicitud, pues no cabe descartar apriorísticamente como inverosímil que aquel pudiera haber sufrido una persecución en su país de origen a cargo de grupos terroristas por causa de su vinculación con las Fuerzas Armadas colombianas (el hecho de que esa vinculación fuera a través del servicio militar y no de forma profesional tampoco parece un dato de tal relevancia que por sí solo justifique la directa inadmisión a trámite de la solicitud).

Las razones dadas por la Sala de instancia acerca de la falta de indicios de los hechos referidos son razones de fondo, que quizá pudieran justificar la denegación del asilo, pero tras un expediente debidamente tramitado en el que el solicitante haya tenido la oportunidad de alegar y probar sus manifestaciones. Ceñidos ahora al examen de la procedencia de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, es desde luego cierto que el relato expuesto por el interesado plantea dudas que aquel deberá 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).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 7 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 19/2005.

Ponente: Doña M.^ª Isabel Perelló Domenech.

Voz: Asilo. Nacionalidad colombiana.

Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de la concesión del derecho de asilo. Los elementos probatorios mencionados en el relato del solicitante no resultan suficientes para considerar acreditada, ni aun indiciariamente, la existencia de la persecución alegada.

“Las razones por las que se deniega tal solicitud de asilo se expresan en el fundamento tercero de la resolución impugnada y son las siguientes:

«El relato del solicitante resulta inverosímil, así como genérico e impreciso en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse que haya establecido suficientemente tal persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

El solicitante basa su solicitud en alegaciones de persecución por parte de agentes distintos de las

autoridades de su país de origen, sin que ni del expediente ni de la información disponible sobre su país de origen se deduzca que estas autoridades hayan promovido o autorizado los hechos alegados, y sin que conste que haya denunciado los hechos ante las autoridades de su país.

El solicitante alega una persecución frente a la cual, según el contenido del expediente y la información disponible sobre el país de origen, el solicitante puede encontrar protección eficaz en otro lugar de su propio país, al que resulta razonable esperar que se desplace.

Parte de los elementos probatorios aportados por el solicitante en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que acreditan sólo circunstancias personales del solicitante que, en sí mismas, y según la información disponible sobre el país de origen del solicitante, no determinan necesariamente la existencia de persecución ni justifican un temor fundado a sufrirla.

El resto de los elementos probatorios aportados por el solicitante, valorados en su conjunto y en relación con los elementos probatorios mencionados anteriormente y con el relato del solicitante, no resultan suficientes para considerar acreditada, ni aun indiciariamente, la existencia de la persecución alegada».

(...).

En el caso ahora examinado, la solicitud de asilo fue admitida a trámite y se instruyó el correspondiente expediente, sin embargo, no consta que tal Organismo manifestara su posición sobre tal solicitud de asilo. En efecto el examen del expediente administrativo muestra que en él no figuran datos suficientes que permitan afirmar que la presentación de la solicitud de asilo se comunicara oportunamente al Alto Comisionado de las Naciones

Unidas para los Refugiados. Tampoco obra en él el informe de éste que haya permitido acreditar que aquel deber de comunicación hubiera sido observado, por cuanto no consta ningún dato fehaciente en el proceso acerca de que la comunicación efectivamente tuvo lugar. En este sentido es de ver que la Administración remitió en un primer momento dos relaciones de solicitudes de asilo que habían sido presentadas en territorio nacional, entre las que figuraba la del demandante (...) en las que se proponía la inadmisión a trámite; el ACNUR realizó una serie de observaciones y recomendaciones respecto al ahora demandante. No obstante, dicha comunicación se produce en la fase previa de admisión, y sólo se refiere a parte de lo manifestado por el actor, pues no figura que se remitiera ni que se informara al ACNUR acerca de la nueva declaración y documentación aportada por el demandante ante la oficina de asilo para fundamentar su pretensión el día 31 de julio de 2002. que hubiera permitido conocer el criterio del ACNUR; Por tales razones no cabe tener por acreditado de forma fehaciente y cabal que se realizara la comunicación y que fuera realmente recibida en la sede del ACNUR y que esta representación optara por no informar sobre el alcance y relevancia de las alegaciones del demandante y la necesidad de la protección invocada, y en definitiva, por no intervenir en el expediente en la forma que le otorga la norma.

Por ello, sin entrar al fondo del asunto ha de concluirse que procede estimar la demanda anulando la resolución y retro trayendo el procedimiento administrativo, para que se comunique al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados la documentación completa sobre la solicitud de asilo deducida por el demandante y la convocatoria a la sesión de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio correspondiente, con estricta observancia de lo que dispone el ordenamiento jurídico.”

Asilo

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 7 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 1344/2004.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo. Nacional de Argelia. Inadmisión.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que desestimó la petición de reexamen y la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo. El interesado reconoce que no ha recibido ninguna amenaza concreta por parte de los terroristas y añade que no ha tenido ningún problema con las autoridades de su país, habiendo basado, pues, su petición en el temor genérico derivado de la situación sociopolítica de su país a causa de la actuación de los grupos terroristas, lo que no es por sí solo causa de asilo.

“El recurrente, nacional de Argelia, basa su solicitud en el siguiente relato: Desde los años 90 Argelia se ha visto afectada por el terrorismo, problemas políticos y sociales, además de por la miseria. Tiene un hermano, no sabe si en Inglaterra o en Francia, que es refugiado político. Se le pregunta por qué su hermano es refugiado y contesta que por la situación del país, la inseguridad. Allí no hay alternativas, si estás con el Estado te matan los terroristas y viceversa. Él tiene problemas en su barrio con los terroristas debido a que miembros de su familia trabajan para el Estado. Que su hermano huyó por motivos de terrorismo y por ello su familia se ha vuelto blanco de los terroristas. Que estuvieron a punto de ejecutar a su hermano en 1994-1995. Dice que su hermano vive ahora en Inglaterra. Que las amenazas proceden sólo de los terroristas, que con las autoridades no ha tenido ningún problema. Que él no ha recibido ninguna amenaza en concreto, pero teme ser blanco de las mismas. No puede concretar las amenazas que sufrió su hermano. Que dos miembros de su familia, tíos materno y paterno, trabajan para la Cía. de Transportes de Argel.

(...).

Entiende la doctrina que el concepto de refugiado contenido en la Convención de Ginebra, exige la

conurrencia de las siguientes notas: a).—que el solicitante sea un extranjero o apátrida; b).—que corra un auténtico riesgo, o posea un temor fundado de padecerlo; c).—que la posibilidad de sufrir un daño sea debida a la ausencia de protección estatal existiendo persecución; d).—que el temor fundado, resultante de la ausencia de protección estatal, tenga nexo con la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social o las opiniones políticas; y e).—que no concorra ninguna de las causas de cesación o exclusión legalmente previstas. Debiendo entenderse por «persecución», concepto que conviene aclarar en el caso de autos, la existencia de una conducta sistemática tendente a producir daño en la vida o derechos inherentes a la dignidad de la persona y dirigida contra un individuo o un grupo, por razones o motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Repárese, por lo demás, en que sobre el extranjero solicitante, pesa la carga de exponer de forma detallada los hechos, en los que basa su solicitud.

Aplicando la doctrina al precedente caso resulta que el recurrente no describe una situación de asilo en la medida en que no narra un supuesto de persecución individualizado procedente de las autoridades del país, sino de terceros, sin que conste la pasividad o permisividad de las autoridades. En este sentido nos hemos venido pronunciando en reiteradas ocasiones, así la SAN (1.^a) de 8 de junio de 2001 (Rec. 608/2000) analizó un supuesto de inadmisión en el que el demandante sostenía que era perseguido por grupos extremistas por haber sido militar —supuesto más grave que el de autos—, y en el mismo sentido se pronuncia la SAN (8.^a) de 19 de octubre de 1999 (Rec. 210/1998).

(...).

Pues bien, en este caso, examinado el relato del solicitante con el enfoque casuístico que ha de presidir el análisis de los litigios concernientes a esta materia del asilo y refugio, cabe observar que en

Asilo

realidad el interesado no alega propiamente una persecución contra él, al contrario, reconoce que no ha recibido ninguna amenaza concreta por parte de los terroristas y añade que no ha tenido ningún problema con las autoridades de su país, habiendo basado, pues, su petición en el temor genérico derivado de la situación sociopolítica de su país a causa de la actuación de los grupos terroristas, lo que, por las razones que hemos apuntado, no es por sí solo causa de asilo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 12 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 65/2007.

Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.

Voz: Solicitud de asilo. Nacionalidad colombiana. Admisión.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por los recurrentes frente a la resolución por la que se acuerda inadmitir a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo. Se ha proporcionado un relato verosímil de la persecución sufrida mediante pruebas e indicios suficientes de las circunstancias que justifican el otorgamiento del asilo.

“Los ahora apelantes, de nacionalidad colombiana, presentaron su solicitud de asilo el día 23 de febrero de 2006, expresando como motivos de persecución que don Rodrigo colabora con el partido político Unión Democrática Libre y que como consecuencia de ello ha recibido amenazas del grupo guerrillero de las FARC que han llegado incluso a ir a su casa pegándole a él y a su esposa, razón por la que decidieron venir a España a pedir asilo político ya que las autoridades colombianas, concretamente la defensoría del pueblo no les dio ninguna ayuda, en tanto que en diversas ocasiones a lo largo de varios meses los guerrilleros le citaron de forma intimidatorio para que acudiera a su encuentro, aunque él no lo hizo.

Junto a su declaración aporta diversos panfletos con el anagrama de las FARC en los que se les considera

colaboradores del Gobierno y de sus Instituciones y se les declara objetivo militar así como varios documentos administrativos en los que denuncia los hechos anteriores.

En el informe de la instrucción, que sirve de fundamento a la resolución administrativa, se señala que las alegaciones son manifiestamente inverosímiles dada la incongruencia que supone que un grupo se dedique a llamar a una persona de forma continua durante un año dándole un plazo de 8 días para que acuda a un cita con ellos y que a pesar de no acudir sigan siempre dándole el mismo plazo. Entiende también la instrucción que las denuncias presentadas ante la policía no sirven de prueba de que los hechos alegados sean ciertos.

(...).

En cuanto al fondo del asunto, el apelante señala que ha cumplido con lo que le es exigible en el trámite de admisión, esto es proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida mediante pruebas e indicios suficientes de las circunstancias que justifican el otorgamiento de asilo.

En este punto hemos de dar la razón al apelante. Para la admisión a trámite de una solicitud de asilo, incluso para la propia concesión del asilo, no es precisa una prueba plena que acredite las circunstancias que sirven de fundamento para su concesión, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sí han de tener las circunstancias alegadas, a los efectos de la admisión, una apariencia mínima de verosimilitud, de una credibilidad al menos aparente. Cuando tal cosa no ocurre la ley apodera a la Administración para que inadmita la solicitud.

En el presente caso es conveniente detenerse en el informe de la instrucción para poder conocer con mayor detalle las razones de la Administración. En este informe se ofrece como argumento del juicio de inverosimilitud el hecho de que el recurrente ale-

Asilo

ga que fue citado en diversas ocasiones por el grupo guerrillero de las FARC y que pese a no acudir a ninguno de sus requerimientos tal comportamiento no tuvo ninguna repercusión para él lo que resultaría poco creíble en el contexto colombiano. Este argumento no es en modo alguno concluyente para afirmar que se falta a la verdad manifiestamente. El actor ha aportado numerosos detalles de su peripecia –colaboración con un determinado partido político, amenazas recibidas, actos intimidatorios concretos expresando lugar y fecha y documentos en los que se refleja la denuncia de las amenazas y agresiones ante diversas autoridades colombianas y la falta de protección de éstas–, detalles que puestos en relación con las circunstancias conocidas de su país de origen no resultan en sí mismas inverosímiles. Por tanto, aunque no se haya aportado prueba de dichos hechos su solicitud merece el trámite de admisión sin perjuicio de que durante la tramitación del expediente deba suministrar elementos de juicio de mayor consistencia que los hasta ahora aportados.

En consecuencia con lo expuesto procede la estimación del recurso de apelación (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 12 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 615/2004.

Ponente: Don José Arturo Fernández García.

Voz: Solicitud de asilo. Nacido en Palestina.

Resumen: Se desestima el recurso promovido por el recurrente contra la resolución que deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. La falta de acreditación, por cualquier medio, incluso indiciarios, de la identidad y origen del solicitante de asilo sólo puede llevar a concluir que existen dudas más que razonables sobre su origen y procedencia, por lo que, obviamente, no se puede dar por acreditado que proceda de un territorio en que exista una grave situación política o de conflicto armado o guerra civil, de forma que el retorno al mismo pudiera

suponer un riesgo real de ser objeto de trato inhumano o degradante.

“El recurrente, que llegó a Ceuta el 5 de agosto de 2002, presenta su solicitud de asilo con fecha 21 de agosto de 2002, alegando las razones de persecución personal que se pueden resumir de la siguiente forma:

Que vivía con su familia en el pueblo de Qualquilia, región de Azun Etma, trabajando con su padre en unas tierras que tenían, cultivando tomates. El 3 de junio de 2002, cuando el solicitante y su padre trabajaban en el huerto, se presentaron unos soldados israelíes con excavadoras que venían a destruir su tierra para hacer asentamientos judíos. Su padre trató de detenerlos pero ellos le golpearon hasta matarlo. El solicitante, al ver que habían matado a su padre, golpeó con una piedra en la cabeza a uno de los soldados, después salió corriendo hacia su casa, los soldados le siguieron y al llegar a su casa golpearon violentamente a su madre y a sus dos hermanas, después les hicieron salir de su casa y lo destrozaron todo. Permanecieron tres días en su casa, tras los cuales la dinamitaron. No contentos con haber asesinado a su padre, dejaron a su familia sin hogar, por lo que se refugiaron en casa de un tío suyo. El solicitante decidió huir de la ciudad. Los soldados israelíes fueron en reiteradas ocasiones a casa de su tío a preguntar por el paradero del solicitante y su tío les explicaba que se había ido de la ciudad. Una noche los mismos soldados irrumpieron en casa de su tío disparando con ametralladoras, los sacaron a todos de la casa y se llevaron a su primo, No han vuelto a saber nada de él. El solicitante vio claramente que tenía que escapar de allí, pues más tarde o temprano darían con él, Huyó a Jordania y después a Siria y Turquía. En este último país cogió un barco que le dejó frente a la costa de Ceuta.

El ACNUR, en su informe sobre la admisión de trámite de tal solicitud, señaló: «Apátrida nacido en Nablus. Esta solicitud debería admitirse a trámite con el fin de averiguar más detalles acerca de la si-

tuación y así poder determinar si se encuentran en necesidad de protección y en su caso de qué tipo de protección trataría, teniendo en cuenta los graves acontecimientos que vienen sucediendo en su lugar de origen y que las alegaciones del solicitante reflejan, especificando una situación personal, real y concreta que ha sufrido debido al conflicto religioso que se está dando».

(...).

En el presente caso se ha denegado la solicitud de asilo del recurrente así como el que se le autorice su permanencia en territorio español por razones humanitarias. (...).

(...) el relato del viaje del solicitante hace que resulte razonable cuestionar el motivo por el que oculte su verdadera ruta y los medios de que se ha valido para llegar a España, a no ser que pudiera proceder de otro país en el que hubiera residido en los últimos años.

De esta motivación de la instrucción del expediente, que mantuvo una entrevista personal con el solicitante, se fundamenta, en esencia, el acto recurrido para denegar la pretensión principal y la solicitud de autorización por razones humanitarias. La defensa del recurrente, como arriba se ha expuesto, sitúa el debate de su pretensión en que considera acreditada la procedencia del peticionario de asilo (territorios palestinos en conflicto con Israel), y efectivamente ésta es la primera y esencial cuestión que se ha de debatir a fin de declarar si procede o no la aplicación de esa protección parcial del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, pues se ha de acreditar que el mismo abandonó su país ante una grave situación política o de conflicto armado o guerra civil.

Pues bien, la defensa del recurrente no ha desvirtuado con ninguna prueba, al menos indiciaria, la amplia argumentación contenida en el informe del Instructor del expediente administrativo, que recoge de forma muy minuciosa y con meridiana clari-

dad hechos llamativos que a entender del autor de ese informe provocan dudas más que razonables sobre el verdadero origen del solicitante de asilo y su exacta procedencia hasta llegar a España en las fechas en que efectúa tal solicitud. Así, no se contesta por la indicada defensa el dato de cómo dicho interesado ha podido pasar desde la Cisjordania (territorio en el que está situada Nablus, ciudad en la que afirma el solicitante que nació, y Qualqulia, ciudad en la que reconoce que vivía) hasta Jordania sin documentación alguna, cuando es conocido el estricto control que de las personas lleva a cabo el ejército israelí en esos territorios. Tampoco se responde a cómo atravesó Jordania, Siria y llegó a Turquía sin documentación alguna, lugar donde afirma que tomó un barco que le llevó a Ceuta.

Estas dudas muy razonables no han sido en ningún momento aclaradas por el recurrente, cuya defensa se limita a articular prueba sobre la situación de los territorios palestinos en conflicto con Israel, lo que corrobora aún más que en una situación como la allí existente no es comprensible que el recurrente pudiera haber salido sin documentación alguna, más cuando afirma que la que tenía la perdió cuando se destruyó su casa.

En definitiva, esta falta de acreditación, por cualquier medio, incluso indiciario, de la identidad y origen del solicitante de asilo sólo puede llevar a concluir que existen dudas más que razonables sobre su origen y procedencia, por lo que, obviamente, no se puede dar por acreditado que proceda de un territorio en que exista una grave situación política o de conflicto armado o guerra civil, de forma que el retorno al mismo pudiera suponer un riesgo real de ser objeto de trato inhumano o degradante u otro perjuicio que determine la aplicación del principio de no devolución.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 12 de junio de 2007.

Asilo

Recurso de Apelación: 110/2007.

Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.

Voz: Solicitud de asilo. Nacido de la India. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acuerda inadmitir a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España. El solicitante sólo se refiere en términos generales a la situación de conflicto entre India y Pakistán y que dicho conflicto ha producido muertes de personas próximas al solicitante pero no relata ningún acto concreto de persecución dirigido contra su persona o indicios de que dicha persecución personal pueda producirse.

“El recurrente, nacido en Sniraba (India), cuando presentó su solicitud de asilo manifestó haber salido de su país el 15 de julio de 2005 en barco hacia Argelia, donde desembarcó y emprendió viaje en autocar y a pie hacia Marruecos, consiguiendo entrar en Melilla el día 21 de marzo de 2006 por el perímetro fronterizo, burlando los controles policiales. En la entrevista realizada manifestó que se vive en conflicto entre la India y Pakistán desde hace muchos años. Que durante los últimos cuatro años ha sido cuando el terrorismo ha afectado directamente a su familia y amigos. En julio de 2004 mientras el estaba trabajando entraron a su casa y dispararon a su padre y a su hermano, como resultado final les tuvieron que amputar las piernas a ambos. También durante ese año sufrieron otro ataque terrorista en el que perdieron su vida dos amigos suyos. Decidió abandonar el país porque no se puede vivir en paz.

(...) en la apelación se insiste retóricamente en que los hechos relatados son constitutivos de persecución en el sentido expresado en la Convención de 1951, recordando la doctrina general que al respecto han sentado los Tribunales de Justicia muy particularmente esta Audiencia Nacional, pero sin aportar ningún argumento concreto, referido a su persona, que desvirtúe lo expresado en la resolución administrativa, confirmado en la sentencia apelada. Debe tenerse en cuenta el solicitante solo se refiere en términos generales a la situación de conflicto en-

tre India y Pakistán y que dicho conflicto ha producido muertes de personas próximas al solicitante por razón de parentesco o amistad, pero no relata ningún acto concreto de persecución dirigido contra su persona o indicios de que dicha persecución personal pueda producirse.

Por otra parte, tampoco se ha hecho ningún esfuerzo en justificar, si ello fuera así, que la violencia existente en la zona en la que dice habitar conozca de un grado elevado de violencia tal como para que cualquier habitante de la región, por el mero hecho de serlo deba recibir algún tipo de protección o bien que existan llamamientos internacionales para evitar o limitar las repatriaciones de ciudadanos hindúes a esa región.

En definitiva, no existiendo persecución propiamente dicha no cabía más decisión que la adoptada, esto es la inadmisión de la solicitud a trámite con fundamento en la causa b) del art. 5.6 de la Ley de Asilo.

En cuanto a la autorización de permanencia en España por razones humanitarias no se aporta ninguna razón que justifique la adopción de dicha medida.

Por todo lo expuesto se impone la desestimación del recurso con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 122/2007.

Ponente: Don Ernesto Mangas González.

Voz: Asilo y salida obligatoria: medidas cautelares.

Resumen: Se desestima el recurso planteado por el recurrente. Del relato del solicitante no se desprende la existencia de un riesgo real para su vida o integridad física que

podiera actualizarse a través del cumplimiento de la resolución impugnada.

“Mediante la resolución judicial impugnada el Juzgado de instancia desestima la petición de suspensión cautelar deducida. A tal efecto, tras referirse a los arts. 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, viene a señalar que «no se alega en la solicitud causa alguna que determine la concurrencia del requisito fundamental exigido en el artículo 130 de la LJCA, ni tan siquiera se justifica, al menos indiciariamente, cuáles serían los graves perjuicios que pudieran derivarse de la obligación de abandonar el territorio nacional español», y que «si la legítima finalidad del recurso contencioso administrativo es que se admita su solicitud de asilo y que con ello se le concedan los beneficios previstos en la ley, ha de concluirse que dicha finalidad, aun cuando no se encontrase el interesado dentro del territorio nacional, no se perdería».

Frente a lo así resuelto, la parte demandante interpone recurso de apelación, en el que propugna la adopción de la medida cautelar solicitada, alegando sustancialmente que no se han tenido en cuenta las verdaderas circunstancias del solicitante, ni se ha valorado el riesgo real que correría de volver a su país, al no haberse tenido acceso de forma previa a los antecedentes obrantes en el expediente, que adjunta al recurso de apelación y en relación con el cual manifiesta que los hechos narrados por aquél son reales, aun contando con la dificultad propia de su situación para la acreditación documental de los mismos, y que no existe contradicción por parte de ACNUR con respecto a sus manifestaciones.

(...) no ha quedado constancia en el procedimiento incidental de medidas cautelares, más allá de la motivación de la solicitud de asilo y que no ha sido acogida en la vía administrativa para su admisión a trámite, de la concurrencia de tales circunstancias o, en los términos de la STS 10 de abril de 2001, la personal afectación al recurrente de la connotación

política y social que pudiera existir en su país de origen. Se limita la parte recurrente a invocar las circunstancias personales del solicitante, deducibles del expediente que aporta y de las que a su juicio se desprende que el cumplimiento de la resolución administrativa impugnada le depararía un perjuicio irreparable, ante el riesgo que correría de regresar a su país de origen.

Sin embargo, del relato del solicitante, que la Administración, con la anuencia de ACNUR, no ha considerado determinante de la admisión a trámite de su solicitud, no se desprende la eventual concurrencia del riesgo que proclama, en primer término porque al no aportar documentos de identidad no puede discernirse sobre su origen o procedencia, como factor de evaluación del riesgo. Y en segundo lugar, porque en el relato proporcionado hace básicamente referencia el solicitante a la muerte violenta de su progenitor en el año 1999, a su posterior salida al extranjero, para volver de nuevo a su país y salir del mismo, antes de llegar a España, porque según manifiesta los rebeldes le dijeron que si se quedaba lo matarían, dejando, no obstante en el punto de partida a sus hijos. Datos con los cuales no puede establecerse la existencia de un riesgo real para la vida o integridad física del solicitante, que pudiera actualizarse a través del cumplimiento de la resolución impugnada.

De manera que siendo la salida obligatoria del territorio español un efecto positivo de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, ésta resolución sería susceptible, en principio, de suspensión cautelar, pero al no comprometer, la inmediata ejecución de la resolución administrativa impugnada, la efectividad de la tutela judicial efectiva, ni privar aquélla de su finalidad legítima al recurso, y al concurrir razones de interés público y de eficacia administrativa cuya ponderación es obligada al decidir sobre la medida cautelar solicitada, que prevalecen sobre el particular interés del recurrente, se está en el caso de desestimar el recurso de apelación planteado y de confirmar el Auto a que el mismo se contrae, al

Asilo

no apreciarse que concurren circunstancias de las que se infera la existencia de grave riesgo para la vida o integridad física de la solicitante, ni apreciarse tampoco el peligro o daño jurídico que para el derecho propugnado en el proceso sostiene.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 371/2006.

Ponente: Don Tomás García Gonzalo.

Voz: Asilo: nacional de Argelia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. No se aprecian razones para entender que los solicitantes se encuentren en una situación que demande protección fuera de su país de origen por las circunstancias contempladas en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, sin que se considere bastante al respecto la denuncia de una situación de violencia generalizada que, por definición, afectaría a todos los ciudadanos de Argelia y no singularmente al recurrente.

“Como motivos de persecución personal, (...) el siguiente relato de D. Ildefonso: «Declara el interesado que su padre tiene tres esposas y once hijos, todos vivían en la misma casa y desde que su padre se retiró la familia no tenía ingresos suficientes para vivir, sus hermanos se dedican a la agricultura, pero esta profesión les aporta ingresos muy escasos, ya que el país sufre una gran sequía, y él como mecánico no encontraba ningún trabajo. Durante mucho tiempo han estado pasando penalidades y hambre, y la situación se hacía cada vez más insostenible, por lo que decidió emigrar hacia Europa con la intención de llegar hasta España donde espera encontrar un trabajo con lo que ganar el suficiente dinero para ayudar a su familia, hasta que pueda ahorrar lo suficiente para volver y comenzar una nueva vida».

Desde la salida de su país, hasta su entrada por Ceuta, D. Ildefonso permaneció 366 días en Argelia,

y 302 en Marruecos, (...), permaneciendo en España 34 días como ilegal hasta la solicitud de asilo.

El informe-propuesta que elevó el instructor facilita las siguientes «Razones que justifican la propuesta de Inadmisión a Trámite»: El solicitante no fundamenta su pretensión en algunas de las causas recogidas en el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, cuya adhesión fue aprobada por España por Instrumento de 22 de julio de 1978 (BOE 21 de octubre de 1978).

—Las razones expresamente alegadas por el solicitante, se refieren a motivaciones, puramente laborales y socioeconómicas que no justifican el pretendido amparo.

—No presenta documentación que acredite sus circunstancias personales de nacionalidad, etnia, religión, grupo social, partido político etc. ni que pruebe los hechos aducidos como base de su pretensión de obtener Asilo en España.

—Finalmente, ni el solicitante alega ni cabe apreciar en la instrucción de este procedimiento de admisión a trámite una eventual autorización de permanencia en España en base a lo dispuesto en el artículo 31.3 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado en su redacción dada por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, en relación con el artículo 17.2 de la propia Ley, habida cuenta de que en el interesado no se aprecian motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para su vida o integridad física.

Tampoco, han quedado acreditadas en el expediente y, en consecuencia, no cabe apreciar razones humanitarias distintas a las señaladas anteriormente, de índole social, médica o de vulnerabilidad que pudieran ocasionar su permanencia en España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.4 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo en la redacción dada por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

Asilo

La delegación de ACNUR en España considera procede la inadmisión de la solicitud, (...).

La valoración de lo indicado nos conduce a considerar conforme a derecho el acto impugnado, integrado con el informe que elevó su instructor, señalando que las razones que ha alegado el solicitante de asilo se refieren a motivaciones puramente laborales y socioeconómicas que no justifican el pretendido amparo, aparte de no presentar documentación que acredite las circunstancias personales del solicitante.

Lo expresado pone de manifiesto que la resolución administrativa impugnada sí está motivada, ya que aunque haya empleado una fórmula generalizada, su integración con el informe del instructor no deja lugar a dudas sobre la causa de la inadmisión, y la posibilidad de combatirla sin atisbo alguno de indefensión.

Es cierto, como mantiene la actora, que no es preciso que el solicitante de asilo pruebe, ni siquiera indiciadamente, una persecución individualizada, y en este sentido las expresiones de la sentencia impugnada transcritas en el fundamento precedente, que sacadas del contexto parecen abogar por indebidas exigencias de prueba, no se admiten.

Lo que ocurre, y origina la inadmisión, como con toda claridad expresa el informe del instructor y con él el acto administrativo, es que no se ha facilitado un relato que pueda subsumirse en una de las causas que acoge la institución del asilo, afirmación irrefutable en el supuesto de autos.

El problema de D. Ildelfonso se deriva de una situación familiar compleja, que, junto a otros factores, conduce a una situación económica insostenible, que pretende soslayar viniendo a España, fin loable pero que no tiene acogida en la institución del asilo.

Tampoco resulta válida la llamada que el apelante hace a la situación de Mali. En este sentido, con-

viene recordar la doctrina del Tribunal Supremo al afrontar solicitudes de asilo basadas en los conflictos que se vienen desarrollando en el país de origen del solicitante.

(...) para que el solicitante de asilo pueda permanecer en España por razones humanitarias, es necesario que las citadas razones se encuentren «conectadas a la propia finalidad del derecho de asilo, que pretende la protección de personas que sufren persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o pertenencia a grupos sociales perseguidos (SSTS de 20 de diciembre de 2000, 3 de octubre y 18 de diciembre de 1997)», y en el caso de autos la petición articulada de forma subsidiaria se formula en función de los mismos presupuestos que no han sido considerados justificativos de la concesión del asilo, según lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes, por lo que no se aprecian razones para entender que los solicitantes se encuentren en una situación que demande protección fuera de su país de origen por las circunstancias contempladas en el art. 17.2 de la Ley de Asilo, sin que se considere bastante al respecto la denuncia de una situación de violencia generalizada que, por definición, afectaría a todos los ciudadanos de aquel país y no singularmente al recurrente.

Tampoco existen razones humanitarias (artículo 17.2 de la Ley 5/1984) que permitan la estancia en España al margen del derecho de asilo, ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de noviembre de 2004, entre otras), ese precepto se refiere en particular (no hay otras razones que aquí pudieran ser aplicadas) a «personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el n.º 1 del artículo 3 de esta Ley».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de junio de 2007.

Asilo

Recurso de Apelación: 68/2007.

Ponente: Doña Nieves Buisan García.

Voz: Solicitud de asilo: natural de Benin. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de asilo. El solicitante entró en España y le fue incoado acuerdo de iniciación de expediente sancionador que se resolvió mediante decreto de expulsión presentado días después de su solicitud de asilo, lo que resta verosimilitud al relato pues concurre una presunción que parece incompatible con la existencia de los fundados temores de persecución en que pretende sustentarse la petición de asilo.

“La representación de don D. Juan Enrique, nacional de Benin, pretende en este recurso de apelación la revocación de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, que desestimando el recurso interpuesto frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 10 de mayo de 2006, que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España del recurrente, confirma y declara ajustada a derecho la resolución recurrida.

Dicho actor sustenta su recurso de apelación, en síntesis, en que concurren en el caso todos y cada uno de los elementos que integran la definición de asilo, pues tiene temor por si vida si regresa a su país, dado que él es cristiano, y su familia y la mayor parte de su pueblo son de religión musulmana. Y que las alegaciones vertidas, la documentación aportada y la situación socio política de Benin son indicios más que suficientes para conceder al recurrente la admisión a trámite de su solicitud.

(...).

El relato en el que el Sr. Juan Enrique sustenta su solicitud de asilo, relato cuyo análisis deviene esencial a fin de confirmar o no las causas de inadmisión apreciadas por la Administración, figura pormenorizado en el folio 1.2 del expediente administrativo e igualmente se recoge en el fundamento de dere-

cho primero de la sentencia apelada, en el que se expone que:

Que es natural de Pubé (Benin) donde tanto su familia como la mayoría de la gente del lugar es de religión musulmana. Él también lo era hasta que un día decidió convertirse a la religión cristiana. Esto no fue aceptado ni por su familia ni por sus vecinos, hasta que un día lo llevaron al bosque y lo torturaron y le dieron una paliza. Un amigo cristiano de un pueblo vecino le ayudó y estuvo viviendo con él durante un cierto tiempo. Volvió a su pueblo y nuevamente fue torturado y agredido por los musulmanes, por lo que decidió salir del país.

(...).

En el presente supuesto, de un lado, y tal como pone de manifiesto la Administración en el Informe sobre razones justificativas de la propuesta de inadmisión (...), e igualmente el Juez de Instancia en la sentencia, el relato del Sr. Juan Enrique resulta inverosímil en la descripción de hechos o circunstancias alegados.

De lo que no cabe ninguna duda, sobre todo, tal, y como recoge la sentencia apelada, (...), es de que dicho solicitante entró en España con fecha de 20 de noviembre de 2005, y le fue incoado Acuerdo de iniciación de expediente sancionador, que se resolvió mediante Decreto de expulsión de 18 de enero de 2006 que fue notificado el siguiente 26 de enero, siendo a continuación, el 1 de marzo de 2006 cuando presentó su solicitud de asilo. Ello efectivamente resta verosimilitud al relato contenido en su solicitud de asilo, pues concurre una presunción que parece incompatible con la existencia de los fundados temores de persecución en que pretende sustentarse tal petición de asilo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 46/2007.

Ponente: Doña Pilar Teso Gamella.

Voz: Solicitud de asilo: Guinea Bissau. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de asilo. La situación de conflicto bélico en su país de origen y la solución a sus problemas económicos derivados, no puede venir de la mano del derecho de asilo, sino que sitúa la cuestión extramuros de la protección que dispensa esta institución.

“La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la parte recurrente, nacional de Guinea Bissau, contra la Resolución del Ministro de Interior que inadmitió a trámite su solicitud de asilo, al amparo de la causa prevista en el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo.

La cuestión suscitada en el presente recurso de apelación, pues sobre ella construye la parte apelante la pretensión que ahora ejercita, se centra en determinar era o no de aplicación la causa de inadmisión prevista en el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo y la concurrencia de razones humanitarias.

(...) la trágica situación por la que atraviesa su país de origen –Guinea Bissau– a la que alude el recurrente en su solicitud de asilo, 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 generalizado 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, sino se concreta en una persecución perso-

nal, 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 la 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, desnaturalizando su sentido y significado.

En relación con la impugnación centrada en la invocación de las razones humanitarias, ex artículo 17.2 de la Ley de Asilo, esta Sala viene declarando con una reiteración que excusa su cita, que la valoración de las razones humanitarias invocadas ha de atenderse a la situación del extranjero conforme al principio de solidaridad internacional proyectada sobre el valor de la dignidad humana, en conjunción con la situación del país de origen y los peligros derivados de su regreso al mismo, de forma que solo cuando entran en juego estos condicionantes cabe hablar con fundamento de esta modalidad de protección. En este sentido, debemos señalar que para la contemplación de las razones humanitarias hay que atender a la situación anómala del país de origen conjugado con la conservación o dignidad de la persona y no a su mero desenvolvimiento o a la mejora de las condiciones personales en que pueda encontrarse un hombre, sin que sea procedente su otorgamiento cuando caben otras posibilidades tanto al amparo de la propia Ley 5/1984, como, en su caso, del régimen general de extranjería. La aplicación de tales directrices al supuesto de autos, revela, coincidiendo con la sentencia recurrida, que en el presente caso no concurren razones humanitarias que permitan autorizar la permanencia en España del recurrente, pues los motivos por los que el ahora recurrente viene a España no guardan relación con las causas relacionadas en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y a las que se anuda la autorización de permanencia en territorio nacional.

Asilo

Por todo cuanto antecede, procede desestimar el presente recurso de apelación interpuesto contra la sentencia impugnada.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 20 de junio de 2007.

Recurso de Apelación: 28/2007.

Ponente: Doña M.ª Dolores de Alba Romero.

Voz: Solicitud de asilo: alegaciones falsas. Nacional de Liberia. Inadmisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que inadmite a trámite su solicitud de asilo. Se ignora su verdadera identidad y nacionalidad, dado que según consta en el expediente, el Inspector del Grupo de Control de Vuelos comunica que la tarjeta de identidad es falsa. Por lo que es imposible conceder la adecuada fiabilidad y verosimilitud a tales alegaciones en el contexto y país a que se refieren.

“Alexander, interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de fecha 10 de octubre de 2006, que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el mismo contra la resolución del Ministro del Interior de fecha 22 de abril de 2005, que inadmite a trámite su solicitud de asilo en España.

En el escrito de apelación manifiesta que la sentencia recurrida desestima el recurso sin entrar a valorar las circunstancias alegadas por el recurrente, en este sentido argumenta que se vio obligado a abandonar su país, cuando los rebeldes empezaron a acosarle y que se refugio en una Iglesia, donde llevaba escondido tres años. Que tiene serios y fundados temores por su vida y así cuando empezaron a amenazarle decidió huir ayudado por un sacerdote. Que la situación de su país es muy insegura e inestable, que ha habido una guerra civil y que en estas circunstancias es difícil regresar. Finalmente solicita de forma subsidiaria la aplicación de lo

dispuesto en el artículo 17.2 respecto a las razones humanitarias.

En primer lugar, hay que señalar que la sentencia de instancia, frente a lo que manifiesta la parte en el recurso de apelación, sí tiene en cuenta las circunstancias personales del recurrente, pues indica en el FJ 2.º, cuáles son sus alegaciones: «no podía hacer nada en su país, no trabajaba y la gente está muriendo allí. No hay comida», y explica también en dicho fundamento, que tales circunstancias que se invocan son de naturaleza económica y no permiten incluir al recurrente en ninguno de los supuestos previstos en la Ley de Asilo.

Argumentos, estos, no desvirtuados en apelación, ya que dice que le perseguían y huyó.

(...).

Aunque se invoca la inseguridad que atraviesa su país, ello no es suficiente para admitir a trámite la solicitud de asilo, sin la existencia de ningún indicio de persecución personal por circunstancias políticas, de raza, religión, pertenencia a grupo social, etc., pues aunque señala de manera genérica la inseguridad de los ciudadanos en general, como es su caso, ni siquiera indica cuál es esa tendencia o partido político a que pertenecería, no constando en el expediente administrativo su pertenencia a ningún grupo étnico, religioso, político, social, etc.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha señalado en sentencia de 10 de mayo de 1996, entre otras, que: «Aunque se haya probado que en un determinado país se den las circunstancias de hecho que pueden dar origen a la aplicabilidad en España del derecho de asilo, o a la concesión de la condición de refugio, es indispensable que la persona que lo solicite pruebe de manera satisfactoria que tiene temor de ser perseguido por razones de raza, religión, pertenencia a un grupo social determinado, o de actividades políticas, siendo esa la razón determinante de ese temor, de forma que pueda llegarse

Asilo

a la convicción precisa de que procede otorgar el asilo o conceder la condición de refugiado».

Por otro lado, se ignora su verdadera identidad y nacionalidad, dado que según consta en el expediente, (...), el Inspector del Grupo de Control de Vuelos comunica que la tarjeta de identidad que presenta es falsa. Por lo que es imposible conceder la adecuada fiabilidad y verosimilitud a tales alegaciones en el contexto y país a que se refieren.

En cuanto la invocación de motivos humanitarios para la concesión del asilo, hay que señalar que el artículo 17.2 de la Ley 9/1994, establece que por razones humanitarias u otras de interés público, podrá autorizarse la permanencia en España del interesado, cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en el marco de la legislación general de extranjería. Ahora bien, no es suficiente la invocación genérica sobre la concurrencia de tales razones humanitarias, sino que es preciso concretarlas y acreditar suficientemente la concurrencia de las mismas, y que estas tengan, como indica el Juez de instancia, relación con las circunstancias determinantes de asilo, lo que no ocurre en el presente supuesto, en que se invoca la situación que vivía en Liberia.

Así, la autorización basada en dicha circunstancia, como el propio precepto indica, podría ser valorada, en su caso, en el ámbito de la legislación general de extranjería, por lo que no cabe estimar la petición formulada al respecto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 41/2004.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo: nacionales de Ucrania. Admisión.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que inadmitió a trá-

mite su solicitud de asilo. La parte recurrente aduce en su solicitud, como motivos de persecución, principalmente razones de orden asistencial y económico, pues su hijo enfermó por las radiaciones en Ucrania y no hay trabajo en el expresado país.

“Los recurrentes, en su solicitud de asilo, manifestaron que «su ciudad Chernigov, está a 60 km de Chernobil y aunque la central nuclear está cerrada, todavía hoy queda un bloque sin reparar y que emite radiaciones. Su hijo de 3 meses de edad, sufrió una enfermedad renal, que en opinión de los solicitantes es debida a las radiaciones. Estuvo trabajando en una empresa privada como mecánico electricista y en 1998 fue despedido por cese de empresa. (...) se ganaba la vida montando ordenadores, tiene mucha experiencia en sistemas de alarmas de incendios y hacía trabajos esporádicos». «Ellos no tuvieron problemas de salud porque ellos son adultos (...) no se fueron a vivir a otra zona de Ucrania donde no existieran radiaciones, porque no podrían trasladarse pro motivos económicos (...) la asistencia sanitaria en Ucrania es mala». Finalmente declara que «no tuvo problemas con su gobierno ni con la policía».

(...) en este caso la resolución recurrida no adolece de falta de motivación, pues explica las razones por las que acuerda la inadmisión de la solicitud de asilo «por cuanto la recurrente no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra (...) no siendo los motivos invocados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo». Por tanto, la motivación, en un caso como el ahora examinado en el que la recurrente expresa en su solicitud de asilo que no ha tenido problemas con el gobierno de su país, es bastante porque explica las razones de la decisión y permite el control jurisdiccional del expresado acto administrativo.

En consecuencia, en este caso la motivación es escueta pero suficiente, pues respeta la función que

Asilo

cumple dicha motivación y permite comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad.

(...).

La parte recurrente aduce en su solicitud de asilo, como motivos de persecución, principalmente razones de orden asistencial y económico, pues su hijo enfermó por las radiaciones en Ucrania, y no hay trabajo en el expresado país. Pues bien, estas razones de índole social y económica, no le hacen acreedor de la protección que dispensa la institución del asilo, pues la legítima aspiración a encontrar trabajo, y, en definitiva, a tener un futuro mejor y más seguro no configuran un supuesto que dé lugar a la aplicación del asilo, sino que es una cuestión que se sitúa en la órbita de la extranjería, y en todo caso extramuros del asilo.

Además, las radiaciones que, según los recurrentes, persisten en la zona y enfermedad de su hijo de 3 meses, no revelan ninguna persecución, por las causas antes señaladas, que les haga acreedores de la protección que dispensa el asilo. Por el contrario, consta en la solicitud de asilo que no han tenido 'problemas con su gobierno ni con la policía', por lo que no han sido perseguidos, ni tienen temor a padecer persecución, por las causas que dan lugar al derecho de asilo. Asimismo el informe del Representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha sido favorable a la inadmisión de la solicitud de asilo presentada por los recurrentes.

Contra esta sentencia se ha formulado el presente recurso de casación (...).

(...).

Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que la Sala de instancia, al desestimar el recurso, tomo en consideración sustancialmente el relato efectuado por el

solicitante que consta traducido al español al folio 1.19 del expediente, en el que ciertamente parecen referirse solo problemas socioeconómicos, pero no tuvo en cuenta la Sala (quizá, insistimos, porque la demanda no fue precisamente muy explícita al referirse a los hechos concurrentes) que en el folio 1.11 del mismo expediente consta otro relato, más extenso y detallado que el anterior, en el que parece referirse un caso de graves coacciones y amenazas a cargo de policías corruptos. Si atendemos a este relato, conforme a lo permitido por el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción, parece que del mismo se desprende una persecución que pudiera revestir caracteres protegibles, expuesto en términos que merecen el trámite.

Cierto es que ese relato plantea dudas que al solicitante le corresponderá solventar, del mismo modo que deberá solventar las contradicciones que parecen desprenderse de la comparación del mismo con el otro relato que aquél formuló en el propio expediente, 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.

La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto impide hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas (...)."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 21 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 174/2006.

Asilo

Ponente: Don José Luis Sánchez Díaz.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de República Democrática del Congo.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España. El relato es sumamente genérico, incorrecto y falto de contenido informativo, además sus alegaciones coinciden con un “prototipo” de solicitudes que parecen responder a un “relato preparado” que se hizo relativamente frecuente a raíz del intento de golpe de Estado acaecido en el mes de junio de 2004.

“Se impugna la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Interior de fecha 15 de febrero de 2006, que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España de la hoy demandante doña Diana.

Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que el relato que formula es inverosímil, según la información disponible sobre el país de origen y la recogida en el expediente; presentando además, pasaporte de su nacionalidad expedido en Kinshasa el 24 de octubre de 2002 en el que obran datos que indican que la interesada se encontraba fuera de su país desde mucho antes de que ocurrieran los hechos que relata. Siendo por otra parte, el relato genérico e impreciso.

La solicitante no presenta ningún elemento probatorio de los aspectos esenciales de los hechos o circunstancias constitutivas de la persecución alegada y ha tenido oportunidad de solicitar el asilo en un Estado donde hubiera podido recibir protección con anterioridad a la presentación de su solicitud en España.

Frente a ello la actora, que manifiesta ser nacional de la República Democrática del Congo expresa que la Resolución vulnera lo previsto en el artículo 3 de la Ley en relación con el artículo 5, habida cuenta de la inestabilidad socioeconómica del país de origen. Expresa también que existe ausencia de motivación; y en su petición que desea reunirse con su

esposo e hijo, desconociendo donde está su esposo, expresa que mataron a sus padres.

Que la solicitante ha tenido oportunidad de solicitar asilo en un estado donde hubiera podido recibir protección con anterioridad; que los hechos no constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951; y, finalmente, que no se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...).

A este respecto destaca la instructora del expediente lo que sigue:

La solicitante fue interceptada en el aeropuerto de Barajas cuando trataba de volar a Londres con pasaporte de Sudáfrica falsificado, al ser rechazada la interesada pidió asilo bajo otra identidad.

Recientemente ha aportado el original del pasaporte de RD Congo, según el cual habría abandonado su país en el año 2002, es decir con anterioridad a los problemas de persecución relatados, sin que conste haber regresado con posterioridad a esa fecha.

En efecto, en el pasaporte consta una entrada en R. Sudafricana el 8 de diciembre de 2002, así como dos visados de visita expedidos por ese país, sin constar ninguna salida ni entrada en Congo. A la vista de los elementos contenidos en el expediente, todo parece indicar que la interesada habría permanecido en Johannesburgo hasta el 22 de agosto de 2004 fecha en la que consta una salida en el pasaporte de la R. Sudafricana con el que la interesada viajó a nuestro país.

A este respecto hay que señalar que la interesada fue interceptada en el aeropuerto de Barajas cuando trataba de volar a Londres provista de pasaporte de Sudáfrica a nombre de Rebeca y provista de pasaje

Asilo

de avión a dicha identidad. Sin embargo al detectarse que el documento había sido falsificado, la solicitante pidió asilo manifestando llamarse Diana, de nacionalidad congoleña, presentando fotocopia de un pasaporte congoleño cuyo original ha ocultado en el procedimiento de asilo hasta la actualidad, en que ha sido entregado tras haber sido reclamado por la instructora del expediente.

El relato es sumamente genérico, inconcreto y falto de contenido informativo, por otro lado tal y como lo formula la solicitante y según la información disponible sobre el país de origen resulta inverosímil y no queda acreditado en modo alguno. Además sus alegaciones coinciden con un «prototipo» de solicitudes que parecen responder a un «relato preparado» que se hizo relativamente frecuente a raíz del intento de golpe de estado acaecido en el mes de junio de 2004. Todo ello será valorado a continuación:

En el momento de su solicitud en Barajas manifestó que su hermana estaba casada nada menos que con Rosendo (nota: el comandante que organizó el intento de golpe de estado de 10 de junio de 2004). Según manifiesta Rosendo huyó tras el golpe y los soldados buscaron a su hermana y, como no la encontraron mataron a sus padres el 26 de junio de 2004. Ella dice haber estado delante en aquellos momentos dado que residía con sus hijas en la misma casa que Rosendo. Sin embargo luego se contradice y asegura que se enteró del asesinato de sus padres en el mercado de Kinshasa, mientras estaba trabajando, por lo que decidió huir del país con su marido viajando a Sudáfrica.

Junto a su solicitud la interesada presentó también un escrito de alegaciones, redactado en «lingala» y cuya traducción obra en el expediente. En dicho escrito, igualmente genérico e inconcreto, se observan contradicciones. La interesada manifiesta que el intento de golpe sucedió el día 12 de junio (nota: ocurrió entre el día 10 y el 11). Según relata el 26 de junio los soldados fueron a su casa a arrestarles,

ella no se encontraba en casa porque estaba en su lugar de trabajo por lo que cuando regresó a casa ni siquiera entró y huyó a casa de su novio. La interesada manifiesta que compraron varios pasaportes y escaparon del país porque habían matado a sus padres y a sus familiares y la buscaban a ella también.

El relato no resulta verosímil. En primer lugar no se entiende por qué de ser cierta la relación familiar —que no acredita en modo alguno— los soldados de Kabila perseguían a toda la familia (no hay constancia de que mataran a los suegros de Rosendo) ni que el resto de la familia fuera asesinada. Desde luego no se entiende lo desproporcionado e inconcreto de la actuación que no coincide con la información disponible sobre el país de origen. Ni se explica cómo, de ser ello cierto, la interesada pudo huir de aquella situación. Por último no se entiende que de ser cierto lo alegado, la solicitante huyese dejando a toda la familia, fundamentalmente a sus hijos y a su esposo, según alega, en RD Congo.

Por otro lado, consultada la información sobre el que dice ser su país de origen, en concreto, los Informes del Departamento de Estado relativo al año 2004, Informe de Human Rights Watch, Country Information and Policy Unit del Home Office de abril de 2005, Amnistía Internacional, etc., no aparece referencia alguna a que hechos similares al relatado por la solicitante hayan sucedido. Todos estos documentos son públicos y se puede acceder a ellos por Internet. Por otro lado, en momentos mucho más complicados de la historia del país, la Embajada de España nos informó que la persecución no se extendía a los familiares directos de militares destacados.

En definitiva, a la vista de todos los elementos esta instrucción no otorga ninguna credibilidad al relato de la solicitante. Además hay que señalar que esta solicitud responde a un prototipo de solicitudes que se han hecho muy habituales a partir del intento de golpe de estado en RD Congo.

Asilo

Ha tenido oportunidad de solicitar protección en otros estados –R. Sudafricana, país en el que según obra en el pasaporte habría residido desde el año 2002– no habiéndolo hecho así, por lo que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada.

(...).

También en el pasaporte que emitió en la R. Sudafricana el 8 de diciembre de 2002 solicitando el asilo en España en 25 de agosto de 2004 lo que hace pensar que la actora permaneció en aquel país sin solicitar asilo, aunque pudo hacerlo. La solicitante según informe de la Instrucción fue interceptada en el Aeropuerto de Barajas cuando trataba de volar a Londres con pasaporte de Sudáfrica falsificado y al ser rechazada pide asilo bajo otra identidad, aportando posteriormente el pasaporte de la RD del Congo. Según el cual había abandonado Sudáfrica en 2002. Con tales datos los fundamentos de la Resolución recurrida están plenamente justificados al no haber aportado nuevas pruebas la recurrente que permita desvirtuar lo expuesto en el informe de la instrucción y las razones expuestas en la resolución recurrida que, con referencia a lo alegado por la demandante se encuentra suficientemente motivada, sin haber originado indefensión.

Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 283/2004.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo y reexamen: nacional de Cuba. Admisión.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que inadmitió a trámite la solicitud de asilo y denegó el reexamen. El relato

del solicitante expone una persecución de índole personal, por motivos políticos, que en principio reviste carácter protegible a través de la institución del asilo.

“En su solicitud de asilo, el ahora recurrente en casación, nacional de Cuba, expuso que había realizado sus estudios de ingeniería en Rusia, y a su vuelta a Cuba tuvo problemas por no participar en las actividades del CDR. Perdió su trabajo de ingeniero por querer imponer las ideas de la «perestroika» que había vivido en Rusia, y desde entonces era acosado constantemente.

La Administración inadmitió a trámite la solicitud de asilo, «al concurrir la circunstancia contemplada en la letra b) del art. 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, como determinantes para el reconocimiento de la protección solicitada, no siendo los motivos invocados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto del Refugiado señaladas en los mencionados textos legales.

Pidió entonces el reexamen, insistiendo en que tras su despido de la central nuclear donde trabajaba había sido perseguido y acosado por el CDR, pero la Administración denegó el reexamen al considerar subsistentes las razones determinantes de la inadmisión a trámite de su solicitud.

Por su parte, la sentencia de instancia, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución, contiene, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«El recurrente argumenta que su situación debe ser tomada en consideración, habida cuenta de que,

Asilo

solicitado asilo en España, si volviese a Cuba sería considerado disidente. Expone también que perteneció a la Unión de Jóvenes Comunistas lo que le impidió encontrar trabajo, dado que había querido imponer sus ideas sobre la Perestroika. Está casado con una ciudadana rusa que reside en Barcelona; solicita que se permita su estancia en España por razones humanitarias. Tuvo problemas con la policía por no participar en la organización del partido CDR y fue acosado (...) Pues bien, valorando las circunstancias que concurren en este caso aprecia el Tribunal que no existen pruebas, ni tampoco indicios de la posible persecución por alguno de los motivos que justifican el asilo del demandante. El actor viene a España debidamente identificado y autorizado por las autoridades de su país para salir de Cuba. Hace referencia en su petición de asilo a que es objeto de acoso y que fue expulsado de su trabajo, sin embargo ello se encuentra en contradicción con lo que expone en el apartado I de su petición de asilo, cuando dice 'que la policía le interroga para ver por qué no trabaja'. La falta de concreción del relato conduce al Tribunal a desestimar el recurso, dado que no ha quedado acreditada una razonable probabilidad de persecución; que, además tampoco resulta de la inadmisión de la petición formulada, puesto que, si así se estimase, bastaría la simple alegación de la petición para entender justificado el asilo en cualquier caso. Por otra parte no queda acreditado que su esposa haya sido objeto de persecución en la zona del Cáucaso, donde inicialmente residía antes de venir a Barcelona, lo que excluye la aplicación de lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, referente a la autorización de permanencia en España».

(...).

En efecto, el relato del solicitante expone una persecución de índole personal, por motivos políticos, que en principio reviste carácter protegible a través de la institución del asilo. Por añadidura, dicho relato no resulta carente de datos y totalmente genérico e impreciso en la explicación y descrip-

ción de los hechos, ya que, por el contrario, afirmó aquel unos hechos que no dejan de ser concretos, narrando una persecución personal mantenida en el tiempo contra él, por causa de la defensa que había hecho de las ideas de la llamada «perestroika» (que había conocido por su estancia en Rusia), y aduciendo que había sufrido un despido y que desde entonces no había tenido acceso al trabajo y sufría un acoso constante del CDR. Hemos de recordar que según consolidada jurisprudencia, la situación de marginación o discriminación en el ámbito laboral, o la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, pueden merecer la protección que otorga el asilo, siempre y cuando esa situación de marginación o discriminación esté originada en alguno de los motivos de persecución contemplados en la Convención de Ginebra de 1951; y este es el caso del recurrente, según expone, por lo que su solicitud merece al menos su admisión a trámite, a fin de que pueda justificar sus alegaciones, ya que la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo sólo cabe respecto de solicitudes tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad; como resulta de lo ordenado en los artículos 17.1 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que exigen para que la Oficina de Asilo y Refugio pueda proponer la inadmisión a trámite en el procedimiento ordinario, o para que pueda ser aplicado el procedimiento de inadmisión a trámite en frontera, que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 6 del artículo 5 de la Ley lo sea de modo manifiesto (el primero de dichos preceptos), o de forma manifiesta y terminante (el segundo de ellos).

Desde luego, de las alegaciones formuladas se podrá dudar, y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada, pero ha de insistirse en que no cabe inadmitir a trámite esa petición, con el único argumento de que no se ha alegado ninguna causa de asilo, cuando se ha aducido una persecución por motivos políticos.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 24 de mayo de 2007.

Recurso de Casación: 1760/2004.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Expulsión: caducidad.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la inactividad de la Administración ante la solicitud de archivo del expediente de expulsión del territorio nacional por caducidad.

“Se impugna en este recurso de casación n.º 1760/2004 el Auto de fecha 29 de octubre de 2003 (confirmado por el de 3 de diciembre de 2003), dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.ª) en su recurso contencioso administrativo n.º 1518/03, por el cual se inadmitió el interpuesto por don Carlos Miguel contra la inactividad de la Administración ante la solicitud de archivo del expediente de expulsión del territorio nacional por caducidad.

(...).

El recurrente denuncia la infracción del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el artículo 98 del reglamento para la ejecución de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000. Alega el actor que interpuso el recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la petición de caducidad del expediente de expulsión, la cual formuló una vez transcurridos seis meses desde la iniciación del expediente. Entiende el actor que la caducidad del procedimiento administrativo, por el transcurso del plazo para resolver, no exime a la Administración de dictar resolución

expresa acordando formalmente esa caducidad, e insiste en que el objeto del recurso jurisdiccional no era el acuerdo de iniciación del expediente sancionador, sino el silencio de la Administración ante su solicitud de declaración de caducidad de dicho expediente.

(...).

Pero el acto administrativo que aquí se impugna es otro muy distinto. Es la desestimación por silencio de la siguiente petición que el interesado dirigió a la Administración, y que adjuntó al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, en donde exponía:

«Que por medio del presente escrito y en virtud de lo dispuesto en el art. 44 de la LRJ-PAC así como lo dispuesto en el art. 98 del RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería, y como quiera que han transcurrido más de seis meses el plazo máximo de resolución sin que esa Administración haya resuelto o dictado resolución alguna, esta parte solicita la caducidad del expediente de expulsión y por tanto al archivo de las actuaciones.»

Y ante el silencio de la Administración, se interpuso el recurso contencioso administrativo, declarado inadmisibles por el auto de fecha 29 de octubre de 2003 –confirmado en súplica por el de 3 de diciembre de 2003– que ahora se recurre en casación.

Como se ve, aquí no se solicita que se resuelvan unas alegaciones hechas en el expediente administrativo, sino que se declare y se certifique 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.

Expulsión

La afirmación de la Sala de instancia de que «la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez –si es que llega a dictarse– se acuerde la expulsión», es equivocada. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo.

Se está, pues, en el caso de declarar haber lugar al recurso de casación, (...)”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 24 de mayo de 2007.

Recurso de Casación: 504/2004.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Expulsión: condena penal.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante diez años, por haber sido condenado con pena privativa superior a un año por la comisión de un delito doloso. Pese a la condena penal no puede decirse que la permanencia del interesado en el territorio español constituya ahora una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

“Se impugna en este recurso de casación número 504/04 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid dictó en fecha de 9 de octubre de 2003, y en su recurso contencioso administrativo n.º 1599/02, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Donato, contra la resolución del Delegado del Gobierno en Madrid de fecha 6 de Agosto de 2002, que acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante diez años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000, por haber sido condenado con pena privativa superior a un año por la comisión de

un delito doloso. (En concreto, por haber sido condenado por la Audiencia Nacional como responsable de un delito de tráfico de estupefacientes, a la pena de 25 años, 4 meses y 1 día de prisión, según la resolución sancionadora).

(...) Recuerda el actor su condición de apátrida, alega que tuvo que salir de Irán en su día por la persecución que sufría en aquel país, que califica de no respetuoso con los derechos humanos, e insiste en que su vuelta a Irán supondría su muerte, por ser hijo de un disidente del régimen iraní que ya fue asesinado en su día, por ser considerado un traidor al Islam al perder la nacionalidad iraní, y porque en todo caso el delito por el que fue condenado en España (delito contra la salud pública) supondría una nueva condena en ese país que incluso podría ser de muerte, a pesar de que ya ha sido juzgado y condenado por tal razón en España. Añade que aun en el caso de ser ratificada la expulsión debe facilitársele alguna documentación acreditativa de su identidad a efectos de recabar su admisión legal en un país diferente de su país de origen. Cita, finalmente, el artículo 31.1 del Estatuto de los Apátridas, que después transcribiremos.

Pues bien; cabe preguntarse si en la fecha en que se dicta la resolución de expulsión (6 de agosto de 2002), la permanencia del interesado en el territorio español constituía una «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad».

La respuesta (que en otros casos podría ser afirmativa vista la gravedad del delito por el que el actor fue condenado), ha de ser negativa en este caso, pues concurren las siguientes circunstancias:

1.^a) El Sr. Donato reside en España desde el año 1988.

2.^a) Los hechos constitutivos de delito fueron realizados en el año 1992, es decir, diez años antes de iniciarse el expediente administrativo de expulsión.

Expulsión

3.^a) La condena por aquellos hechos se produjo en la Audiencia Nacional en fecha 9 de octubre de 1995 y en casación por el Tribunal Supremo en fecha 16 de diciembre de 1996. Es decir, y tomando esta última fecha, seis años antes de iniciarse el expediente de expulsión.

4.^a) En el año 2001, (es decir cinco años después de la condena firme del Tribunal Supremo y medio año antes de la iniciación del expediente de expulsión) la Administración otorgó al interesado un permiso de residencia temporal por arraigo (4 de diciembre de 2001) y después un permiso de trabajo por cuenta ajena (14 de marzo de 2002), éste dos meses antes de aquella iniciación.

No desconocemos que el artículo 57.4 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone que la expulsión conllevará en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado; pero no es ese efecto el que aquí importa, sino el hecho del otorgamiento del permiso de residencia, y por arraigo, estando viva la causa de expulsión que después, sin ninguna explicación que justificara la contradicción, aplicó la Administración. Lo que importa es esto: que, en tal fecha, la Administración no encontró ninguna causa, aparte de la previa condena penal, para denegar esos permisos.

5.^a) Por si ello fuera poco, concurren las siguientes circunstancias en el Sr. Donato:

- a) Tiene en propiedad un inmueble en la localidad de Orusco de Tajuña, donde vive con sus dos hijos.
- b) Se encuentra empadronado.
- c) Está trabajando en la empresa 'R. y C. S.L., cuyo Gerente ha informado (documento n.º 10 de los acompañados con la demanda) que su comportamiento laboral es altamente positivo, su integración humana intachable y es un trabajador digno de la mayor de las confianzas de la empresa.
- d) Se encuentra inscrito en la Seguridad Social.

En consecuencia, pese a la condena penal, no puede decirse que la permanencia del interesado en el territorio español constituya ahora una amenaza

za real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Y la Administración no ha puesto de manifiesto, aparte de la condena penal, ninguna circunstancia de la que pudiera deducirse una amenaza de esa naturaleza.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 8969/2003.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Sanción de expulsión y principio de proporcionalidad.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La permanencia ilegal y la circunstancia de estar el expedientado indocumentado, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español, son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa.

“Se plantea en el presente recurso jurisdiccional, la impugnación del acuerdo de la Delegación del Gobierno de Navarra de 23 de octubre de 2002, por el que se acuerda la expulsión de la recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de cinco años.

La parte recurrente alega, esencialmente, que no concurren los presupuestos necesarios para la procedencia de la sanción de expulsión acordada por la Administración. Alega en particular que la presencia en España del recurrente sin contar con autorización habilitante para ello fue debida a la circunstancia de la situación política que se vivía en Iraq, no siendo proporcionada la sanción de expulsión impuesta, en atención a la entidad de la posible infracción cometida.

(...).

Si el actor pretende denunciar una indebida denegación de medios de prueba en el curso del proceso, la alegación carece manifiestamente de fundamen-

Expulsión

to ya que el recurrente ni siquiera pidió el recibimiento a prueba y por tanto no solicitó la práctica de prueba alguna.

Si lo que pretende es denunciar irregularidades en el curso del procedimiento administrativo sancionador, se trata de alegaciones ajenas al derecho fundamental que se cita como infringido en el motivo, el cual no se ha visto vulnerado en este caso, puesto que el interesado ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de expulsión, que ha sido admitido, tramitado en debida forma y finalizado mediante sentencia ampliamente motivada contra la que ha podido interponer este recurso de casación, por lo que no se alcanza a comprender en qué medida ha podido infringirse el derecho a la tutela judicial efectiva.

De cualquier forma, no existen las irregularidades procedimentales denunciadas. Alega el actor que la propuesta de resolución y la resolución misma no estaban motivadas, pero eso no es cierto, y basta leer esa propuesta de resolución y la resolución sancionadora finalmente adoptada (obrantes respectivamente a los folios 14 y 27 del expediente) para comprobarlo, pues en ambos documentos se indican claramente los hechos imputados (encontrarse en España careciendo de cualquier tipo de documentación que acredite su identidad y su situación regular en nuestro país), los preceptos jurídicos aplicables y la sanción correspondiente. Dice también el actor que no se han tenido en cuenta sus alegaciones de descargo, pero esa es cuestión de fondo que analizaremos en el segundo motivo, y en cuanto a la falta de práctica de prueba en el curso del expediente que también se alega, lo cierto es que el interesado no pidió prueba alguna durante su tramitación.

(...) hemos de señalar que el actor ha alegado en su demanda y también en este recurso de casación que al tiempo de su detención llevaba tan solo unos días en España (lo que de tenerse por cierto sería relevante, pues en reciente sentencia de 28 de febrero de

2007, hemos recordado que encontrándose en los primeros noventa días desde su entrada en España lo que procede es la devolución del extranjero, y no la expulsión), pero este dato no fue reconocido por la Administración en el caso que nos ocupa, pues ya en el curso del expediente el instructor del procedimiento sancionador contestó a las alegaciones de descargo del expedientado señalando que ante la carencia de cualquier documentación, era a este a quien correspondía la carga de acreditar las circunstancias de su estancia; siendo así que el actor no desarrolló la menor prueba tendente a acreditar la veracidad de aquellas afirmaciones.

En definitiva, la permanencia ilegal y la circunstancia de estar el expedientado indocumentado, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español, son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al actor del territorio nacional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 10265/2003.

Ponente: Don Mariano de Oro-Pulido y López.

Voz: Sanción de expulsión: proporcionalidad.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. 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.

“Se impugna en este recurso de casación número 10265/03 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó en fecha de 23 de octubre de 2003, y en su recurso contencioso administra-

Derecho al trabajo

tivo n.º 1185/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D. Daniel, contra la resolución de la Delegada del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 14 de agosto de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante cinco 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, por encontrarse en España desde hace más de tres meses careciendo de cualquier tipo de documentación que le autorice a su entrada y permanencia sin que conste que haya obtenido el permiso de residencia válido para permanecer en España, siendo su situación de permanencia irregular.

(...).

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 de D. Daniel en territorio español (aunque al tiempo de su detención estaba indocumentado, luego, en el curso del expediente, aportó su documentación personal).

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 obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la sanción impuesta.

Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó al demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional [artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000].”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 16 de enero de 2007.

Recurso: recurso de suplicación n.º 3847/2006.

Ponente: D. Manuel Poves Rojas.

Voz: Extranjero en situación irregular. Prestación por desempleo: denegación.

Resumen: “ÚNICO: La representación letrada del actor interpone recurso de Suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que des-

Derecho al trabajo

estimó sus pretensiones, articulando a tal efecto un solo motivo que procesalmente ampara en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral en el que acusa a la Resolución judicial de infringir el artículo 36.3 de la Disposición derogatoria de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en relación con los artículos 13.1 y 9.3 de la Constitución Española, citando también los artículos 2.8, 210, 211, 220, 126.1 y 2, 207, 209 y 231 de la Ley General de la Seguridad Social.

Sostiene la parte recurrente en su documentada exposición que el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma de 20 de noviembre de 2003, otorga protección al trabajador extranjero contratado irregularmente, para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle –según dice literalmente la Ley– estando comprendidas dentro de su protección las prestaciones por desempleo.

El tema en determinar si el actor, que es extranjero y no tiene permiso de trabajo, tiene derecho o no a su inscripción como demandante de empleo y a las prestaciones de desempleo que en su caso le correspondan. A partir de la entrada en vigor de la Ley 14/03 de 20 de noviembre, para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización prevista en el artículo 36 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, estableciendo la mencionada norma que 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, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

Concretamente, respecto a las prestaciones por desempleo, han de distinguirse respecto a las correspondientes de invalidez o incapacidad temporal, así como al derecho de asistencia sanitaria. El artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variación de datos de trabajadores en la Seguridad Social dis-

pone: «Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñan 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».

Esto significa que el extranjero ha de reunir los requisitos que prevean y exijan los artículos 2.7, 209 y 231 de la Ley General de la Seguridad Social, y tales requisitos no pueden ser cumplidos cuando se carece del oportuno permiso de trabajo para extranjeros. Como concluye con acierto la Magistrado de instancia, admitir lo contrario supondría el reconocimiento del derecho a trabajar en España al margen de los procedimientos legalmente previstos.

Como razona la Juez *a quo*, el caso planteado en las presentes actuaciones presenta diferencias suficientes con otras situaciones contempladas para el caso de prestaciones de invalidez o incapacidad temporal, que no son extrapolables, y aún teniendo muy en cuenta la reforma operada en el artículo 14/03 que reconoce que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle, ello no puede suponer un reconocimiento de cualquier tipo de prestación de la Seguridad Social, sino únicamente, a aquellas en las que el extranjero reúna los mismos requisitos que la legalidad vigente exige para la generalidad de los trabajadores.

La nueva redacción dada por el Real Decreto 1041/2005 de 5 de septiembre, al artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 2 de enero, 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 determina-

Derecho al trabajo

das prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley.

La legalidad vigente en los artículos 207, 209 y 231 de la Ley General de la Seguridad Social exige una serie de requisitos que no concurren en el trabajador extranjero sin permiso de trabajo, y así evidentemente dicho trabajador no puede acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada –requisito previsto en la letra c) del artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social–; por otro lado, tampoco dicho trabajador estará en disposición de suscribir el compromiso de actividad exigido legalmente en el artículo 231, además de lo anterior, el actor tampoco podría cumplir con la obligación prevista en la letra i) del mencionado artículo 231, es decir, con la buscar activamente empleo, y ello en todos los casos por tal circunstancia de carecer del correspondiente permiso para trabajar en España, y ello lo prueba la circunstancia de que en la propia sentencia de despido dictada a instancias del hoy actor, se condenó a la empresa demandada al abono de una indemnización, sin posibilidad de optar por la readmisión, dada la circunstancia de carencia de permiso para trabajar del actor. Por ello si el trabajador no puede ser readmitido por el empleador porque vulneraría la legalidad vigente, tampoco puede tener derecho a las prestaciones de desempleo porque no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones de buscar activamente empleo y en su caso aceptarlo, por las razones expuestas, y caso contrario supondría el reconocimiento del derecho a trabajar en España al margen de los procedimientos legalmente previstos, lo que en modo alguno puede conllevar el reconocimiento a las prestaciones a que se refiere el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

Al desestimar las pretensiones del actor, la sentencia dictada por el Juzgado no ha infringido ninguna de las normas que se citan en este único motivo del recurso que consecuentemente ha de ser desestimado, lo que conlleva que haya de

procederse a confirmar la sentencia dictada por el Juzgado.”

* * *

NOTA: Conforme dispone el artículo 36.1 de la Ley de Extranjería, los extranjeros mayores de 16 años precisan la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar si desean ejercer cualquier tipo de actividad lucrativa, laboral o profesional, advirtiendo que si es el empleador el que quiere contratar a un extranjero deberá ser él quien solicite la autorización anterior (párrafo 3). Este mismo precepto señala también, en su redacción vigente, que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

Como se ha señalado acertadamente, sin ningún género de duda, es este artículo 36.3 un “precepto rompedor y avanzado de la legislación social” (LÓPEZ CUMBRE, L.: “La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros”, *Tribuna Social*, n.º 187, 2006), pues hasta entonces, doctrina y jurisprudencia 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. Como bien se sabe, y esta Revista se ha hecho eco oportunamente, importantes y sugerentes pronunciamientos judiciales.

En el n.º 11 de esta Revista (voz “derecho al trabajo”, pp. 137 y ss.) noticiábamos las Sentencias del TSJ de Castilla-León/Valladolid de 17 y 21 de noviem-

Derecho al trabajo

bre 2005 (recursos de suplicación n.ºs 2050/2005 y 2051/2005), que reconocieron la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que habían prestado sus servicios sin contar con la preceptiva autorización administrativa de residencia y trabajo. En estos casos, no se declaró responsable del pago de la prestación a la entidad gestora, sino a la empresa, sin perjuicio de que en virtud del principio de automaticidad previsto en los artículos 125.3 y 126.3 LGSS, la entidad gestora (Servicio Público de Empleo) estuviese obligada al anticipo de la prestación. A estos pronunciamientos les siguieron otros de idéntico signo: SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 30 noviembre 2005 (recurso de suplicación n.º As 2005, 3324) y sede Burgos de 1, 9, 14 y 21 de marzo de 2006 (recursos de suplicación núms. As 2006 570, 110356, 1468, 829, respectivamente).

Pues bien, como se sabe, en virtud de lo previsto en el artículo 203 LGSS, la protección de la prestación por desempleo se dispensa a quienes “pudiendo y queriendo” trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo; por su parte, el artículo 207 LGSS preceptúa que para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 205 deberán reunir ciertos requisitos. Por lo que ahora nos interesa, uno de ellos que es el “acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada”. Y no puede desconocerse que, en la mayoría de los supuestos, el trabajador en situación irregular *ab initio* de su incorporación al mercado laboral no puede ni trabajar ni acreditar aquella disponibilidad para buscar activamente empleo o aceptar una colocación adecuada al carecer de la preceptiva autorización administrativa.

La Sentencia que ahora se comenta –en la misma línea que la STSJ Murcia de 16 febrero 2006 (recurso de suplicación n.º 129/2006)- deja sentado que, aun teniendo en cuenta la reforma operada en el artículo 36.3 Ley de Extranjería, reconociendo que la carencia de la correspondiente autorización administrativa por parte del empresario no será obs-

táculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle, ello no puede suponer un reconocimiento de “cualquier tipo de prestación de la Seguridad Social”, sino únicamente, aquellas en las que el extranjero “reúna los mismos requisitos que la legalidad vigente exige para la generalidad de los trabajadores”. Y la protección por desempleo no sólo impone el cumplimiento de requisitos anteriores a cesar en el trabajo –período mínimo de carencia y pérdida involuntaria del empleo–, sino también de obligaciones coetáneas y posteriores a cualquier trabajador: búsqueda activa de de empleo, aceptación de ofertas de empleo adecuadas, suscripción del compromiso de actividad, participación en cursos de formación o en programas de empleo, etc. (véase el artículo 231 RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de la prestación por desempleo). El trabajador extranjero que carece de autorización administrativa para trabajo no puede cumplir ninguna de esas obligaciones y el reconocimiento de la prestación por desempleo supondría el “reconocimiento del derecho a trabajar en España al margen de los procedimientos legalmente previstos, lo que en modo alguno puede llevar al reconocimiento a las prestaciones a que se refiere el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000”).

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos.

Fecha: 10 de mayo de 2007.

Recurso: recurso de suplicación n.º 227/2007.

Ponente: Dña. María Teresa Monasterio Pérez.

Voz: Trabajador extranjero que carece de autorización administrativa de trabajo. Despido improcedente: consecuencias.

Resumen: “SEGUNDO: La empresa recurrente, previa admisión de aceptar la calificación de impro-

Derecho al trabajo

cedencia del despido de la sentencia de instancia, especifica que el recurso se contrae a dos aspectos: «La condena de los salarios de tramitación y la imposibilidad de optar por la readmisión».

En relación a la condena de salarios de tramitación se formula el primer motivo del recurso al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL invocando infracción del artículo 56.1 del ET y de los artículos 1134 y 1135 del Código Civil, efectuando una serie de alegaciones y argumentaciones por las que concluye que la causa que determinó la pérdida de la autorización administrativa de trabajar y de residir fue la conducta del actor declarada judicialmente como penalmente responsable y que por ello los salarios de tramitación por tener naturaleza indemnizatoria no deberían serle reconocidos al demandante.

El motivo no puede alcanzar éxito ya que la condena al abono de los salarios de tramitación es una consecuencia legalmente prevista para el supuesto de calificación de improcedencia del despido (calificación no impugnada por la recurrente), [artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores], y dado que los razonamientos que se efectúan por la recurrente están apoyados en falta de culpa del deudor, como quiera que la calificación de improcedencia del despido deriva de no haber invocado como causa de despido en la carta alguna de las previstas en el Estatuto de los Trabajadores, los razonamientos de este motivo no pueden alcanzar éxito, procediendo su desestimación.

TERCERO: Con el mismo amparo procesal se formula el motivo segundo invocando infracción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, impugnando la privación a la recurrente de la posibilidad de optar por la readmisión del trabajador.

Al respecto ha de significarse, que en los supuestos de declaración de improcedencia del despido, cuando existiere imposibilidad de seguir prestando servicios, la condena debe ceñirse a la indem-

nización prevista en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sin posibilidad de optar por la readmisión, siendo múltiples los pronunciamientos judiciales en este sentido para dichos supuestos.

En el caso que nos ocupa al actor se le ha denegado por la Autoridad competente la revocación de la autorización de residencia temporal y de trabajo, por lo que, no teniendo autorización para trabajar en España, nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad legal de prestación de servicios por el actor en la empresa recurrente, por lo que, consecuentemente no se podía conceder a la misma la opción que postula, siendo por ello que no se aprecia la infracción invocada, pues como acertadamente se razona en la sentencia de instancia en dicho momento el actor no poseía permiso de trabajo, y no habiéndose desvirtuado por la recurrente tal circunstancia, debiéndose ceñir la Sala para resolver en Suplicación a los hechos que consten probados, y no habiéndose postulado revisión de hechos en el presente recurso, no se aprecia que en la sentencia recurrida se hayan infringido los preceptos invocados, máxime cuando la recurrente alega imposibilidad temporal y relativa mientras se resuelve el recurso contencioso administrativo, y no ha solicitado, por los cauces previstos legalmente, que conste como probado que esté aún pendiente de resolver el recurso contencioso-administrativo, al menos, al tiempo de formalizar el recurso.”

* * *

NOTA: Los lectores de esta Revista conocen que venimos insistiendo en la necesidad de unificar doctrina acerca de los efectos que produce una eventual declaración de improcedencia del despido de un trabajador extranjero que carece de la correspondiente autorización de trabajo (véase n.º 14, voz «Derecho al trabajo», pp. 130 y ss.).

Derecho al trabajo

Y es que en aplicación del artículo 36.3 de la Ley de Extranjería, al que aludíamos en la nota anterior, la jurisprudencia reconoce que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular es titular de los derechos laborales contractuales, y no sólo el derecho a la retribución devengada, como ocurría bajo la regla del artículo 9.2 ET, incluida una eventual reclamación por despido improcedente. Hemos defendido que en estos casos habría de limitarse la condena al empresario al pago de la indemnización (además de los salarios de tramitación), sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión, opción que devendría jurídicamente inviable los trabajadores que carecen de autorización administrativa de trabajo. Como ha señalado el Prof. Montoya Melgar (“El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales”, *Aranzadi Social*, n.º 3, 2006), lo contrario significaría obligar al empresario a llevar a cabo un comportamiento ilegal (admitir a quien carece de autorización administrativa para celebrar un contrato de trabajo), salvo que se piense que dicha condena implica la concesión de una especie de autorización judicial sustitutiva de la administrativa. Advierte el autor, que, en cualquier caso, esa interpretación no es jurídicamente admisible, “ya que entre las funciones de los Jueces de lo social no entra la de sustituir a la Administración concediendo tales permisos”.

Aunque hay sentencias contrarias (véanse, SSTSJ Madrid de 16 de mayo de 2006 –recurso de suplicación n.º 1331/2006– y Comunidad Valenciana de 6 mayo 2005 –recurso de suplicación n.º 713/2005–, entre otras), esta limitación de la condena al pago de la indemnización por despido parece ser la posición mayoritaria entre los tribunales del orden social: SSTSJ Cataluña de 5 de julio de 2006 (recurso de suplicación n.º 1401/2005), País Vasco de 11 de octubre de 2005 (recurso de suplicación n.º 1933/2005), Madrid de 13 de septiembre de 2005 (recurso de suplicación n.º 2486/2005), Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2005 (recurso de suplicación n.º 844/2004) y 11 de mayo de 2004 (recurso de suplica-

ción n.º 842/2004), entre otras. En esta línea mayoritaria se enmarca la sentencia que ahora se reseña, que limita la condena a la opción de la indemnización, pues “no teniendo autorización para trabajar en España, nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad legal de prestación de servicios”.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 9 de junio de 2007.

Recurso: recurso de suplicación n.º 6273/2006.

Ponente: D. Manuel Domínguez López.

Voz: Renovación: denegación. Despido improcedente: no se estima.

Resumen: “PRIMERO: Recurre la parte actora la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación del art. 33.3 LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; en segundo lugar infracción del art. 65 y DA 1.ª de la LO 4/2000 en relación con la DA 9.ª y 10.ª del RD 2393/2004 argumentando que la modificación efectuada en la legislación de extranjería implica que el trabajador mantiene todos sus derechos derivados del contrato de trabajo sin que su contrato pueda calificarse de nulo y por lo tanto su cese constituye despido a falta de una causa justa extintiva. En segundo lugar manifiesta que la resolución administrativa que denegó a la actora los permisos de residencia y trabajo no es firme por lo que la empresa no puede sustentar en el cese en la misma.

En cuanto al primer motivo de recurso el mismo ha de ser resuelto a la luz del inalterado relato fáctico según el cual: 1.º) la mercantil demandada contrato a la actora en mayo del año 2005, observándose del examen complementario de actuaciones que la misma había obtenido la correspondiente autorización administrativa de residencia temporal y

Derecho al trabajo

trabajo con una duración de un año el 7/4/05; 2.º) dicho contrato inicial se extinguió el 3/11/05. 3.º) Que con fecha 1/3/06 la actora fue nuevamente contratada por la demanda con un contrato temporal por circunstancias de la producción con un contrato a tiempo parcial de 20 horas semanales; 4.º) que con fecha 13/6/06 la subdelegación del gobierno en Ourense, fecha de salida 20/6/06 denegó a la actora la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo, lo que comunicó a la demandada empleadora; y 5.º) Que a la vista de tal resolución la demandada procedió a cesar a la actora en su puesto de trabajo, decisión que se impugna como constitutiva de despido. Con tales datos la normativa contenida inicialmente en el art. 33.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en el vigente art. 36.3 de dicha norma según redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, regulan un supuesto fáctico distinto al aquí enjuiciado pues parten ambos preceptos de la premisa de que existe «un trabajador extranjero no autorizado para trabajar», en cuyo caso el patrono debe solicitar la correspondiente autorización, cuya falta no implica pérdida de derechos para el trabajador contratado sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir dicho empleador, mas el presente caso parte de otra premisa cual es la de que la actora goza, en el momento de la contratación, de la correspondiente autorización para trabajar por lo que el empleador no tiene obligación de solicitar aquella autorización, es más, el Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 al regular en su art. 50 y siguientes la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo impone tal carga al propio interesado, tal y como realizó la actora el 6/4/06 (F. 59), consecuentemente el contrato de trabajo en vigor con arreglo a la autorización inicial concedida es conforme a derecho, si posteriormente se deniega la renovación de aquella autorización, tal denegación, no puede llevar aparejados los efectos previstos en el art. 36.3 de la Ley de extranjería por cuanto no existe responsabilidad alguna en el empleador por dicha denegación o por falta de solicitud, pues es la trabajadora quien debe solicitar aquella renovación, debiendo dejarse constancia

además que en el presente supuesto se observa que la actora ni realizó alegaciones en el expediente (F. 58) ni consta que impugnara la decisión administrativa denegatoria. Dicho esto, la situación que se genera debe ser resuelta a la luz del art. 7.c) LET y por tanto estimar que concurre una circunstancia sobrevenida de incapacidad para contratar en la demandante que impide la pervivencia del contrato de la demandante, por lo que no siendo admisible imponer al empleador la conservación de un contrato en que la contraparte carece de capacidad para contratar y que le puede generar responsabilidades administrativas e incluso penales es por lo que la finalización del vínculo no puede ser considerada como despido por no ser decisión libre del empleador sino imputable a la actora, lo que conlleva la desestimación del recurso y la confirmación del fallo recurrido.”

* * *

NOTA: Volvemos de nuevo sobre el párrafo 3 del artículo 36 de la Ley de Extranjería. Desde la primera redacción de la Ley de Extranjería (LO 4/2000) consideramos (CHARRO BAENA: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, 2000) manifestamos que la expresión con la que comienza dicho precepto “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario” introducía un elemento de confusión acerca del alcance que debía darse al mismo. En nuestra opinión, del precepto no se deducía de manera clara e inequívoca una interpretación tan amplia como la que se defendía desde ciertos sectores doctrinales: el reconocimiento de que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular es titular, en todo caso, de los derechos laborales contractuales que derivan de su relación laboral de *facto*.

El engarce de ambas previsiones: “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario” y “no invalidará...” hacía presagiar que el pre-

Permiso de trabajo

cepto legal tenía un alcance limitado o parcial, referido exclusivamente a los supuestos de obligación empresarial previa –antes del comienzo de la prestación laboral– de solicitar la autorización administrativa de trabajo, esto es, a la inicial, pero no se pronunciaba acerca de las consecuencias que acarrearía la ausencia de autorización por falta de renovación de la referida autorización administrativa.

Pues bien, en el asunto que resuelve la Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia que ahora se reseña, una trabajadora, de nacionalidad colombiana, y con autorización administrativa para trabajo de extranjero, había concertado varios contratos de trabajo temporales con la empresa demandada. Una vez formalizado el último de los contratos, la Subdelegación del Gobierno de Ourense deniega a la trabajadora la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo, lo que comunica a la empresa empleadora. Ésta, a la vista de tal resolución, procede a cesarla en su puesto de trabajo, decisión que se impugna como constitutiva de despido.

El Tribunal considera que en este caso no es de aplicación el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería, al regular un supuesto fáctico distinto. En primer lugar, el precepto parte de la existencia de un trabajador no autorizado para trabajar, cuando por el contrario, la trabajadora colombiana en el momento de la contratación es titular de la correspondiente autorización de trabajo. En segundo lugar, el obligado a solicitar la renovación de la autorización es el propio trabajador, por lo que no puede extenderse la responsabilidad que deriva del repetido artículo 36.3 al empleador.

En consecuencia, la controversia ha de resolverse a la luz de lo previsto en el artículo 7.c) ET, y considerar que concurre una circunstancia sobrevenida de incapacidad para contratar a la trabajadora colombiana, que impide la pervivencia del contrato de trabajo.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de marzo 2007.

Recurso de casación: 774/2004.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Autorización de trabajo: puesto de trabajo de confianza: mozo de almacén: desestimación.

Resumen: “SEGUNDO: Contiene la sentencia de instancia, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«CUARTO: El acto impugnado, previa desestimación del recurso de reposición formulado por D. Juan Enrique, confirma la Resolución de 22 de abril de 2002 de la Subdelegación del Gobierno en Álava denegatoria de la solicitud presentada por la empresa Distribuciones Máquinas-Herrajes, SL para la concesión del permiso de trabajo y residencia como ‘mozo de almacén’ al aquí recurrente, de nacionalidad colombiana, razonando que, ‘según el RD 864/2001, de 20 de julio, tanto en su artículo 70.1.1.a) como el 70.1.1.b), la valoración de la situación nacional de empleo no puede ser negativa, dado el número de demandantes inscritos como el resultado de la gestión de la oferta presentada’.

En la Resolución de 22 de abril de 2002, consta como antecedente que, en base a lo previsto en el primero de los artículos citados, se solicitó informe del Instituto Nacional de Empleo sobre la existencia de trabajadores españoles inscritos que pudie-

Permiso de trabajo

ran desempeñar el puesto de trabajo para el que se pretendía contratar al precitado ciudadano extranjero, informando la Dirección Provincial del INEM en Álava que existían demandantes de empleo inscritos en la ocupación solicitada. Se estima, por ello, de aplicación lo dispuesto en el artículo 74.1.a) del Reglamento, con la consecuente desestimación de la solicitud cursada por la mercantil.

El artículo 70.1.1 dispone que, 'sin perjuicio de lo establecido en otros artículos del Reglamento, para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta ajena se tendrán en cuenta a) la insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa; b) que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo. A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta'.

El artículo 74.1.a) prevé que se denegará el permiso de trabajo tipo B (inicial) 'cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el presente Reglamento'.

El Tribunal Supremo, enjuiciando asuntos similares al aquí examinado, bajo la vigencia del Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero, cuyo artículo 82.1.1 contiene una previsión sustancialmente idéntica al transcrito, ha reiterado en múltiples pronunciamientos (Sentencias de 18 de julio de 1991, 1 y 4 de junio y 13 de noviembre de 1992, 18 de octubre de 1994) que la situación nacional de empleo constatada en base a los informes del Instituto Nacional de Empleo son razón suficiente para la denegación de una solicitud, resultando que en el presente caso,

efectivamente, como se dice en la Resolución de 22 de abril de 2002, se interesó informe a la Dirección Provincial de Álava de dicho Instituto, informando el Subdirector Provincial del INEM que existían 601 demandantes de empleo inscritos en la ocupación de 'mozo de carga y descarga de almacén', de modo que, existiendo trabajadores españoles demandantes de empleo en la misma actividad e idéntico puesto para el que se proponía contratar al recurrente, deviene justificada la resolución impugnada que apreció correctamente la causa de denegación expresada en el artículo 74.1.a) del RD 864/2001, de 20 de julio.

El recurrente combate esa decisión administrativa, en base una supuesta vulneración de derechos fundamentales, limitándose a argüir que, tras haber cumplido todos los requisitos exigidos por la Ley, le ha sido denegado el permiso de trabajo y el de residencia, cuestión ésta que afecta a los derechos y libertades recogidos en los artículos 13 y 19 de la Constitución, cuya invocación deviene baladí, pues su reconocimiento a los ciudadanos extranjeros está supeditado, según reza el primero de esos preceptos, a lo establecido en los Tratados y la Ley, esto es, a la normativa de extranjería, en este caso, a lo dispuesto en la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, así como en su Reglamento de Ejecución aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, cuya aplicación, por lo razonado, ampara la decisión denegatoria del permiso solicitado.

La anulabilidad que se interesa en el segundo motivo impugnatorio, carece asimismo del más mínimo fundamento jurídico, considera la defensa del Sr. Pedro Francisco que la actual situación nacional de empleo no constituye razón bastante para la denegación, cuando el artículo 74.1.a) del Reglamento la impone preceptivamente cuando así lo aconseje dicha situación, como es el caso, con la indiscutida existencia de 601 demandantes de empleo, 'mozo

Permiso de trabajo

de almacén', inscritos en el INEM de Álava, a lo que no obsta que en el empresario no haya admitido a ninguno de los nueve remitidos por la Oficina de Empleo, de los que sólo uno fue rechazado por falta de idoneidad por causa que no consta, ni que algunos de ellos no aceptaran la oferta, estando previstas legalmente las consecuencias derivadas de esa negativa.

Por último, la calificación del puesto de 'mozo de almacén' como puesto de confianza, para cuya cobertura el artículo 40. a) de la LO 8/2000 dispone que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, es manifiestamente improcedente a la vista de lo establecido en el artículo 71.2 del Reglamento, que limita ese carácter a aquellos puestos ocupados por trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general, circunstancias que evidentemente no han de concurrir en los llamados a desempeñar el puesto de 'mozo de almacén'».

TERCERO: El recurso de casación consta de un solo motivo, formulado al amparo del subapartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, en el que se denuncia la vulneración de los artículos 38 y 40.a) de la Ley Orgánica 4/2000, en relación con el artículo 74.1.a) de su Reglamento de desarrollo aprobado por RD 864/2001. Alega el recurrente que la caracterización del puesto de trabajo concernido como «de confianza» es cuestión que debe quedar al arbitrio de las empresas dentro de sus funciones directivas, resultando que en el caso examinado el puesto de trabajo concernido, aunque fuera de mozo de almacén, debe basarse en la confianza.”

* * *

NOTA: La situación nacional de empleo se erige como la principal limitación de incorporación for-

mal del extranjero al mercado de trabajo y, en ocasiones, como barrera infranqueable.

Lo anterior no impide que la Ley de Extranjería introduzca una amplia serie de supuestos en los que resulta inoperante el criterio general limitativo de la situación nacional de empleo a la hora de conceder autorizaciones, dando así lugar a un régimen preferente o privilegiado de acceso al empleo.

Así, configurándolos como “supuestos específicos”, el artículo 40 de la Ley de Extranjería arbitra un régimen preferente o privilegiado de acceso al trabajo de extranjeros caracterizado por la exención de la comprobación de la situación nacional de empleo. El contenido del precepto es extenso y comprende circunstancias muy heterogéneas, que atienden razones familiares, empresariales o productivas, de arraigo y humanitarias. Entre ellas, se encuentra, “a) La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente”. La Disposición adicional duodécima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería dispone que, a estos efectos, se considera que ocupan puestos de confianza aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general. Asimismo, según dicho precepto, tendrán idéntica consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deberán poseer acreditadas experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que pueda estar integrada esta última.

Permiso de trabajo

Recientemente, la Resolución de la Dirección General de Inmigración de 28 de febrero de 2007, ha adaptado el contenido de la normativa al procedimiento para la venida a España de los trabajadores en cuya actividad profesional concurren razones de interés público o incremento de la competitividad. En la Instrucción primera 1.a), relativa al ámbito de aplicación, se refiere al personal directivo o altamente cualificado, de empresas o empleadores que desarrollen actividades que supongan la realización de inversiones o creación de puestos de trabajo en España, siempre que acrediten que hayan desarrollado dichas funciones de forma previa al servicio del empleador durante, al menos, un año o, alternativamente, que posean acreditada experiencia por el mismo plazo, en puestos de trabajo o en proyectos de investigación científica o desarrollo tecnológico similares al que se pretende ocupar. Para estos trabajadores se prevé una autorización de residencia y trabajo específica, en la que se vienen a reiterar la inoperancia de la situación nacional de empleo en la tramitación del correspondiente expediente (Instrucción segunda.4).

La exoneración de la situación nacional de empleo supone aminorar la principal dificultad con la que cuentan los trabajadores extranjeros en su acceso al mercado de trabajo. Por eso, no es extraño que se recurra con tanta frecuencia a invocar que el puesto de trabajo ofertado al extranjero es un puesto de confianza, a los efectos de la apreciación de la situación nacional de empleo. Existe ya jurisprudencia y doctrina judicial consolidada acerca del alcance que ha de darse a esta expresión. Así, en interpretación auténtica, solamente están incluidos “aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general” (STSJ cont.-advo. Canarias/Las Palmas de 16 septiembre 2005, recurso de apelación n.º 383/2005). Los requisitos –mutua confianza y poder general de representación– se exigen acumulativamente (STSJ

de Madrid cont.-advo. de 6 de julio de 2005, recurso de apelación n.º 877/2005).

Sobre todo, tratándose de un puesto de trabajo para el servicio doméstico, se ha alegado su consideración como puesto de confianza, debido a sus especiales circunstancias, olvidando que el correcto entendimiento del precepto implica siempre facultades de representación de una persona física o jurídica (por todas, STS cont.-advo. de 18 de julio de 2006, cuya reseña puede consultarse en el n.º 14 de esta Revista, pp. 144 y ss.).

En el presente supuesto, hace bien el Tribunal en precisar que en ningún caso pueda asumirse el planteamiento de que sólo a la empresa ofertante compete el determinar qué trabajos son caracterizables como de confianza, ya que, pese a tratarse de un concepto jurídico indeterminado, está objetivado en la norma reglamentaria mediante parámetros que no pueden ser ignorados o desplazados por una apreciación subjetiva.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia Comunidad de les Illes Balears.

Fecha: 29 de enero de 2007.

Recurso de apelación: 255/2006.

Ponente: D. Jesús Ignacio Algora Hernando.

Voz: Autorización de trabajo: renovación: denegación por falta de actividad continuada.

Resumen: “PRIMERO: La resolución administrativa, originariamente recurrida, de fecha 17 de agosto de 2004, es aquella por la que se denegaba la autorización de trabajo y residencia solicitada –renovación– en base a indicar que se producirá dicha denegación, «cuando no se acredite la continuidad en la relación laboral anterior, como es el caso que nos ocupa, ya que al haber cotizado 21 días durante la vigencia del permiso de trabajo anterior, no acredita continuidad en su relación laboral».

Permiso de trabajo

La anterior resolución fue confirmada en alzada por la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 17 de mayo de 2005, «al no justificar la interesada la realización habitual de la actividad laboral durante la vigencia, hasta el 1 de julio de 2004, del permiso de trabajo que pretende renovar. Consultada la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social se evidencia que causa alta en el régimen general el día 4 de junio de 2004, por lo que no acredita la improcedencia de la resolución recurrida, lo que hace inviable la estimación del recurso planteado».

La representación procesal de doña Teresa, impugnó los indicados actos administrativos alegando, en síntesis, que la Administración había realizado una interpretación errónea del artículo 72.3 del RD 864/2001, procediendo la renovación del permiso solicitado por cuanto había presentado un nuevo contrato de trabajo con un nuevo empresario y figuraba de alta en la Seguridad Social, por tanto se cumplía lo dispuesto en el apartado segundo del art. 72.3 del Reglamento de Extranjería aplicable a tenor de la fecha de los hechos, y así como conforme a lo dispuesto en el artículo 38.3.a) de la Ley 4/2000.

La sentencia apelada desestimó las anteriores alegaciones partiendo del principio de que «es preciso pues poder acreditar una situación laboral continuada dentro del mercado de trabajo, bien frente al mismo empleador para el que obtuvo el permiso de trabajo que pretende renovarse, bien frente a otros empleadores terceros ajenos a aquella relación de trabajo», y, «por lo tanto al haber cotizado exclusivamente durante todo el tiempo de vigencia del permiso de trabajo únicamente 21 días de 365 días, permite entender que la autorización para el que se le concedió el permiso que pretende renovar, perdió su finalidad, porque no se acredita que trabajara con regularidad o habitualidad en el ejercicio de la actividad laboral autorizada. En consecuencia el hecho de que ahora tenga un contrato de trabajo concertado, a la vista de su hoja laboral, no le exime de tener que probar el requisito de la continuidad laboral, y

al ser esta infructuosa procede desestimar el recurso y confirmar el acto impugnado». Por último rechaza que se compute como actividad laboral la que desempeñó la actora a partir de 1 de julio de 2004, y que, las resoluciones recurridas carezcan de motivación.

El recurso de apelación interpuesto consiste, esencialmente, en señalar que la sentencia de instancia, «ha valorado equivocadamente la prueba» sobre el hecho consistente en la especial circunstancia de la recurrente de no haber tenido posibilidad real de trabajar hasta prácticamente finales del mes de febrero de 2004 o principios de marzo de 2004, reiterando consolidada jurisprudencia en relación a las circunstancias objetivas y subjetivas a valorar en cada caso concreto y especialmente teniendo presente el momento actual del interesado, debiendo interpretarse los preceptos aplicables atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicables, de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil. Finalmente advierte de la continuidad laboral de la actora desde que se solicitó la renovación de su permiso de trabajo denegada, toda vez que, desde ese momento, ha venido trabajando, tanto en 2005 como en 2006 durante las temporadas completas.

SEGUNDO: Planteada así la presente cuestión litigiosa en este recurso de alzada, debe indicarse al respecto que, el art. 38.3.a) de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que:

«La autorización de trabajo se renovará a su expiración si:

a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente.

(...)

d) Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente...»

Permiso de trabajo

Y desarrollando tal previsión legislativa en el art. 72.3 del Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio se establece lo siguiente para la renovación de permisos de trabajo, distinguiendo según estemos ante un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena:

«Para la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia se tendrá en consideración el «cumplimiento por parte del trabajador, como sujeto responsable, de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social inherentes al ejercicio de la actividad económica de que se trate, así como la continuidad en el ejercicio de la actividad.

Tratándose de un permiso de trabajo por cuenta ajena, éste se renovará a su expiración, si se acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar.

También procederá la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena cuando, aunque no subsista la relación laboral anterior, el trabajador haya suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador y figure en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

En el caso de contar con una nueva oferta de empleo, se deberá acreditar la realización habitual de actividad laboral en el período de vigencia del permiso que se solicita renovar, figurando en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto en la cotización a efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan».

En el art. 74.3 del mismo reglamento se precisa sobre la renovación de permisos los siguiente: «3. Se denegarán las solicitudes de permisos de trabajo de modalidad B y D (renovados) y de tipo C o E, con carácter general, cuando no se acrediten los requisitos exigidos para la renovación, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 72 del presente Reglamento o concurren circunstancias encuadrables en los supuestos recogidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, excepto lo establecido en el apartado 1, párrafos a) y k)».

La lectura de la anterior normativa conduce, como claramente se afirma en la sentencia de instancia, a afirmar que para la renovación del permiso de trabajo por cuenta propia o ajena es preciso demostrar la continuidad en la relación laboral, y así lo dicen tanto el punto 2 del citado artículo 72, como los puntos 3 y 4. Es decir, el solicitante de la renovación del permiso de trabajo debe poder acreditar en el momento en que presenta la solicitud de renovación una situación de continuidad laboral en el mercado de trabajo con independencia de que esa continuidad laboral la tenga respecto al empresario en base al cual se concedió el permiso de trabajo que pretende renovarse, o bien respecto a otros empresarios, porque evidentemente no se puede vincular a un trabajador extranjero por el hecho de la concesión de un permiso de trabajo frente a un solo empleador. Es preciso pues acreditar una situación laboral continuada dentro del mercado de trabajo, bien frente al mismo empleador para el que obtuvo el permiso de trabajo que pretende renovarse, bien frente a otros empleadores terceros ajenos a aquella relación de trabajo primera.

En consecuencia pues debe decirse, en efecto, que al tiempo de proceder a la renovación del permiso de trabajo se debe acreditar que el solicitante ha desempeñado una actividad laboral de forma regular y estable durante la vigencia del permiso anterior, pues tal condición permite apreciar la veracidad y continuidad de las circunstancias laborales que

Permiso de trabajo

motivaron la anterior concesión del permiso cuya renovación se pretende.

El término «estable» hace referencia a la continuidad de la relación laboral desarrollada, a la habitualidad de la misma. Con el fin de valorar esta habitualidad se debe tomar en consideración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad en donde lo desempeña (coyuntura socio laboral, tipo de trabajo desempeñado, estabilidad en el empleo del sector, etc.), de modo que no se convierta en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o el tipo de contratos que se realizan.

TERCERO. Sentada la anterior doctrina y sobre la base de los hechos determinantes de la denegación impugnada –«no justificar la interesada la realización habitual de actividad laboral durante la vigencia, hasta el 1 de julio de 2004, del permiso de trabajo que pretende renovar. Consultada la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social se evidencia que causa alta en el régimen general el día 24 de junio de 2004»– es procedente desestimar el recurso de apelación con confirmación de la sentencia de instancia.

En efecto, por más que la apelante intente aducir en su favor el «momento actual» y la valoración de «las circunstancias objetivas y subjetivas personales del solicitante», es lo cierto que no ha acreditado ni puede esgrimir en su favor el cumplimiento de los presupuestos legales necesarios para la renovación de su permiso: a) ausencia total de acreditación de la efectividad de búsqueda de empleo durante el tiempo de vigencia del anterior permiso; b) el lapso de tiempo transcurrido desde la efectiva entrega de la copia informática de la Resolución de 2 de junio de 2003) de 8 de febrero de 2004 hasta el inicio del trabajo en fecha 4 de junio de 2004; c) el hecho de que ahora tenga un contrato de trabajo concertado, a la vista de su hoja de vida laboral, no puede enervar su situación a la hora de solicitar la renovación.

Acreditada pues esa falta de continuidad laboral exigible reglamentariamente, así como también la ausencia de una voluntad clara de obtener un empleo, debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.”

* * *

NOTA: La sentencia aborda las condiciones para renovar autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que giran en torno a la actividad prestada por el trabajador extranjero durante la vigencia de la referida autorización. En concreto, el artículo 72.3 del primer desarrollo reglamentario de LO 4/2000, Ley de Extranjería, RD 864/2001, de 20 de julio, establecía, para la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena, el que se acreditase la continuidad de la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar. También, procedía la renovación, aunque no subsistiese la relación laboral anterior, cuando el trabajador hubiese suscrito otro contrato con un nuevo empleador y figurase en situación de alta o asimilada al alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. En el caso de contar con una nueva oferta de empleo, el trabajador extranjero debía acreditar la realización habitual de la actividad laboral en el período de vigencia del permiso anterior.

En suma, como señala la sentencia que ahora se reseña, el extranjero debía probar en el momento de presentar la solicitud de renovación del permiso de trabajo “la continuidad laboral en el mercado de trabajo con independencia de que esa continuidad laboral la tenga respecto al empresario en base al cual se concedió el permiso de trabajo que pretende renovarse, o bien respecto a otros empresarios”.

Han sido muchos los pronunciamientos judiciales que han interpretado la exigencia de la continuidad; y han propuesto, más allá de una interpretación literal del texto normativo, la aplicación de

Derecho penal

otros criterios hermenéuticos, y en especial el que alude al espíritu y finalidad de la norma, pues en materia de renovación de autorizaciones de trabajo lo verdaderamente relevante es la incorporación real al mercado de trabajo en orden a garantizar la estabilidad de la residencia y la integración sociolaboral con vocación de permanencia de los extranjeros (véase, en este sentido, el n.º 12 voz «permiso de trabajo», pp. 158 y ss.).

En el supuesto que ahora nos ocupa, el Tribunal sume la doctrina anterior, que dulcifica el requisito de la continuidad, atendiendo tanto a circunstancias subjetivas del trabajador como a condiciones objetivas del sector de la actividad donde lo desempeña y de circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país. Aún así, la trabajadora extranjera acredita tan sólo cotización durante 21 días de los 365 de vigencia del permiso inicial, sin alegar y documentar circunstancias particulares que hubiesen podido ser atendidas. Ante esta situación, y como no podía ser menos, el Tribunal acertadamente desestima el recurso interpuesto por la representación de la trabajadora extranjera.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 7 de mayo de 2007.

Recurso de Casación: 11205/2006.

Ponente: Don Luis Román Puerta Luis.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: prostitución.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. Entrada irregular en España de ciudadana de Lituania para el ejercicio de la prostitución.

“La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4.ª) condenó a Celestina y Jaime, ciudadanos lituanos que constituían una pareja estable, residentes en la Comunidad Valenciana, por dedicarse, de común acuerdo y en acción conjunta, a la explotación de jóvenes compatriotas suyas que reclutaban en su país y luego ejercían la prostitución en distintos locales de Valencia.

Contra la sentencia de la Audiencia, ha recurrido en casación la representación de la acusada Celestina, que ha formulado un único motivo, por vulneración de precepto constitucional.

(...) en el presente caso, existe igualmente un dato corroborador ciertamente relevante también, como, sin duda, lo es el hecho de que la denuncia que encabeza estas actuaciones haya sido hecha por la propietaria del local donde las jóvenes lituanas ejercían la prostitución (...); poniéndose de manifiesto en ella las amenazas que sufrían éstas si no seguían entregando a los acusados una parte del dinero obtenido con tales actividades, tras haber liquidado la ‘deuda’ contraída con ellos por razón del viaje, vestuario y hospedaje.

(...).

La parte recurrente reconoce que los daños morales «no pueden calcularse objetivamente». Por consiguiente, parece indudable que no es muy razonable exigir al Tribunal sentenciador que explicité las bases que le han llevado a dicho cálculo.

En materia del daño moral, reconocida su concurrencia, no existe más limitación para su concreta determinación que la petición de las partes acusadoras [por exigencias del principio de congruencia, dada la indudable naturaleza civil de esta materia (v. art. 218 LEC)], y la derivada del ponderado arbitrio del Tribunal sentenciador, en el contexto usual de este tipo de responsabilidad civil *ex delicto*. Y, a este respecto, es preciso reconocer que a las víctimas de los hechos imputados a la recurrente y al otro acu-

Derecho penal

sado se les ha causado un grave daño moral. Se les ha inducido a dejar su país, donde han dejado a sus hijos, para llegar al nuestro, con el señuelo de unas importantes ganancias, pero con los graves inconvenientes de una residencia irregular en España, junto con el lógico desconocimiento de nuestra lengua y costumbres, y, en principio, sin otra relación aquí que con las personas que les han animado a venir a España en tales circunstancias. Si, además, una vez aquí, aparte de un rígido horario con imposición de multas caso de no cumplirlo, se han encontrado con unas deudas que deben amortizar mediante el ejercicio de la prostitución, y luego han de entregar a los promotores, unas determinadas cantidades por alojamiento y manutención, amén de un importante porcentaje de sus ganancias (un cincuenta por ciento), incluso después de haber extinguido la deuda inicial contraída [en el hecho probado se dice que «los acusados se quedaban prácticamente con todas las ganancias de la Sra. Elisa, que debía entregarles, diariamente, todo el producto obtenido en el ejercicio de la prostitución (entre 100 y 300 euros al día) dejándole para su uso personal solamente diez euros, se comprende fácilmente el sufrimiento moral que tal situación ha producido a estas jóvenes mujeres»].]

Por todo lo dicho, como quiera que la cantidad reconocida por este concepto no excede de la solicitada por las acusaciones y, por otra parte, no puede considerarse absolutamente desproporcionada en relación con las que suelen reconocer los Tribunales en este tipo de situaciones, procede desestimar, en este aspecto, el motivo de casación formulado por la parte recurrente.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 6 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 10101/2007.

Ponente: Don Luis Román Puerta Luis.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

Resumen: Se condena a los acusados como autores criminalmente responsables, en concepto de autores, de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, la haber trasladado desde Ceuta a una ciudadana marroquí y a su hijo menor de edad, en la parte trasera de un vehículo, con el propósito de introducirlos legalmente en España.

“La Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, condenó a Claudio y a José Ramón, como autores responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis 1.^o, 3.^o y 6.^o del Código Penal, por haber sido sorprendidos, en un control de la Guardia Civil, cuando desembarcaron en el puerto de Algeciras, procedentes de Ceuta, en una furgoneta, propiedad del primero de ellos que la conducía, acompañado del segundo –como copiloto–, llevando en la parte trasera del citado vehículo a una ciudadana marroquí –hermana del copiloto y pariente del conductor–, que llevaba a un hijo de corta edad, ocultos entre muebles y mantas, con el propósito de introducirlos en España.

(...). En el presente caso, la persona que se pretendía introducir ilegal y clandestinamente en España era una mujer de nacionalidad marroquí que llevaba consigo un hijo de corta edad, dándose la circunstancia de que viajaba con un hermano y un pariente, en la furgoneta de éste, ocultos –madre e hijo– entre muebles y mantas, para lo que necesitaron ayuda de otras personas; sin que el hermano de la mujer diera una explicación convincente sobre su presencia en la furgoneta (pues dijo que había ido hasta Ceuta para encontrarse con el aquí recurrente porque le traían unos muebles para él –extremo tampoco acreditado, dado que la mujer dijo que eran suyos–, y, en todo caso, como dice el Tribunal, lo lógico hubiera sido que esperara aquí a que llegaran). Y, en último término, repugna al sentido común admitir que los dos acusados pretendieran entrar en España en la forma que lo hicieron ignorando que una familiar tan próxima iba escondida entre los muebles y efectos que transportaban en la furgoneta del aquí recurrente.

Derecho penal

No puede afirmarse –como hace la parte recurrente– que «ninguno de los indicios empleados se ha apoyado en hechos plenamente probados». El parentesco entre la mujer transportada en la furgoneta y los acusados es un hecho no discutido. La forma en que viajaba la mujer con su hijo de corta edad, tampoco. La explicación dada por el hermano de la mujer para justificar su presencia en la furgoneta y su previo desplazamiento desde la Península hasta Ceuta no puede considerarse una justificación plena de tal hecho. Nos encontramos, pues, ante varios hechos indiciarios –plenamente acreditados y realmente significativos–, junto con unas pretendidas explicaciones dadas por los tres implicados en el viaje que, como ha dicho el Tribunal de instancia, carecen de credibilidad. Ha de concluirse, por tanto, que el Tribunal ha dispuesto de una prueba suficiente para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia de los acusados. Se trata de una prueba indirecta, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, –pues el objetivo resulta evidente–, que debemos estimar debidamente acreditado por medio de una inferencia plenamente respetuosa con las reglas del criterio humano (art. 386.1 LEC).

(...).

Resulta evidente, pues, que pretender introducir en el territorio nacional a una persona, en la forma clandestina que se describe en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, careciendo de toda la documentación precisa para que una persona extranjera pueda entrar en España, constituye una conducta típicamente prevista en el precepto cuya indebida aplicación se denuncia (que no exige actuar con ánimo de lucro ni con el objetivo de lesionar la dignidad de las personas afectadas en cualquiera de sus facetas jurídicamente relevantes); pues, como ya hemos razonado, en el presente caso, concurre el elemento objetivo de la entrada de una persona en territorio español sin cumplir las pertinentes exigencias legales y el subjetivo de hacerlo con conciencia de la irregularidad que ello supone.

El hacerlo con ánimo de lucro constituye una modalidad agravada del tipo básico, prevista en el art. 318 bis.3 del Código Penal y, por tanto, es una cuestión ajena a la infracción que aquí se denuncia.”

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 12 de abril de 2007.

Recurso de Casación: 11288/2006.

Ponente: Don Perfecto Andrés Ibáñez.

Voz: Inmigración clandestina: ejercicio de la prostitución.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente quien participó como cooperador necesario en la actividad de inmigración ilegal que llevó a las tres ciudadanas búlgaras a ejercer la prostitución de forma no voluntaria en nuestro país.

“La sentencia de fecha 3 de octubre de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.^a, en Rollo Penal 31/06, procedente del Juzgado de Instrucción 2 de Massamagrell, causa Sumario 4/05, condenó a Luis Francisco, como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, de tres delitos relativos a la prostitución y de una falta de lesiones a las siguientes penas: 1.^ª—Cinco años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; a la pena de dos años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de 12 meses, con cuota diaria de 6 euros, por cada uno de los delitos relativos a la prostitución; a la pena de multa de un mes con cuota diaria de 6 euros y la responsabilidad penal subsidiaria legalmente establecida, por la falta de lesiones; al pago de las costas procesales y a abonar 3.000 euros a cada una de las víctimas, Estefanía, Fátima y Guadalupe, en concepto de daños morales, y 300 euros a la última por lesiones.

(...).

Derecho penal

El Tribunal de instancia condenó al recurrente por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en concepto de cooperador necesario del art. 318 bis.2 del Código Penal, tres delitos relativos a la prostitución (que se corresponden a las tres víctimas relacionadas en la sentencia, siendo una de ellas la Sra. Guadalupe), y una falta de lesiones producida sobre esta última.

El Tribunal sentenciador tuvo en cuenta la declaración testifical realizada en el plenario por los testigos Sra. Estefanía y la Sra. Fátima que relatan como una vez en España fueron recogidas por el recurrente, las retuvo los pasaportes, las obligaba a prostituirse, reteniéndolas en la casa que les había proporcionado para que vivieran, se aprovechaba de los beneficios que obtenían éstas y las agredía y amenazaba hasta el punto de causar diversas lesiones, en concreto a la Sra. Guadalupe. El Tribunal también tuvo en cuenta la declaración prestada por esta última durante la instrucción de la causa, mediante la lectura de los folios en los que consta la misma en dónde se relata lo sucedido en términos parecidos a lo expuesto por las otras dos testigos, y el informe médico forense que existe al folio 90 correspondiente a las lesiones que presentaba la Sra. Guadalupe. Como se indica en el acta del juicio oral, la lectura de su declaración se debió a que habían sido infructuosas las gestiones para su localización.

No se ha producido vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por cuanto la declaración sumarial de la testigo Sra. Guadalupe, que consta en los folios 397 a 399, fue realizada con intervención de la Letrada de los imputados, e incorporada al acto del juicio oral mediante su lectura. Por lo tanto, no existe indefensión material ni se ha producido lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la declaración prestada por esta testigo, ya que durante la misma se dio la posibilidad de contradicción. Respecto al informe médico de las lesiones que figura al folio 60, se incorporó a la causa como prueba documental por el

Ministerio Fiscal. La parte recurrente no propuso prueba pericial, y se limitó a impugnarla sin dar razones objetivas o cuestionar los aspectos científicos o técnicos del mismo. No existe indefensión ni vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la parte recurrente ha tenido la posibilidad de cuestionar este documento, y el Tribunal ha tenido la posibilidad de valorar tal cuestionamiento.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 884 n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(...).

No se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente participó como cooperador necesario en la actividad de inmigración ilegal que llevó a las tres víctimas a ejercer la prostitución de forma no voluntaria en nuestro país.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 15 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 2341/2006.

Ponente: Don Luis Román Puerta Luis.

Voz: Inmigración clandestina.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Traslado en una embarcación tipo cayuco de 36 inmigrantes de origen subsahariano procedentes de la costa africana.

“La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria ha declarado la falta de jurisdicción de dicho Tribunal para conocer de los hechos imputados a los acusados Juan Alberto, Baltasar, Domingo y Germán (ciudadanos de Senegal, tres de

Homologación

ellos, y de Malí, el otro), detectados a unas 170 millas de la costa Sur de la isla de Gran Canaria, cuando navegaban en una embarcación tipo «cayuco» con treinta y seis inmigrantes de origen subsahariano a bordo, procedentes de la costa africana.

El Tribunal de instancia ha fundado su decisión en que la norma contemplada en el art. 23.4 de la LOPJ, que establece en nuestro Derecho el principio de jurisdicción universal para determinados delitos, no es de aplicación al caso.

(...).

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 art. 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.

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 [v. art. 318 bis 1.º y 3.º CP y art. 2.b)] de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15

de noviembre de 2000). 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 [especialmente el art. 23.4.h) LOPJ] justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles, sin que, en este momento procesal, se deba hacer pronunciamiento alguno sobre los órganos competentes para ello, al no haberse planteado cuestión alguna al respecto en momento procesal oportuno.”

HOMOLOGACIÓN

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 7 de mayo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 86/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Homologación de título: médico cirujano. Venezuela.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se condicionó la homologación del título de médico cirujano obtenido en Venezuela al título español de Licenciado en Medicina a la previa superación de una prueba de conjunto específica.

“El presente recurso tiene por objeto la Resolución del Secretario General Técnico de Educación y Ciencia de 7 de septiembre de 2004 por la que la homologación del título de Médico Cirujano

Homologación

obtenido por el recurrente en la Universidad Centrooccidental «Lisandro Alvarado» (Venezuela) al título español de Licenciado en Medicina, quedó condicionado a la previa superación de un prueba de conjunto específica, referida a las siguientes materias: Medicina Legal y Toxicología, Deontología y Legislación Sanitaria-Psiquiatría.

El recurrente alega que la superación de las pruebas de conjunto a las que se condiciona la homologación de su título ya fueron cursadas y aprobadas en la Universidad de procedencia por lo que no puede exigirse que vuelva a demostrar sus conocimientos en las mismas, siéndole de aplicación analógica el principio *ne bis in idem* (sic) y la carga lectiva y el contenido de las asignaturas cursadas en la universidad de procedencia resultan equivalentes a las que se cursan para la obtención del título español cuya homologación se pretende. También alega que otra compañera suya, doña María Ángeles, que cursó los mismos estudios, con el mismo programa y en la misma Universidad y de su misma promoción obtuvo la homologación solicitada sin condicionarla a la superación de prueba específica alguna, al considerar que el contenido de las asignaturas cursadas era suficiente para la homologación, por lo que entiende vulnerado el principio de igualdad en aplicación de la ley.

La cuestión que se plantea en el presente recurso consiste, en definitiva, en determinar si el título de Médico Cirujano obtenido por el recurrente en la Universidad Centrooccidental «Lisandro Alvarado» (Venezuela) puede ser homologado al español de Licenciado en Medicina de forma directa sin necesidad de superar una prueba de conjunto específica.

(...).

En el supuesto que nos ocupa y a tenor de la motivación suministrada en su primer informe se desprende que si bien la duración y carga horaria de los estudios cursados por el recurrente son suficientes para acceder a la homologación directa de los estu-

dios realizados, se apreciaron carencias en el contenido de ciertas materias (así se desprende del contenido emitido en el informe de fecha 23 de julio de 2003 y las materias a las que se refiere se concretan en las siguientes: Medicina Legal y Toxicología, Deontología y Legislación Sanitaria-Psiquiatría).

La motivación contenida en ese primer informe, aunque aclara cuál es el aspecto que se considera insuficiente, no especifica las razones por las que ese mismo contenido fue considerado adecuado un mes antes para otra solicitud que se encontraba en idéntica situación, por lo que para explicar este cambio de criterio hay que acudir al informe complementario emitido el 5 de julio de 2004. En este último informe se utilizan tres argumentos fundamentales: en primer lugar el «efecto distorsionador» que tiene para comparar materias troncales la existencia de asignaturas sin equivalencia; el efecto que causa la existencia en los planes de estudio en régimen de internado cuya carga horaria no es fácil de asimilar al modelo español en régimen externado; y finalmente que en el plan de estudios se dedica menos del 2% de su carga horaria docente a Psicología y Psiquiatría y en el plan español ambas troncales suponen más del 4% de la troncalidad y respecto a Medicina Legal el plan de estudios cursado por el recurrente dedica menos del 1% de su carga y en España es el 2,3 %.

El primero de los motivos invocados no resulta convincente para justificar ese cambio de criterio, pues pretende amparar la diferencia de contenido en el hecho de que en el plan de estudios cursado en Venezuela existan asignaturas sin equivalencia en España. Si se trata de determinar la suficiencia de los estudios cursados en aquel país respecto de los cursados en España, resulta de todo punto irrelevante para comparar las asignaturas troncales que existan o no otras asignaturas que (como los idiomas o la educación física, entre otras) no se cursan en España, pues se podrá considerar que el tiempo dedicado a estas asignaturas, al ser innecesarias para la formación pretendida, no deben ser computadas, pero ello

Homologación

no es relevante si las asignaturas troncales cursadas en ambos planes de estudio tienen equivalencia de duración y contenidos, o dicho de otra forma, lo relevante no si existen más asignaturas en Venezuela que en España o si algunas de ellas son accesorias e irrelevantes, sino apreciar si las asignaturas troncales cursadas en aquel país sirven para adquirir el grado de capacitación necesaria para ejercer la medicina en España, de modo que en el examen de equivalencia lo determinante es establecer si las materias que confieren esa capacitación son al menos las mismas y tienen una carga docente y un contenido similar a que las que se cursan en España.

Tampoco puede acogerse el segundo de los motivos expuestos, pues este Tribunal no alcanza a comprender por qué los estudios cursados en régimen de internado o en régimen de externado confieren un diferente grado de capacitación si las asignaturas cursadas y su contenido es el mismo.

(...).

Pero, en todo caso, y aun tomando en consideración que nos encontramos ante un problema referido a la carga horaria de ciertas asignaturas y no a la insuficiencia de contenidos, lo cierto es que este argumento tampoco puede ser acogido, pues aunque el peso de algunas asignaturas sobre el porcentaje total de las troncales sea menor, si el número de horas que se imparte en las mismas es equivalente o similar resulta indiferente el porcentaje que éstas tengan sobre el porcentaje global. Y a este respecto, del análisis de la duración teórico-práctica que tales asignaturas tienen en su plan de estudios en relación con las que se imparten en España, se desprende que la carga horaria en las mismas es mínima y no puede justificar un cambio de criterio en la homologación apartándose de precedentes administrativos en los que se concedió aquella sin someterla a prueba de conjunto alguna.

Es por ello que procede estimar el presente recurso al considerar que la Administración ha vulnerado

el principio de igualdad en aplicación de la ley apartándose inmotivadamente y de forma arbitraria de los precedentes administrativos en los que se concedió la homologación directa de este mismo título en idénticas circunstancias, por lo que procede reconocer el derecho del recurrente a que, al igual que en supuestos anteriores, se le reconozca la homologación de su título pretendida sin necesidad de someterse a una prueba de conjunto específica.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 7 de mayo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 93/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Homologación de título: Bachelor of Arts Business and Marketing. Reino Unido.

Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de homologación de su título “Bachelor of Arts adn Marketing” obtenido en Reino Unido al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.

“El presente recurso tiene por objeto la Resolución de la Ministra de Educación y Ciencia de 2 de diciembre de 2004 por la que se denegó la solicitud de homologación de su título «Bachelor of Arts in Business and Marketing obtenido en University of Hertfordshire» (Reino Unido) al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.

En defensa de su pretensión la parte recurrente alega que inició sus estudios en el curso académico 1997/1998 hasta el 2000/2001; dichos estudios los cursó en parte en un centro situado en España (Instituto Superior de Marketing del País Vasco con sede en Derio, Vizcaya) y el resto en el campus de la Universidad de Hertfordshire en el Reino Unido, obteniendo finalmente el título oficial cuya homologación se pretende reconocido por la Universidad Inglesa; el 25 de mayo de 2003 presentó la solicitud

Homologación

de homologación, que le fue denegada por la resolución que impugna. Considera que no le es de aplicación el art. 83 de la Ley de Universidades de 2001, posterior a la fecha en que inicio sus estudios por lo que no puede ser aplicada retroactivamente, que le resulta de aplicación la LO 11/1983 y el Real Decreto 86/1987 cumpliendo todos los requisitos previstos en dicha norma para obtener la homologación pretendida. También considerar que resulta procedente la homologación en aplicación de la Directiva Comunitaria 89/48/CEE, de 21 de diciembre, al considerar que tiene reconocida en el Reino Unido la cualificación para desarrollar una determinada profesión.

La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que la solicitud del demandante no cumple los requisitos estipulados en el RD 86/1987 habida cuenta de la falta de autorización o reconocimiento del centro donde el acto siguió sus estudios, en concordancia con la STS de 9 de diciembre de 2003.

(...).

Sin que pueda acogerse la pretensión esgrimida por el recurrente referida a la automática homologación amparándose en la aplicación de la Directiva Comunitaria 89/48, pues en este punto también ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en anteriores pronunciamientos que no deben confundirse lo que son cuestiones distintas aunque relacionadas: la homologación de títulos y el reconocimiento de éstos a efectos del ejercicio profesional. Tal diferencia se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de febrero de 2000 (Rec. 3673/1995), 14 de diciembre de 2000 (Rec. 560/1993), 29 de marzo de 2001 (Rec. 2436/1994) y 7 de octubre de 2003 (Rec. 1304/1998) señalando que: «al homologar un título extranjero el Estado, en principio, ha de contrastar sus características y compararlo con el oficial nacional en cuanto a contenido cuantitativo y cualitativo para decidir, finalmente, si lo equipara al título existente en España».

La homologación supone, a tenor del art. 1 del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, «el reconocimiento en España de la validez oficial a los efectos académicos de los títulos de educación superior obtenidos en el extranjero». Se trata pues, como se infiere del art. 2 de ese mismo Real Decreto, de decidir si la formación acreditada a través de la posesión del título extranjero guarda equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. En cambio, en el reconocimiento profesional de los títulos, a diferencia de la homologación académica, no se comparan ya programas de formación, sino actividades profesionales. Se trata ahora de reconocer un título extranjero a efectos de ejercer, en el país de acogida, una actividad profesional concreta. Por ello, lo determinante es la comprobación de la identidad entre la actividad profesional que el interesado está facultado a ejercer en el país que ha expedido el título y aquella que desea ejercer en el Estado de acogida. Puede entonces la Administración, sobre la base del análisis del contenido de la formación adquirida en otro país –al margen, por tanto, de la homologación académica del título en sí mismo– resolver, sin más, que el interesado está ya cualificado para ejercer en España una determinada profesión o puede, en otros casos, imponer condiciones adicionales a modo de mecanismos correctores o de compensación (como, por ejemplo, pruebas de aptitud) para apreciar aquella cualificación profesional.

(...).

Desde este planteamiento general normativo es claro que las alegaciones de la parte relativas a la aplicación al caso de la Directiva 89/48/CEE y demás normas comunitarias invocadas en la demanda carece de virtualidad alguna, ya que en este caso no se trata del reconocimiento de títulos a los efectos del ejercicio profesional y garantía de libre circulación en los países miembros sino de la homologación académica del título invocado, que como se ha señalado antes está sujeta a la normativa interna, de cuyo cumplimiento no exonera la

Homologación

condición de ciudadano de otro país miembro de la Unión Europea.

En nuestro derecho interno tal homologación se sujeta, en lo esencial, y en lo que interesa al caso a las previsiones del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, y en el presente caso, no resultando la homologación de la directa aplicación de Convenio ni de tablas preestablecidas, ha de estarse al juicio de equivalencia a cuyo efecto conviene reseñar el doble informe desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria.

Razones estas que resultan plenamente aplicables al supuesto que nos ocupa y que determinan la estimación parcial del presente recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 10 de mayo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 954/2004.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Homologación: título de lingüística. Universidad rusa.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución que denegó la solicitud formulada por aquella de que su título de Lingüística, Traductor-Intérprete de Inglés y Español, obtenido en la Universidad rusa le fuese homologado al título español de Licenciada en Traducción e Interpretación.

“Se impugna la desestimación presunta del recurso de reposición deducido en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 30 de abril de 2004 del Ministerio de Educación y Ciencia, que denegó la solicitud formulada por aquella de que su título de Lingüística, Traductor-Intérprete de Inglés y Español –obtenido en la Universidad Estatal Lingüística de Piatigorsk (Rusia)– le fuese homologado al título español de Licenciada en Traducción e Interpretación, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

(...).

Visto cuanto antecede, hemos de notar que por providencia de 5 de diciembre de 2006 se acordó por la Sala como diligencia final que por el Consejo de Coordinación Universitaria se emitiera un nuevo informe sobre el caso dado que –según parecía– dicho órgano no había tenido ocasión –en función de las propias vicisitudes del expediente administrativo– de examinar la diversa documentación aportada por la interesada en el trámite de audiencia verificado en la anterior vía administrativa y con motivo del recurso de reposición, cuyo nuevo informe habría de tener en cuenta la referida documentación adicional no considerada en su momento por el órgano técnico, amén de la que la parte había aportado como prueba en el propio proceso, cuya diligencia final se consideró necesaria para la más acertada decisión del recurso.

Es de señalar que el 19 de marzo de 2007 tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal el nuevo informe evacuado por el Consejo de Coordinación Universitaria en cumplimiento de aquella diligencia final, siendo el mismo puesto de manifiesto a las partes para que pudieran realizar las alegaciones que tuvieran por conveniente en el plazo común de tres días, y ello con el resultado que es de ver en autos.

Aquel nuevo informe del Consejo de Coordinación Universitaria dice lo siguiente: «–una vez revisada la documentación a que se hace referencia en el escrito de 5 de diciembre de 2006 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional sobre la homologación del título de referencia– se admiten las alegaciones de la interesada, informándose, en consecuencia, de modo favorable la homologación del título ruso de Lingüística, Traductor-intérprete de Inglés y Español por el español de Licenciada en Traducción e Interpretación, con la especificación de que la Lengua A es ruso, la lengua B es inglés y la Lengua C es español. El Comité considera que las precisiones sobre la formación que han sido presentadas en la documentación consustancial al recurso ordinario han facilitado la comprensión de la estructura y

Homologación

contenidos de los referidos estudios, lo que ha llevado a cambiar la propuesta de informe en el sentido favorable que ahora se propone».

(...).

En el supuesto que ahora enjuicamos el segundo informe emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria a raíz de nuestra providencia de 5 de diciembre de 2006 acordando la referida diligencia final ha venido a enervar el primer informe que sirvió de base al acto recurrido, desvirtuando la motivación en que se fundó la denegación de la homologación en cuestión, cuyo pronunciamiento se ve así privado del necesario apoyo técnico que en su día le sirvió de sostén. El segundo de los referidos informes ha de prevalecer sobre el primero al haberse emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria con más conocimiento de causa al disponer de mayores elementos de juicio que no pudo considerar en su primer informe, cuya presunción de legalidad decae en contemplación de cuanto acabamos de consignar. Corolario de cuanto antecede es que la tesis de la actora relativa a la equivalencia de su formación cuenta con la necesaria prueba, de donde que su pretensión haya de ser acogida justamente en razón de dicha probada equivalencia, lo que nos exime del examen del segundo de los motivos recursivos más arriba reseñados, el relativo a la defectuosa motivación del acto impugnado, que, dicho sea de paso, difícilmente hubiera podido prosperar a la vista del contenido del primero de los informes del Consejo de Coordinación Universitaria incorporado al acto recurrido y que actuaba en parte como fundamento del mismo, cuyo sucinto contenido parecía suficiente para expresar las razones de la conclusión desfavorable a la homologación.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 23 de mayo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 439/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación: arquitecto técnico. Universidad de Venezuela.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia por la que se acuerda homologar el título de Arquitecto obtenido en la Universidad Central de Venezuela al título español de Arquitecto Técnico.

“En el presente recurso se impugna la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 28 de abril de 2005 por la que se acuerda homologar el título de Arquitecto obtenido en la Universidad Central de Venezuela por D. Pedro Jesús al título español de Arquitecto Técnico.

(...).

En el presente caso, no resultando la homologación de la directa aplicación de Convenio ni de tablas preestablecidas, ha de estarse al juicio de equivalencia a cuyo efecto el Consejo de Universidades emitió informe favorable en su octava sesión ordinaria de 2005, señalando que: «examinada la documentación aportada en el expediente de referencia cabe señalar que, el título presentado, tanto por la duración de los estudios cursados, como por la intensidad y el contenido de los mismos, merece informe favorable a la homologación al título español de Arquitecto Técnico», lo que supone un juicio comprensivo tanto de la duración como del contenido de los estudios.

Frente a ello la parte recurrente sostiene la falta de equivalencia entre las formaciones de los títulos de referencia, y viene a argumentar en la diferencia entre los títulos españoles de Arquitecto y Arquitecto Técnico (este último posee más materias científico-técnicas que el primero que por el contrario se orienta al campo del diseño arquitectónico y urbanístico).

Han de rechazarse las alegaciones de la demanda que ponen en cuestión la realización del juicio de

Homologación

equivalencia del Consejo de Universidades en cuanto a su alcance, pues tal informe pone de manifiesto la comparación de la formación obtenida por el solicitante tanto en su duración como en su contenido, así como su correspondencia con la formación exigida en España. Al respecto es de señalar los límites de revisión en supuestos de discrecionalidad técnica ya que hay cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por el órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales (casos en que concurren defectos formales substanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad, o desviación de poder), si bien no se puede olvidar que si el planteamiento de la discrecionalidad técnica de la Administración prosperara en términos generales 'resultaría que los órganos jurisdiccionales siempre estarían obligados a acatar cualquier decisión, e incluso cualquier informe, de la Administración, sin posibilidad alguna de control jurisdiccional, lo que casi terminaría con el Estado de Derecho constitucionalmente trazado.' (STS 25 de junio de 2002, rec. 492/1996).

Por ello ha de entenderse que de la argumentación de la demanda no resultan carencias sobre materias básicas y las insuficiencias que se describen, pues el juicio de equivalencia no solo debe hacerse basándose en la comparación nominal de asignaturas sino sobre el concreto contenido formativo, además de responder a la valoración personal del informante, no aparecen con la relevancia necesaria para desvirtuar la valoración técnica, objetiva y suficientemente motivada realizada por el órgano administrativo competente para ello, que por lo tanto ha de prevalecer. Y no habiéndose desvirtuado en este concreto recurso la valoración técnica, objetiva y suficientemente motivada, realizada por el órgano administrativo competente para ello, y que por lo tanto ha de prevalecer, debe desestimarse la demanda."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 116/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Homologación del título de ingeniero civil. Universidad de Colombia.

Resumen: Se declara la inadmisión del recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra la Orden por la que se homologó el título de Ingeniero Civil otorgado por la Universidad de Colombia.

"El presente recurso tiene por objeto la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 4 de julio de 1988 por la que se homologó el título de Ingeniero Civil, otorgado a D. Darío por la Universidad de La Salle (Colombia) al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

(...).

Como pone de manifiesto el recurrente, no es compatible con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución el hecho de que, como en el presente caso, transcurran más de siete años entre la fecha del acto administrativo y la de su impugnación. No digamos, si se admite la impugnación, *sine die*, sin límite alguno. El propio Consejo reconoce en su oposición al recurso que esta situación es injusta con el Sr. Marcelino, quien estaba en la convicción de que su título había sido homologado por un acto firme, y en su pacífica posesión, y además, por el transcurso del plazo de cuatro años, irrevisible; si bien, la parte recurrida pretende desviar tales daños, que incluso aventura podrían dar lugar a algún tipo de responsabilidad, a la Administración, que no emplazó en su momento a dicho Consejo.

Por ello, es preciso compaginar este principio de seguridad jurídica con el de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. En este sentido ha de partirse del hecho de que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece unos límites temporales para la declaración de lesividad de los ac-

Homologación

tos anulables (cuatro años, según dispone el artículo 103.2), y aun cuando en los nulos no se establece límite temporal alguno (artículo 102.1), sin embargo, con carácter general el artículo 106 establece unos límites a la revisión, disponiendo que tales facultades no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Es decir, la ley, aun en los casos en que se puedan dar en un acto los vicios más importantes, a los que anuda la nulidad de pleno derecho (artículo 62.1 de la Ley 30/1992) establece unos límites temporales para su impugnación. Se deduce el interés del legislador de hacer compatible el derecho a recurrir, con el establecimiento de unos plazos máximos para ello, que garanticen el principio de seguridad jurídica. Plazos que, en el caso de interesado personado en el procedimiento, se reducen al mes, desde la notificación, para los supuestos de interposición de los recursos de alzada o potestativo de reposición.

Desde esta perspectiva conviene tener presente la regulación que el artículo 31 de la Ley 30/1992 antes citada hace de la condición de interesado.

Se refiere en la letra a) del apartado 1, a los interesados que promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos. Es evidente que el Consejo General puede promover aquellos procedimientos en los que tenga derechos o intereses legítimos; aunque no es el caso que contemplamos, en que un ciudadano solicita la homologación de un título.

En la letra b) del artículo 31.1 de dicha ley se considera interesados a los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. Aquí ya no se habla de «intereses legítimos», sino de «derechos».

Finalmente en la letra c) de dicho precepto y apartado se considera interesados a aquellos cuyos in-

tereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución «y se personen» en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. En virtud de este artículo el Consejo podría personarse, alegando interés legítimo, en un procedimiento iniciado por un tercero, pero que pudiera afectarle.

Como vemos, el artículo distingue entre quienes tienen intereses legítimos, que pueden promover el procedimiento o personarse en él si lo han promovido terceros, y los titulares de derechos que puedan ser afectados; estos son interesados en el procedimiento *ex lege*, y la Administración tiene la obligación de notificarles su tramitación, emplazándoles al mismo.

Pues bien, el apartado 2 de este artículo 31 citado dispone que las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales (entre las que cabe incardinar el Consejo General de Aparejadores y Arquitectos Técnicos), serán titulares de intereses colectivos en los términos que la Ley establezca.

De ello podemos concluir que mientras la presencia de los interesados en un procedimiento, bien porque lo promuevan, bien porque se personen en el promovido por un tercero o en el iniciado de oficio por la Administración, es contingente, la de los titulares de derechos que puedan resultar afectados es necesaria, de tal suerte, que al menos deberán ser notificados para evitar su indefensión.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 106/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Homologación de título en Odontología. Buenos Aires.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que la homologación

Homologación

del título en Odontología expedido por la Universidad de Buenos Aires, al título español de licenciado en Odontología quedaba condicionada a la superación de una prueba de conjunto sobre las materias que se especificaban en dicha resolución.

“El presente recurso tiene por objeto la Resolución del Subsecretario del Departamento del Ministerio de Educación y Ciencia de 11 de mayo de 2005, por las que la homologación del título del recurrente en Odontología, expedido por la Universidad de Buenos Aires, al título español de licenciado en Odontología quedaba condicionada a la superación de una prueba de conjunto específica sobre las materias que se especifican en dicha resolución.

(...) En el supuesto que nos ocupa el Consejo Superior de Universidades a tal efecto elaboró un informe marco en el analizó los títulos de Odontología obtenidos en distintas Universidades de diferentes países entre ellos los obtenidos en la Universidad de Buenos Aires, llegando a la conclusión de que los estudios cursados en dicha Universidad presentaba carencias respecto de las materias troncales, para lo que tuvo en consideración los planes de estudios de dicha Universidad y los correspondientes a las directrices generales propias de los planes de estudio de Odontología en las Universidades Españolas, por lo que condiciona la homologación del título pretendido a la superación de una prueba de conjunto. Debe destacarse que dicho informe se aplica con carácter general a todos los licenciados en odontología procedentes de las universidades analizadas en el mismo, si bien apreciando diferentes carencias dependiendo de la Universidad de procedencia, al tomar en consideración las características y carencias propias de los planes de estudios cursados en cada una de ellas respecto del exigido en España. Carencias que fueron apreciadas para el recurrente en relación con determinadas materias troncales por lo que se supeditó la obtención de la homologación pretendida a una prueba de conjunto.

Este proceder no solo descarta la vulneración de las normas legales aplicables en materia de homologación de títulos sino que también descarta una aplicación desigual o discriminatoria salvo que se demuestre que en igualdad de circunstancias ha existido un tratamiento desigual, para lo cual no basta con una genérica invocación del principio de igualdad y una indeterminada mención a la existencia de otros casos similares en los que se ha concedido la homologación pretendida, pues la falta de concreción impide examinar la identidad pretendida, al margen del mencionado cambio de criterio jurisprudencial en esta materia antes referido.

La ausencia de infracción legal impide apreciar, por tanto, la vulneración de los artículos 9, 14 y 103 de la Constitución en cuanto la infracción de tales preceptos aparecía conectada, en hilo argumental expuesto con el recurrente, a la previa infracción de los preceptos legales contenidos en los artículos 6 y 7 de la Real Decreto 86/1987, por lo que descartada la infracción legal denunciada decae toda posible infracción de los principios y derechos constitucionales señalados, cuya invocación, por otra parte, se funda en alegaciones generales vinculadas con la legalidad subyacente.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 15 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 581/2005.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Homologación de título. Reino Unido.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto contra la resolución que había denegado su solicitud de que su título de Bachelor of Science in Environmental Management, obtenido en la Universidad de Reino Unido, le fuese homologado al título español de Licenciada en Ciencias Ambientales.

“Se impugna la resolución de 14 de octubre de 2005 desestimatoria del recurso de reposición formu-

Homologación

lado en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 25 de enero de 2005 del Ministerio de Educación y Ciencia, que había denegado su solicitud de que su título de Bachelor of Science in Environmental Management –obtenido en University of Wolverhampton (Reino Unido)– le fuese homologado al título español de Licenciada en Ciencias Ambientales, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

(...).

Se plantea en el presente recurso la homologación del título de Bachelor of Science in Environmental Management, expedido por University of Wolverhampton, tras la realización por la recurrente de los correspondientes estudios en un centro radicado en España que, en la época en que se cursaron parte o la totalidad de los estudios carecía de autorización oficial para impartir las enseñanzas conducentes a la expedición del título universitario cuya homologación se pretende. Esta Sala –como dijimos más arriba– ya se ha pronunciado reiteradamente sobre cuestiones similares y considera que el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, establece en su art. 6 las fuentes a tener en cuenta para resolver sobre la homologación de títulos extranjeros, que son los tratados o convenios internacionales y las tablas de homologación de planes de estudios y de títulos aprobados por el Ministerio de Educación; en su art. 7 señala que, en defecto de las anteriores, se tendrán en cuenta el currículum académico y científico, los precedentes administrativos, el prestigio de la Universidad o institución extranjera que concedió el título cuyo reconocimiento se solicita y la reciprocidad otorgada a los títulos españoles; estos preceptos se refieren a los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional a que se refiere el art. 28 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, por lo que no se aplica a los títulos o diplomas expedidos por Universidades en virtud de su autonomía (art. 3 RD 86/1987).

(...).

Comparados los hechos a que se contrae el recurso con la interpretación acabada de exponer resulta que la recurrente presentó para su homologación el correspondiente título de «Bachelor of Science in Environmental Management», expedido por University of Wolverhampton, de donde que la resolución impugnada no se ajusta al ordenamiento jurídico en cuanto rechaza la homologación directamente al invocar la falta de carácter oficial de los estudios realizados para obtener el título presentado por la recurrente para su homologación pues, siendo dicho título oficial y con plena validez en el país en que se expidió, la Administración no puede cuestionar tal carácter, cuya definición no le corresponde, como ha quedado expuesto, sino que ha de tramitar el procedimiento establecido en el Real Decreto 86/1987 y las normas de desarrollo y resolver en consecuencia, previos los informes técnicos que en esas normas se establecen y atendiendo al resultado del juicio de equivalencia sobre el alcance de la formación recibida en relación con la exigida para la obtención del título español correspondiente, normativa a la que remite el art. 19 del Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, invocado por la Administración, aún en el caso en se haya obtenido la autorización prevista en ese precepto de manera que dicha autorización afecta a las condiciones de funcionamiento del centro en España, con las consecuencias que el ordenamiento interno atribuye, pero es ajena a las previsiones normativas del país de origen a la que responde la expedición de sus títulos oficiales, salvo que dicha normativa extranjera remitiera a la española en tal aspecto y, aun así, el control de su cumplimiento a efectos de expedición del título correspondería a las autoridades de dicho país por lo que, al no entenderlo así la resolución impugnada procede revocarla.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de mayo de 2007.

Recurso de Casación: 4074/2003.

Ponente: Doña Margarita Robles Fernández.

Voz: Denegación de nacionalidad por posesión de droga: ausencia de condena.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. La tenencia por parte del actor de sustancias estupefacientes, de forma reiterada en el tiempo, aun cuando no haya terminado en un resultado condenatorio, es claramente expresiva de una ausencia de buena conducta cívica y de una falta de adaptación a las reglas sociales y de normal convivencia, carencia de adaptación que no puede ser subsanada por el hecho de que el actor tenga un trabajo estable en España.

“Por el Abogado del Estado se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 1 de abril de 2003 por la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de don O. contra Resoluciones del Ministerio de Justicia de 2 de julio y 17 de octubre de 2001 y se declara el derecho de este a obtener la nacionalidad española con la siguiente argumentación:

«En el presente caso, de los datos que figuran en el expediente administrativo resulta que el solicitante de la nacionalidad española fue detenido en la época que se dice en la demanda, por tenencia de drogas, lo que dio lugar a procedimientos penales que terminaron uno por sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en 20 de julio de 1994 y otros dos libremente sobreseídos en 1987 y 1990 por los Juzgados de Instrucción de San Sebastián que conocieron de las denuncias; se trata, por tanto, de hechos antiguos que no dieron lugar a condena penal alguna y, por el contrario consta en el expediente que el recurrente reside en España

desde 1986, donde se ha casado y donde trabaja como músico de rock elementos que son suficientes para entender que, de acuerdo con las normas y doctrina jurisprudencial antes mencionadas, el recurrente sí cumplía el requisito examinado, como son el desarrollo de su vida familiar en la misma localidad desde hace años, donde tiene un trabajo, lo que no sería compatible con la observancia de una conducta anómala o irregular o inadaptada al medio en que vive, todo lo cual viene corroborado por la audiencia reservada del interesado ante el Encargado del Registro Civil, quien en su informe estimó acreditado este requisito.»

(...).

Don O., solicita la concesión de la nacionalidad española el 24 de junio de 1998; reside en España desde 1986, teniendo por probado la Sala de instancia que el actor se ha casado en España, residiendo permanentemente en San Sebastián, donde tiene un trabajo estable. En la tramitación del expediente de concesión de la nacionalidad, el juez encargado del Registro Civil en Auto de 12 de junio de 1998 tuvo por acreditada su buena conducta.

Ante estos hechos el Abogado del Estado para desvirtuar esa buena conducta tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador y por tanto considerar vulnerado el art. 22.4 del Código Civil, alega la incoación de tres procedimientos penales contra el mismo por delitos contra la salud pública. La tramitación de esos procedimientos penales que aduce el Abogado del Estado, sirven para dar cumplimiento a la exigencia de que la Administración pruebe la ausencia de buena conducta cívica, cuando como ha ocurrido en el caso de autos, hay informe del Juez del Registro Civil apreciando en el solicitante la buena conducta cívica. De los citados procedimientos penales, uno terminó por sentencia absolutoria dictada por la audiencia de Madrid el 20 de julio de 1994 y los otros dos fueron sobreseídos libremente en 1987 y 1990.

Nacionalidad

La Sentencia de 20 de julio de 1994 tiene por probado que el 5 de junio de 1986 el Sr. O. fue detenido ocupándole 0,4 gramos de heroína, distribuidas en ocho papelinas que portaba bajo el cinturón, pero se le absolvió al no haber quedado acreditado que tuviera dichas papelinas destinadas a la venta.

(...).

La tenencia por parte del actor de sustancias estupefacientes, de forma reiterada en el tiempo, aun cuando no haya terminado con pronunciamiento condenatorio, es claramente expresiva de una ausencia de buena conducta cívica y de una falta de adaptación a las reglas sociales y de normal convivencia, carencia de adaptación que no puede considerarse subsanada por el hecho, en el que básicamente se funda la sentencia de instancia, de que el actor tenga un trabajo estable.

Quien tiene en su poder sustancias estupefacientes de manera reiterada, aun cuando no se prueba que las destinaba al tráfico a terceros, no evidencia una conducta en la que puedan apreciarse aquellas circunstancias antes expuestas a que la jurisprudencia de esta Sala se ha referido en múltiples ocasiones para apreciar el presupuesto de buena conducta cívica exigida por el art. 22.4 del C.Civil.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 403/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad española por residencia. Guinea Ecuatorial. DNI caducado.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la nacionalidad española por residencia. El solicitante no dispuso de DNI ni de permiso de residencia en vigor alguno que permita considerar que su residencia inmediatamente anterior a su solicitud fuese legal.

“El presente recurso tiene por objeto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia de fecha 30 de junio de 2005, que denegó la nacionalidad española por residencia.

El recurrente, nacido en Fernando Poo –provincia de Bioko Norte– Guinea Ecuatorial en el año 1949, solicita la nacionalidad española por residencia al considerar que lleva más de dos años de residencia en España, pues se encuentra en territorio español desde antes de 1999. Por otra parte alega que bastaría un solo año de residencia legal en España, a tenor de lo dispuesto en el art. 22.3 del CC, por cuanto considera que nació en territorio español y en todo caso por haber nacido fuera de España de padre o madre españoles.

(...).

En el presente caso se cuestiona únicamente el requisito de la residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior» a la solicitud.

Pues bien, el cumplimiento de tal requisito objetivo exige la concurrencia de las tres circunstancias de: a) legalidad de la residencia, lo que supone la sujeción a las normas sobre extranjería establecidas; b) continuidad o no interrupción del plazo; y c) que tal período de residencia corresponda al momento inmediatamente anterior a la solicitud.

En el supuesto que nos ocupa resulta indiferente el plazo de residencia legal aplicable, (un año como sostiene el recurrente o dos años como sostiene la Administración), pues consta acreditado que el recurrente si bien dispuso de un DNI español expedido en el mes de julio de 1968, dicho documento tenía una validez de cinco años que caducó en el mes de julio de 1973, y desde entonces hasta el momento de su solicitud de nacionalidad por residencia (el 8 de julio de 2003) no dispuso de DNI ni de permiso de residencia en vigor alguno que permita considerar que su residencia inmediata-

Nacionalidad

mente anterior a su solicitud fuese legal, esto es, durante los treinta años anteriores a su solicitud de nacionalidad española no puede considerarse que haya residido de forma legal en España siendo este uno de los requisitos legalmente exigidos en nuestro Código Civil.

Tal y como señala el Código Civil no basta con que el solicitante haya residido en España durante el tiempo establecido, sino que se precisa que dicha residencia sea legal e inmediatamente anterior a su solicitud, incumpléndose en el supuesto que nos ocupa estos dos últimos requisitos. Por otra parte, no corresponde a este tribunal entrar a considerar cualquier otra circunstancia que no aparezca referida a la obtención de la nacionalidad por residencia, pues ni sería competente para ello, ni se correspondería con el objeto de este proceso, ni con la petición administrativa formulada por el recurrente, quedando pues al margen del mismo toda consideración en torno a su derecho de obtener la nacionalidad de origen o su inscripción de nacimiento como español, cuestiones estas que ya han sido objeto de distintos pronunciamientos del Registro Civil Central y su revisión jurisdiccional corresponden a los tribunales civiles y no a la jurisdicción contencioso-administrativa.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 137/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad española por residencia. Buena conducta cívica. Antecedentes penales.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se desestima la solicitud de nacionalidad formulada. Pese a que a fecha de la solicitud se carecen de antecedentes penales también es cierto que de esos avatares penalmente constatados, en su devenir procedimental, se acercan o se superponen temporalmente a la solicitud de nacionalidad.

“En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 16 de noviembre de 2007 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 24 de octubre de 2003 por la que se desestima la solicitud de concesión de la nacionalidad formulada por el hoy recurrente.

La resolución dictada en reposición solo confirma el segundo motivo de denegación centrado en la falta de acreditación suficiente de buena conducta cívica.

(...).

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...) 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 26 de mayo de 2000, siendo el recurrente nacional de Marruecos.

El expediente refleja una serie de antecedentes (6) que van desde 1987 a 2000. De los mencionados únicamente alcanzan relevancia penal constatada, una condena a dos años cuatro meses y treinta y un días impuesta por delito contra la salud pública

Nacionalidad

por la Sección 2.^a de la Audiencia Nacional, condena que quedo extinguida por cumplimiento de la pena impuesta el 3 de noviembre de 1993, y el PA 308/1990 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga derivado de las diligencias policiales n.º (...) de 11 de diciembre de 1987, por delito contra la salud pública, que lógicamente concluyeron con condena ya que con fecha 31 de mayo de 2004 se ha dictado auto acordando la prescripción de la pena impuesta. Al no constar órdenes de busca y captura no se puede concluir que la prescripción hay sido debida a que el recurrente se ha sustraído a la acción de la justicia. El resto de los antecedentes que se citan como indicadores de la falta de buena conducta cívica o bien no se corresponden con el recurrente, o bien no hay constancia judicial alguna de ellos o bien fueron archivadas de forma inmediata. Por ello no todos los hechos que se detallan en la resolución recurrida han tenido una trascendencia penal final relevante a salvo de las dos condenas por hechos que aparecen muy separados temporalmente en su comisión de la solicitud de nacionalidad (1987 y 1991) pero que están vinculados con hechos indudablemente delictivos y de notoria repercusión para el interés general en cuanto a las lamentables consecuencias que se derivan, para la sociedad en su conjunto y para los individuos en su particularidad, de esta actividad relativa al tráfico de drogas.

Al recurrente le bastaba un año de residencia legal para obtener la nacionalidad española por razón de su matrimonio con española, pero hay que tener presente que el recurrente goza de una muy dilatada permanencia previa en España ya que su residencia legal se remonta al 28 de enero de 1988, y que prácticamente toda ella aparece salpicada de avatares penales. Pese a que a fecha de la solicitud se carecen de antecedentes penales, y que el informe del CSID destaca que no se conocen antecedentes desfavorables respecto del recurrente, también es cierto que de esos avatares penalmente constatados, en su devenir procedimental, se acercan o se superponen temporalmente a la solicitud de nacio-

nalidad (el archivo por prescripción de la pena es del año 2004).

De otro lado y pese a lo manifestado reiteradamente por la parte actora en el sentido de que el recurrente es comerciante, no consta que efectuó actividad económica alguna o de ser así que la misma tenga el oportuno tratamiento fiscal y de Seguridad Social ya que las declaraciones por IRPF aportadas son las de su esposa y todos los ingresos recogidos en las mismas se imputan al declarante siendo la opción de tributación la individual. No obra aportada tampoco hoja de vida laboral que permita concluir que su amplia residencia legal en España ha tenido su reflejo en una establecida actividad laboral por cuenta propia o ajena. Dicho esto, los únicos datos positivos compensadores que podemos traer a colación son que el recurrente esta casado con nacional española y tiene cuatro hijos menores de edad.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 12 de junio de 2007.

Recurso de Casación: 9867/2003.

Ponente: Doña Margarita Robles Fernández.

Voz: Nacionalidad española. Buena conducta cívica.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española al no haber justificado su buena conducta, ya que fue condenada por dos faltas de lesiones y denunciada por disputas vecinales.

“Por la representación de doña Carolina se interpone recurso de casación contra sentencia dictada el 27 de marzo de 2003 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquella contra Resolución del Ministerio de Justicia de 29 de enero de 2001 que confirma la Resolución de ese Ministerio de 27 de octubre de 2000 en la que se le

Nacionalidad

denegó la concesión de la nacionalidad española, al no haber justificado su buena conducta, ya que fue condenada por dos faltas de lesiones en Sentencia de 24 de noviembre de 1998 y denunciada por disputas vecinales.

La Sala de instancia desestima el recurso con la siguiente argumentación:

«En este caso, figura sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Valencia de 24 de noviembre de 1998, por la que se le condena por dos faltas de lesiones en razón de la riña producida el 26 de junio de 1997 a las puertas de una discoteca con otras dos personas, hechos que la interesada atribuye a la discusión con dos amigas de su hija al no dejarla entrar a la discoteca; por otra parte, en el informe policial que se ha unido a los autos a instancia de la propia interesada figuran igualmente diligencias n.º 3621, de fecha 17 de junio de 1998, remitidas al Juzgado de Instrucción n.º 1 de Sagunto, por problemas vecinales, circunstancias que ponen de manifiesto un comportamiento cívico social que no se corresponde con el concepto de buena conducta cívica antes expuesto, a lo que debe añadirse que se trata de hechos muy próximos en el tiempo a la solicitud de nacionalidad, hasta el punto de que es en dicho momento cuando se abren las correspondientes diligencias penales, recayendo la sentencia condenatoria después de la solicitud, cuando se incoan también las diligencias policiales de 17 de junio de 1998, por lo que no se puede apreciar tras esas circunstancias un período suficientemente largo y representativo de un comportamiento cívico social que pudiera valorarse positivamente frente a dicha situación contemporánea a la solicitud y tramitación del expediente. Todo lo cual, y a pesar de las demás alegaciones sobre su convivencia familiar, trabajo habitual, tiempo de residencia en España, cotización a la Seguridad Social y cumplimiento de obligaciones tributarias, lleva a considerar que su actuación no se corresponde con lo que se entiende por buena conducta cívica al afectar negativamente a valores sociales y de convivencia penalmente protegidos, y que una valoración

ponderada de todas las circunstancias conduce a entender incumplido tal requisito.

En consecuencia, ha de concluirse que la valoración efectuada por la Administración, al apreciar la falta del requisito de buena conducta cívica, resulta proporcionada y conforme a Derecho, lo que supone la denegación de la pretensión ejercitada de reconocimiento de la nacionalidad española, al resultar exigible tal requisito por el art. 22 del Código Civil, sin que el cumplimiento de los demás, exonere de aquella exigencia cuya carencia determina la denegación de la nacionalidad».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 15 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 394/2005.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad española. Buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad española por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica al haber sido condenada por delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y lesiones.

“Se impugna la resolución de 31 de mayo de 2005 del Ministerio de Justicia, que denegó la concesión de la nacionalidad española a la hoy parte actora por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica al haber sido condenada por sentencia en tres ocasiones por delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y lesiones, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

(...).

En el caso que ahora nos ocupa, el recurrente –natural de Marruecos, soltero y con residencia legal en España desde 1990– solicitó la nacionalidad española el 5 de abril de 2002. Consta en el expediente

Nacionalidad

administrativo que cobra una pensión no contributiva por invalidez y que entre los años 1996 y 1999 fue detenido en siete ocasiones por delitos de lesiones, robo con fuerza en las cosas, hurto y amenazas. Amén de lo anterior, el actor ha sido condenado penalmente en tres sentencias, constando el siguiente detalle de las mismas: sentencia de 17 de octubre de 2001 (firme) del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Málaga, que impuso una pena de un año de prisión por un delito de hurto cometido en 1999, acordándose el internamiento en centro psiquiátrico, que después fue sustituido por tratamiento ambulatorio; sentencia de 13 de marzo de 2000 (firme) del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Arenys de Mar, que impuso la pena de seis meses de prisión por un delito de robo con fuerza en las cosas cometido en 1996; sentencia (de conformidad) de 25 de marzo de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que impuso dos meses de multa a razón de 500 pesetas por día por sendas faltas de lesiones, y cuatro meses y un día de arresto mayor por un delito de lesiones, a lo que se añadía la correspondiente indemnización por estas últimas. Además de todo lo anterior, figura también en el expediente administrativo el juicio de faltas n.º 187/97 bis del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mataró, cuya sentencia consta ejecutada según la correspondiente certificación.

La resolución combatida tuvo en cuenta las susodichas sentencias penales para denegar la concesión de la nacionalidad al considerar no suficientemente acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

(...) en el caso que nos ocupa la trayectoria del recurrente en su vertiente penal, cuyo detalle quedó apuntado más atrás, es incompatible con las exigencias del requisito legal de la buena conducta cívica, debiendo tenerse en cuenta, además, la cercanía en el tiempo de los hechos delictivos y de las respectivas sentencias penales con la data en que se produce la petición de la concesión de la nacionalidad española, habiendo una de las referidas sentencias extraído las correspondientes consecuencias del grado de imputabilidad que apreció en

el condenado, sin que ello, no obstante, dispense o disminuya las exigencias del requisito de la buena conducta cívica, que actúa en otro ámbito jurídico distinto al penal. Interesa *hic et nunc* subrayar que en casos como el presente corresponde a la parte recurrente la carga de demostrar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, cuyo requisito no ha quedado probado en el supuesto que nos ocupa pues, aparte de todo lo anterior, no se ha demostrado el cumplimiento por la parte actora de deberes tributarios o cargas sociales o, en su caso, la participación en cualquier tipo de actividades cívico-sociales, de tal suerte que en tales circunstancias el actual recurso deviene improsperable.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 20 de junio de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 453/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad por residencia. Buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la solicitud de nacionalidad por residencia. Los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española.

“El presente recurso se impugna la Resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 2 de febrero de 2005, confirmada en reposición por resolución de 17 de mayo de 2005, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica «ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 8 de julio de 2002 por delito contra la propiedad intelectual».

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que si bien es cierto que fue detenido en Bilbao, junto

Nacionalidad

con otra personas, por un presunto delito contra la propiedad intelectual en las actuaciones penales que se siguieron por estos hechos el Ministerio Fiscal solicitó para el recurrente el sobreseimiento provisional y así se acordó por Auto del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Bilbao de 27 de septiembre de 2004, sin que estuviere implicado en actividad ilegal alguna. Por otra parte, alega como elementos positivos de su integración y buen conducta cívica el tener un trabajo estable –se dedica al a venta ambulante en Bilbao pero referida a ropa, artículos de regalo y bisutería y no a la venta ilegal de música–, reside de forma continuada en España con permiso de trabajo y residencia, se encuentra a adaptado a la sociedad española y cumple con sus obligaciones fiscales (está dado de alta en el impuesto de actividades económicas, paga las tasas de comerciante y pertenece a la Asociación de Euskadi de comerciantes ambulantes a la que paga su tasa correspondiente), sin que haya tenido ningún problema en su entorno familiar o profesional.

(...).

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 n.º 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 hacérsosla–, quienes, no siendo españoles, deseen obtener la nacionalidad española, han de ha-

ber llevado y seguir llevando una vida ajustada a ese estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos».

Se trata, por tanto, de valorar el conjunto de la vida desplegada por el solicitante en nuestro país, especialmente en los años anteriores a lo solicitud, para alcanzar un convencimiento sobre su trayectoria personal (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

Y con relación a la citada cuestión consideramos que concurren datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española y de haber desplegado una conducta cívica que se acomoda al estándar medio de comportamiento, como son que durante su largo período de residencia en España (desde abril de 1989) no constan antecedentes de mala conducta, ha ejercido una actividad laboral (venta ambulante) por la que paga los impuestos correspondientes y las tasas municipales respectivas, y no quedan acreditados problemas de convivencia con el entorno vecinal que le rodea.

Y si bien es cierto que fue detenido una vez iniciado el expediente de nacionalidad (lo inició en junio de 2002 y fue detenido en julio de ese año) por su presunta participación en un delito contra la propiedad intelectual, de las actuaciones judiciales seguidas al efecto no se desprende su participación en conducta delictiva alguna, pues consta que el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto al recurrente y así se acordó por Auto de 27 de septiembre de 2004, sin que existan otros antecedentes que permitan apreciar la existencia de mala conducta cívica durante su estancia en nuestro territorio.

Régimen comunitario

Es por ello que frente a los elementos positivos acreditados por el recurrente, reveladores de una conducta cívica normal, no puede esgrimirse una mera detención policial por unos hechos que, por lo que respecta al recurrente y otros muchos más de los entonces detenidos, fueron sobrepasados a petición del Ministerio Fiscal, y consecuentemente no acreditan comportamiento antisocial alguno, sin que existan otros datos que nos permitan afirmar que la conducta que ha tenido el recurrente durante su larga estancia en nuestro territorio no cumple con las normas habituales de convivencia e integración que resultan exigibles.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 28 de junio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-467/05.

Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.

Voz: Cooperación policial y judicial en materia penal: concepto de “víctima” en el proceso penal.

Resumen: La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debe interpretarse en el sentido de que, en un proceso penal y, más específicamente, en un procedimiento de ejecución posterior a una sentencia definitiva de condena, como el del litigio principal, el concepto de “víctima” a efectos de dicha Decisión Marco no incluye a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al esta-

tuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión marco»), y de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (DO L 261, p. 15; en lo sucesivo, «Directiva»).

Dicha petición se presentó en el marco de un proceso penal de ejecución relativo a la restitución de bienes embargados, que siguió a una sentencia firme de condena, sustanciada ante el Juez de Instrucción del Tribunale di Milano, que ejerce como órgano jurisdiccional de ejecución.

(...)

Con arreglo al artículo 263 del Código Procesal Penal italiano, en su versión modificada por la Ley n.º 134, de 12 de junio de 2003 (en lo sucesivo, «CPP»):

‘1. La restitución de los bienes embargados será decretada por el juez mediante auto cuando no quepa ninguna duda sobre su propiedad.

(...)

3. En caso de controversia sobre la propiedad de los bienes embargados, el juez acudirá, en lo que atañe a la restitución, al órgano jurisdiccional civil de primera instancia competente *ratione loci*, manteniendo mientras tanto el embargo.

(...)

6. Cuando la sentencia sea firme, el órgano jurisdiccional de ejecución procederá a la restitución de los bienes.»

(...).

De la resolución de remisión se desprende que se sustanció un proceso penal ante el Tribunale di Milano contra el Sr. Dell’Orto y otros acusados por hechos constitutivos del delito de falsa información sobre sociedades (falsedad en documento

Régimen comunitario

contable), efectuados con el fin de cometer también los delitos de apropiación indebida agravada y financiación ilegal de los partidos políticos. Entre las personas afectadas por dichas infracciones figuran varias sociedades pertenecientes al grupo italiano ENI, entre las que se encuentra Saipem SpA (en lo sucesivo, «Saipem»), que se constituyó en parte civil en el marco de dicho proceso penal.

Según la resolución de remisión, el Sr. Dell'Orto y los otros acusados evadieron enormes sumas de dinero, propiedad de las mencionadas sociedades, mediante el pago de asesorías ficticias prestadas a sociedades *offshore* vinculadas orgánicamente a uno de los coautores, apropiándose de este modo de una parte de dichas sumas. En concreto, el Sr. Dell'Orto se apropió de la cantidad de 1.064.069,78 euros pertenecientes a Saipem, suma que fue sujeta a embargo cautelar por las autoridades judiciales italianas durante el proceso penal. La finalidad principal y específica de una medida cautelar de este tipo es, en concreto, garantizar el cumplimiento de las obligaciones civiles derivadas del delito.

El proceso penal concluyó con la adopción por el Juez de Instrucción del Tribunale di Milano de una sentencia, el 4 de mayo de 1999, ejecutiva desde el 5 de junio siguiente, en la que dictaba una pena con arreglo al artículo 444 del CPP, es decir, con arreglo a un «pacto». Dicha sentencia condenó al Sr. Dell'Orto a una pena de reclusión y al pago de una multa, con el beneficio de la suspensión condicional de la pena. No se dispuso nada respecto a la cantidad embargada.

(...).

Con arreglo a su artículo 1, letra a), la Decisión marco se aplica a la «persona física» que haya sufrido un perjuicio. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, a la luz de los artículos 12 y 17 de la Directiva, es posible interpretar la Decisión marco en el sentido de que también se aplica a cual-

quier otra persona víctima de un delito y, en particular, a las personas jurídicas. Si éste fuera el caso, el principio contemplado en el artículo 9, apartado 3, de la Decisión marco –según el cual los bienes aprehendidos durante el proceso penal pertenecientes a la víctima han de ser devueltos a ésta sin demora– podría aplicarse en el litigio principal. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285), de ello se desprende que, en la medida de lo posible, el juez nacional está obligado a interpretar las disposiciones del CPP sobre el alcance de la facultad de decisión del juez de ejecución en materia de restitución de los bienes embargados en un proceso penal de conformidad con el artículo 9, apartado 3, de la Decisión marco, que autoriza un procedimiento simplificado para conseguir los objetivos fijados por la normativa sobre la indemnización de las víctimas.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente observa que el Tribunal de Justicia ha declarado que las formas de extinción de la acción penal análogas a la resultante de una sentencia «pactada» en el sentido del artículo 444 del CPP deben ser consideradas como una sentencia firme que pone fin al proceso penal (Sentencia de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügge, C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345).

Dado que, en el litigio principal, la controversia sobre la restitución de las cantidades embargadas surgió con posterioridad a la terminación del proceso penal, al que se puso fin mediante Sentencia de 4 de mayo de 1999, el órgano jurisdiccional remitente tiene asimismo dudas sobre la aplicabilidad de los principios contemplados en los artículos 2 y 9 de la Decisión marco en el contexto específico de un proceso penal de ejecución posterior a la terminación del proceso penal propiamente dicho.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Régimen comunitario

La Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debe interpretarse en el sentido de que, en un proceso penal y, más específicamente, en un procedimiento de ejecución posterior a una sentencia definitiva de condena, como el del litigio principal, el concepto de «víctima» a efectos de dicha Decisión marco no incluye a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de julio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-213/05.

Ponente: Sr. K. Schiemann.

Voz: Prestación de crianza: trabajador fronterizo. Requisito de residencia.

Resumen: El Tribunal señala que el artículo 7.2 del Reglamento (CEE) 1612/68, no se opone a que la normativa nacional de un Estado miembro excluya a una nacional de otro Estado que reside en él y donde ejerce una actividad profesional menor, del beneficio de una ventaja social con las características de la prestación alemana de crianza, exclusión basada en que dicha persona no tiene en el primer Estado ni su domicilio ni su residencia habitual.

“La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Geven y el Land Nordrhein-Westfalen, en relación con la negativa de este último a abonarle la prestación de crianza correspondiente a su hijo.

(...).

La Sra. Geven es nacional neerlandesa. Cuando su hijo nació, en el mes de diciembre de 1997, residía en los Países Bajos con su marido, que ejercía una actividad profesional en este Estado miembro. Tras el período legal de protección de la maternidad, durante el primer año de vida de su hijo, la demandante trabajó en Alemania, con un horario semanal de entre tres y catorce horas y un salario semanal de entre 40 y 168,87 DEM.

Mediante resolución de 5 de junio de 1998, en la versión de la resolución de 27 de enero de 2000 dictada en un procedimiento de reclamación, el Land Nordrhein-Westfalen rechazó la solicitud presentada por la demandante para obtener una prestación de crianza correspondiente al primer año de vida de su hijo. Dicho Land basó su decisión en el hecho de que la Sra. Geven no tenía su domicilio ni su residencia habitual en Alemania, ni tampoco tenía un contrato de trabajo de al menos quince horas semanales. Además, como persona que ejercía una actividad menor, no se le reconocía la condición de «trabajador» en el sentido del Reglamento (CEE) n.º 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) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), y con arreglo a las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 1290/97 del Consejo, de 27 de junio de 1997 (DO L 176, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»).

La Sra. Geven perdió los recursos que interpuso contra las citadas resoluciones, en primera instancia y en apelación, respectivamente, mediante resoluciones del Sozialgericht Münster de 6 de mayo de 2002 y del Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen de 24 de octubre de 2003. A continuación, la demandante interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente.

Régimen comunitario

(...).

El artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 1612/68 dispone que los trabajadores migrantes se beneficiarán, en el Estado miembro de acogida, de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

La referencia a las «ventajas sociales» que figura en la citada disposición no puede interpretarse de forma restrictiva (Sentencia de 27 de noviembre de 1997, Meints, C-57/96, Rec. p. I-6689, apartado 39). En efecto, según reiterada jurisprudencia, debe entenderse por «ventajas sociales» todas las ventajas que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite, en consecuencia, facilitar su movilidad dentro de la Comunidad Europea (véanse las Sentencias de 14 de enero de 1982, Reina, 65/81, Rec. p. 33, apartado 12; Meints, antes citada, apartado 39, y de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2691, apartado 25).

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la prestación alemana de crianza constituye una «ventaja social» en el sentido del artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 1612/68 (véase la sentencia Martínez Sala, antes citada, apartado 26).

(...).

A este respecto, es preciso señalar que la condición de trabajador fronterizo de la Sra. Geven no le impide de ningún modo exigir la igualdad de trato establecida en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 1612/68 por lo que se refiere a la concesión de ventajas sociales. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que los trabajadores fronterizos pueden invocar lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento n.º 1612/68 en iguales condiciones que cualquier otro

trabajador al que se refiera este precepto. En efecto, el cuarto considerando de este Reglamento dispone, de manera expresa, que el derecho a la libre circulación debe reconocerse «indistintamente a los trabajadores 'permanentes', de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios», y su artículo 7 se refiere, sin reservas, al «trabajador nacional de un Estado miembro» (sentencia Meints, antes citada, apartado 50).

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, no se opone a que la normativa nacional de un Estado miembro excluya a una nacional de otro Estado miembro que reside en este Estado y ejerce una actividad profesional menor (entre tres y catorce horas semanales) en el primer Estado del beneficio de una ventaja social con las características de la prestación alemana de crianza, exclusión basada en que dicha persona no tiene en el primer Estado ni su domicilio ni su residencia habitual.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de julio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-325/05.

Ponente: Sr. R. Schintgen.

Voz: Acceso libre a un empleo: derecho de residencia.

Resumen: El Tribunal señala que un nacional turco, autorizado a entrar cuando era niño en el territorio de un Estado miembro en el marco de la reagrupación familiar y que ha adquirido el derecho a acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena sólo pierde el derecho de residencia en el Estado de acogida en los supuestos legalmente pre-

Régimen comunitario

vistos, aunque sea mayor de 21 años, no esté a cargo de sus padres, y haya cumplido una pena privativa de libertad que le ha alejado del mercado de trabajo durante varios años.

“De la resolución de remisión resulta que el Sr. Derin, nacido el 30 de septiembre de 1973, fue autorizado a reunirse, el 1 de julio de 1982, con sus padres en el territorio de la República Federal de Alemania por la vía de la reagrupación familiar.

El padre y la madre del Sr. Derin ejercieron legalmente una actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro durante seis y veinticuatro años respectivamente.

Tras su llegada a Alemania, el Sr. Derin asistió, del mes de agosto de 1982 al mes de julio de 1988, a la escuela primaria y, del mes de agosto de 1988 al mes de julio de 1990, a una escuela profesional. Terminó su escolaridad durante el año 1991 con la obtención de un certificado de estudios secundarios de nivel medio inferior («mittlere Reife»).

Una vez terminada su formación, el interesado trabajó legalmente por cuenta de varios empleadores sucesivamente, pero la duración de su actividad al servicio de un mismo empleador fue siempre inferior a un año.

Durante los años 1992 a 1996, el Sr. Derin ejerció legalmente una actividad de trabajador autónomo.

El 3 de septiembre de 2001, inició una formación para convertirse en conductor profesional, pero tuvo que interrumpirla debido a su encarcelación. No obstante, fue contratado de nuevo a partir del 17 de enero de 2005.

Desde el 10 de diciembre de 1990, el Sr. Derin es titular en Alemania de un permiso de residencia por tiempo indefinido.

En otoño de 1994, el Sr. Derin abandonó el domicilio familiar y fundó su propio hogar. Su esposa, de

nacionalidad turca, fue autorizada a reunirse con él en Alemania el 24 de febrero de 2002.

Con posterioridad al mes de agosto de 1994, el Sr. Derin fue condenado en varias ocasiones a multas por diversas infracciones y, mediante sentencia de 13 de diciembre de 2002, fue condenado a una pena de privación de libertad de más de dos años y medio por haber introducido clandestinamente extranjeros en Alemania.

El 24 de noviembre de 2003, se adoptó en su contra una decisión de expulsión por tiempo indefinido del territorio alemán. Debió haber sido conducido a la frontera inmediatamente después de su salida de prisión.

La administración nacional competente estima que el Sr. Derin reúne los requisitos para ser objeto de una expulsión automática con arreglo al artículo 47, apartado 2, punto 1, de la Ley de extranjería (Ausländergesetz; en lo sucesivo, «AusIG»), disposición según la cual un extranjero es expulsado, por regla general, si ha sido condenado por sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada a una pena de privación de libertad, cuya ejecución no ha sido suspendida, por una o varias infracciones intencionales. Sin embargo, dado que el demandante del litigio principal tenía un permiso de residencia por tiempo indefinido en Alemania y que había entrado en dicho Estado miembro cuando era menor de edad, disfruta de la protección reforzada contra la expulsión con arreglo al artículo 48, apartado 1, punto 2, de la AusIG y, por tanto, únicamente puede ser objeto de una medida de expulsión por razones graves de seguridad y de orden público. En el caso de autos, la mencionada administración tuvo que tomar la decisión de expulsión haciendo uso de su facultad de apreciación discrecional, de conformidad con el artículo 47, apartado 3, segunda frase, de la AusIG.

A este respecto, la administración nacional competente consideró que, si bien es cierto que el Sr.

Régimen comunitario

Derin reside desde su infancia en territorio alemán, no obstante no ha logrado integrarse en la sociedad alemana. Fue condenado por primera vez en 1994 y con posterioridad reincidió constantemente. Carece de toda percepción de lo ilícito, dado que las sanciones que le han sido impuestas no han producido ningún cambio en su comportamiento. Por tanto, es de suponer que tampoco su primera condena privativa de libertad causará mejora alguna de dicho comportamiento. Además, la expulsión del Sr. Derin podría tener un efecto disuasorio en otros nacionales extranjeros que se darían cuenta de las graves consecuencias que lleva la introducción clandestina de extranjeros en un Estado miembro. En efecto, es necesario adoptar medidas estrictas contra los pasadores, a la vista del problema que representa la presencia en Alemania de un número elevado de extranjeros en situación irregular. Además, el demandante en el litigio principal no disfruta de ningún derecho en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Decisión n.º 1/80 o del artículo 7 de ésta, ya que, por un lado, nunca estuvo empleado ininterrumpidamente durante más de un año con un mismo empleador y que, por otro, ya no vive con sus padres y ya no está a cargo de éstos.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

Un nacional turco, autorizado a entrar cuando era niño en el territorio de un Estado miembro en el marco de la reagrupación familiar y que ha adquirido el derecho a acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena de su elección con arreglo al artículo 7, párrafo primero, segundo guión, de la Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, sólo pierde el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, que es el corolario

de ese derecho de libre acceso, en dos supuestos, a saber:

- en los casos previstos en el artículo 14, apartado 1, de dicha Decisión o
- cuando abandona el territorio del Estado miembro de que se trate por un período significativo sin motivos legítimos,

aunque sea mayor de 21 años, ya no esté a cargo de sus padres, sino que lleva una existencia autónoma en el Estado miembro de que se trate, y no estuvo a disposición del mercado de trabajo durante varios años debido al cumplimiento de una pena privativa de libertad de tal duración que se dictó contra él y cuya ejecución no fue suspendida. Esta interpretación no es incompatible con las exigencias del artículo 59 del Protocolo Adicional, firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1970 y concluido, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad en virtud del Reglamento (CEE) n.º 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de julio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-367/05.

Ponente: Sr. Larsen.

Voz: Convenio Schengen: *non bis in idem*. Actuaciones penales en dos Estados contratantes.

Resumen: El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen en modo alguno permite que un Estado contratante se abstenga de juzgar una infracción penal por el único motivo de que el inculcado ya haya sido condenado en otro Estado contratante por otras infracciones penales animadas por la misma intención criminal.

“La Sra. Kraaijenbrink, nacional neerlandesa, fue condenada mediante sentencia del Arrondissementsrechtbank te Middelburg (Países Bajos), de 11 de diciembre de 1998, a una pena de seis meses de prisión, con suspensión de la ejecución, por varios delitos de

Régimen comunitario

receptación de cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes, cometidos en diversas ocasiones en los Países Bajos entre octubre de 1994 y mayo de 1995, con infracción del artículo 416 del Código Penal neerlandés (Wetboek van Strafrecht).

Mediante Sentencia de 20 de abril de 2001, el rechtbank van eerste aanleg te Gent condenó a la Sra. Kraaijenbrink a una pena de prisión de dos años por diversas infracciones del artículo 505 del Código Penal belga, en razón de transacciones monetarias efectuadas en Bélgica entre noviembre de 1994 y febrero de 1996 con dinero procedente de operaciones de tráfico de estupefacientes llevadas a cabo en los Países Bajos entre noviembre de 1994 y febrero de 1996. Dicha sentencia fue confirmada mediante sentencia de la Sala de lo Penal del hof van beroep te Gent de 15 de marzo de 2005.

Remitiéndose al artículo 71 del CAAS y al artículo 36, apartado 2, letra a), incisos i) y ii), de la Convención única, ambos tribunales consideraron que la Sra. Kraaijenbrink no podía invocar el artículo 54 del CAAS. En efecto, dichos tribunales estimaron que los delitos de receptación de cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes cometidos en los Países Bajos y las operaciones de blanqueo de dinero procedente de dicho tráfico realizadas en Bélgica debían considerarse en este último Estado hechos distintos, a pesar de la unidad de intención entre los delitos de receptación cometidos en los Países Bajos y los delitos de blanqueo de dinero cometidos en Bélgica.

La Sra. Kraaijenbrink interpuso entonces recurso de casación, invocando, en particular, la violación del principio *non bis in idem* formulado en el artículo 54 del CAAS.

El Hof van Cassatie observa, de entrada, que, contrariamente a lo que pretende la Sra. Kraaijenbrink, admitir que existe una «unidad de intención» entre los comportamientos ilícitos en los Países Bajos y el delito de blanqueo de dinero cometido

en Bélgica no implica necesariamente admitir que las cantidades de dinero que fueron objeto de operaciones de blanqueo en Bélgica sean las mismas que las cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes en relación con las cuales la Sra. Kraaijenbrink ya había sido condenada en los Países Bajos por receptación.

En cambio, de la sentencia del hof van beroep te Gent de 15 de marzo de 2005, contra la que se interpuso el recurso de casación, se desprende que los hechos producidos en los dos Estados contratantes son hechos diferentes que, sin embargo, constituyen la manifestación sucesiva y continuada de una misma intención criminal, de manera que, si hubieran sido cometidos en Bélgica, serían considerados como un solo hecho jurídico que habría sido juzgado de conformidad con el artículo 65 del Código Penal belga.

En consecuencia, el Hof van Cassatie estima que se plantea la cuestión de determinar si, a efectos del artículo 54 del CAAS, el concepto de «los mismos hechos» debe interpretarse en el sentido de que abarca hechos diferentes consistentes, por un lado, en poseer en un Estado contratante cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes y, por otro lado, en deshacerse, a través de las oficinas de cambio de moneda situadas en otro Estado contratante, de cantidades de dinero que tengan esa misma procedencia.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen (Luxemburgo), debe interpretarse en el sentido de que:

Régimen comunitario

—El criterio pertinente a efectos de la aplicación del citado artículo es el de la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido.

—Unos hechos diferentes –consistentes, por un lado, en poseer en un Estado contratante cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes y, por otro lado, en deshacerse, a través de las oficinas de cambio de moneda situadas en otro Estado contratante, de cantidades de dinero procedentes también de tal tráfico– no deben considerarse «los mismos hechos», a efectos del artículo 54 del CAAS, por el mero hecho de que el órgano judicial nacional competente compruebe que los hechos en cuestión están relacionados entre sí por una misma intención criminal.

—Corresponde a dicho órgano judicial nacional determinar si el grado de identidad y de conexión entre todas las circunstancias de hecho que han de compararse llega hasta el extremo de que resulte posible constatar, aplicando el criterio pertinente mencionado más arriba, que se trata de «los mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de julio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-490/04.

Ponente: Sr. Tizzano.

Voz: Desplazamiento de trabajadores.

Resumen: El Tribunal señala que Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben al haber adoptado una disposición según la cual las empresas de trabajo temporal extranjeras están obligadas a declarar no sólo la cesión de un trabajador a una empresa cesionaria en Alemania sino también toda modificación relativa al lugar de afectación de este trabajador.

“Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que

declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, al haber adoptado una normativa con arreglo a la cual:

—las empresas extranjeras están obligadas a cotizar al fondo alemán de vacaciones, aunque los trabajadores gocen de una protección esencialmente comparable de conformidad con la normativa del Estado en el que esté establecido su empleador [artículo 1, apartado 3, de la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores (Arbeitnehmer-Entsendegesetz), de 26 de febrero de 1996 (BGBl. 1996 I, p. 227; en lo sucesivo, «AentG»)];

—las empresas extranjeras están obligadas a traducir al alemán el contrato de trabajo o los documentos necesarios de conformidad con la legislación del país de origen del trabajador en el marco de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DO L 288, p. 32), las nóminas, los justificantes del tiempo trabajado y del pago del salario, así como cualquier otro documento que exijan las autoridades alemanas (artículo 2 de la AEntG);

—las empresas de trabajo temporal extranjeras están obligadas a declarar no sólo cada cesión de un trabajador a una empresa cesionaria en Alemania, sino también todo empleo que ésta le confíe en una obra (artículo 3, apartado 2, de la AEntG).

(...).

El Gobierno alemán invoca cuatro excepciones de inadmisibilidad del recurso, basadas, respectivamente, en la elección del artículo 49 CE como disposición pertinente para apreciar la conformidad de la AEntG con el Derecho comunitario, la duración excesiva del procedimiento administrativo previo, la falta de precisión de la demanda y la modificación del objeto del primer motivo formulado por la Comisión.

Régimen comunitario

Sobre la elección del artículo 49 CE como disposición pertinente para apreciar la conformidad de la AEntG con el Derecho comunitario.

Las autoridades alemanas consideran que las disposiciones controvertidas de la AEntG deben analizarse preferentemente a la luz de la Directiva 96/71, que se refiere específicamente al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Entienden, en particular, que la Comisión debería haber demostrado que la República Federal de Alemania no adaptó correctamente su Derecho interno a esta Directiva o que las referidas disposiciones no se aplican de manera conforme con dicha Directiva.

A este respecto, procede recordar que la Directiva 96/71 tiene por finalidad coordinar las legislaciones de los Estados miembros mediante la elaboración de una lista de normas nacionales que un Estado miembro debe aplicar a las empresas establecidas en otro Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores en su propio territorio.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, al haber adoptado una disposición, como el artículo 3, apartado 2, de la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores (Arbeitnehmer-Entsendegesetz), de 26 de febrero de 1996, según la cual las empresas de trabajo temporal extranjeras están obligadas a declarar no sólo la cesión de un trabajador a una empresa cesionaria en Alemania, sino también toda modificación relativa al lugar de afectación de este trabajador.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar a la Comisión de las Comunidades Europeas a soportar dos tercios de las costas. Condenar a la República Federal de Alemania a soportar un tercio de las costas.

4) La República Francesa cargará con sus propias costas.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 11 de septiembre de 2007.

Cuestión prejudicial: C-287/05.

Ponente: Sr. Bonichot.

Voz: Seguridad Social de trabajadores migrantes: prestación jóvenes discapacitados.

Resumen: Prestaciones especiales de carácter no contributivo: jóvenes discapacitados. Carácter no exportable. El abono de la prestación puede reservarse legítimamente a favor de personas que residan en el territorio del Estado miembro que otorga la prestación.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 2 *bis*, del Reglamento (CEE) n.º 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) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), y modificada por el Reglamento (CE) n.º 1223/98 del Consejo, de 4 de junio de 1998 (DO L 168, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»), así como el alcance de los artículos 12 CE, 18 CE, 39 CE y 7, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

Dicha petición ha sido planteada en el marco de un litigio interpuesto por el Sr. Hendrix contra el

Régimen comunitario

Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores por cuenta ajena; en lo sucesivo, «UWV»). El demandante recurre contra la denegación por parte de la demandada de la prestación regulada en la Ley de asistencia a la discapacidad en favor de jóvenes minusválidos (Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten), de 24 de abril de 1997 (Stb. 1997, n.º 177; en lo sucesivo, «Wajong»), debido a que el demandante no reside en los Países Bajos.

(...).

La Ley del seguro de incapacidad laboral (Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering), de 18 de febrero de 1966 (Stb. 1966, n.º 84; en lo sucesivo, «WAO»), asegura a los trabajadores por cuenta ajena contra el riesgo de pérdida salarial como consecuencia de una incapacidad laboral. El seguro se financia mediante las cotizaciones que deben pagar los empresarios en función de la retribución que abonan a sus empleados. Para tener derecho a una prestación en virtud de la WAO, es necesario estar asegurado en el momento en que acaezca la incapacidad laboral.

Hasta 1998, la Ley general sobre la incapacidad laboral (Algemene Arbeidsongeschiktheidswet), de 11 de diciembre de 1975 (Stb. 1975, n.º 674; en lo sucesivo, «AAW»), establecía un seguro general obligatorio que cubría a toda la población contra las consecuencias económicas de una incapacidad laboral de larga duración.

La AAW fue sustituida, por un lado, por la Ley sobre el seguro de incapacidad laboral de los trabajadores autónomos (Wet arbeidsongeschiktheids-verzekering zelfstandigen), de 24 de abril de 1997 (Stb. 1997, n.º 176), aplicable a los trabajadores por cuenta propia, y, por otro lado, por la Wajong, destinada a proteger a los jóvenes discapacitados contra las consecuencias económicas derivadas de una incapacidad laboral de larga duración.

La Wajong establece una prestación de grado mínimo a favor de los jóvenes que tengan una incapacidad laboral total o parcial de larga duración con anterioridad a su ingreso en el mercado de trabajo. Se consideran jóvenes discapacitados los residentes que ya tenían una incapacidad laboral en el momento de cumplir la edad de 17 años o que se vean afectados ulteriormente por una incapacidad laboral y hayan cursado estudios durante, al menos, seis meses a lo largo del año inmediatamente anterior al día en que se haya producido su incapacidad laboral. No se puede percibir la prestación antes de cumplir la edad de 18 años.

El importe de la prestación regulada en la Wajong depende del grado de incapacidad laboral –a partir de un umbral del 25%– y asciende al 70% del salario mínimo legal en caso de incapacidad laboral total. El derecho a esta prestación no está supeditado al pago de prima o cotización alguna ni a la existencia o no de recursos propios. No obstante, la prestación puede ser reducida si el beneficiario obtiene ingresos procedentes del trabajo o si se acumula esta prestación con otras prestaciones de incapacidad laboral.

(...).

El Sr. Hendrix nació el 26 de septiembre de 1975 y tiene nacionalidad neerlandesa. Padece una leve discapacidad mental. El 26 de septiembre de 1993 se le concedió una prestación con arreglo a la AAW que, a fecha 1 de enero de 1998, se sustituyó por una prestación regulada en la Wajong. Siempre se ha considerado que el Sr. Hendrix tiene una incapacidad laboral de entre el 80 y el 100%, porque en el mercado libre de trabajo no existen suficientes empleos que, desde un punto de vista objetivo, se adapten a sus competencias y capacidades.

A partir del 1 de febrero de 1994 el Sr. Hendrix comenzó a trabajar, en un puesto de trabajo adaptado, para el departamento de nóminas de Formido Bouwmarkt, en Maastricht (Países Bajos). Se trata de una actividad retribuida, pero el Sr. Hendrix

Régimen comunitario

continuaba percibiendo la prestación regulada en la Wajong, de la que se descontaba su sueldo. El Sr. Hendrix no ha ejercido ninguna actividad profesional fuera de los Países Bajos.

El 1 de junio de 1999 el Sr. Hendrix se trasladó a Bélgica, aunque continuó trabajando en los Países Bajos. Mediante resolución de 28 de junio de 1999, el UWV decidió extinguir con motivo de dicho traslado y con efectos a 1 de julio de 1999 la prestación abonada al Sr. Hendrix en virtud de la Wajong, en aplicación del artículo 17, apartado 1, inicio y letra c), de dicha Ley, según el cual la prestación se extinguirá a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que el joven discapacitado haya trasladado su residencia fuera de los Países Bajos.

Mediante resolución de 17 de septiembre de 1999, el UWV declaró infundada la reclamación presentada por el Sr. Hendrix contra la resolución de 28 de junio de 1999.

Mediante sentencia de 16 de marzo de 2001, el Rechtbank Amsterdam declaró infundado el recurso interpuesto por el Sr. Hendrix contra la resolución de 17 de septiembre de 1999. El Sr. Hendrix recurrió en apelación contra dicha sentencia ante el Centrale Raad van Beroep.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Una prestación como la regulada en la Ley de asistencia a la discapacidad en favor de jóvenes minusválidos (*Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten*), de 24 de abril de 1997, debe considerarse una prestación especial de carácter no contributivo en el sentido del artículo 4, apartado 2 *bis*, del Reglamento (CEE) n.º 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) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y modificada por el Reglamento (CE) n.º 1223/98 del Consejo, de 4 de junio de 1998, de manera que las personas que se encuentren en la situación del demandante sólo deben regirse por la regla de coordinación del artículo 10 *bis* de dicho Reglamento y el abono de la prestación puede reservarse legítimamente a favor de personas que residan en el territorio del Estado miembro que otorga la prestación. La circunstancia de que el interesado percibiera previamente una prestación para jóvenes minusválidos que tenía carácter exportable carece de relevancia a efectos de la aplicación de los citados preceptos.

2) Los artículos 39 CE y 7 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional adoptada en aplicación de los artículos 4, apartado 2 *bis*, y 10 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97 y modificada por el Reglamento n.º 1223/98, legislación nacional según la cual una prestación especial de carácter no contributivo que figura en el anexo II *bis* del citado Reglamento n.º 1408/71 sólo puede concederse a personas que residan en el territorio nacional. No obstante, la aplicación de dicha legislación no debe infligir en los derechos de una persona que se encuentre en la situación del demandante un perjuicio que vaya más allá de lo necesario para la consecución del objetivo legítimo de la ley nacional. Corresponde al órgano judicial nacional, que en la medida de lo posible debe interpretar la legislación nacional de modo compatible con el Derecho comunitario, tener en cuenta el hecho de que el trabajador en cuestión mantuvo la totalidad de sus vinculaciones económicas y sociales con el Estado miembro de origen.”

Régimen comunitario

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 20 de septiembre de 2007.

Cuestión prejudicial: C-116/06.

Ponente: Sr. Malenovsky.

Voz: Igualdad de trato: trabajadoras embarazadas. Permiso de maternidad.

Resumen: Permiso para el cuidado de hijos; medida en la que no se tiene en cuenta las modificaciones que implica para la trabajadora afectada el embarazo durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto: imposibilidad que la interesada que así lo solicita modifique la duración de su permiso para el cuidado de hijos a la hora de ejercitar su derecho al permiso de maternidad, de manera que queda privada de los derechos inherentes al permiso de maternidad.

“La Sra. Kiiski es profesora en el Tampereen Lyseon Lukio (instituto de Tampere). Su empleador es el Tampereen kaupunki, para el que trabaja en relación de empleo en la función pública sujeta al Convenio colectivo. El 3 de mayo de 2004, el director del instituto concedió a la Sra. Kiiski el permiso para el cuidado de hijos que ésta había solicitado para el cuidado de su hijo, nacido en 2003, durante el período comprendido entre el 11 de agosto de 2004 y el 4 de junio de 2005.

Nuevamente embarazada, la Sra. Kiiski solicitó el 1 de julio de 2004 una modificación de la resolución relativa al citado permiso para el cuidado de hijos, con el fin de que éste cubriese el período comprendido entre el 11 de agosto y el 22 de diciembre de 2004.

No obstante, el director del instituto informó a la interesada de que su solicitud no indicaba un motivo imprevisible y legítimo que permitiera modificar la duración del permiso para el cuidado de hijos con arreglo al Convenio colectivo. El 9 de agosto de 2004, la Sra. Kiiski completó su solicitud, señalando que estaba embarazada de cinco semanas y que su embarazo suponía una modificación sustancial de las posibilidades prácticas de cuidar de su hijo.

Comunicó su intención de reincorporarse al trabajo el 23 de diciembre de 2004, puesto que consideraba que no podía anular el permiso para el cuidado de hijos en su totalidad. El padre del niño tenía previsto solicitar a su vez un permiso parental en la primavera de 2005.

El director del instituto denegó la solicitud mediante resolución de 19 de agosto de 2004, en la cual señaló que, atendiendo a las directrices de aplicación del Convenio colectivo y a la jurisprudencia finlandesa, un nuevo embarazo no constituye un motivo legítimo para modificar la duración del permiso para el cuidado de hijos.

El padre del niño no obtuvo el permiso para el cuidado de hijos solicitado para la primavera de 2005, ya que, con arreglo al Convenio colectivo celebrado entre el Estado y sus funcionarios y agentes contractuales (valtion yleinen virka- ja työehtosopimus), los progenitores no pueden ejercer este derecho al mismo tiempo. Por consiguiente, la Sra. Kiiski declaró que deseaba interrumpir su permiso para el cuidado de hijos el 31 de enero de 2005 y acogerse desde ese mismo día al permiso de maternidad, con el fin de que su cónyuge pudiese solicitar por su parte el permiso para el cuidado de hijos. Sin embargo, el director del instituto denegó esta nueva solicitud con fecha 10 de diciembre de 2004, señalando que la decisión del empleador del cónyuge de denegar el permiso para el cuidado de hijos no constituye un motivo legítimo en el sentido del Convenio colectivo o de la legislación finlandesa.

La Sra. Kiiski consideró que estaba siendo víctima de una discriminación ilícita, por lo que recurrió contra su empleador ante el Tampereen käräjäoikeus (Tribunal de primera instancia de Tampere), al objeto de obtener un resarcimiento de los perjuicios materiales y morales que alegaba haber sufrido. Basó su recurso, particularmente, en la sentencia de 27 de febrero de 2003, Busch (C-320/01, Rec. p. I-2041). A este respecto, adujo que había sido objeto de una discriminación directa e indirecta por

Régimen comunitario

razón de sexo a causa de su nuevo embarazo, pues to que su empleador, al no reconocer el nuevo embarazo como motivo suficiente y al denegar consiguiientemente toda modificación de la duración de su permiso para el cuidado de hijos, le había impedido reincorporarse al trabajo y, por ende, acogerse al permiso de maternidad.

El Tampereen kaupunki alegó que la denegación de la interrupción del permiso para el cuidado de hijos no se debía al nuevo embarazo, sino a que, según el Convenio colectivo y la jurisprudencia finlandesa aplicables, el embarazo no constituye un motivo imprevisible y legítimo que permita justificar esta interrupción. Señaló que el nuevo embarazo no había operado modificaciones sustanciales e imprevisibles en las posibilidades prácticas de cuidar del primer hijo que tuvieran suficiente envergadura como para impedir a la interesada de forma duradera proceder a dicho cuidado.

Además, el Tampereen kaupunki consideró que la sentencia Busch, antes citada, no resulta pertinente al caso de autos. Afirmó que, en todo caso, aun presumiendo que pudiera existir una discriminación, su resolución estuvo motivada por razones objetivas y legítimas. Desde su punto de vista, la reincorporación anticipada de un trabajador en permiso para el cuidado de hijos a su puesto de trabajo siempre entraña consecuencias para los demás trabajadores, en particular para su sustituto.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con las condiciones de trabajo, así como los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), que regulan el permiso de maternidad, se oponen a una normativa nacional relativa al permiso para el cuidado de hijos que, en la medida en que no tiene en cuenta las modificaciones que implica para la trabajadora afectada el embarazo durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto, no permite que la interesada que así lo solicite modifique la duración de su permiso para el cuidado de hijos a la hora de ejercitar su derecho al permiso de maternidad, de manera que queda privada de los derechos inherentes al permiso de maternidad.”

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza
y Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@intermigra.info)

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2006
a 30 de junio de 2007)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. El reconocimiento de los Derechos Humanos (artículo 1 de la Convención). El caso MARKOVIC Y OTROS/ITALIA (Sentencia de 14 de diciembre de 2006).

III. El derecho a la vida (artículo 2 de la Convención). El caso ANTER Y OTROS/TURQUÍA (Sentencia de 19 de diciembre de 2006).

IV. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 de la Convención). A) El caso MUBILANZILA MAYEKA Y KANIKI MITUNGA/BÉLGICA (Sentencia del TEDDH de 12 de octubre de 2006) O EL TRATO INHUMANO DE UNA NIÑA. B) El caso SALAH/HOLANDA (Sentencia de 6 de julio de 2006 y arreglo amistoso de 8 de marzo de 2007). C) El caso KAJA/GRECIA (Sentencia de 27 de julio de 2006). D) El caso SALAH SHEEKH/HOLANDA (Sentencia 11 de enero de 2007).

V. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4 de la Convención).

VI. La detención del extranjero para su expulsión o su extradición (artículo 5 de la Convención). A) El caso SAADI/REINO UNIDO (Sentencia de 11 de julio de 2006). B) El caso JOHN/GRECIA (Sentencia de 10 de mayo de 2007).

VII. El derecho a un proceso equitativo (artículo 6 de la Convención). El caso HERMI/ITALIA (Sentencia de 18 de octubre de 2006).

VIII. No hay pena sin ley (artículo 7 de la Convención).

IX. El respeto al derecho de la vida familiar (artículo 8 de la Convención). A) El caso MUBILANZILA MAYEKA/BÉLGICA (Sentencia de 12 de octubre de 2006). B) El caso MUSA Y OTROS/BULGARIA (Sentencia de 11 de enero de 2007). C) El caso ÜNER/HOLANDA (Sentencia de 18 octubre de 2006). D) El caso ESTRIKH/LETONIA (Sentencia de 18 de enero de 2007). E) El caso CISTIAKOV/LETONIA (Sentencia de 8 de febrero de 2007).

Ángel G. Chueca Sancho

X. La libertad de pensamiento, conciencia y religión de los extranjeros (artículo 9 de la Convención). El caso IGORS DMITRIJEVS/LETONIA (Sentencia de 30 de noviembre de 2006).

XI. La libertad de expresión, opinión e información del extranjero (artículo 10 de la Convención).

XII. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 de la Convención). El caso GEBREMEDHIN (GABERAMADHIEN/ FRANCIA (Sentencia de 26 de abril de 2007). .

XIII. La prohibición de discriminar (artículo 14 de la Convención). El caso WAGNER Y J.M.W.L./ LUXEMBURGO (Sentencia de 28 de Junio de 2007).

XIV. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención). A) El caso OLAECHEA CAHUAS/ESPAÑA, Sentencia de 10 de agosto de 2006. B) El caso IGORS DMITRIJEVS/LETONIA (Sentencia de 30 de noviembre de 2006) .

XV. Condiciones de admisibilidad de la demanda (artículo 35 de la Convención).

XVI. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2 Protocolo n.º 4). A) El caso BOLAT/RUSIA (Sentencia de 5 de octubre de 2006). B) El caso TATISHVILI/RUSIA (Sentencia de 22 de febrero de 2007). C) El caso SISSANIS/RUMANIA (Sentencia de 25 de enero de 2007).

XVII. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º 4).

XVIII. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1 Protocolo n.º 7). El caso BOLAT/RUSIA (Sentencia de 5 de octubre de 2006).

XIX. La igualdad jurídica entre los esposos (artículo 5 Protocolo n.º 7).

XX. La satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención).

XXI. La condena en gastos y costas procesales.

XXII. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 de la Convención).

I. NOTA PRELIMINAR

El Consejo de Europa cuenta ahora mismo con 47 Estados miembros, tras el ingreso de Montenegro el 11 de mayo de 2007; cuenta además con un candidato, Bielorrusia (que lo es desde 1993 y no cumple las exigencias mínimas de democracia y respeto a los Derechos Humanos).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

La Convención Europea de Derechos Humanos ha sido ratificada asimismo por los 47 Estados miembros.

En el mismo Consejo de Europa, justamente rozando el período analizado, en concreto el 10 de julio de 2007, veían la luz los dos informes del Comité para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, sobre sus visitas efectuadas en julio-agosto de 2003 y diciembre de 2005, dedicando un apartado a los extranjeros¹.

Esta sexta Crónica examinará alrededor de 40 sentencias, que afectan cada día en mayor medida a todos los ámbitos de la Convención. Para no reiterar la argumentación, algunas veces simplemente señalaremos los datos básicos de la sentencia (incluida la decisión de violación o no violación de una norma convencional), dando mayor importancia a las sentencias que contienen mayor novedad.

Entre las sentencias analizadas tres plantean nuevas e interesantes cuestiones jurisprudenciales y prácticas. Son las dictadas en el caso MUBILANZA MAYEKA/BÉLGICA (menor no acompañada detenida en Bélgica, en tránsito hacia Canadá, expulsada a la República Democrática del Congo), ÜNER/HOLANDA (expulsión de residentes permanentes y de inmigrantes de segunda generación, así como la cuestión de la doble pena en el caso de las expulsiones) y OLAECHEA CAHUAS/ESPAÑA (violación de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal sobre un caso de extradición).

Conviene recordar asimismo que el texto completo de las sentencias analizadas en esta Crónica puede consultarse en inglés o francés (ambas lenguas oficiales del Consejo de Europa y de su Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en <http://www.echr.coe.int>.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 1 de la Convención: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”.

El caso MARKOVIC Y OTROS/ITALIA (Sentencia de 14 de diciembre de 2006)

Hechos:

El demandante y otras diez personas, todas ellas nacionales de Serbia-Montenegro, demandan a Italia por el bombardeo realizado por la OTAN en 1999 sobre la radiotelevisión yugoslava en Belgrado, como acción contra la actuación en Kosovo; el bombardeo provocó la muerte de 16 personas, entre ellas cinco parientes de los demandantes. Los demandantes alegan que los aviones que realizaron esa operación partieron de territorio italiano.

(1) Texto en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2007-07-10-fra.htm>.

El Gobierno italiano aduce la inadmisibilidad del caso por tratarse de personas que no dependían de su jurisdicción. Pero los demandantes habían presentado recursos contra tales hechos ante la jurisdicción italiana.

El TEDH dice y decide:

“49. El Tribunal recuerda que en el caso *Bankovic* y otros ya había indicado que ‘en lo que afecta al «sentido ordinario» de los términos correspondientes que figuran en el artículo 1 de la Convención, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, la competencia jurisdiccional de un Estado es principalmente territorial. Si el Derecho Internacional no excluye un ejercicio extraterritorial de su jurisdicción por parte de un Estado, los elementos generalmente citados para fundar tal ejercicio (nacionalidad, pabellón, relaciones diplomáticas y consulares, efecto, protección, personalidad pasiva y universalidad, sobre todo) por regla general se hallan definidos y limitados por los derechos territoriales soberanos de los Estados afectados...”

54. (...) El Tribunal considera que, a partir del momento en el que una persona presenta una acción civil ante los tribunales de un Estado, existe indudablemente un ‘lazo jurisdiccional’ en el sentido del artículo 1 de la Convención, y ello sin prejuzgar el desarrollo del procedimiento.

55. En este caso los demandantes habían presentado un recurso ante las jurisdicciones civiles italianas. Por tanto hay un «lazo jurisdiccional» entre ellos y el Estado italiano.”

Tras examinar las cuestiones de fondo, la sentencia señala que no ha existido violación del artículo 6 por parte de Italia.

Nota crítica:

La demanda no fue admitida por el TEDH salvo en cuanto afectaba al artículo 6 de la Convención, llegando a la conclusión de inexistencia de violación. Pero interesa recordar este aspecto para poder situar correctamente a los extranjeros en el sistema convencional del Consejo de Europa.

Destaca también el hecho de que estas personas dependían de la jurisdicción del Estado italiano simplemente por haber presentado demandas ante sus tribunales.

III. EL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 2 de la Convención:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Dos interesantes casos se presentan en esta materia: El de una condena a muerte y el de una muerte por accidente de trabajo.

El caso ANTER Y OTROS/TURQUÍA (Sentencia de 19 de diciembre de 2006)

Hechos:

Demandan a Turquía tres personas, una de ellas (Musa ANTER) nacional sueco e hijo del fallecido a manos de la policía turca en Diyarbakir. En las alegaciones Turquía adujo que, cuando llegaron los policías, Musa ANTER padre ya había fallecido.

El TEDH dice y decide:

“36. El artículo 2 de la Convención obliga al Estado no sólo a abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e irregular, sino también a adoptar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas dependientes de su jurisdicción...

37. Es necesario interpretar la extensión de la obligación positiva de modo que no se imponga a las autoridades un peso insoportable o excesivo, teniendo en cuenta las dificultades de la policía para ejercer sus funciones en las sociedades contemporáneas, la imprevisibilidad del comportamiento humano y las posibilidades operacionales en términos de prioridades y recursos. Por tanto cualquier amenaza alegada contra la vida de una persona no obliga a las autoridades, según la Convención, a tomar medidas concretas para prevenir su realización. Para que haya una obligación positiva debe haber sido probado que las autoridades sabían o debieron saber en el momento que un individuo concreto estaba amenazado de manera real e inmediata en su vida por hechos criminales de un tercero y que, teniendo en cuenta sus poderes, (el Estado) no había tomado las medidas que, desde un punto de vista razonable, sin duda hubieran paliado este riesgo.”

La sentencia condena a Turquía por no haber respetado este derecho ni en la prevención del delito ni en la investigación del mismo. Condena a ese Estado asimismo por violación del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo).

Nota crítica:

En demasiadas ocasiones el TEDH ha juzgado casos como el presente, en el que las fuerzas policiales no respetan la vida ni de nacionales (sobre todo si son kurdos) ni de extranjeros. En ningún caso existe una justificación para el asesinato; todavía menos si lo realiza una autoridad pública, pues su conducta se ve agravada por el hecho de prevalerse de su condición.

IV. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 3 de la Convención: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

De las siete sentencias del período analizado que afectan a los extranjeros en esta materia, destacan sobre todo cuatro, que examinamos a continuación: El caso MUBILANZA MAYEKA, el caso SALAH, el caso KAJA y el caso SALAH SHEEKH.

Las otras tres son:

- Sentencia de 6 de julio de 2006, dictada en el caso SYLLA/HOLANDA (demandante argelino, el TEDH aprecia violación del artículo 3).
- Sentencia de 6 de julio de 2006, dictada en el caso BAYBASIN/HOLANDA (demandante argelino, el TEDH aprecia violación del artículo 3), y
- Sentencia de 11 de julio de 2006, dictada en el caso JALLOH/ALEMANIA (demandante nacional de Sierra Leona, el TEDH aprecia violación del artículo 3).

A) El caso MUBILANZILA MAYEKA Y KANIKI MITUNGA/BÉLGICA (Sentencia del TEDDH de 12 de octubre de 2006) O EL TRATO INHUMANO DE UNA NIÑA²

Hechos:

La madre y la hija congoleñas (la pequeña de cinco años) demandan a Bélgica porque, al dirigirse la niña y un tío suyo por vía aérea a Canadá, es detenida en Bruselas porque carecía de la documentación adecuada para viajar. Tras estar retenida durante más de dos meses en el centro 127, cercano a Bruselas, centro que carecía de las medidas adecuadas para la estancia de niños, la pequeña era devuelta al Congo.

En el caso surge entre otras cuestiones la de la aplicación de la Convención de Derechos del Niño, de 1989. Se alega fundamentalmente que la niña había sufrido un trato inhumano.

El Tribunal dice y decide:

“49. El Tribunal recuerda que el artículo 3 de la Convención no admite ninguna excepción. Esta prohibición absoluta, por parte de la Convención, de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes muestra que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa...”

a) Sobre la detención de la segunda demandante:

“50. El Tribunal observa que las condiciones de detención de la segunda demandante, entonces de cinco años, eran las mismas que las de un adulto... El Gobierno demandado reconocía que el lugar de detención no estaba adaptado (para niños)...

51. Según el Tribunal es indudable que, a la edad de cinco años, un niño carece de autonomía, que depende de un adulto, y si está totalmente separado de sus padres y dejado a su propia decisión, es totalmente vulnerable...”

(2) Consultar en la REDMEX n.º 13, noviembre de 2006, pp. 187 y ss., D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso MUBILANZA MAYEKA Y KANIKI MITUNGA contra BÉLGICA”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

55. (La segunda demandante) se hallaba en situación de extrema vulnerabilidad. Teniendo presente la protección absoluta que brinda el artículo 3 de la Convención conviene conservar el espíritu de la norma, que es su elemento determinante, éste predomina sobre la cualidad de extranjero en residencia irregular de la segunda demandante. La segunda demandante se enmarcaba indudablemente en la categoría de las personas más vulnerables de una sociedad y corresponde al Estado belga protegerla y adoptar las medidas oportunas para ello...

58. Según el Tribunal, las decisiones adoptadas por las autoridades belgas: Advertir a la primera demandante de la situación, comunicarle el número del teléfono en el cual podía encontrar a su hija, designar a un abogado para asistir a la segunda demandante y mantener las relaciones sobre el caso con las autoridades canadienses y la embajada de Bélgica en Kinshasa estaban lejos de ser suficientes respecto a la obligación que pesaba en el caso sobre el Estado belga, que sin embargo disponía de una panoplia de medios. (El Tribunal) no duda de que la detención de la segunda demandante en las condiciones antes descritas la habían colocado en un estado de profundo desasosiego. El Tribunal estima, por tanto, que las autoridades que adoptaron la medida de la detención impugnada no podían ignorar las consecuencias psicológicas graves para ella. Ante sus ojos, semejante detención muestra falta de humanidad y alcanza el nivel requerido para ser calificada de trato inhumano..."

b) Sobre la devolución de la segunda demandante:

67. En cuanto a las condiciones de viaje propiamente dichas, aun cuando una asistente del centro acompañó a la niña hasta la aduana, la segunda demandante efectuó el viaje sola, sin ser acompañada por ninguna persona adulta...

Respecto a la acogida de la segunda demandante después del viaje, las autoridades belgas se conformaron con informar a su tío B., único pariente identificado en Kinshasa, de la llegada de su sobrina, pero no requirieron de manera expresa su presencia ni tampoco se aseguraron de ella. Por tanto el Tribunal no puede admitir la argumentación del Gobierno que afirma que no es responsable de esta situación, argumentando la circunstancia de que no les es imputable la dejadez de B. Las autoridades belgas ni habían contemplado ni puesto en marcha una solución de recambio para la acogida de la segunda demandante y ello constituye una total improvisación, teniendo en cuenta además que la niña tuvo que esperar cierto tiempo en el aeropuerto antes de que adoptasen una solución las autoridades congoleñas.

68. Según el Tribunal, de lo anterior se deduce que las autoridades belgas no velaron para que se produjese una recepción efectiva de la segunda demandante y tampoco tuvieron presente la situación real, que se arriesgaba a afrontar la niña tras su retorno a su país de origen. (El Tribunal) considera que lo anterior no es cuestionado por el hecho de que la compañía aérea tomara la iniciativa de asignar una azafata de vuelo... encargada de ocuparse de la niña durante el tiempo estricto del vuelo ni por el hecho de que finalmente la segunda demandante fuera recibida por un representante de las autoridades congoleñas tras una espera de seis horas en el aeropuerto.

69. El Tribunal considera que la devolución de la segunda demandante, en esas condiciones, le provocó necesariamente un sentimiento de angustia extrema y supuso una flagrante falta de humanidad hacia su persona, teniendo en cuenta su edad y su situación de menor no acompañada, de manera que la situación alcanzó el nivel necesario para ser calificado como trato inhumano. Considera asimismo que esta devolución constituye un incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado belga, que se abstuvo de adoptar las medidas y precauciones exigidas."

Por tanto, el TEDH decide que ha existido violación del artículo 3.

Nota crítica:

El caso demuestra el grado de insensibilidad ante los problemas de personas concretas, si carecen de la documentación necesaria, aun cuando estén en tránsito. Ciertamente la niña sufrió abundantes tratos inhumanos por parte de autoridades belgas; ello no significa que algunas personas, que formaban parte del aparato estatal belga en ese momento y estuvieron en contacto con ella, no la apoyaran todo lo posible.

Aparece además con toda su crudeza la dificultad planteada por cualquier devolución de menores no acompañados.

B) El caso SALAH/HOLANDA (Sentencia de 6 de julio de 2006 y arreglo amistoso de 8 de marzo de 2007)

Hechos:

Examinamos este caso pero en realidad la solución dada se corresponde casi totalmente con otros dos casos decididos contra Holanda el mismo día 6 de julio de 2006: Los casos SYLLA (el demandante era un nacional francés) y BAYBASIN (el demandante era un nacional turco).

El caso SALAH surge cuando un argelino había sido juzgado por varios delitos de agresión a personas, violación y asesinato. Tras la condena, en la prisión sufría la práctica de golpes, dados normalmente cada semana en las revisiones de las celdas, desde 1998 hasta 2003 el Reglamento del Centro de Máxima Seguridad (Extra Beveiligde Inrichting EBI). En 2003 dicho Reglamento fue modificado prohibiendo semejante práctica, tras haber dictado el mismo TEDH algunas sentencias en tal dirección y haber realizado una inspección el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

El TEDH dice y decide:

“58. El Tribunal recuerda que en las sentencias Van der Ven y Lorse y Otros (ya citadas) de 4 de febrero de 2003, había constatado que esta práctica debía calificarse como un trato contrario al artículo 3 de la Convención...”

Por tanto, hay violación del artículo 3.

Nota crítica:

En la civilizada Europa todavía quedan personas a las que se niegan los Derechos Humanos. Parece que no debiera existir ningún trato o pena inhumana o degradante, pero en Holanda estuvo presente en la norma y en la realidad hasta 2003.

El caso se solucionaría mediante arreglo amistoso constatado por la Sentencia de 8 de marzo de 2007, que obligaba a Holanda a pagar 2.500€ de compensación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

C) El caso KAJA/GRECIA (Sentencia de 27 de julio de 2006)

Hechos:

Un albanés es detenido por tráfico de drogas, juzgado y condenado a cuatro años de prisión y subsiguiente expulsión. El tribunal penal de Larissa ordenaba su detención con la condición de que abandonase el territorio griego; puesto en libertad el 14 de julio de 2003, inmediatamente era detenido para su expulsión; permanecía encarcelado en el centro de detención de la policía de Larissa, cuando el 4 de octubre del mismo año intentaba suicidarse; conducido al hospital, fue expulsado con la prohibición de entrada en Grecia durante tres años.

El TEDH dice y decide:

El Tribunal organizó una misión de investigación para establecer claramente los hechos, visitando la comisaría de policía citada y sus tres celdas de detención (párrs. 19-25).

“49. (...) El Tribunal considera que el centro de detención de la comisaría de Larissa no era un lugar apropiado para una detención tan larga como la infligida al demandante. Por su misma naturaleza, se trataba de un lugar destinado a acoger preventivos durante un corto período y no durante tres meses. Como presentaba caracteres que podían hacer nacer en el detenido un sentimiento de soledad, sin patio exterior para pasear o hacer ejercicio físico, ni comedor interno, ni aparato de radio o de televisión para contactar con el exterior, el centro de detención, aun cuando ofrezca condiciones aceptables para un corto período, no está adaptado a las necesidades de un encarcelamiento prolongado...”

Por ello el Tribunal decide que ha existido un trato degradante.

Nota crítica:

La lectura de la sentencia pone de relieve una vez más la arbitrariedad de las autoridades del Estado demandado. Se ha apreciado trato degradante precisamente por las condiciones del edificio de detención para la expulsión y ello tal vez sirva como patrón en otros casos de centros de detención

D) El caso SALAH SHEEKH/HOLANDA (Sentencia 11 de enero de 2007)

Hechos:

El somalí demandante había solicitado asilo en Holanda por haber sido perseguido por motivos de etnia. Su familia, de la minoría Ashaf, sufrió persecución e incluso un hermano suyo fue asesinado. Pero entró en territorio holandés con documentación y nombre falsos. Holanda había decidido su expulsión hacia Somalia.

El TEDH dice y decide:

“135. (...) El derecho al asilo político no está regulado en la Convención ni en los Protocolos. Sin embargo, al ejercer su derecho de expulsar a un extranjero, los Estados partes deben respetar el artículo

3 de la Convención que contiene uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos y penas inhumanas y degradantes independientemente de la conducta de la víctima, aun cuando sea indeseable o peligrosa. La expulsión de un extranjero debe tener presente esta norma, que según la Convención compromete la responsabilidad del Estado expulsante siempre que haya datos importantes que permitan pensar que la persona implicada, si es expulsada, debe enfrentarse a un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 3 en el país receptor. En estas circunstancias, el artículo 3 implica una obligación de no expulsar al individuo hacia ese país...

138. El Tribunal observa que no es intención del Gobierno el expulsar al demandante a cualquier parte de Somalia sino sólo a las zonas que considera como «relativamente seguras» (...) Según el Tribunal, también una expulsión hacia estas zonas relativamente seguras puede constituir una violación del artículo 3...”

El Tribunal decide que, si Holanda lo expulsa hacia territorio somalí, violará el artículo 3.

Nota crítica:

La doctrina clásica del TEDH es ahora completada observando que ni siquiera se le puede expulsar hacia esas zonas “relativamente seguras”. La sentencia cita dos entes políticos somalíes (Somaliland y Puntland), que funcionan como una especie de regiones autónomas o semi-independientes; además ambos entes políticos han rechazado expresamente admitir a somalíes que no sean de las etnias predominantes en esos territorios.

V. PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y DEL TRABAJO FORZADO (ARTÍCULO 4 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 4:

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.
 - b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
 - c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
 - d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

VI. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 5:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo l.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

Tres sentencias ha dictado el TEDH en este período que afecten a extranjeros. En las dos primeras se suscita sobre todo la violación del artículo 5, 1.º. La tercera sentencia (Caso ESTRIKH/LE-TONIA) será examinada al estudiar el artículo 8.

A) El caso SAADI/REINO UNIDO (Sentencia de 11 de julio de 2006)

Hechos:

Un iraquí de origen kurdo llegaba al aeropuerto londinense de Heathrow el 30 de diciembre de 2000 y solicitaba asilo; lograba primero un régimen de “admisión temporal”, válido hasta el 1 de enero de 2001.

Ante el TEDH el demandante alegaba que su detención desde el 2 al 9 de enero de 2001 en el Oakington Reception Centre no era compatible con el artículo 5.1.f), de la Convención y con el párrafo 2.º de la misma norma.

El TEDH dice y decide:

Sobre el artículo 5.1.f):

“31. El artículo 5.1.f), permite el arresto o la detención legal de una persona en dos circunstancias. La primera es el arresto o detención para prevenir que una persona efectúe una entrada no autorizada en el país. La segunda es el arresto o detención de una persona contra la cual se ha entablado una acción para su deportación o extradición...”

37. El Tribunal observa que los hechos del presente caso no son discutidos...

42. Surge asimismo ante el Tribunal la cuestión, asimismo suscitada ante los tribunales internos, de si está permitido a un Estado detener a un potencial solicitante de asilo o a un inmigrante en circunstancias en las cuales aquél no ofrece el riesgo de huida u otra conducta ilegal...

44. La detención de una persona implica una gran interferencia en la libertad personal y debe ser sometida a un cuidadoso análisis...”

Como existía riesgo de huida, el Tribunal decide que no ha existido violación de esta norma.

Sobre el artículo 5.2:

“51. El artículo 5.2, contiene una garantía elemental según la cual toda persona detenida debe conocer por qué ha sido privada de su libertad. Esta norma integra el esquema de protección previsto en el artículo 5...”

Como el demandante estuvo 76 horas sin ser informado de las razones de su detención, se ha violado el párrafo 2 del artículo 5.

Nota crítica:

Interesa destacar sobre todo el pronunciamiento respecto al apartado 2.º. El número de horas sin información sobre las razones de su detención no es elevado (pues totalizan poco más de 3 días), pero esta persona no fue informada en el más breve plazo posible.

B) El caso JOHN/GRECIA (Sentencia de 10 de mayo de 2007)

Hechos:

Un nigeriano entró en territorio griego de modo irregular. El mismo día sería detenido y enviado a un centro para su expulsión; pero el nigeriano solicitó asilo. Puesto en libertad, llegaba a Austria, formulaba la misma solicitud de asilo y el Gobierno austriaco lo remitía a Gre-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

cia (aplicando la Convención de Dublín de 1990 sobre determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros de la Unión Europea).

Una vez en territorio griego, de nuevo sería detenido para su expulsión; pero en el centro de detención transcurrió el plazo máximo previsto por la legislación griega (tres meses) sin que se produjese la ejecución de esta decisión y por ello fue puesto en libertad. De nuevo detenido, sería finalmente expulsado (tras varios intentos fallidos) el 20 de junio de 2004.

El TEDH dice y decide:

“26. El Tribunal recuerda que el artículo 5.1.º, contiene la lista exhaustiva de las circunstancias en las cuales los individuos pueden ser legalmente privados de su libertad, teniendo en cuenta que estas circunstancias exigen una interpretación estricta puesto que se trata de excepciones a una garantía fundamental de la libertad individual...

27. En el caso nadie impugna el argumento según el cual durante el período examinado el demandante estaba detenido en espera de su expulsión, según el artículo 5.1.f), de la Convención. Esta disposición exige solamente que «esté en curso un procedimiento de expulsión»; no ha lugar a preguntarse por tanto si la decisión inicial de expulsión se justifica o no según la legislación interna o la Convención...

28. El Tribunal recuerda que los términos «regularmente» y «con arreglo al procedimiento establecido por la ley», que figuran en el artículo 5.1.º, remiten esencialmente a la legislación nacional y consagran la obligación de respetar tanto las normas de fondo como las de procedimiento. La Convención exige en definitiva la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5: Proteger al individuo contra la arbitrariedad...

35. (...) El Tribunal no puede ignorar que las autoridades agotaron los límites legales sin proceder a la expulsión del demandante. En efecto, desde el 1 de enero hasta el 29 de marzo de 2004 no mostraron diligencia, puesto que no adoptaron ninguna medida para ejecutar la orden de expulsión y enviar al demandante a Nigeria antes de que terminase el plazo previsto por la ley. Además el Gobierno no ha presentado ninguna razón susceptible de justificar esta inercia...”

Por todo ello decide que ha existido violación del artículo 5.1.º.

Nota crítica:

La dejadez de las autoridades griegas en este caso resulta palmaria. Ausencia de diligencia o inercia son calificaciones bastante claras.

En la perspectiva jurídica recordaremos una vez más que las normas de la Convención muchas veces deben ser completadas por las normas internas. Pero éstas no deben superar los límites marcados por las convencionales.

VII. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCION)

“Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene derecho:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

Nada menos que 14 sentencias ha dictado el TEDH sobre este artículo que afecten a extranjeros. Algunas sentencias suscitan diversas cuestiones del artículo 6; otras se centran en la gran cuestión de fondo, la excesiva duración de los procedimientos judiciales.

Vamos a examinar a continuación la sentencia más relevante, dictada en el caso HERMI/ITALIA.

Otras sentencias de interés son:

- Sentencia de 18 de julio de 2006, dictada en el caso PEDOVIC/REPÚBLICA CHECA (demandante croata, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º).
- Sentencia de 28 de septiembre de 2006, dictada en el caso HU/ITALIA (demandante chino, el TEDH constata la violación del artículo 6, 1.º).
- Sentencia de 14 de diciembre de 2006, dictada en el caso SOLOVYEK/UCRANIA (demandante israelí, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º).
- Sentencia de 21 de diciembre de 2006, dictada en el caso ZUNIC/ITALIA (demandante nacional de Bosnia-Herzegovina, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º, y 3.º).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

- Sentencia de 16 de enero de 2007, dictada en el caso FARHI/FRANCIA (demandante marroquí, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º).
- Sentencia de 8 de febrero de 2007, dictada en el caso KOLLKACU/ITALIA (demandante albanés, el TEDH aprecia violación del artículo 6.3.º).
- Sentencia de 15 de marzo de 2007, dictada en el caso SCHREPLER/RUMANIA (demandante alemán, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º).
- Sentencia de 27 de marzo de 2007, dictada en el caso APOSTOLIDI Y OTROS/TURQUÍA (cinco demandantes griegos, el TEDH aprecia violación del artículo 6).
- Sentencia de 24 de mayo de 2007, dictada en el caso DA LUZ DOMINGUES FERREIRA/BÉLGICA (demandante portugués, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º), y
- Sentencia de 31 de mayo de 2007, dictada en el caso MIHOLAPA/LETONIA (antiguo nacional de la ex URSS, el TEDH aprecia violación del artículo 6.1.º).

El caso HERMI/ITALIA (Sentencia de 18 de octubre de 2006)

Hechos:

El tunecino Faussi HERMI es detenido con casi medio kilogramo de droga; juzgado y condenado, acusa a Italia de haber violado el artículo 6 de la Convención.

El TEDH dice y decide:

“a) Derecho de participar en la vista.

58. La comparecencia del detenido reviste una importancia capital para el interés de un proceso penal equitativo y justo... y la obligación de garantizar al acusado el derecho a estar presente en la sala de la audiencia –sea durante el primer proceso entablado contra él, sea durante un nuevo proceso– es uno de los elementos esenciales del artículo 6...

59. Efectivamente, aunque no sea mencionado en términos expresos en el párrafo 1 del artículo 6, la facultad para el «acusado» de participar en la audiencia deriva del objeto y el fin del conjunto del artículo...

b) Derecho del acusado de ser informado de las acusaciones presentadas contra él.

68. Según el párr. 3.º, a), del artículo 6 de la Convención, todo acusado tiene derecho «a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él». Si bien no especifica que es necesario dar o traducir por escrito a un inculpado extranjero las alegaciones pertinentes, esta norma demuestra la necesidad de tener un cuidado extremo al «notificar» la acusación al interesado. El acta de acusación juega un papel determinante en las acusaciones penales... Un acusado al cual la lengua empleada por el tribunal no le sea familiar, puede encontrarse en la práctica en desventaja si no se le da también una traducción del acta de acusación, redactada en un idioma que comprenda...

69. Además el párrafo 3.c), del artículo 6 proclama el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete. Este derecho no se aplica solamente a las declaraciones orales en la audiencia, sino también a los documentos escritos y a la instrucción preparatoria...”

El TEDH decide (en Gran Sala, por doce votos contra cinco) que en este caso no ha existido violación del artículo 6.

Nota crítica:

El caso tiene un gran interés teórico y práctico. El derecho a un intérprete se ha extendido considerablemente en esta sentencia.

VIII. NO HAY PENA SIN LEY (ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 7:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

IX. EL RESPETO AL DERECHO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 8:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

De los 12 casos sentenciados en el período analizado, cinco presentan como característica básica los problemas derivados del divorcio y el derecho de visita a los hijos. Son los siguientes:

- Sentencia de 13 de julio de 2006, dictada en el caso LAFARGUE/RUMANIA (demandante francés, el TEDH aprecia violación del artículo 8).
- Sentencia de 27 de julio de 2006, dictada en el caso IOSUB CARAS/RUMANIA (demandantes binacionales israelo-rumanos, el TEDH aprecia violación del artículo 8).
- Sentencia de 21 de septiembre de 2006, dictada en el caso MOSER/AUSTRIA (demandante serbio, el TEDH aprecia violación del artículo 8).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

- Sentencia de 12 de diciembre de 2006, dictada en el caso BAJRAMI/ALBANIA (demandante kosovar, el TEDH aprecia violación del artículo 8), y
- Sentencia de 18 de enero de 2007, dictada en el caso KAPLAN/AUSTRIA (demandantes turcos, el TEDH aprecia violación del artículo 8).

Examinaremos ahora los casos MUBILANZILA MAYEKA/BÉLGICA, MUSA Y OTROS/BULGARIA, ÚNER/HOLANDA, ESTRIKH/LETONIA y CISTIakov/LETONIA. Muy similar a este último caso pero más incompleta es la sentencia dictada en el caso KONSTANTINOV/HOLANDA (el 26 de abril de 2007, demandante serbio, el TEDH aprecia que no ha existido violación del artículo 8).

Por otro lado, el TEDH había dictado el 19 de septiembre de 2006 su sentencia en el caso WHITE/SUECIA (demandante británico, acusado en la prensa sueca del asesinato de Olor PALME); en ella no apreció violación del derecho a la vida privada.

A) El caso MUBILANZILA MAYEKA/BÉLGICA (Sentencia de 12 de octubre de 2006)

Hechos:

Consultar los hechos expuestos en el artículo 3.

El TEDH dice y decide:

“81. (...) La detención en los centros de retención de extranjeros esperando su expulsión sólo es aceptable para permitir a los Estados combatir la inmigración clandestina respetando siempre sus compromisos internacionales, en cuyo grupo se hallan la misma Convención así como la Convención de Nueva York de 1989 sobre los derechos del niño (ratificada por Bélgica en 1991).

Por tanto, el deseo de los Estados de abortar las tentativas de superar las restricciones a la inmigración no debe privar a los extranjeros de la protección concedida por estas convenciones lo mismo que no debe privar al menor extranjero, además no acompañado, de la protección debida a su situación. *Es pues necesario conciliar la protección de los derechos fundamentales y los imperativos de la política de inmigración de los Estados.*

82. El Tribunal observa que la detención tuvo como consecuencia en el caso el separar a la segunda demandante del miembro de su familia al que había sido confiado y a cuyo cargo estaba, confiándole así el estatuto de menor extranjero no acompañado, caracterizado en esa época por una situación de vacío jurídico. Esta detención retrasó además de modo significativo el reencuentro de las dos demandantes. El Tribunal constata además que la acción de las autoridades en ningún momento tendió a la reunificación de madre e hija, sino que actuó en sentido contrario. Informadas desde el comienzo de que la primera demandante se hallaba en Canadá, las autoridades belgas hubieran debido realizar todo tipo de gestiones adecuadas ante las autoridades canadienses para aclarar la situación y reunir a las interesadas. El Tribunal opina que este deber se imponía todavía con más fuerza a partir del 16 de octubre de 2002, fecha en la cual las autoridades belgas recibieron un fax del Alto Comisionado para los Refugiados, que contradecía las informaciones de las que disponían hasta entonces...

85. En definitiva, teniendo en cuenta que la segunda demandante era una menor extranjera no acompañada, las autoridades belgas tenían la obligación de facilitar la reunificación familiar...”

El Tribunal decide que se ha violado asimismo el artículo 8.

Nota crítica:

Los hechos y el pronunciamiento del TEDH en esta materia resultan meridianamente claros. Las consecuencias para la menor pudieron ser todavía más desastrosas.

Habrà que resaltar el valor de los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos, aspecto sobre el cual el autor de esta Crónica viene insistiendo desde hace casi una década. En tal dirección sobresale el pronunciamiento del TEDH, cuando dice: “Es pues necesario conciliar la protección de los derechos fundamentales y los imperativos de la política de inmigración de los Estados”.

B) El caso MUSA Y OTROS/BULGARIA (Sentencia de 11 de enero de 2007)

Hechos:

Un nacional jordano de origen palestino emigra a Bulgaria, donde contrae matrimonio, del cual nacen tres hijos. Se dedicaba sobre todo a dirigir instituciones musulmanas de caridad.

Alegando razones de seguridad pública (creación de una organización islamista denominada “Los Hermanos Musulmanes” y realización de actividades religiosas no autorizadas) y los intereses del Estado, se le retira su permiso de residencia permanente. Mediante una orden policial, no susceptible de ningún recurso y sin explicar los hechos concretos atribuidos a esta persona, se decide su expulsión. A pesar de todo, el demandante recurre en anulación ante el Ministro del Interior, sin ningún éxito. Sería expulsado en agosto de 2000.

El TEDH dice y decide:

“56. El Tribunal constata que en el momento de la retirada de su carta de residencia permanente el demandante vivía en Bulgaria desde hacía quince años, donde se hallaba legalmente establecido. Antes de su expulsión del país, estaba casado con una nacional búlgara (la segunda demandante) con la que tiene tres hijos (los otros tres demandantes).

57. Respecto a los otros tres demandantes, el Tribunal recuerda que la noción de vida familiar sobre la que reposa el artículo 8 implica que un niño nacido de una unión matrimonial se inserta en esta relación por pleno derecho; por tanto y por el solo hecho de su nacimiento existe entre él y sus padres un lazo constitutivo de «vida familiar»...

58. En estas circunstancias, el Tribunal considera que las medidas adoptadas contra el primer demandante constituyen una ingerencia en el derecho de los demandantes a su vida privada y familiar incluso si aquéllas no producen el efecto de cortar todo lazo entre los miembros de la familia...”

Como la ley vigente entonces en Bulgaria no permitía ningún recurso contra la decisión de expulsión, el TEDH decide que ha existido violación del artículo 8.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

No existía ninguna duda de la solidez de la vida familiar en este caso; sí está clara la arbitrariedad del Estado búlgaro en cuanto a no permitir recurso alguno. Precisamente la legislación en esta materia cambió como consecuencia de una sentencia dictada por el TEDH en el caso AL-NASHIF Y OTROS (Sentencia de 20 de junio de 2002, ver la primera crónica publicada en esta *REDMEX*).

C) El caso ÜNER/HOLANDA (Sentencia de 18 octubre de 2006)³

Hechos:

Un nacional turco, llegado a Holanda a los doce años mediante reagrupación familiar, era juzgado y condenado por diversos delitos (desórdenes públicos, robo, etc.); era por otro lado condenado por homicidio involuntario a siete años de prisión. El demandante había mantenido una relación con una holandesa y de ella habían nacido dos hijos, reconocidos por él, de nacionalidad holandesa.

Tras cumplir la condena, el Secretario de Justicia decide su expulsión, al considerar que pesaban más las razones de orden público y de seguridad pública que la vida familiar del demandante.

La cuestión básica es la de si se puede expulsar a un inmigrante de la denominada “segunda generación”, aun cuando en este caso el demandante no había nacido en Holanda, su situación se asemeja bastante.

El TEDH dice y decide:

“54. (...) Los Estados partes tienen la facultad de expulsar a un extranjero delincuente. Pero sus decisiones en esta materia, en la medida en que atentaría contra un derecho protegido por el párrafo 1.º del artículo 8, deben ser necesarias en una sociedad democrática, o sea justificadas por una necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcionadas al fin legítimo perseguido...”

55. El Tribunal considera que estos principios se aplican independientemente de la cuestión de saber si un extranjero ha entrado en el país receptor a la edad adulta o a temprana edad o incluso si ha nacido allí. Remite en este punto a la Recomendación 1504 (2001) sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga duración, en la cual la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa recomendaba que el Comité de Ministros invitara a los Estados miembros, entre otras cosas, a garantizar que los inmigrantes de larga duración en ningún caso fuesen expulsados. Si bien cierto número de Estados partes han adoptado leyes y reglamentos previendo que los inmigrantes de larga duración nacidos en su territorio o llegados a temprana edad en ningún caso pueden ser expulsados... un derecho tan absoluto como la no expulsión no puede sin embargo deducirse del artículo 8 de la Convención, cuyo párrafo 2.º está redactado en términos tales que autorizan claramente excepciones a los derechos generales garantizados en el párrafo 1.º.

(3) Ver análisis de Cédrix RAUX en la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 71, 2007, pp. 837 y ss.

56. La recomendación de la Asamblea parlamentaria antes citada preconiza también que los inmigrantes de larga duración que hayan cometido una infracción penal, excepto los incluidos en la categoría mencionada en el párrafo 55 anterior, sea sometidos a procedimientos y penas de derecho común aplicables a los nacionales y que la sanción de expulsión se reserve a infracciones particularmente graves que afecten a la seguridad del Estado... El Tribunal estima además que una decisión de revocar un permiso de residencia y /o de pronunciar una medida de prohibición del territorio respecto a un inmigrado de larga duración como consecuencia de una sanción penal que le ha supuesto al interesado una condena a una sanción penal no constituye doble pena, ni a los fines del artículo 4 del Protocolo n.º 7 ni de un modo más general. Los Estados partes tienen el derecho de tomar, respecto a las personas que hayan sido condenadas por infracciones penales, medidas para proteger la sociedad, siempre en el buen entendido de que, cuando estas medidas afecten a derechos garantizados por el artículo 8, 1.º, sean necesarias en una sociedad democrática y proporcionadas al fin perseguido. Semejantes medidas administrativas deben ser consideradas con carácter preventivo más que punitivo...

65. El Tribunal no ignora que la medida de prohibición de entrada en el territorio pronunciada contra el demandante tiene para él consecuencias más importantes que la retirada de su permiso de residencia, puesto que hace imposible cualquier visita suya (incluso de corta duración) a Holanda. Pero, teniendo presentes la naturaleza y la gravedad de las infracciones cometidas por el interesado, así como el hecho de que la prohibición de entrada en el territorio se limita a diez años, el Tribunal no puede concluir que el Estado demandado ha hecho prevalecer muy ampliamente sus propios intereses cuando decidió imponer esta medida.”

Por eso decide que no ha existido violación del artículo 8 en este caso.

Nota crítica:

La sentencia plantea dos temas fundamentales de gran envergadura: La situación de los inmigrantes de segunda generación y la doble pena.

En el primero de ellos, durante los años noventa del siglo pasado, se hablaba de este tipo de personas como “cuasi-nacionales”, un estatus semipolítico indefinido pero que señalaba que esas personas no podían sufrir la expulsión; pero la doctrina dejó de utilizar esta expresión cuando las fronteras europeas se cerraron mucho más, fortaleciendo la ciudadela europea, sobre todo tras los criminales atentados islamistas de EE.UU., Madrid y Londres.

La solución dada por el TEDH en este caso no parece irracional, pero tampoco demasiado centrada en los derechos del demandante, que se hallaba (tras cumplir condena penal) claramente integrado en la sociedad holandesa.

Precisamente la sentencia (pár. 39) recuerda que, aun cuando en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa los inmigrantes de la segunda generación pueden ser expulsados, en 8 Estados (que son Austria, Bélgica, Francia, Hungría, Islandia, Noruega, Portugal y Suecia), esos inmigrantes no pueden ser expulsados; mientras en Islandia y Noruega solamente se benefician de esa medida de no expulsión los nacidos en los territorios de esos Estados, en los restantes se benefician asimismo los que llegaron siendo niños (la edad mínima tomada en consideración en esta materia va desde los tres años en Austria hasta los quince en Suecia).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

A nivel general, la idea de la cuasi-nacionalidad debiera servir para replantear en términos racionales la cuestión de los derechos políticos de los residentes de larga duración. Y ese replanteamiento debe llegar ya a la atribución de derechos políticos (al menos a nivel municipal) de los inmigrantes con estatuto de residentes de larga duración.

La segunda cuestión, la denominada de *la doble pena* sufrida por los extranjeros (cuando son expulsados tras la comisión de un delito y tras cumplir la correspondiente pena privativa de libertad) presenta aquí un planteamiento no demasiado alejado de los presupuestos estatales; se aduce la diferente naturaleza de las penas, negando que exista doble pena. Pero se olvida con facilidad la identidad de los hechos que provocan esas dos penas y el hecho de que un nacional (por los mismos delitos) solamente sufre una pena. El principio de igualdad y no discriminación, en materia penal, queda así por lo menos disminuido, si no claramente violado.

D) El caso ESTRIKH/LETONIA (Sentencia de 18 de enero de 2007)

Hechos:

El demandante, un nacional ruso que había llegado a Letonia como militar cuando formaba parte de la antigua URSS, mantenía una relación de hecho con una letona, fruto de la cual nacería un niño. Tras la desaparición de la URSS, obtuvo un permiso de residencia temporal, finalizado el cual abandonó territorio letón.

En 1994 volvía con un visado, pero permaneció irregularmente en ese Estado una vez caducado el visado. Cuando iba a ser expulsado, presenta una demanda primero en el ámbito interno y, agotados los recursos internos, ante el TEDH. Había alegado la violación de los artículos 5, 6 y 8 de la Convención pero sin duda el máximo interés lo ofrece el examen del artículo 8.

El TEDH dice y decide:

“165. El Tribunal recuerda que la protección del artículo 8 va mucho más allá de la familia tradicional... La noción de familia según esta norma incluye los lazos familiares de facto. Un niño nacido de tal relación forma parte ipso jure de la unidad familiar desde el mismo momento de su nacimiento... El derecho al respeto de la vida familiar es protegido por el artículo 8, 1.º, y puede restringirse de modo justificado solamente cumpliendo las condiciones del segundo párrafo de esta norma.

166. El Tribunal reitera que la detención, o cualquier otra medida que prive de su libertad a una persona, lleva consigo limitaciones de su vida privada y familiar... Estas restricciones o limitaciones en las visitas familiares constituyen una interferencia a este derecho según el artículo 8 y en primer lugar deben ser aplicadas en total «concordancia con la ley».

167. Para determinar si una interferencia está en concordancia con la ley, el Tribunal aplica el test tridimensional de previsibilidad... En primer lugar debe quedar probado que la interferencia con el derecho tiene una base en el derecho nacional... en segundo lugar la norma debe ser accesible y, en tercer término, la norma debe haber sido formulada de modo que cualquier persona pueda prever, hasta el punto en el que sea razonable teniendo en cuenta las circunstancias, las consecuencias para ella...”

El Tribunal observa que existían normas, pero que estas no habían sido publicadas y por ello no eran accesibles para las personas. Por eso decide que ha existido violación del artículo 8.

Nota crítica:

Hemos de recordar el caso SLIVENKO, ya analizado en esta Crónica. Pero la violación se produce principalmente porque las denominadas Normas Transitorias sobre el Procedimiento aplicable a las personas sospechosas, acusadas, detenidas y sentenciadas que permanecen en prisión no había sido publicado

A pesar del éxito en su demanda, el TEDH no puede obligar al Estado letón a que readmita en su territorio al demandante, queda por tanto un claro regusto de insatisfacción que la compensación económica (5.000 €) no puede eliminar.

E) El caso CISTIAKOV/LETONIA (Sentencia de 8 de febrero de 2007)

Hechos:

El lituano demandante había sido detenido en territorio letón por robo a mano armada, uso no autorizado de armas de fuego, etc. Juzgado y condenado, el demandante criticaba las restricciones sufridas en el contacto con su familia, limitaciones que afectaban a la correspondencia con su madre y con su esposa.

El TEDH dice y decide:

“86. En la medida en la que se queja de la prohibición de visitas familiares, el Tribunal recuerda que el 10 de abril de 1997 su madre solicitó al fiscal del tribunal regional de Riga una autorización para visitarlo, que le fue concedida...

87. En cuanto a la correspondencia del demandante con los miembros de su familia, el Tribunal no duda de que en el caso ha existido «ingerencia de una autoridad pública». Respecto a la conformidad de esta ingerencia con el párrafo 2 del mismo artículo, de las explicaciones del Gobierno se deduce que la restricción se produjo según el artículo 53 de la decisión n.º 113 del Ministro del Interior, sometiendo la correspondencia de los detenidos con sus familias a la autorización de la autoridad encargada del dossier... Pero, como el Tribunal ha indicado ya... tiene las mayores dudas de si esta decisión corresponde en el sistema jurídico letón a la noción de «ley» en el sentido del artículo 8, 2.º... Incluso suponiendo que fuera así, el Tribunal considera que esta norma dejaba a las autoridades nacionales una enorme amplitud... En otros términos, es evidente que el demandante no ha disfrutado del grado mínimo de protección deseado para la preeminencia del derecho en una sociedad democrática...”

El TEDH decide que ha existido violación de este artículo 8, en cuanto al respeto de su vida familiar y al respeto de su correspondencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

Ha de destacarse que, si aplicamos los parámetros establecidos por la Convención y concretados por el Tribunal, no puede ser considerado como norma cualquier elemento normativo del derecho interno. Según el TEDH y la misma Convención, la norma debe tener una calidad, debe ser válida en una sociedad democrática. Si no tiene esa calidad, no cumple las exigencias convencionales, sea cual sea su modo de producción normativa.

X. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCIÓN)

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión a sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

El caso IGORS DMITRIJEVS/LETONIA (Sentencia de 30 de noviembre de 2006)

Hechos:

El demandante, que era “no-ciudadano residente permanente” (a pesar de haber nacido en la capital letona), había sido detenido acusado de agresión sexual; fue internado en régimen de detención preventiva en los calabozos de la Comisaría Central de Riga; no se le permitió mantener correspondencia con su madre y se dificultó enormemente su relación epistolar con el mismo TEDH.

La sentencia condena a Letonia por violación del derecho al respeto de su correspondencia tanto con su madre como con el TEDH. Pero nos interesa sobre todo la violación del derecho a la libertad religiosa. Con posterioridad analizaremos la violación del artículo 34 de la Convención.

El TEDH dice y decide:

El juez correspondiente rechazó la participación en los oficios religiosos porque “no se podía garantizar el aislamiento durante las celebraciones”.

“79. El Tribunal estima que el hecho de prohibirle al demandante la participación en los servicios religiosos cuando él lo solicitaba, sin ninguna duda ha constituido una ingerencia en el ejercicio

de su derecho «de manifestar su religión o su convicción (...) mediante el culto (...), las prácticas y el cumplimiento de los ritos», según el artículo 9.1.º ... Respecto a la conformidad de tal ingerencia con el párrafo 2.º del mismo artículo, el Tribunal observa que en el momento de los hechos ninguna disposición de derecho interno regía el ejercicio de los derechos religiosos de las personas en detención preventiva. Efectivamente, parece que el artículo 46.1 del Código de Ejecución de las Penas, relativo a la asistencia espiritual en prisión, no se aplica más que a los condenados...

80. En estas condiciones, el Tribunal estima que la ingerencia en la libertad del demandante de manifestar su religión o convicción no estaba «prevista por la ley», en el sentido del artículo 9.2.º, de la Convención...”

El TEDH decide que ha existido violación asimismo de este artículo 9.

Nota crítica:

La resolución del TEDH resulta directa. Una vez que no se cumplía el primero de los requisitos del artículo 9, 2.º, para limitar dicho derecho, declara su violación sin analizar los restantes.

XI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OPINIÓN E INFORMACIÓN DEL EXTRANJERO (ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCIÓN)

Artículo 10. Libertad de expresión.

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XII. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 13:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

De los cuatro casos que afectan a esta norma durante el período examinado destaca el caso GEBREMEDHIN. Además tiene interés el caso BASHIR Y OTROS/BULGARIA (demandante pakistaní, casado con búlgara –ambos tienen un hijo– expulsado a su país el 7 de mayo de 2000 por problemas en su documentación; el TEDH, en su Sentencia de 17 de junio de 2007, aprecia violación de los artículos 5, 8 y 13 de la Convención); lo mismo sucede con el caso MIKADZE/RUSIA, en cuya Sentencia de 7 de junio de 2007 el TEDH apreciaba violación del artículo 13, combinado con el artículo 3).

Además llegaba a la Gran Sala el caso RAMÍREZ SÁNCHEZ/FRANCIA (en el cual es demandante el conocido terrorista “Carlos”, caso ya sentenciado en 2005 y analizado en la correspondiente Crónica); la Sentencia de 4 de julio de 2006 aprecia violación del artículo 13 pero no del artículo 3, como alegaba el demandante.

El caso GEBREMEDHIN (GABERAMADHIEN/ FRANCIA (Sentencia de 26 de abril de 2007)

Hechos:

El demandante, antiguo nacional etíope, había sido expulsado a Eritrea con su familia. Allí trabajó como periodista y fue perseguido y encarcelado por su actividad periodística. Logró huir a Sudáfrica con un pasaporte falso sudanés, con el cual intentan entrar en territorio francés. Fue retenido durante 48 horas en la zona internacional de espera del aeropuerto Charles De Gaulle. Allí solicitaba asilo.

Cuando era conducido a la embajada eritrea, la embajadora negaba que tuviera su nacionalidad. El TEDH adoptaba una medida provisional, según la cual Francia no podía expulsarlo.

El TEDH dice y decide:

“53. (...) El artículo 13 de la Convención garantiza la existencia en derecho interno de un recurso que permita defender los derechos y libertades de la Convención tal como se encuentran en ella consagrados... La finalidad de la obligación que el artículo 13 impone a los Estados partes varía en función de la naturaleza de la alegación del demandante. Sin embargo, el recurso exigido en el artículo 13 debe ser «efectivo» tanto en la práctica como en la norma. La «efectividad» de un «recurso» en el sentido del artículo 13 no depende de la certidumbre de una solución favorable para el demandante...

56. El Tribunal no está además convencido por la tesis del Gobierno según la cual el artículo 13, siendo indisociable de los artículos de la Convención con los cuales se combina, el demandante no puede considerarse víctima de una violación del artículo 13 combinado con el artículo 3 porque no ha sido víctima de la violación alegada de esta última norma.”

El Tribunal decide que ha existido violación del artículo 13 combinado con el artículo 3.

Nota crítica:

El aspecto más novedoso de la sentencia es sin duda la consideración de posible violación autónoma del artículo 13. Aun cuando la alegación de esta norma generalmente se hace en relación con la violación de otra norma, en este caso se aprecia individualmente.

XIII. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR (ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 14:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Dos casos afectan a esta norma en el período analizado. Desde luego, dado el carácter dependiente de esta norma, se hallan afectadas asimismo otras normas convencionales.

El caso WAGNER Y J.M.W.L./LUXEMBURGO (Sentencia de 28 de junio de 2007)**Hechos:**

La luxemburguesa Sra. WAGNER adopta en Perú (siguiendo los procedimientos legalmente establecidos) a la niña también demandante, que en el momento de los hechos seguía manteniendo la nacionalidad peruana. Ante los problemas suscitados por las autoridades luxemburguesas para ejecutar la sentencia de adopción del Tribunal de la Familia de Huamanga (Perú) y la negativa de Luxemburgo a conceder a la niña su nacionalidad, las demandantes alegan la violación de los artículos 6, 8 y 14 de la Convención.

El TEDH dice y decide:

“148. Según jurisprudencia constante del Tribunal, el artículo 14 completa las demás cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos. No tiene existencia independiente, puesto que solamente juega en «el goce de los derechos y libertades» que aquéllas garantizan...”

150. El Tribunal recuerda que, en el goce de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, el artículo 14 prohíbe tratar de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas que se hallan en situaciones comparables...

151. En el caso, la segunda demandante se halla en situación análoga a la de no importa qué otro niño que se haya beneficiado en Perú de una sentencia de adopción plena que implica la ruptura de los lazos con su familia de origen y de la cual la adoptante ha solicitado el exequátur según el derecho luxemburgués. Respecto a la primera demandante se encuentra en una situación comparable a la de cualquier otra persona que solicita el reconocimiento en Luxemburgo de una sentencia de adopción plena adoptada a su favor en Perú.

152. Según el artículo 14 de la Convención, una distinción es discriminatoria si «carece de justificación objetiva y razonable», o sea si no persigue un «fin legítimo» o si no tiene una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»...

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

155. (...) Ha de constatarse forzosamente en el caso que, por un lado, quedaron rotos los lazos de la niña con su familia de origen pero que, por otra parte, no existe ningún lazo de sustitución pleno y completo con su madre adoptiva. La interesada se encuentra pues en un vacío jurídico, no cubierto por el hecho de que mientras tanto se haya concedido una adopción simple.

156. De lo anterior se deduce que, al no haber adquirido la nacionalidad luxemburguesa, la segunda demandante no se beneficia por ejemplo de la preferencia comunitaria...

157. El Tribunal no encuentra, en el caso, ningún motivo que justifique semejante discriminación. Esta conclusión aparece con mayor fuerza si tenemos presente que otros niños peruanos adoptados por madres solteras han obtenido una sentencia de adopción plena de pleno derecho en Luxemburgo..."

El TEDH decide que ha existido violación de los artículos 6, 8 y 14 (combinado con el artículo 8).

Nota crítica:

La sentencia pone de relieve los problemas sufridos por las adopciones internacionales. El no reconocimiento de la adopción plena realizada en Perú penaliza desde luego a la adoptante y la adoptada.

XIV. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 34:

"El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho."

Contamos con tres sentencias referidas a esta norma durante el período analizado. Una de ellas afecta a España y las otras dos a Letonia. Una de las sentencias dictadas contra Lituania lo era en el caso SYSSOYEVA Y OTROS (fue dictada por la Gran Sala el 15 de enero de 2007 y en ella el TEDH aprecia no violación del artículo 34).

Examinamos pues la sentencia contra España y la dictada contra Letonia en el caso IGORS DMITRIJEVS.

A) El caso OLAECHEA CAHUAS/ESPAÑA, Sentencia de 10 de agosto de 2006

Hechos:

El peruano Adolfo Héctor OLAECHEA CAHUAS (presunto miembro del grupo terrorista Sendero Luminoso) demandaba a España tras ser detenido indocumentado en Almería. Perú solicitó su

extradición (en virtud del Tratado bilateral de extradición, de 1989) y una decisión de la Audiencia Nacional de julio de 2003 la concedía. El demandante alegaba que, si era extraditado, sufriría torturas y tratos inhumanos (artículo 3); aducía asimismo que España no había respetado los artículos 5 (detención en este caso para la extradición) y 6 (derechos de la defensa). El Tribunal apreciaba que no existía violación de los artículos 3, 5 y 6 por parte de España.

Pero el demandante había solicitado el 6 de agosto de 2003 que el TEDH adoptase medidas provisionales, para suspender su extradición; al día siguiente era extraditado y el TEDH adoptaba su decisión en el sentido solicitado por OLAECHEA el 8 de agosto de 2003.

Como el 2 de septiembre del mismo año España no había respondido al TEDH sobre las medidas provisionales, el tema se incluyó definitivamente en la demanda. En su respuesta, el Gobierno “insistía en su predisposición, en circunstancias ordinarias, a respetar las medidas adoptadas por el Tribunal” (párr. 65).

El TEDH dice y decide:

“67. (...) El Tribunal señala que, el hecho de que el Gobierno demandado no se haya conformado a las medidas que el Tribunal había indicado en virtud del artículo 39 de su reglamento, suscita la cuestión de saber si existe no respeto del compromiso asumido por el Estado demandado en virtud del artículo 34 de la Convención de no impedir el derecho del demandante al recurso.

68. En el caso el Tribunal debe analizar los dos comportamientos del Gobierno en relación con las medidas provisionales acordadas.

69. En primer lugar, tras la recepción de la decisión de aplicación del artículo 39 del Reglamento, las autoridades internas hicieron llegar al Tribunal una decisión judicial confirmando la buena fundamentación de la extradición. Este comportamiento implica, de modo implícito, el no respeto de la medida provisional adoptada por el Tribunal...

70. Respecto al segundo punto, el Tribunal señala que, en las observaciones enviadas a este respecto, el Gobierno justifica el no respeto en el motivo de que le habría faltado tiempo para suspender la extradición (párr. 64). En este sentido hay que constatar que, después de haber recibido la decisión de aplicación de la medida provisional de suspensión de la extradición, el Gobierno transmitió esta demanda al juez competente, remitiendo la respuesta negativa de éste al Tribunal. El tiempo necesario no habría mayor si el Gobierno, en cuanto autoridad interna, hubiera ordenado la suspensión de la extradición, aplicando la medida decidida por el Tribunal. Por tanto no se puede admitir la justificación dada para la no aplicación de la medida.

71. Una vez que el Tribunal ha constatado la no aplicación por el Gobierno de la medida provisional, tiene ahora la tarea de examinar si el no respeto constituye una violación del artículo 34 de la Convención...

79. (...) Se deduce de los documentos aportados por las partes que en el presente caso el demandante, tras haber sido extraditado mediante inobservación de las medidas provisionales decididas por el Tribunal, fue encarcelado en un centro penitenciario peruano y puesto en libertad condicional tres meses después... Por consiguiente, no es posible concluir la existencia de una traba (...) al derecho al recurso efectivo del demandante.

80. Pero de esta realidad (...) no se deduce que el Gobierno haya respetado su obligación no poner trabas por ningún medio al ejercicio efectivo del derecho garantizado por el artículo 34. En efecto,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

esta norma está estrechamente ligada al artículo 39 del Reglamento y este último prevé la facultad del Tribunal de estimar si hay o no hay «un riesgo de que el demandante sufra un daño irreparable por la acción u omisión del Estado demandado» (...) y, por consiguiente, si «esta acción u omisión traba el ejercicio efectivo del derecho del demandante al recurso».

Por todo ello, al no respetar las medidas provisionales dictadas por el TEDH, España ha violado el artículo 34 de la Convención.

Nota crítica:

No sólo es necesario destacar el hecho de que la parte demandada sea España, cuando en materia de extranjería este tipo de demandas suelen ser escasas; hay que poner de relieve asimismo la trascendencia de las medidas provisionales del TEDH para evitar una extradición o una expulsión; la petición y la adopción de tales medidas provisionales tienen sin duda una gran trascendencia práctica.

En el sistema de protección internacional de los derechos humanos establecido por la Organización de los Estados Americanos las medidas provisionales siempre han sido obligatorias para los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Pero en el sistema del Consejo de Europa, si hasta hace unos años no se consideraban obligatorias y su cumplimiento dependía de la buena voluntad del Estado afectado, hoy sí son plenamente obligatorias. La sentencia analizada contempla todos los efectos de este carácter obligatorio.

B) El caso IGORS DMITRIJEVS/LETONIA (Sentencia de 30 de noviembre de 2006)

Hechos:

Ver el análisis efectuado en el artículo 9. Para completarlos hemos de tener presente que en este ámbito el demandante denuncia los rechazos reiterados de la prisión central de Riga de enviar su formulario de demanda y los documentos de su dossier al Tribunal; denuncia asimismo la apertura por esa misma administración de las cartas dirigidas al Tribunal, la indicación verbal del director adjunto de la prisión según la cual el demandante debía obtener una autorización previa del juez competente antes de dirigirse a Estrasburgo y el rechazo de darle fotocopias de ciertos documentos para unirlos al dossier.

El TEDH dice y decide:

“95. El Tribunal recuerda que, para que el mecanismo del recurso individual establecido por el artículo 34 de la Convención sea eficaz, es de la mayor importancia que los demandantes, declarados o potenciales, sean libres de comunicarse con el Tribunal, sin que las autoridades les presionen de ninguna manera a retirar o modificar sus alegaciones. Por la palabra «presionar» hay que entender no solamente la coerción directa y los actos flagrantes de intimidación contra el demandante, su familia o sus representantes legales, sino también los actos o contactos indirectos y de malos modos tendentes a disuadir o a desanimar al interesado... Para determinar si tales actos constituyen prácticas inaceptables según el artículo 34, es preciso tener en cuenta las circunstancias particulares

del caso. En este sentido, es preciso examinar la vulnerabilidad del demandante y el riesgo de que las autoridades le influyan. En particular, ha lugar a presumir que un detenido, que se halla en un espacio cerrado, con pocos contactos con sus familiares y con el mundo exterior y constantemente sometido a la autoridad de la prisión, presenta un claro grado de vulnerabilidad...

96. Según el demandante, en agosto de 2000, remitió un formulario de demanda que había rellenado a los agentes de la administración de la prisión quienes, en lugar de transmitirlo a Estrasburgo, se lo devolvieron nuevamente. Además, se deduce de las cartas del demandante de 20 de octubre y de 17 de noviembre de 2000 y de 8 de enero de 2001, que esta misma administración había rechazado el expedir su formulario al Tribunal «por falta de medios financieros suficientes». El Gobierno parece admitir este hecho (párr. 89); como no ha presentado ninguna explicación plausible sobre este punto, ha lugar a admitir la veracidad de las alegaciones del demandante.

97. El Tribunal estima que tal comportamiento de las autoridades constituye un ejemplo típico de una impedimento prohibido por la segunda frase del artículo 34... Es cierto que la Convención no obliga a los Estados a soportar los gastos de toda la correspondencia de los detenidos; sin embargo, podría surgir un problema si, por falta de medios financieros, hubiera sido seriamente impedida la correspondencia de un detenido...”

Por eso el TEDH decide que ha existido violación del artículo 34.

Nota crítica:

Los medios utilizados por Letonia para no verse envuelta en una nueva demanda ante el Tribunal son curiosos; los hechos probados demuestran que los Derechos Humanos difícilmente son aplicados en las prisiones ni siquiera de numerosos Estados democráticos. La alegación de la falta de medios financieros para enviar una carta desde Riga hasta Estrasburgo por lo menos raya el ridículo pero también demuestra que algunas autoridades estatales se valen de todas las triquiñuelas, añagazas, amenazas y trampas posibles para no admitir que las personas detenidas o condenadas siguen siendo personas y siguen teniendo sus DERECHOS HUMANOS.

XV. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA (ARTÍCULO 35 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 35:

“1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34, cuando:

a) sea anónima; o

b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

3. El Tribunal considerará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento.”

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XVI. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2 PROTOCOLO N.º 4)

Dice el artículo 2 el Protocolo adicional n.º 4:

“1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquéllas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.”

En esta materia veremos tres casos, dos contra Rusia y el otro contra Rumanía.

A) El caso BOLAT/RUSIA (Sentencia de 5 de octubre de 2006)

Hechos:

El turco Haci Bayram BOLAT reside desde 1998 hasta 2003 en la República de Kabardino-Balkaria, que forma parte de la Federación Rusa, con un permiso de residencia de larga duración. En febrero de 2000 solicita que se le renueve su permiso hasta el 5 de agosto de 2003, pero sólo se le renueva hasta el 9 de julio de 2000.

A pesar de que un tribunal ruso le diera la razón, comienza el acoso por parte de la policía rusa. Cuando solicita la renovación de su permiso de residencia, se le rechaza y es expulsado de territorio ruso. Entre otros motivos se aduce que había abandonado su domicilio por haber pernoctado una sola vez en casa de un amigo.

Pero, en pleno proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las autoridades gubernativas le conceden un permiso de cinco años. Sin embargo, cuando intenta entrar en territorio ruso, la policía de fronteras no se lo permite y lo embarca en el primer vuelo.

El TEDH dice y decide:

“61. Es imposible establecer los hechos que inspiraron la decisión del servicio federal de seguridad (de expulsarlo), pues el Gobierno se ha negado a presentar una copia de la decisión al Tribunal ale-

gando motivos de seguridad... en segundo lugar, respecto a los motivos jurídicos, el Tribunal considera anormal que la decisión de diciembre de 2002 haya podido fundarse en una disposición legal... que no entró en vigor hasta enero de 2003...

62. (...) A pesar de que las jurisdicciones internas hayan reconocido que el demandante no había cometido la infracción administrativa de cuya violación había sido acusado y de que se le concedió un nuevo permiso de residencia, nunca ha sido aportada la decisión del servicio nacional de seguridad. Por el contrario, el Gobierno declara en sus observaciones que se está estudiando la posibilidad de revocar el permiso de residencia sobre la base de esta decisión... En consecuencia no se han levantado los obstáculos jurídicos erigidos contra la residencia regular del demandante y ello hace que el derecho del interesado a la libertad de circulación sea simplemente teórico y no concreto y efectivo como quiere la Convención..."

Por tanto ha existido violación a esta norma.

Nota crítica:

Resulta totalmente inadmisibles e irrespetuosa con los derechos humanos la posición del Gobierno ruso; expulsa sin motivos suficientes, no justifica su posición y, cuando se le pregunta por la causa, añade inconcretos motivos de seguridad nacional.

Por si fuera poco y para mayor seguridad jurídica de todas las personas, aplica una ley todavía no en vigor...

B) El caso TATISHVILI/RUSIA (Sentencia de 22 de febrero de 2007)

Hechos:

Larisa Artemovna TATISHVILI había nacido en Tbilisi (Georgia); el 31 de diciembre de 2000 continuaba siendo nacional de la desaparecida URSS y vivía en Moscú. Cuando iba a renovar su pasaporte, las autoridades rusas rechazan esa renovación; además, según una ley rusa de 1992, los antiguos nacionales de la URSS que el 31 de diciembre de 2000 no hubieran obtenido la nacionalidad rusa u otra nacionalidad, serían considerados apartidas. A partir de ese momento, al no desear ser considerada de nacionalidad georgiana, le limitan su libertad de movimiento en el territorio ruso.

El TEDH dice y decide:

Interpretando el derecho ruso sobre la materia, la sentencia señala que la interferencia en la libertad de movimiento de la demandante es una restricción no prevista por la ley (párrafo 3.º de este artículo) y por ello Rusia viola la Convención.

Nota crítica:

El caso no ofrece demasiado interés teórico, salvo el examen del tema más general de qué pasa con la nacionalidad de las personas cuando se produce una sucesión de Estados. Si la sucesión

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

se produce por disolución del anterior Estado (como es el caso de la URSS), todavía las cosas se complican más

Esta Crónica ha recogido en anteriores ediciones y lo hace en la presente la misma problemática de fondo (que sobre todo afecta a Letonia) respecto a los denominados “no-ciudadanos residentes permanentes” (ver, por ejemplo, el caso IGORS DMITRIJEVS/LETONIA, Sentencia de 30 de noviembre de 2006).

C) El caso SISSANIS/RUMANIA (Sentencia de 25 de enero de 2007)

Hechos:

El griego Nikolaos SISSANIS, que reside en Rumania, es perseguido por evasión fiscal y falsedad documental. Por ello la policía adopta la medida preventiva de prohibirle abandonar territorio rumano, inscribiéndole en el mismo la letra C, que así lo indicaba; esta prohibición estuvo vigente desde el 20 de febrero de 1998 hasta el 10 de junio de 2004, cuando un tribunal rumano daba la razón al demandante y la letra C fue sustituida por la letra L.

Ante el TEDH alega la violación del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4.

El Tribunal dice y decide:

“62. El Tribunal recuerda que el derecho a la libre circulación, al como se reconoce en los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Protocolo n.º 4, tiene como fin asegurar el derecho en el espacio, garantizado a toda persona, de circular en el interior del territorio en el que se encuentra así como el de abandonarlo; ello implica el derecho de ir a un país de su elección en el cual podrá ser autorizado a entrar...

63. Por tanto, el Tribunal considera que la medida mediante la cual un individuo se ve desposeído de un documento de viaje como, por ejemplo, el pasaporte, constituye, sin ninguna duda, una ingerencia en el ejercicio de la libertad de circular...

64. El Tribunal observa que, aun cuando el demandante no ha sido privado del pasaporte... no ha podido utilizar este documento de viaje que, en su caso, le habría permitido abandonar el territorio de Rumania...

73. A ello se suma el hecho de que el artículo 27 de la Ley n.º 25/1969 (en la que se basó la decisión policial) era declarado inconstitucional el 21 de abril de 2001...

74. (...) Por tanto, al menos desde el 21 de abril de 2001 esa medida no era conforme con la legislación nacional vigente, incluyendo en ella la Constitución.”

Ha existido pues violación de esta norma.

Nota crítica:

La prohibición impuesta al demandante por la policía de abandonar el territorio rumano es ciertamente contraria a esa norma del Protocolo n.º 4. Violaba incluso el mismo derecho rumano.

Si se leen con atención los párrafos transcritos, se comprobará cómo el TEDH admite la salida del territorio de un Estado pero no incluye como derecho a la libre circulación el derecho de entrada en cualquier otro Estado, sólo en aquel “en el cual podrá ser autorizado a entrar”... Respecto al derecho de entrada, el TEDH practica una cerrada ortodoxia de la cual no está dispuesto a salirse ni un ápice.

XVII. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4 PROTOCOLO N.º 4)

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional n.º 4: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XVIII. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1 PROTOCOLO N.º 7)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 7:

“1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

- a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión
- b) hacer que se examine su caso, y
- c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

Veremos en el caso BOLAT/RUSIA. Tiene también interés la Sentencia de 16 de octubre de 2006, dictada en el caso KAYA/RUMANIA (en la cual el Tribunal también aprecia violación de esta norma).

El caso BOLAT/RUSIA (Sentencia de 5 de octubre de 2006)

Hechos:

Ver los hechos analizados al examinar el artículo 2 del Protocolo n.º 4.

El Tribunal dice y decide:

“76. El campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 7 se extiende a los extranjeros que «residan regularmente» en el territorio del Estado de que se trate...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

77. El Tribunal observa que las definiciones de la noción de «residencia regular» figuran en el informe explicativo del Protocolo n.º 7 y en otros instrumentos internacionales... en este caso el demandante había sido admitido regularmente para residir en territorio ruso. Se le concedió un permiso de residencia que sería prorrogado en virtud de una decisión judicial...

79. El Tribunal insiste también en el hecho de que la noción de ‘expulsión’ es una noción autónoma, independiente de cualquier definición en las legislaciones internas. A excepción de la extradición, cualquier medida que obligue al extranjero a abandonar el territorio en el que reside regularmente, es una «expulsión» según el artículo 1 del Protocolo n.º 7... No hay ninguna duda de que, al alejar al extranjero de su domicilio y al embarcarlo en un avión con destino a Turquía, las autoridades internas lo han expulsado de Rusia...

81. El párrafo 1 del artículo 7 enuncia una garantía fundamental, la de que el extranjero afectado no puede ser expulsado más que «en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley». Esta regla no sufre ninguna excepción. Según el Informe explicativo del Protocolo n.º 7, «la palabra ‘ley’ designa la ley nacional del Estado implicado. La decisión debe ser por tanto adoptada por la autoridad competente según las disposiciones de derecho material y las reglas de procedimiento aplicables».

82. El Tribunal advierte que la legislación rusa exige una decisión judicial para que un extranjero pueda ser expulsado.... Como en este caso no ha habido una decisión judicial que ordenase la expulsión... no ha existido pues una «decisión adoptada conforme a la ley» y la condición *sine qua non* del artículo 1 del Protocolo n.º 7 no ha sido respetada.”

El Tribunal constata pues violación del artículo 1 del Protocolo n.º 7.

Nota crítica:

Varios aspectos cabe destacar en este pronunciamiento del TEDH; a mi entender destaca en primer lugar el carácter autónomo de los conceptos utilizados en la Convención, que no se someten a lo que diga ningún derecho interno.

Sobresale asimismo el valor de los trabajos preparatorios de un tratado internacional, en este caso el Protocolo n.º 7.

Por último destaca la no sumisión del poder ruso a las sentencias de sus tribunales; siendo ello así, como demuestra esta y otras muchas sentencias dictadas por el TEDH contra Rusia, podemos preguntarnos si verdaderamente es un Estado de derecho y cumple los requisitos del Estatuto de Londres por el que se creaba en 1950 el Consejo de Europa.

XIX. LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS ESPOSOS (ARTÍCULO 5 PROTOCOLO N.º 7)

“Artículo 5. Igualdad entre esposos.

Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. Este artículo no impedirá a los estados tomar las medidas necesarias en beneficio de los hijos.”

(No hay jurisprudencia que afecte a los extranjeros en esta materia en el período analizado.)

XX. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 41 de la Convención:

“Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

En el caso BOLAT/RUSIA, el TEDH considera excesiva la petición del demandante (50.000 €) y le concede una satisfacción por 8.000 €.

En el caso SISSANIS/RUMANIA el demandante solicitaba unos 5.000.000 € como satisfacción por el daño material; al no haber probado el nexo causal entre su prohibición de abandonar el territorio y tales presuntos daños, la sentencia no le concede cantidad alguna.

En el mismo caso por daño moral solicitaba 508.016 €; el Tribunal le concede tan sólo 5.000 €.

En el caso MUBILANZILA MAYEKA el TEDH dice que: “l’Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où l’arrêt sera devenu définitif conformément à l’article 44 § 2 de la Convention, 35 000 EUR (trente-cinq mille euros) pour dommage moral (se décomposant en 10 000 EUR pour la première requérante et 25 000 EUR pour la seconde) et 14 036 EUR (quatorze mille trente-six euros) pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d’impôt”.

En el caso ANTER Y OTROS/TURQUÍA, el demandado fue condenado a pagar 25.000 € a los hijos del fallecido.

En el caso JOHN/GRECIA el Estado demandado fue condenado a pagar 5.000 € por daño moral, de los 100.000 € que solicitaba el demandante.

En el caso OLAECHEA CAHUAS, España debió pagar 5.000 € al demandante por daño moral, no habiendo sido probado el daño material.

XXI. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES

Como en el caso BOLAT/RUSIA al abogado defensor se le olvidó solicitar la condena en gastos y costas procesales, tal condena no pudo producirse.

En el caso SISSANIS/RUMANIA, el Tribunal concede al demandante por este concepto la cantidad de 7.000 €.

En el caso GEBREMEDHIN, Francia es condenada a pagar al demandante 8 300,60 € por gastos y costas procesales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

En el caso ANTER Y OTROS, Turquía sería condenada al pago de 3.500 € por gastos y costas procesales.

En el caso JOHN/GRECIA no se condenó a pagar gastos y costas procesales al Estado griego por no haber presentado ninguna factura o nota de honorarios.

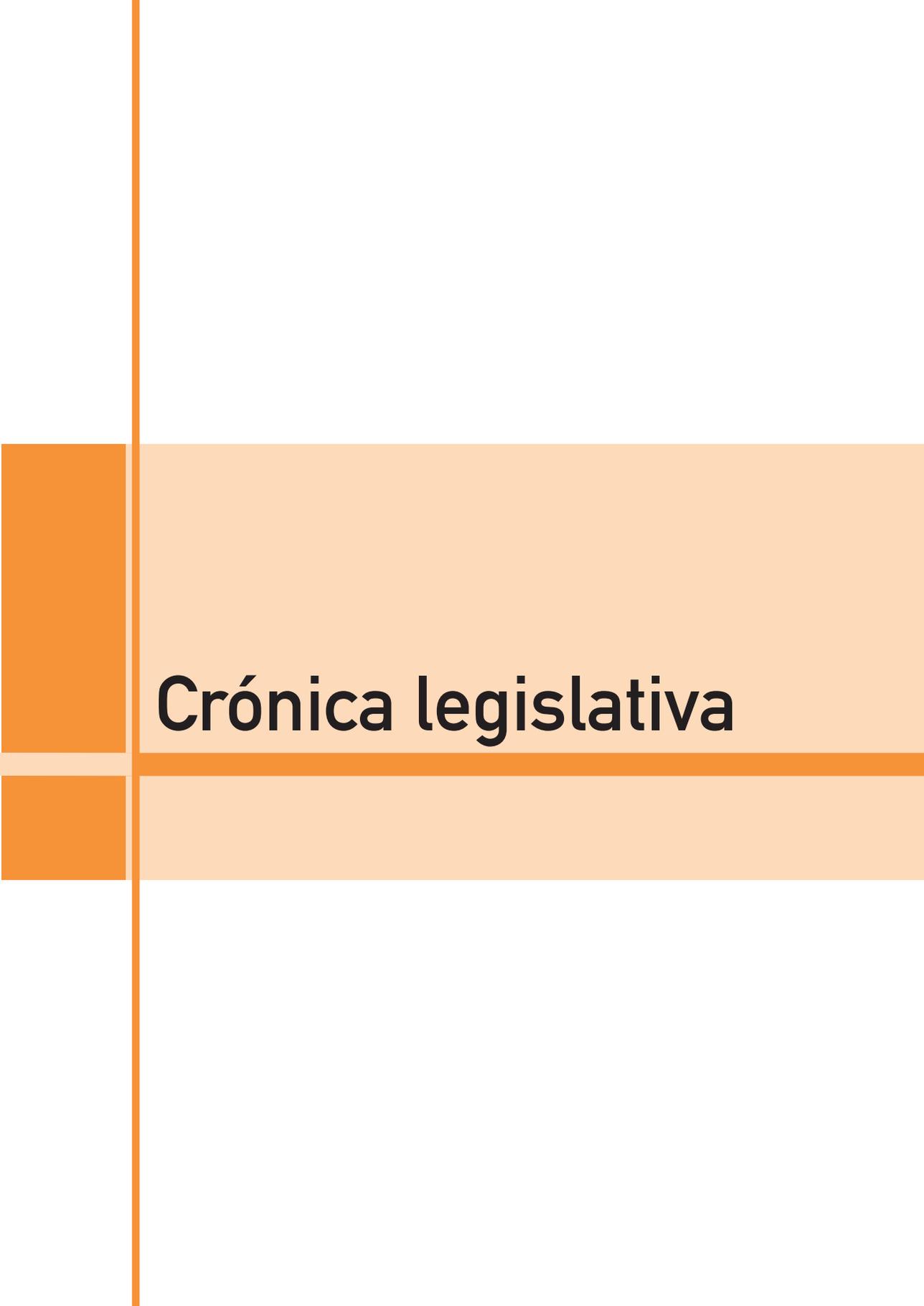
En el caso OLAECHEA CAHUAS, España debió pagar 3.000 € por este concepto.

XXII. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 46 de la Convención:

- “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.
2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución.”

Consultar la Web del Consejo de Europa sobre ejecución de sentencias del TEDH, http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/execution/.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text 'Crónica legislativa' is centered within the lighter orange band.

Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (*BOE* n.º 159, de 4 de julio).
- Resolución de 20 de junio de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se publica la convocatoria de programas para su financiación por el Fondo Europeo para los Refugiados en el ejercicio 2007 (*BOE* n.º 164, de 10 de julio).
- Orden TAS/2039/2007, de 4 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca, la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios y comarcas para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes (*BOE* n.º 164, de 10 de julio).
- Real Decreto 868/2007, de 2 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las entidades encargadas de la atención de menores extranjeros no acompañados en el marco del Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desde la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOE* n.º 168, de 14 de julio).
- Resolución de 2 de julio de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 29 de junio de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para tramitar las solicitudes de autorización de residencia y trabajo de extranjeros no comunitarios enrolados en buques españoles inscritos en el registro especial de buques y empresas navieras (*BOE* n.º 175, de 23 de julio).

Crónica legislativa

- Resolución de 7 de mayo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización (*BOE* n.º 177, de 25 de julio).
- Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico (*BOE* n.º 237 de 3 de agosto).
- Instrucción de 26 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española pro residencia (*BOE* n.º 189, de 8 de agosto).
- Ley orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (*BOE* del 20).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en Las Palmas de Gran Canaria el 29 de septiembre de 2006 (*BOE* n.º 182, de 31 de julio de 2007).
- Orden AEC/233/2007, de 27 de julio, por la que se establece un régimen transitorio de competencia territorial de las Oficinas Técnicas de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional en las Misiones Diplomáticas Permanentes de España en la República del Senegal, en la República Islámica de Mauritania, en la República de Filipinas y en la República Árabe de Egipto (*BOE* n.º 183, de 1 de agosto).
- Resolución de 19 de julio de 2007, de la Secretaría General Técnica, relativa a la adhesión de la República de Corea al Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (publicado en el "Boletín Oficial del Estado" n.º 229, de 25 de septiembre de 1978) (*BOE* n.º 184, de 2 de agosto).
- Resolución de la Secretaría General Técnica por la que se dispone la publicación de la Declaración elaborada por el Ministerio del Interior en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio de cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera entre el Reino de España y la República Francesa, hecho *ad referendum* en Blois el 7 de julio de 1998 (*BOE* n.º 242, de 9 de octubre de 2007).
- Entrada en vigor del Protocolo Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, firmado el 28 de enero de 1997, hecho en Buenos Aires el 21 de marzo de 2005 (*BOE* n.º 243, de 10 de octubre de 2007).

Crónica legislativa

- Canje de Cartas entre el Reino de España y la República de Paraguay relativo al reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción, hecho *ad referendum* en Asunción el 7 de noviembre de 2006 y Canje de Notas de fecha 20 de diciembre de 2006 de corrección de errores (BOE n.º 245, de 12 de octubre de 2007).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Nuakchott el 25 de julio de 2007 (BOE n.º 260, de 30 de octubre de 2007).
- Resolución de 19 de octubre de 2007, de la Secretaría General Técnica, relativa a la Objeción de España a la declaración formulada por la República de Maldivas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado en el “Boletín Oficial del Estado” n.º 103, de 30 de abril de 1977), hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (BOE n.º 268, de 8 de noviembre).
- Aplicación provisional del Protocolo de Ejecución entre el Reino de España y la Federación de Rusia, relativa a los plazos de respuesta a las solicitudes de readmisión de conformidad con el Acuerdo sobre readmisión entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia de 25 de mayo de 2006, hecho en Moscú el 1 de febrero de 2007 (BOE n.º 269, de 9 de noviembre de 2007).
- Protocolo adicional entre el Reino de España y la República Dominicana modificando el Convenio de doble nacionalidad de 15 de marzo de 1968, hecho en Santo Domingo el 2 de octubre de 2002 (BOE n.º 272, de 13 de noviembre de 2007).
- Real Decreto 1513/2007, de 16 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario (BOE n.º 283, del 26).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Decisión del Consejo de 12 de junio de 2007 relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen sobre el Sistema de Información de Schengen en la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (DOUE L 179, de 7 de julio).
- Decisión del Consejo de 25 de junio de 2007 relativa a la descalcificación de determinadas partes del Manual Sirene adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOUE L 179, de 7 de julio).
- Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2007 que modifica la Decisión 2001/781/CE de la Comisión por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los

Crónica legislativa

documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) n.º 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 185, de 17 de julio).

- Reglamento (CE) n.º 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros (*DOUE* L 199, de 31 de julio).
- Decisión del Consejo y de la Comisión de 28 de junio de 2007 relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (*DOUE* L 200, de 1 de agosto).
- Decisión del Consejo de 23 de julio de 2007 relativa a la adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio por el que se crea una Oficina de Policía (Convenio Europol) (*DOUE* L 200, de 1 de agosto).
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, la República de Letonia, de la República de Lituania, la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (*DOUE* L 193, de 13 de agosto).
- Decisión del Consejo de 23 de julio de 2007 relativa a la celebración del Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (*DOUE* L 201, de 2 de agosto).
- Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2007 relativa a la firma y la aplicación provisional de un Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación (ACC) entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldova, por otra, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía al ACC (*DOUE* L 202, de 3 de agosto).
- Decisión del Consejo de 5 de junio de 2007 relativa a la firma y aplicación provisional 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

Crónica legislativa

- adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (*DOUE* L 202, de 3 de agosto).
- Decisión del Consejo de 5 de junio de 2007 relativa a la firma y aplicación provisional 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 202, de 3 de agosto).
 - 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) (*DOUE* L 205, de 7 de agosto).
 - Decisión del Consejo, de 23 de julio de 2007, relativa a la firma y la aplicación provisional de un Acuerdo sobre la participación de la República de Bulgaria y de Rumanía en el Espacio Económico Europeo y cuatro Acuerdos conexos (*DOUE* L 221, de 25 de agosto).
 - Decisión del Consejo de 23 de julio de 2007 relativa a la firma y aplicación provisional de un Segundo Protocolo adicional al Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea (*DOUE* L 251, de 26 de septiembre).
 - Decisión n.º 1149/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de septiembre de 2007 por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Justicia civil, integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia (*DOUE* L 257, de 3 de octubre).
 - Decisión del Consejo y de la Comisión de 18 de septiembre de 2007 sobre la celebración del Protocolo de Acuerdo de Colaboración y Cooperación (ACC) entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía al ACC (*DOUE* L 261, de 6 de octubre).
 - Decisión del Consejo y de la Comisión de 9 de octubre de 2007 sobre la celebración del Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación (ACC) entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía al ACC (*DOUE* L 281, del 25).
 - Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 10 de octubre de 1979 y 30 de septiembre de 1986). Modificación de la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio (*BOE* n.º 267, de 7 de noviembre de 2007).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Audiencia pública sobre la tragedia de la inmigración por mar

El CGAE ha asistido a una audiencia pública bajo el título *Tragedia de la Inmigración por Mar*, organizada por la Comisión de Libertades del Parlamento Europeo, el 3 de julio en Bruselas. En este acto estuvieron presentes representantes del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea, de la Presidencia portuguesa de la UE, de la oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados así como representantes de ONGs y académicos. En las conclusiones se ha señalado que el objetivo consiste en encontrar el equilibrio entre la prevención y la gestión de la llegada de inmigrantes, es decir, el control de las fronteras, y la recepción y el humanismo de manera que se respeten los derechos humanos de los inmigrantes.

(2 de julio de 2007).

Denuncia contra España por no aplicar Directiva contra discriminación racial

La Comisión Europea ha enviado un dictamen motivado a España (segunda etapa del procedimiento de infracción) para que transponga plenamente la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En el caso de España, no existe protección completa en el ámbito del empleo público y fuera del ámbito del empleo y no se ha establecido el organismo de promoción de la igualdad. España tiene dos meses para responder a la Comisión. En caso de no hacerlo, la Comisión le denunciará ante el TJCE. Asimismo, la Comisión ha abierto procedimientos de infracción contra otros 13 Estados miembros (Suecia, República Checa, Estonia, Francia, Irlanda, Reino Unido, Grecia, Italia, Letonia, Polonia, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia).

(2 de julio de 2007).

Guía sobre el derecho de ciudadanos de la UE y sus familias a residir en otro Estado miembro

La Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea ha publicado una Guía sobre el 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. Bajo el título *Cómo obtener lo mejor de la Directiva 2004/38/CE*, la Guía aborda cuestiones como quiénes pueden beneficiarse de estos derechos, las formalidades administrativas para residir en otro Estado miembro y la supresión de los permisos de residencia, las sanciones en caso de no registrarse o los acuerdos

(*) 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

de transición con los nuevos Estados miembros. Asimismo, la Guía incluye un apartado sobre cómo proteger estos derechos y a quién dirigirse en caso de violación de los mismos. *(2 de julio de 2007).*

Denuncia contra España por no transponer Directivas sobre asilo e inmigración

La Comisión Europea ha enviado a España dos dictámenes motivados (segunda fase del procedimiento de infracción) por la no transposición de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes y de la Directiva 2004/83/CE por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. El plazo para transponer estas directivas era el 5 de agosto de 2006 y el 10 de octubre de 2006, respectivamente. Si España no responde en un plazo de dos meses, la Comisión le denunciará ante el TJCE. *(9 de julio de 2007).*

Notificación y traslado documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

El Consejo de la UE ha aprobado una Posición Común con vistas a la adopción del Reglamento relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil ("notificación y traslado de documentos") y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000. El objetivo de la propuesta es mejorar y acelerar la notificación y el traslado de documentos simplificando la aplicación de determinadas provisiones del Reglamento y mejorando la seguridad jurídica para el emisor y el receptor. El Reglamento será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse de un Estado miembro a otro para ser notificado o trasladado en este último. *(9 de julio de 2007).*

Aplicación del Sistema de Información Schengen en los países de la ampliación de 2004

La Decisión del Consejo relativa a la aplicación de las disposiciones sobre el Sistema de Información de Schengen (SIS) en la República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca, ha sido publicada en el *DOUE* (L 179/46 de 7 de julio de 2007). A partir del 7 de julio, pueden transferirse datos reales del SIS a estos Estados miembros y a partir del 1 de septiembre de 2007, éstos podrán introducir datos en el SIS y utilizar sus datos. Tras una evaluación de la aplicación en estos Estados miembros de las disposiciones del SIS, el Consejo decidirá si se suprimen los controles en las fronteras interiores con estos últimos. *(9 de julio de 2007).*

Europa en breve

II

Información actualizada en relación con el Código de fronteras Schengen

La Comisión ha publicado la información actualizada remitida por los Estados miembros en relación con el Código de fronteras Schengen (C 153 de 6 de julio de 2007). La información hace referencia a la actualización de la lista de permisos de residencia, de la lista de pasos fronterizos, de los modelos de tarjetas que expiden los Ministerios de Asuntos Exteriores, de la lista de servicios nacionales responsables del control fronterizo y de los importes para el cruce de las fronteras exteriores.

(9 de julio de 2007).

Informe sobre la aplicación de la orden europea de detención y entrega

La Comisión Europea ha presentado un informe relativo a la aplicación, desde 2005, de la 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. El informe muestra la creciente importancia de la utilización año tras año de esta orden europea, lo que en la práctica permite a los jueces obtener fácilmente entregas en plazos vinculantes y reducidos en comparación con los procedimientos de extradición clásicos. La duración media de ejecución de una demanda pasó así de cerca de un año con la antigua extradición a menos de 5 semanas o incluso 11 días en los frecuentes casos en que la persona está de acuerdo con su entrega. Desde el 1 de enero de 2007, la orden de detención europea funciona en el conjunto de los Estados miembros, incluidos Bulgaria y Rumanía.

(16 de julio de 2007).

Ampliado el plazo para responder al libro verde sobre el Sistema Europeo Común de Asilo

La Comisión Europea ha ampliado el plazo (hasta el 30 de septiembre de 2007) para responder al Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo. El objetivo perseguido en la primera fase de creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) fue la armonización de los marcos legales de los Estados miembros. La necesidad de avanzar las propuestas para la segunda fase a tiempo para su adopción en 2010 hace necesario poner ya en marcha una reflexión y un debate en profundidad sobre la futura arquitectura del SECA. Las respuestas pueden enviarse a la siguiente dirección de Internet: JLS-asile-livre-vert@ec.europa.eu. Por otro lado, la audiencia pública sobre este tema que estaba prevista para el 18 de octubre de 2007 se celebrará en Bruselas el 7 de noviembre de 2007.

(3 de septiembre de 2007).

Propuesta para crear una Red Europea de Migraciones

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Decisión del Consejo para crear una Red Europea de Migraciones (REM) destinada a proporcionar información y datos actualizados sobre la evolución de la inmigración. El objetivo es contribuir a que las políticas y decisiones presentadas en el marco del actual desarrollo de la política europea común de inmigración y

Europa en breve

II

asilo se adopten con conocimiento de causa. La Red estará formada por puntos de contacto nacionales (uno por Estado miembro) y por la Comisión Europea. Recogerá e intercambiará información y datos provenientes de diversas fuentes, los analizará y realizará informes, además de crear un sistema de intercambio de información en Internet accesible al público.

(3 de septiembre de 2007).

Equipos de intervención rápida en las fronteras

El Reglamento (CE) n.º 863/2007 por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras ha sido publicado en el *DOUE* (L 199/30 de 31 de julio de 2007). El Reglamento establece un mecanismo destinado a proporcionar durante un periodo limitado una asistencia operativa rápida en las fronteras al Estado miembro que lo solicite por encontrarse este ante una situación de presión urgente y excepcional, en particular, la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de terceros países que intentan entrar ilegalmente en el territorio del Estado miembro. Asimismo, define las funciones y competencias de los miembros de los equipos durante las operaciones realizadas en un Estado miembro distinto del propio.

(3 de septiembre de 2007).

Utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación

El Consejo de la UE ha publicado la Decisión 2007/533/JAI de 12 de junio de 2007 relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO L 205/63 de 7 de agosto de 2007). La Decisión establece las condiciones y los procedimientos de tratamiento de las descripciones relativas a personas y objetos en el SIS II, así como de intercambio de información complementaria para la cooperación policial y judicial en materia penal. Asimismo, establece disposiciones sobre la arquitectura técnica del SIS II, las responsabilidades de los Estados miembros y de la Autoridad de Gestión, el tratamiento general de datos, los derechos de los interesados y la responsabilidad.

(3 de septiembre de 2007).

Retorno de nacionales de terceros países establecidos ilegalmente en la UE

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo tiene previsto someter a votación esta semana, en el marco del procedimiento de codecisión, el Informe sobre la propuesta de Directiva 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. Con esta propuesta de directiva se pretende garantizar un proceso de retorno transparente y establecer unas normas mínimas a fin de garantizar un trato humano. Asimismo, la Comisión parlamentaria votará otros dos informes sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países y sobre el Plan de política en materia de migración legal.

(10 de septiembre de 2007).

Europa en breve

II

Informe sobre el racismo y la xenofobia en la UE

La Agencia de Derechos Fundamentales de la UE ha publicado un Informe sobre el racismo y la xenofobia en los Estados miembros de la UE que demuestra que todavía persisten las desigualdades en el ámbito del empleo, la vivienda y la educación. El informe señala que aunque se observa un impacto positivo de la legislación adoptada por la UE para combatir la discriminación, las víctimas muestran un gran desconocimiento de la misma. En esta línea, señala el informe, los Estados miembros deberán intensificar sus esfuerzos de sensibilización.

(10 de septiembre de 2007).

Tratamiento de datos de Europol

El Parlamento Europeo ha aprobado un informe sobre el tratamiento de datos de Europol. El texto examina una propuesta de decisión que modifica las normas aplicables a la creación de ficheros, así como la recogida y el tratamiento de datos por Europol. Los principales cambios son los siguientes: tras la creación de los ficheros de análisis, se determinará lo antes posible hasta qué punto los datos se pueden incluir en un fichero específico. El Director deberá decidir si el fichero debe continuar abierto o no. Asimismo, los datos personales no se podrán retener durante un período mayor que el mencionado en el Convenio Europol. Si se almacenan datos relacionados con personas durante un periodo superior a cinco años, se deberá informar a la Autoridad Común de Control.

(10 de septiembre de 2007).

Tercer Informe anual sobre inmigración e integración

La Comisión Europea ha publicado el Tercer Informe anual sobre inmigración e integración. Los informes anuales sobre inmigración e integración analizan las medidas adoptadas relativas a la admisión e integración de nacionales de terceros países en los Estados miembros y en el conjunto de la UE, describen los avances y ayudan a evaluar y consolidar las medidas de integración. Este tercer informe anual recoge lo acaecido hasta junio de 2007. El Informe incluye información sobre los instrumentos financieros de la UE en este ámbito.

(17 de septiembre de 2007).

Procedimiento común para la repatriación de inmigrantes ilegales

La Comisión de Libertades del Parlamento Europeo ha aprobado, con más de 200 enmiendas, la propuesta de directiva que establece normas comunes en todos los Estados miembros para la repatriación a terceros países de inmigrantes que permanezcan en un Estado comunitario de forma ilegal (Ver *Europa en Breve* n.º 30/07). El informe recoge varias medidas destinadas a establecer unas garantías mínimas en relación con la conducta en los retornos forzados y a evitar las expulsiones colectivas. Asimismo, se ha añadido una disposición que prevé la creación de un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para el retorno, que podrá realizar inspecciones sin previo aviso y solicitar información a los Estados miembros con el fin de asegurar un

Europa en breve

II

retorno eficiente que respete plenamente los derechos humanos. El informe será sometido a votación por el Pleno del Parlamento Europeo en otoño.

(17 de septiembre de 2007).

Conferencia sobre inmigración legal

Los pasados 13 y 14 de septiembre, la Presidencia portuguesa de la UE ha celebrado en Lisboa una Conferencia de Alto Nivel sobre la inmigración legal para debatir el desarrollo de una política global en materia de inmigración. El debate se centró en los problemas vinculados a la inmigración legal, la integración de los inmigrantes y la contribución de éstos últimos al desarrollo. Dos propuestas han estado en la base de las discusiones: la Directiva marco sobre la definición de los derechos comunes de los inmigrantes legales y la directiva sobre las condiciones de admisión y residencia de trabajadores altamente cualificados.

(17 de septiembre de 2007).

Demandas de asilo. Informe sobre las actividades de Eurodac

La Comisión Europea ha publicado el informe anual relativo a las actividades en 2006 de Eurodac (la herramienta biométrica utilizada a escala europea que contribuye a determinar el Estado miembro responsable de una solicitud de asilo). El informe contiene información esencial sobre las tendencias en materia de solicitudes de asilo y entradas ilegales en la UE y muestra la urgencia de un efecto disuasivo en relación con las demandas múltiples, es decir, aquellas presentadas por una persona que ya ha presentado otra demanda en el mismo país o en otro Estado miembro.

(17 de septiembre de 2007).

Ámbitos temáticos de actividad de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Decisión del Consejo para la adopción de un marco plurianual de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012. La Comisión propone incluir en este marco plurianual, entre otros, los siguientes ámbitos temáticos: la protección de los menores, incluidos sus derechos; los visados y los controles fronterizos; el acceso a una justicia eficaz e independiente y la inmigración y la integración de los inmigrantes. En este último ámbito, la Agencia podrá abordar el trato que los inmigrantes reciben en las fronteras y las condiciones de los centros de detención para inmigrantes ilegales así como los aspectos relevantes de la integración social y de la “libertad religiosa”, así como de las “mutilaciones genitales femeninas” o de los “matrimonios forzados”.

(17 de septiembre de 2007).

Reunión del Consejo de justicia e interior

Los ministros de Justicia e Interior se reúnen esta semana en Bruselas para abordar cuestiones como el modelo uniforme de permiso de residencia para los nacionales de terceros países, los medios y capacidades de Frontex (Agencia Europea para la gestión de la cooperación

Europa en breve

II

operativa en las fronteras exteriores), el sistema de información Schengen II o la reciprocidad en materia de exención de visado. Asimismo, en la agenda figura la presentación y el primer intercambio de puntos de vista en relación con la modificación de las disposiciones del Estatuto del TJCE en relación con la creación de un procedimiento que permita al Tribunal resolver rápidamente las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. De igual modo, los ministros han debatido la propuesta de Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la UE.

(17 de septiembre de 2007).

Reconocimiento por Bulgaria y Rumanía de los visados expedidos por los Estados Schengen

La Comisión Europea ha presentado una propuesta que permitirá que Bulgaria y Rumanía, que entraron a formar parte de la UE en 2007, reconozcan unilateralmente como equivalente a sus visados nacionales, los visados y permisos de residencia expedidos por los Estados de Schengen, así como documentos similares expedidos por estos dos países y por los Estados miembros que accedieron a la UE en 2004 y que aún no están integrados completamente en el área de Schengen, para fines de tránsito por sus territorios. El régimen será aplicable hasta el final del período transitorio y la plena participación de los correspondientes Estados miembros en el espacio sin fronteras interiores, fecha a partir de la cual será obligatorio el reconocimiento mutuo de los mencionados documentos.

(17 de septiembre de 2007).

Nuevo procedimiento prejudicial de urgencia en materia de libertad, seguridad y justicia

El Presidente del TJCE, Vassilios Skouris, ha solicitado a los Ministros de Justicia e Interior de la UE que modifiquen el Reglamento de Procedimiento de este Tribunal para introducir un procedimiento prejudicial de urgencia en materias como los visados, el asilo y la inmigración o la cooperación judicial en materia civil y penal. El procedimiento prevé dos fases: la primera, escrita, reservada a algunos de los interesados (partes del litigio ante el órgano jurisdiccional nacional, instituciones a las que concierna la petición de decisión prejudicial) y la segunda, oral, en la que todos los interesados pueden participar. La Sala designada dictará sentencia poco tiempo después de la vista, tras oír al Abogado General. Asimismo, se permitirá la notificación de los escritos procesales sin esperar a la presentación de los originales.

(24 de septiembre de 2007).

Protección de datos personales en la cooperación policial y judicial en materia penal

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), Peter Hustinx, ha manifestado su inquietud en relación con el acuerdo adoptado en el reciente Consejo de Justicia e Interior de la UE en relación con la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la protección de datos perso-

Europa en breve

II

nales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Este acuerdo pretende limitar el ámbito de aplicación de la Decisión marco al intercambio transfronterizo de datos personales. El SEPD ha manifestado que la voluntad de alcanzar un acuerdo sobre la propuesta no debe diluir el nivel de protección de los datos personales proporcionados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

(24 de septiembre de 2007).

Agenda de la sesión plenaria del parlamento europeo en materia de inmigración

En el marco de la sesión plenaria de esta semana en Estrasburgo, el Parlamento Europeo celebrará un debate con el Consejo y la Comisión Europea sobre la llegada de inmigrantes a las costas de la UE este verano y el papel de FRONTEX para hacer frente a la situación. Asimismo, los eurodiputados votarán un informe que establece las prioridades políticas de la UE para la lucha contra la inmigración ilegal, advirtiendo de que las regularizaciones masivas de inmigrantes deberían tener un carácter excepcional. Igualmente, votarán un informe sobre el plan político de la UE en materia de inmigración legal, que apoya la creación de un permiso de trabajo europeo o “tarjeta azul” para facilitar la libre circulación de trabajadores cualificados.

(24 de septiembre de 2007).

Debate sobre la inmigración a través de las fronteras meridionales de Europa

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han debatido la cuestión de la inmigración ilegal a través de las fronteras meridionales de Europa. El Consejo, en sus conclusiones, ha destacado la importancia de la cooperación entre los Estados miembros así como con terceros países en la gestión de las fronteras y la persecución del tráfico de personas. El Consejo de la UE ha hecho un llamamiento a los Estados miembros para que en base al principio de la solidaridad y de responsabilidad compartida presten su apoyo en ámbitos como las operaciones de retorno o las condiciones de acogida. Por otro lado, la Presidencia portuguesa de la UE organiza en Portugal los días 18 y 19 de noviembre una Conferencia con los países del Mediterráneo para abordar el tema de la inmigración.

(24 de septiembre de 2007).

Identificadores biométricos en permisos de residencia

El Consejo de la UE ha aprobado la propuesta de reglamento que introduce el uso de identificadores biométricos en los modelos uniformes de permiso de residencia para nacionales de terceros países. El nuevo permiso de residencia contiene una foto y las huellas dactilares del titular en un formato interactivo que permite el intercambio de información, garantizando al mismo tiempo, la confidencialidad y protección de datos. Las características técnicas serán establecidas en consonancia con las de los pasaportes de los nacionales de los Estados miembros. El texto será revisado por los juristas lingüistas con vistas a su aprobación formal por el Consejo de la UE.

(24 de septiembre de 2007).

Europa en breve

II

Permiso de trabajo europeo para inmigrantes cualificados

Durante la sesión plenaria en Estrasburgo, el Parlamento Europeo ha mantenido un debate sobre la creación de la carta azul europea como permiso de trabajo a los inmigrantes cualificados. Esta iniciativa fue presentada en septiembre por el Vicepresidente de la Comisión, Franco Frattini. La carta azul se dirige a inmigrantes cualificados procedentes de terceros países, a los que garantizaría una serie de derechos por un período inicial de dos años renovables, y les daría asimismo la posibilidad de trasladarse a trabajar a otro Estado miembro. Algunos eurodiputados han manifestado que esto supone el primer paso en la dirección adecuada pero sin olvidar que habrá que seguir trabajando para un estatuto común para el resto de los trabajadores inmigrantes.

(1 de octubre de 2007).

Audiencia pública sobre el futuro del sistema europeo de asilo común

La Comisión Europea aprobó el pasado 6 de junio el Libro Verde sobre el futuro Sistema Europeo de Asilo Común, en el cual invitaba a las partes implicadas a dar sugerencias sobre el mismo. La Comisión Europea busca reforzar así los puntos principales del Libro Verde y recibir críticas constructivas de las partes interesadas, con vistas a adoptarlas en un futuro próximo. En el marco de esta consulta la Comisión organiza una audiencia pública el 7 de noviembre en Bruselas. Cualquier persona u organización que desee intervenir debe escribir a esta dirección: JLS-asile-livre-vert@ec.europa.eu.

(15 de octubre de 2007).

Principio de reconocimiento mutuo en las sentencias civiles y mercantiles

La Comisión Europea ha recibido dos informes sobre la aplicación del reconocimiento mutuo en la ejecución de sentencias civiles y mercantiles (44/2001/EC). En ellos se propone la armonización de algunos de los artículos de BRUSELAS I y BRUSELAS II y la aplicación de una jurisdicción residual. Los informes concluyen con la necesidad de eliminar el requisito de Bruselas I que exige que los demandados estén domiciliados en la UE, prefiriendo la opción que establece la aplicación de la citada normativa tanto al demandante como al demandado, tan pronto como sea posible. Asimismo, se propone la supresión del requisito en el que el demandado esté domiciliado en la Unión Europea. En relación a Bruselas II, se revisan ciertos aspectos matrimoniales y de responsabilidad parental.

(15 de octubre de 2007).

Acuerdo en la cumbre informal de Lisboa sobre el nuevo tratado de reforma de la UE

En la cumbre celebrada en Lisboa los días 18 y 19 de octubre, los líderes europeos han llegado a un acuerdo sobre el nuevo Tratado de Reforma. En ella también han participado el Presidente del Parlamento Europeo, el de la Comisión Europea y el Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE, así como tres eurodiputados representando al pleno

Europa en breve

II

del Parlamento Europeo. Asimismo, se ha aprobado el nuevo reparto de escaños del Parlamento Europeo, asignando un escaño adicional a Italia que satisface las exigencias de su Gobierno. España saldrá beneficiada con este nuevo reparto. Igualmente se discutió la inclusión de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en el Nuevo Tratado de Reforma, la lucha contra el cambio climático, y la respuesta de la Unión Europea a la Globalización.

(20 de octubre de 2007).

El nuevo Tratado será un “éxito muy notable” para la UE

El presidente del Parlamento Europeo, Hans-Gert Pöttering, declaró durante la apertura de la sesión plenaria en Estrasburgo, que la cumbre de la pasada semana en Lisboa fue “un éxito muy notable”, ya que con la entrada en vigor del nuevo Tratado, el PE “será colegislador en casi el 100% de la ley europea”. También confirmó que el presidente de la Eurocámara seguirá teniendo derecho a voto. Además, recordó que la firma del Tratado tendrá lugar el 13 de diciembre y en ella participarán los presidentes del PE, la Comisión Europea y el Consejo. Un día antes, se celebrará una sesión solemne en Estrasburgo en la que se proclamará la Carta de Derechos Fundamentales, que no estará incluida en el Tratado, pero será de carácter vinculante tras la entrada en vigor de éste.

(20 de octubre de 2007).

La Comisión Europea adopta dos nuevas propuestas sobre inmigración legal

La Comisión Europea adoptará dos propuestas sobre inmigración legal. La primera de ellas va dirigida al empleo de alta cualificación, para permitir la entrada y estancia de residentes de terceros países, dada la creciente demanda en sectores como el de la aviación civil. La segunda establecerá un procedimiento de demanda única que dotará a los nacionales de terceros países de un permiso único de trabajo y residencia en el territorio de un Estado miembro de la UE, así como un paquete común de derechos para los nacionales de terceros países que residen legalmente en cualquier Estado miembro de la UE.

(20 de octubre de 2007).

Día mundial contra la trata de seres humanos

El 18 de octubre ha sido el día elegido por la Comisión Europea para establecer el día mundial contra la trata de seres humanos. Por tal motivo, se ha celebrado una conferencia titulada *La Trata de Seres Humanos: ¡Es hora de actuar!* donde fueron presentadas unas recomendaciones sobre identificación y asistencia a víctimas. En ella participaron representantes de todas las instituciones de la UE, representantes de la ONU y diversas ONG, así como representantes de los Estados miembros. El Grupo de expertos, creado por la Comisión Europea en 2003, destacó la necesidad de una acción conjunta de las autoridades para la prevención, protección e identificación de las víctimas y la persecución de los que lleven acabo estas actividades.

(20 de octubre de 2007).

Europa en breve

II

Conferencia sobre el futuro de la Unión respecto al terrorismo y a la inmigración

El 29 y 30 de octubre se ha celebrado una Conferencia de alto nivel en la que se debate sobre la prevención del terrorismo y los problemas que ello acarrea, por un lado y la inmigración desde una perspectiva global dentro del marco de la política interior de la Unión, por otro. Rui Pereira, Ministro de Interior de Portugal, que ostenta la Presidencia de turno de la UE, ha presidido la reunión junto con Franco Frattini, Comisario de Justicia, Libertad y Seguridad, António Vitorino, antiguo Comisario europeo de Justicia, Gilles de Kerchove, nuevo Coordinador de la lucha anti-terrorista de la UE, y los ministros de Alemania, Eslovenia, Francia, Suecia, la República Checa, Inglaterra y España.

(29 de octubre de 2007).

El Parlamento Europeo acelerará la notificación de documentos judiciales y extrajudiciales

El Parlamento Europeo ha aprobado en segunda lectura un Reglamento que acelerará la notificación y el traslado entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y/o mercantil. El objetivo de estas medidas es mejorar la cooperación judicial entre los países. La transmisión de estos documentos estará organizada por medio de agencias nacionales que se ocuparán de enviar y recibir toda la información. La notificación o traslado de un documento debe efectuarse cuanto antes y, en cualquier caso, en el plazo de un mes desde su llegada al organismo receptor. Además, el nuevo reglamento no se aplicará a la notificación de un documento al representante autorizado de una parte en el Estado miembro en el que tiene lugar el procedimiento, independientemente del lugar de residencia de dicha parte.

(29 de octubre de 2007).

Audiencia pública en el Parlamento Europeo sobre el Sistema Europeo de Asilo Común

El Parlamento Europeo celebra el próximo 7 de noviembre la audiencia pública sobre el Sistema Europeo de Asilo Común basada en el Libro Verde adoptado por la Comisión Europea el pasado 6 de junio, donde se consultó a las partes interesadas sobre la protección de los refugiados y la aplicación de la Convención de Ginebra y los valores humanitarios compartidos por los Estados miembros. Las respuestas de esta consulta se integrarán en el Plan de Acción que se aprobará en el primer semestre del 2008.

(5 de noviembre de 2007).

Nuevo Convenio de Lugano sobre reconocimiento de sentencias civiles y mercantiles

Este nuevo Convenio sustituirá al firmado en 1988 y que abarcaba las mismas materias, entre los países de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEA/EFTA). Su principal objetivo es y será lograr una armonización en la jurisdicción y en el reconocimiento de sentencias civiles y mercantiles entre ambas organizaciones, reconociéndolas de manera ágil y sencilla. La firma de este

Europa en breve

II

convenio marca un importante cambio institucional, puesto que, como expresó la jurisprudencia del TJCE, esta materia es competencia exclusiva de la UE y por lo tanto el nuevo Convenio de Lugano pasa a formar parte del acervo comunitario.

(5 de noviembre de 2007).

Consejo Europeo de Justicia e Interior

Los próximos 8 y 9 de noviembre se va a reunir en Bruselas el Consejo de Justicia e Interior. En él, se debatirá la propuesta de Directiva del Consejo sobre las condiciones necesarias de residencia de nacionales de terceros países altamente cualificados y sobre un sistema único de solicitud de la residencia para nacionales de terceros países. Asimismo, los ministros de Justicia e Interior de los 27 hablarán del plan de cooperación para la lucha contra el crimen organizado que se debatió la semana pasada en Lisboa, en la conferencia organizada por Eurojust.

(5 de noviembre de 2007).

Ampliación del Espacio Schengen

La Presidencia de turno de la UE, Portugal, ha anunciado que, a partir de diciembre de 2007 los controles de las fronteras marítimas y terrestres serán eliminados en nueve nuevos Estados miembros de la UE: Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa. En lo que se refiere al espacio aéreo, el plazo previsto para abolir las fronteras interiores relativas al transporte aéreo expirará en marzo de 2008. De este modo, los nacionales de estos nueve países podrán desplazarse libremente, sin someterse a ningún control fronterizo en los 3.600 millones de kilómetros cuadrados que integrarán el espacio *Schengen*.

(12 de noviembre de 2007).

I Encuentro de Euromed sobre inmigración

El grupo de países mediterráneos celebra su primer encuentro los días 18 y 19 de noviembre en el Algarve (Portugal), donde debatirán sobre la inmigración legal e ilegal que afecta, precisamente, a estos países. La reunión se celebra bajo la Presidencia portuguesa, que pretende promover la cooperación de los países mediterráneos en el área de la inmigración para así conseguir medidas más sólidas y eficaces. La reunión abordará cuestiones relativas a la migración y al desarrollo (contribuciones y microcréditos), la inmigración legal y sus oportunidades y la inmigración clandestina y sus riesgos y tratará de desarrollar un partenariado entre las dos orillas del Mediterráneo.

(12 de noviembre de 2007).

Ampliación del Acuerdo Schengen

El Parlamento Europeo ha aprobado en su última sesión plenaria en Estrasburgo la entrada de 9 países en el Acuerdo Schengen. República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia entrarán a formar parte del área Schengen el próximo 21 de diciembre. A pesar de su inclusión, el Parlamento Europeo apoya una "evaluación global" de la

Europa en breve

II

situación de estos países en los próximos 2 años, para garantizar el alto nivel de seguridad de este espacio.

Esta incorporación al área Schengen fue debatida y aprobada, asimismo, en el Consejo de Justicia e Interior celebrado los pasados días 8 y 9 de noviembre.

(19 de noviembre de 2007).

Solidaridad en acción. Asistencia en el reto de la inmigración

El Parlamento Europeo ha aprobado una oferta pública de propuestas para ayudar a países como España, Malta, Italia, Grecia y Suecia a sobrellevar las llegadas masivas de inmigrantes por vía marítima (caso de los países mediterráneos) y la avalancha de peticiones de asilo de inmigrantes iraquíes (Suecia), dotada con 7 millones de euros y de la que se han seleccionado varios proyectos. Esta nueva línea presupuestaria fue votada en diciembre de 2006 por el propio Parlamento Europeo para financiar un cierto número de acciones en el área de la inmigración, como complemento al programa-marco “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios” para el período 2007-2013.

(19 de noviembre de 2007).

Adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio de asistencia judicial

El pasado 8 de noviembre el Consejo de la UE aprobó la adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio de asistencia judicial, celebrado por el Consejo de la UE, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y al protocolo anexo de asistencia judicial de 16 de octubre de 2001.

(26 de noviembre de 2007).

Aprobación de los requisitos de foto y huellas dactilares en los visados

El Comité de Libertades Civiles del Parlamento ha aprobado, el 20 de noviembre, el borrador sobre los requisitos de foto y huellas dactilares para los visados en los Estados miembros del área Schengen. Los diputados han determinado algunas excepciones a estos requisitos como los menores de 12 años y los diplomáticos, así como en caso donde la protección de datos así lo aconseje. Asimismo, se ha establecido que cada Estado será responsable de la protección de estos datos y de cualquier intromisión en ella que se produzca.

(26 de noviembre de 2007).

**Notas bibliográficas,
apuntes y
convocatorias desde
las dos orillas**

BIBLIOGRÁFICAS



- BOZA MARTÍNEZ, D.: *Los extranjeros ante el convenio europeo de derechos humanos*, Centro de Estudios Constitucionales 2007, Madrid, 164 pp.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y DURÁN AYAGO, A.: *Curso de nacionalidad y extranjería*, Editorial Colex, Granada 2007, 462 pp.
- CEAR, *Propuesta para una aproximación a la figura del asilo y a la situación de las personas refugiadas/Asiloaren figurara eta errefuxituen egoerara hurbiltzeko proposamena*, Bilbao 2007, 24 pp (más CD).
- *Género y perspectiva de género/Genero aeta Genero-ikuspegia*, Bilbao 2007, 22 pp (más CD).
- *Diccionario de asilo/Asiloari Buruzko Hiztegia*, Bilbao 2007, 114 pp (más CD).
- V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question. Globalization, migration and human rights: international law under review*, Bruylant, Bruselas 2007, 730 pp.
- COUNCIL OF EUROPE, *National Minority Standards-A compilation of OSCE and Council of Europe Texts*, Estrasburgo 2007, 338 pp.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Seminario sobre Movimientos Migratorios Transnacionales y Mercado de Trabajo 2006*, Junta de Andalucía, Córdoba 2007, 194 pp.
- DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA UE, *Manual sobre la integración para responsables de la formulación de políticas y profesionales*, 2.ª ed., 110 pp., texto en <http://ec.europa/>.
- C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y J. SOROETA LICERAS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3.ª ed., Editorial Dilex, Madrid 2007, 774 pp.
- J. FORNER DELAYGUA, *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España*, Colección Cuadernos de la Escuela Diplomática n.º 33, Madrid 2007, 214 pp.
- A. GARCÍA MARTÍNEZ, A. ESCARBAJAL FRUTOS y A. ESCARBAJAL DE HARO, *La interculturalidad. Desafío para la educación*, Diego Marín Editor, Madrid 2007, 236 pp.
- I.A. GÓMEZ CAVAZOS, *Globalización y justicia internacional*, Fondo Cultura Económica España, Madrid 2007, 294 pp.

Notas bibliográficas

- INTERMON OXFAM, *Puertas al mar. Por qué todos deberíamos estar interesados en una política migratoria más justa e inteligente*, Informe, 109 pp., texto en <http://www.intermonoxfam.org/page.asp?id=1290&idioma=1>.
- J. JIMENO SERRANO, F.J. MORENO FUENTES, *La sostenibilidad económica y social del modelo migratorio español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, 73 pp.
- H. LAMBERT, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2007, 76 pp. (hay edic también en francés).
- M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito (Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo del art. 318 bis del CP)*, Atelier Libros, Barcelona 2007, 198 pp.
- J. MASANET FERNÁNDEZ (coord.), *Manual práctico orientativo de extranjería. Aspectos jurídicos y sociales del fenómeno de la inmigración en España*, Grupo Difusión Jurídica, Madrid 2007, 673 pp.
- C. MANTOVAN, *Immigrazione e cittadinanza. Auto-organizzazione e partecipazione dei migranti in Italia*, Franco Angeli Editore, Milan 2007, 336 pp.
- A. MATA ROMEU (coord.), *Lògiques, paradoxes i oportunitats. L'inserció sociolaboral de la població immigrada a les terres de Lleida*, Universitat de Lleida 2007, 204 pp.
- J.F. MÉNDEZ CANSECO y A. MELÓN MUÑOZ, *Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, 464 pp.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Normativa sobre el régimen jurídico de los extranjeros en España*, 2.ª ed., Madrid 2007, 476 pp.
- J.D. OLIVA MARTÍNEZ y D. BLÁZQUEZ MARTÍN, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, 246.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, Ginebra 2007, 530 pp.
- M. OSSET HERNÁNDEZ, *Los Derechos Humanos explicados a mi hija*, Ediciones Ceac, Bilbao 2007, 130 pp.
- M. PAJARES, *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2007 (Análisis de datos de España y Cataluña)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2007, 154 pp.
- J.M. PALAUDÁRIAS y C. SERRA, *La inmigración extranjera en España: Balance y perspectivas*, CCG Ediciones, Madrid 2007, 214 pp.
- F. PANTOJA y L.C. NIETO GARCÍA, *Los derechos de los menores extranjeros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, 139 pp.
- J.F. PÉREZ GÁLVEZ, *Estudios jurídicos sobre la organización administrativa de la emigración: Génesis del derecho emigratorio español y derecho comparado*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2007, 512 pp.
- E. RAMÍREZ GOICOECHEA, *Etnicidad, Identidad y Migraciones*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2007, 608 pp.
- X. RIUS SANT, *El libro de la inmigración en España*, Editorial Almuzara, Barcelona 2007, 416 pp.
- N. RODRÍGUEZ y B. SCHNELL, *Diccionario de las migraciones: Del concepto a la palabra*, Adeire Publicaciones, Madrid 2007, 339 pp.
- M.C. VIDAL PUEYO y J.A. MONTILLA MARTOS, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, 79 pp.
- L. ZANFRINI, *La convivencia interétnica*, Alianza Editorial, Barcelona 2007, 184 pp.

Notas bibliográficas

Inmigración. Mercado de Trabajo y crecimiento económico en Aragón.

Respuesta a 20 preguntas clave

Gobierno de Aragón. Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, 2007

POR:

ANGELINA LÁZARO, ANTONIO SÁNCHEZ Y BLANCA SIMÓN

A pesar de que el fenómeno migratorio cuenta con poca tradición en nuestro país –a principios de los años noventa poco más de un cuarto de millón de inmigrantes tenían fijada su residencia en España–, la elección de nuestro territorio como destino de la inmigración a un ritmo de crecimiento continuado hace que, en la actualidad, casi uno de cada diez empadronados sea inmigrante. Este panorama corre parejo a la preocupación creciente de la sociedad por las posibles repercusiones derivadas de la inmigración, siendo el binomio inmigración y sus implicaciones económicas el que ha recabado mayor interés en los países con más tradición inmigrante, tanto en EE.UU. como en la Unión Europea. En España y, especialmente en Aragón, los estudios sobre los efectos económicos de la inmigración son todavía reducidos.

En este contexto, y dando cumplimiento a una iniciativa del Gobierno de Aragón, los autores del Informe se aproximan a cómo afecta la inmigración a la economía en nuestra Comunidad Autónoma. Aunque son relevantes las implicaciones sobre el envejecimiento poblacional o la posible repercusión de la inmigración sobre la posición presupuestaria, se analizan los efectos económicos más inmediatos de la inmigración: las consecuencias de la inmigración sobre el mercado de trabajo y la

cuantificación de la contribución de la población extranjera al crecimiento económico de Aragón.

El Informe, tras presentar la dimensión del fenómeno migratorio en España y en Aragón, se vertebra en tres partes principales y una última de conclusiones a modo de epílogo donde se sintetizan los resultados principales bajo la forma de “Respuesta a 20 preguntas clave”. A lo largo del Informe se aprecia la preocupación por recabar las aportaciones teóricas que suministra la disciplina económica y que permiten pronosticar cuáles serían los efectos económicos previsibles de los flujos migratorios en un territorio. Al mismo tiempo, el recopilar los resultados empíricos de estudios internacionales y nacionales constituye una vía interesante que permite a los autores aproximarse al estado de la cuestión de los efectos de la inmigración.

La primera parte del Informe se pregunta sobre las repercusiones de la inmigración en el mercado de trabajo, tanto desde una perspectiva teórica como empírica, internacional y nacional, para concluir con los efectos potenciales sobre los trabajadores aragoneses. Con un cuarto de siglo de investigación, la evidencia tanto teórica como aplicada acerca de los efectos de la inmigración sobre el mercado laboral es considerable, de manera que en el Informe se realiza un esfuerzo por sistematizar esas aportaciones. Los analistas del fenómeno migratorio tratan de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿afectan los flujos de inmigrantes a los salarios de los nativos? y si éste es el caso, ¿quiénes de entre los nativos se verán afectados?, y ¿se produce un efecto desplazamiento o de pérdida de empleo de los trabajadores autóctonos?

La teoría económica apunta a que los resultados en el mercado laboral del país receptor dependerán de que exista o no, y en qué grado, relación de sustitución entre los inmigrantes y la población nativa. Sólo si se asume que ambas poblaciones de trabajadores son sustitutivas, entonces puede concluirse que el aumento del flujo de inmigrantes reducirá el nivel de salarios de la población en mercados flexibles, que

Notas bibliográficas

posibilitan el reajuste en los salarios ante la oferta de nuevos trabajadores. Si el mercado de trabajo está segmentado entre trabajadores con distinto nivel de cualificación, la entrada de trabajadores inmigrantes generará disminución de los salarios entre los trabajadores de menor cualificación si son sustitutos y aumentos salariales entre los trabajadores más cualificados. Respecto a los efectos sobre el empleo de los nativos, el análisis teórico se realiza bajo un marco de rigideces existentes en el mercado de trabajo, básicamente factores institucionales que impiden la caída de los salarios en la economía, de manera que ante un incremento en la oferta de trabajo provocada por la incorporación de mano de obra inmigrante, el reajuste entre oferta y demanda obligaría a que algunos trabajadores perdiesen su empleo.

En el Informe se aporta un buen número de resultados relevantes de la revisión empírica que sólo corroboran parcialmente las anteriores predicciones. Primero, que la inmigración posee un efecto negativo, pero reducido, sobre los salarios de la población nativa de igual cualificación, tal es así que un incremento en un 1% de la población inmigrante respecto a la local genera una disminución de los salarios de los nativos en un 0,12%. Además, los efectos más notables se encuentran en los países europeos dadas las mayores rigideces institucionales en el mercado de trabajo. Por último, los inmigrantes, en promedio, generan un impacto positivo en los salarios de la población local más cualificada ya que los trabajadores pertenecientes a los niveles educativos más bajos o de menor cualificación son sustitutos de los nacionales.

Por lo que respecta a los efectos que los inmigrantes han podido tener sobre la tasa de empleo o efecto desplazamiento de los trabajadores derivado de la inmigración, las conclusiones de la revisión empírica apuntan a que la inmigración posee pequeños efectos negativos, si es que tiene alguno negativo, sobre el empleo de la población nativa, así un incremento en un 1% de la población inmigrante respecto a la local disminuye el empleo local en un 0,02%. De

nuevo, el fenómeno es más amplio en Europa. Por otro lado, el efecto negativo es mayor en las mujeres que en los hombres y para los primeros inmigrantes que en los nativos. Estos resultados también están presentes en los trabajos españoles, ampliando los posibles efectos negativos al colectivo de trabajadores jóvenes con poca experiencia laboral.

En el ámbito aragonés, el Informe aporta los siguientes resultados:

- Respecto a los salarios, la falta de datos desagregados sobre la evolución de los mismos por sectores y ocupaciones posibilita sólo concluir que para el período 2001-2006 los salarios de los trabajadores permanecen muy constantes, a pesar del importante incremento de afiliados extranjeros respecto al total en Aragón y, por lo tanto, no se aprecian efectos negativos sobre los salarios.

- En relación con el empleo, a pesar de que ha aumentado continuamente la participación de extranjeros entre los ocupados totales de la economía, se asiste a un continuado descenso del número de parados en el período 1996-2006.

- Este fenómeno, que también está presente en los grandes sectores de la economía, permite deducir que en general la inmigración ha ralentizado la pérdida de puestos de trabajo en la industria y, sobre todo, en la agricultura. Además y afinando los cálculos para las tasas de paro entre 2005 y 2006, la fuerte incorporación de inmigrantes convive con la reducción en la tasa de paro masculina y femenina, en Aragón y también en el resto de España.

Los autores del Informe concluyen que los inmigrantes han elegido su lugar de destino por las oportunidades de empleo ocupando puestos de trabajo acordes con las exigencias de la legislación y, no sólo no han provocado paro, sino que han creado empleo neto. La no existencia de efectos negativos sobre el empleo se interpreta como que el mercado laboral aragonés ha asimilado una fuerza de trabajo complementaria de la nativa, contribuyendo a la producción y al crecimiento económico.

Notas bibliográficas

En la segunda y tercera parte del Informe se cuantifican esas contribuciones. El cálculo de la participación total de la inmigración en la producción o PIB distingue dos componentes. Una participación directa primero, suma de la masa salarial percibida por los inmigrantes y la remuneración al capital. Y una participación indirecta derivada del consumo que realizan los inmigrantes, del uso de bienes y servicios, de las inversiones o de las transacciones que a su vez genera otras actividades económicas, es decir, que el consumo inicial provoca una demanda inducida que se traduce en aumentos en la producción y en el empleo. El cálculo de este segundo componente, que resulta especialmente laborioso y complejo, emplea la metodología de las Tablas *Input-Output* de Aragón y posibilita una aproximación al efecto diferencial de la economía aragonesa con y sin inmigración. Tras los cálculos y la adopción de varias hipótesis los autores concluyen que el 9,7% del PIB aragonés en 2005 se debe a la presencia de inmigrantes en el escenario más plausible, cifra que se ha triplicado en el período 2000-2005. Otro resultado de interés incuestionable del Informe es que en el último año estudiado por cada 100 inmigrantes se crean 15,8 puestos de trabajo, o bien que hacen falta 6,3 inmigrantes para la creación de un nuevo puesto de trabajo.

El cálculo de la participación de la población inmigrante en el crecimiento económico, es decir, en la tasa de crecimiento del PIB, es el objeto de la última parte del Informe. Las estimaciones de los autores concluyen que, atendiendo a la inmigración total o empadronada, no únicamente los inmigrantes legales, 1,57 puntos porcentuales del crecimiento total del PIB se deben a la inmigración o, en otros términos, la inmigración ha sido responsable en los años 2001-2005 del 52% del crecimiento de Aragón. Porcentajes ligeramente superiores a los calculados para España.

El Informe concluye con un último apartado en que, de forma sistemática, se presentan los principales resultados bajo la forma de respuestas a preguntas clave, apartado que amplía el valor añadido presente en este Informe.

En suma, esta publicación de los profesores de Economía de la Universidad de Zaragoza Angelina Lázaro, Antonio Sánchez y Blanca Simón constituye el primer análisis relevante sobre los efectos económicos de la inmigración en Aragón. Pone de manifiesto que, en nuestros días, la inmigración no ha presentado efectos negativos sobre el empleo en esta región ni tampoco sobre los salarios y que, al mismo tiempo, el crecimiento económico experimentado en el período es deudor del trabajo y de la actividad de los inmigrantes. En el propio Informe se reconoce que estos resultados habrían de ser atemperados por dos motivos. Primero por las cautelas que impone la ausencia de determinados datos y la necesidad de asumir hipótesis de trabajo de manera que los resultados no pueden desligarse de los supuestos asumidos. Y, en segundo lugar, porque el hecho de que el volumen de empleo y los salarios no se hayan visto perjudicados no es óbice para que otras condiciones laborales no hayan empeorado ni de que este resultado perdure cuando no exista la misma bonanza económica.

Manual práctico orientativo de extranjería. Aspectos jurídicos y sociales del fenómeno de la inmigración en España

MASANET FERNÁNDEZ, JUAN MANUEL (coord.)
y otros autores

El presente manual está compuesto de tres partes. La primera se refiere a las migraciones contemporáneas. En la segunda parte se analizan los regímenes de entrada y de permanencia, la salida o régimen sancionador de los extranjeros no comunitarios, las situaciones administrativas especiales, el régimen para los ciudadanos comunitarios y familiares, y

Notas bibliográficas

por último se expone el sistema de adquisición de la nacionalidad española. Finalmente, en la tercera parte, se realiza un estudio desde la perspectiva social sobre la mediación intercultural y sobre el significado de ser inmigrante.

Equipo de trabajo compuesto por una juez-magistrado, un doctor en sociología, profesores de Universidad, profesionales de la abogacía, psicología y trabajo social. Todos ellos con una amplia experiencia en el campo migratorio, a través de asociaciones no gubernamentales o instituciones públicas.

La prisión en España: una perspectiva criminológica

ANA ISABEL CEREZO DOMÍNGUEZ,
ELISA GARCÍA ESPAÑA (coords.)
Estudios de Derecho Penal y Criminología
dirigidos por Carlos María Romeo Casabona

Capítulo 1. Origen y evolución histórica de la prisión.

Capítulo 2. Prisión y democracia.

Capítulo 3. Población penitenciaria: evolución, volumen y características demográficas.

Capítulo 4. Mujeres en prisión.

Capítulo 5. Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI.

Capítulo 6. Violencia, salud y drogas en prisión.

Capítulo 7. La mediación penitenciaria.

Capítulo 8. El tratamiento en las prisiones: investigación internacional y su situación en España.

Capítulo 9. La reincidencia penitenciaria.

Capítulo 10. El papel del criminólogo en prisión.

Capítulo 11. Estrés laboral y burnout en funcionarios de prisiones.

Capítulo 12. Las otras prisiones (I): los centros de internamiento de menores.

Capítulo 13. Las otras prisiones (II): los centros de internamiento de extranjeros.

MARTA PÉREZ DELGADO

Licenciada en Derecho. Máster en Comunidades Europeas y Unión Europea
Funcionaria del Cabildo Insular de Tenerife
(martapd@tenerife.es)

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

“Este artículo es un pequeño homenaje a Osamuya A., inmigrante fallecido a bordo de un avión cuando iba a ser repatriado a su país, y a todos los inmigrantes africanos que en los últimos años han perdido la vida intentando alcanzar las Islas Canarias en busca del «sueño europeo». Para ellos nuestro recuerdo más sincero.”

SUMARIO

I. Introducción.

II. África: continente en busca de un sueño.

III. La inmigración: especial referencia al archipiélago canario. A) Iniciativas por parte del Gobierno español. B) Iniciativas a nivel local.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Después de cincuenta años de Unión Europea, hallamos un modelo de integración basado en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho. Este modelo, en un mundo desgarrado por los conflictos, la pobreza, las desigualdades, es un estímulo para otros procesos de integración regional, convirtiéndose así la Unión Europea en un referente positivo que muestra que pueblos que conocieron guerras fratricidas pueden recorrer conjuntamente un camino de paz, prosperidad y democracia.

No obstante, en materia de Derechos Fundamentales no basta con que los diferentes Estados miembros y la Unión hagan los mayores esfuerzos en el plano interno, sino que es preciso que adopten un papel activo en la defensa de los derechos humanos en la escena internacional utilizando todos los instrumentos de que disponen. En este sentido, la inmigración irregular de seres humanos con destino a Europa y la protección de los derechos humanos de dichas per-

sonas se está convirtiendo en un problema para la Unión y sobre todo para algunas regiones, como el archipiélago canario, que se ven desbordadas ante la llegada masiva de inmigrantes africanos en condiciones infrahumanas.

Los fenómenos y circunstancias sociales presentes en el África Subsahariana constituyen, o pueden constituir, factores desestabilizadores para los países de la región y, por ende, para países vecinos del continente africano o fuera de él, como España. Por todo ello, y con el objetivo de luchar contra el fenómeno de la inmigración irregular y contra la pobreza extrema en África han surgido distintas iniciativas, tanto a nivel estatal como local. Destacaremos entre dichas iniciativas, la Casa de África que se enmarca dentro del Plan para el África Subsahariana (Plan África), y que nace con la finalidad de dar una respuesta solidaria española a los problemas de África y potenciar las relaciones hispano-africanas.

II. ÁFRICA: CONTINENTE EN BUSCA DE UN SUEÑO

Los países africanos han heredado sus fronteras del reparto diseñado en la Conferencia de Berlín (1885) por las potencias coloniales. Actualmente, África se encuentra abandonada a su propia suerte, mientras la abundante riqueza mineral que existe en su territorio, lejos de ser explotada en beneficio de la población, motiva y financia la mayoría de los conflictos que existen en el continente. Tras el tráfico de armas y de materias primas se esconden importantes intereses económicos locales e internacionales. Un motivo demasiado poderoso como para que alguien ose a levantar la voz o sean muy pocos los que lo hagan. En este sentido, es clarificador el informe de Kofi Annan¹, entonces Secretario General de las Naciones Unidas, al decir entre otras cosas lo siguiente: “Al llegar a su fin, con paso lento pero seguro, la década de conflictos africanos, el mundo despierta a la realidad de un África nueva y diferente. Mas allá del África asolada por la guerra y la pobreza endémica, hay un África que rechaza los dogmas del pasado y abraza el progreso pragmático bajo el imperio de la ley... Es un África que –cada vez con más frecuencia– hace un esfuerzo auténtico por rechazar la violencia, abrazar la democracia, respaldar los derechos humanos y promover la reforma económica. Es el África que África merece. Hace demasiado tiempo que se abriga la creencia de que los conflictos en África son inevitables o insuperables o ambas cosas. Pero no son ni lo uno ni lo otro. Los conflictos en África, como en cualquier otra parte, provienen de actos humanos y puede ponerseles fin con actos humanos. Esa es la realidad que nos cubre de vergüenza cada vez que surge un conflicto y permitimos que persista; la realidad que nos fuerza a convertir nuestra retórica de dedicación en actos de intervención genuina”.

El siglo XXI ha abierto para África una etapa de progresiva consolidación democrática y una vía de solución de los conflictos que hundan sus raíces en las décadas pasadas. Pocos son los nuevos enfrentamientos surgidos en los últimos años y, lo que resulta más positivo, los propios Estados africanos se han empezado a dotar de estructuras capaces de preverlos y gestionarlos. Un hito en esta evolución ha sido la creación de la Unión Africana como entidad con vocación

(1) BOLETÍN ONU n.º 98/32, *El África que África merece*, en este informe Kofi Annan estudia las causas y las potenciales curas de los conflictos en África.

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

supranacional dotada de un Consejo de Paz y Seguridad, que está demostrando su capacidad y compromiso, y de un Proyecto la Agenda para la Paz y Seguridad². El innegable avance político se ve limitado por una abrumadora constatación: África es la zona más subdesarrollada del planeta³.

Como señala el informe Sachs⁴, África es la región del mundo con una mayor necesidad de inversión para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio al existir una serie de factores que inciden especialmente en la persistencia de la llamada “trampa de la pobreza”, tales como los altos precios del transporte y el pequeño tamaño de los mercados, la baja productividad agrícola, la elevada incidencia de enfermedades infectocontagiosas, una adversa historia geopolítica y la muy baja difusión de la tecnología.

A pesar de algunas buenas intenciones y ciertos avances en algunos Estados africanos, nos encontramos con que en la actualidad, la realidad africana es dramática. Más de 300 millones de personas viven con menos de un dólar al día, 30 millones de niños menores de 5 años sufren desnutrición y el 43% de la población no tiene acceso al agua potable. La situación en África del Norte, con alrededor de 200 millones de habitantes, es mejor que la del resto del continente, con una economía más estable, el turismo y el comercio es más boyante, y con menor incidencia de las enfermedades. La zona subsahariana, que alberga una población de unos 700 millones de personas, tiene por contra la mayor proporción de desposeídos del mundo. El informe de los Objetivos del Milenio⁵ subraya que el número de personas que subsisten con menos de un dólar se eleva a 313 millones.

III. LA INMIGRACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL ARCHIPIÉLAGO CANARIO

Los desplazamientos de grupos humanos, desde su lugar de origen a otros lugares, zonas o países (inmigración), existen desde que existe el ser humano. Estos desplazamientos o cambios de residencia se producen por motivos muy variados: búsqueda del alimento, éxodos de minorías

(2) Para más información véase la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Libro Plan África 2006-2008.

(3) El África Subsahariana es, según todos los parámetros, la zona más pobre del planeta. 33 de los 47 países de la región forman parte del grupo de Países Menos Adelantados; el Índice de Desarrollo Humano (IDH) en el continente es de 0,465; la esperanza de vida al nacer es de 46,3 años; el índice de alfabetización de adultos es del 63,2%; el índice bruto de escolaridad es del 44%.

(4) *Investing in development. A practical plan to achieve Millenium Development Goals.* 2005.

(5) Los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU, que abarcan desde la reducción a la mitad la pobreza extrema hasta la detención de la propagación del VIH/SIDA y la consecución de la enseñanza primaria universal para el año 2015, constituyen un plan convenido por todas las naciones del mundo y todas las instituciones de desarrollo más importantes a nivel mundial. Los objetivos han galvanizado esfuerzos sin precedentes para ayudar a los más pobres del mundo. Estos ocho objetivos son: 1.- Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2.- Lograr la educación primaria universal; 3.- Promover la igualdad de género; 4.- Reducir la mortalidad de los niños menores de cinco años; 5.- Mejorar la salud materna; 6.- Combatir el SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7.- Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; 8.- Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

Marta Pérez Delgado

étnicas o religiosas acosadas por la violencia, horror de las guerras, causas políticas, etc. Durante los últimos 25 años se han consolidado nuevas pautas migratorias internacionales que han contribuido a que los movimientos migratorios asuman un nivel de globalización nunca conocido en la historia. Se dan dos extensiones en estos movimientos: el volumen de flujos y la ampliación de las redes migratorias, incorporándose a éstas nuevos países emisores y receptores, así como una enorme diversificación de tipos y formas de migrar.

Nunca hasta ahora se había percibido la migración internacional como un problema que afectase a la seguridad nacional de los países y en estrecha relación con el conflicto a escala global. La seña de identidad de las actuales migraciones internacionales es su carácter global, afectando directamente a más países y regiones, unidas a complejos procesos que afectan al mundo entero.

El rápido desarrollo económico de nuestro país, unido a su situación geográfica y vínculos culturales, ha hecho que en pocos años España haya pasado de ser un país de emigrantes a un país receptor de una inmigración que no cesa. En este contexto y debido a la situación geográfica de Canarias⁶, como puente entre continentes y frontera sur de Europa, este archipiélago se ha convertido en la puerta de entrada para alcanzar el ansiado “sueño europeo”.

En los últimos tiempos coincidiendo con el desarrollo económico de las islas, y sobre todo al turismo, se da el fenómeno inverso del acaecido hasta hace unas décadas. Así son muchas las personas jubiladas que eligen Canarias para el descanso permanente, las multinacionales y los empresarios extranjeros que acuden al archipiélago atraídos por el negocio de la construcción y el turismo. Además, hay que sumar el regreso de muchos de los emigrantes canarios⁷, dada la situación favorable del archipiélago y desfavorable de los países sudamericanos.

(6) Canarias junto con otras seis regiones europeas Guadalupe, Guayana, Martinica, Reunión; los archipiélagos de Azores y Madeira forman la Europa de Ultramar, y son designadas en los tratados europeos como regiones ultraperiféricas (RUP). Las regiones ultraperiféricas se encuentran en una situación única en el seno de la Unión Europea. Dicha situación está marcada por el aislamiento, la insularidad, el vulcanismo, el relieve y los climas difíciles, se hallan muy alejadas de la Europa continental pero cerca de países terceros con los que mantienen vínculos, no sólo económicos, sino también culturales y sociales. El término RUP ha evolucionado de un concepto político a un concepto netamente jurídico lo hallamos no sólo en el artículo 299.2 del Tratado de Ámsterdam, que establece lo que se ha denominado “estatuto permanente de las RUP”, convirtiéndose así en derecho originario y en la base jurídica a tener en cuenta para dichas regiones; sino también en el artículo III-424 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Para más información véase PÉREZ DELGADO, Marta: *Las regiones ultraperiféricas de la UE (Especial referencia a las Islas Canarias)*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2000.

(7) Las migraciones más allá del océano han tenido una tradicional relevancia en nuestras islas, pero especialmente marcada para la provincia de S/C de Tenerife. Así pues, en 1946-1962 salieron de S/C de Tenerife, en emigración transoceánica, 85.688 emigrantes, especialmente hacia Venezuela, mientras que de Las Palmas sólo 8.987. En este sentido, destaca la elevada proporción de emigrantes palmeros en el total de la emigración, que alcanza un 30% del mismo. A partir de 1962, disminuye la emigración a América, por un lado, por el desarrollo económico de las islas y por otro, por la restricción, por parte de Venezuela, a los inmigrantes extranjeros. Se dice que en Venezuela, Colombia, Cuba, Argentina, Santo Domingo y Uruguay residen en la actualidad más de 400.000 canarios y tres millones de descendientes. Para más información véase HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Pedro: *Natura y Cultura de las Islas Canarias*, Edición 1997, Tenerife, pp. 64-65.

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

Pero a lo anteriormente citado debemos añadir el drama humanitario⁸ que está viviendo el archipiélago canario con la inmigración irregular procedente fundamentalmente del continente africano. Desde finales de la década de los 90 el goteo de pateras ha sido incesante tanto en Canarias como en la costa andaluza. Si bien, el “mayor control marroquí” y el refuerzo de los sistemas de vigilancia en la costa andaluza parecen haber cambiado las rutas de la inmigración clandestina. Antes eran las pateras las que llegaban a la isla de Fuerteventura, la más oriental del archipiélago canario, ahora la travesía de la inmigración clandestina se hace en “cayucos” que parten con suerte incierta desde Mauritania o Senegal hacia las Islas Canarias, y se dirigen hacia la zona más occidental del archipiélago, preferentemente a Gran Canaria y a Tenerife.

Los conflictos, hambrunas y enfermedades, y el deseo de encontrar una vida mejor han estimulado la emigración. Casi 500.000 africanos han abandonado anualmente el continente durante los últimos cinco años. La ONU estima que alrededor de 17 millones de africanos viven fuera de su lugar de origen. Así no es extraño que Europa se haya convertido en el principal destino de muchos de ellos. En el caso de España, la inmigración procede principalmente de la costa occidental africana. Lo que distingue, por tanto, a esta inmigración procedente del África subsahariana, no es tanto el volumen, comparativamente menor en relación con las entradas anuales de inmigrantes irregulares procedentes de otras partes del mundo, sino las circunstancias, muchas veces trágicas, que rodean su entrada en territorio español.

En el 2006 ante la masiva llegada de dichas embarcaciones el gobierno canario se vio desbordado así como el ejecutivo estatal, este último solicitó a la UE “apoyo logístico” para controlar la llegada de inmigrantes desde África, “que coordinara el despliegue de medios marítimos y aéreos” en la zona y que enviara personal especializado. El Ejecutivo hizo esta solicitud a la Agencia Europea de Control de Fronteras Exteriores (FRONTEX)⁹. En lo que llevamos de 2007 los cayucos han seguido arribando a las costas canarias, si bien en menor medida debido al citado despliegue de medios, no obstante las causas que originan dicha llegada masiva siguen ahí. Asimismo se teme que, ante la vigilancia, los inmigrantes intenten alcanzar la costa desde más al sur, a bordo de los llamados “barcos negreros”, embarcaciones a punto del desguace de

(8) Más de 330 personas intentaron alcanzar las Islas Canarias el día 14 de marzo de 2006 a bordo de diversas embarcaciones. Empezaba el buen tiempo y se producía una de las mayores oleadas de inmigrantes de la historia de las islas. En sólo tres días de mayo, hasta mil personas lo intentaron. Pero el primer gran récord se batió el día 18 con 647 inmigrantes llegados en 24 horas.

(9) La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea fue creada por el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo (26 de octubre de 2004, DO L 349/25 de noviembre de 2004). FRONTEX coordina la cooperación operativa entre Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores; ayuda a los Estados miembros en la formación de los guardias fronterizos nacionales, incluido el establecimiento de normas comunes de formación; lleva a cabo análisis de riesgos; hace un seguimiento de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores; asiste a los Estados miembros en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores; y proporciona a los Estados miembros el apoyo necesario para organizar operaciones conjuntas de retorno. FRONTEX está muy vinculado con otros socios de la Comunidad y de la UE responsables de la seguridad de las fronteras exteriores, tales como EUROPOL, CEPOL, OLAF, la cooperación aduanera y la cooperación en controles fitosanitarios y veterinarios, con el fin de fomentar la coherencia general. Asimismo, fortalece la seguridad fronteriza garantizando la coordinación de las acciones de los Estados miembros en la ejecución de medidas comunitarias relativas a la gestión de las fronteras exteriores.

mayor capacidad que pueden cubrir a duras penas esos trayectos más largos, o los “barcos no-driza”, que les ayudarían a cubrir parte del trayecto.

Este fenómeno de inmigración irregular conlleva la saturación de los centros de acogida en el archipiélago canario y la duda de si se están respetando los derechos fundamentales de estas personas, tanto cuando están en suelo español así como en el proceso de devolución a sus países de origen. En este sentido, tal y como señalan Pascual AGUELO y Ángel CHUECA¹⁰, “las personas que hayan entrado irregularmente en territorio español pueden ser devueltas al territorio de origen; pero tal devolución debe en todo caso realizarse tras incoar los procedimientos administrativos pertinentes de devolución o expulsión. Para que exista auténtico respeto de los Derechos Humanos en esos expedientes, tales personas deben contar con la preceptiva asistencia de letrado e intérprete. Asimismo, destacan los autores que “el hecho puede quedar agravado si tenemos en cuenta que quizás alguna de esas personas pudiera reunir los requisitos de solicitante de asilo. Se vulnerarían, de esta forma, dos derechos: el derecho de toda persona perseguida por motivos políticos a buscar asilo” y el derecho de toda persona expedientada a ser oída con todas las garantías jurídicas.

En este sentido, recientemente se ha publicado la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2006 en la que se asegura que los centros provisionales de internamiento de extranjeros creados para dar respuesta a esta necesidad carecen en mayor o menor medida de las condiciones propias de los Centros de Internamiento de Emigrantes (CIE). En relación al archipiélago canario, el informe recoge la relación de irregularidades en los lugares habilitados como C.I.E., en el que se detallan deficiencias en la identificación de los inmigrantes y solicita un nuevo Centro de Internamiento en la provincia de Santa Cruz de Tenerife.

A) Iniciativas por parte del Gobierno español

Como podemos apreciar los africanos seguirán intentando conseguir al “sueño europeo”, por muchas trabas que les pongamos, realmente no estamos en presencia de “una invasión” como se ha querido exponer desde algunos sectores, sino ante un drama humanitario. Lo interesante y necesario sería actuar en “origen” aunque sea por propio “egoísmo europeo”. En este sentido, estamos asistiendo a la puesta en marcha de distintas iniciativas por parte del Gobierno español, entre ellas destacamos las siguientes:

(10) AGUELO, P. y CHUECA, A.: “Derechos humanos e inmigración irregular”. Artículo publicado en el *Heraldo de Aragón*, domingo, 9 de octubre de 2005.

(11) Respecto al asilo, la Comisión Europea ha publicado un Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo. El objetivo perseguido en la primera fase de creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) fue la armonización de los marcos legales de los Estados miembros. La necesidad de avanzar las propuestas para la segunda fase a tiempo para su adopción en 2010 hace necesario poner ya en marcha una reflexión y un debate en profundidad sobre la futura arquitectura del SECA. La Comisión invita a todas las partes interesadas a que envíen sus respuestas a esta consulta antes del 31 de agosto de 2007. Para más información véase: http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&new_topic=2.

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

a) Para luchar contra el tráfico de seres humanos recientemente el Consejo de Ministros ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Este Proyecto modifica el epígrafe g) del apartado 4, del artículo 23 de la citada Ley, quedando redactado el mismo en el tema que nos ocupa de la siguiente manera: “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: ... g) tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”. De esta forma, “España podrá enjuiciar el tráfico clandestino de personas y dar el necesario trato humano a los inmigrantes y proteger plenamente sus derechos a la vista del flujo migratorio de nuestro país, que proviene, en gran medida, del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados, que día a día ponen en peligro su vida y su seguridad”¹².

b) Una segunda iniciativa estatal es el Plan de Acción para el África Subsahariana: “Plan África”, que analizaremos a continuación:

El Plan de Acción para el África Subsahariana, o “Plan África”¹³, elaborado por el Gobierno español como resultado de un amplio proceso de coordinación y consultas, obedece a una triple motivación: 1.- La existencia de una nueva realidad africana, en la que los avances registrados en procesos de paz y la progresiva consolidación de sistemas democráticos y del principio de integración regional coexisten con la persistencia de conflictos como los de Darfur o la región de los Grandes Lagos, los elevados índices de pobreza y subdesarrollo y la emergencia de nuevos conflictos como los flujos masivos de inmigración ilegal o la amenaza de redes terroristas en Estados débiles o fallidos. 2.- La vocación solidaria de la sociedad española, consciente de las oportunidades que se abren para el continente pero también de las grandes carencias y de la imperiosa necesidad de actuar de modo decidido para remediarlas. 3.- El renovado espíritu de la política exterior española.

Así, el “Plan África” propuesto por el Estado español se articula en torno a siete objetivos que a grandes rasgos son los siguientes:

1.- **La contribución al afianzamiento de la democracia, el respeto de los derechos humanos, la paz y la seguridad**, preferentemente en el marco de la UE y siempre al amparo de la ONU y la legalidad internacional. Dentro de este apartado el Plan prevé acciones en cinco ámbitos diferentes:

- Cooperación en materia de gobernanza democrática y fortalecimiento institucional (por ejemplo: apoyo a los procesos electorales como los de Costa de Marfil y la República Democrática del Congo).
- Respeto y promoción de los derechos humanos, con actuaciones bilaterales como en el contexto de la UE y de las Naciones Unidas.

(12) Para más información véase http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&new_topic=2.

(13) Para más información al respecto, véase la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación: www.mae.es/NR/rdonlyres/C4C81869-0E32-470D-8D5F-7A49AD84D5Co/o/planafrica.pdf.

Marta Pérez Delgado

- Contribución activa en los mecanismos de gestión de conflictos.
- Cooperación en materia de seguridad.
- Lucha contra el terrorismo.

2.- La lucha contra la pobreza y la contribución a la agenda de desarrollo de África. Se dará prioridad a los siguientes sectores:

- La cobertura de las necesidades sociales básicas, con especial énfasis en los ámbitos de la soberanía alimentaria y la lucha contra el hambre, la educación, el acceso al agua potable y el saneamiento básico.
- El apoyo a las políticas de salud y lucha contra las pandemias.
- La promoción del tejido económico, empresarial y productivo.

La lucha contra la desertificación y la protección del medio ambiente...

3.- El fomento de la cooperación para regular actualmente los flujos migratorios procedentes de la región subsahariana y combatir el tráfico ilegal de las personas. En el plano interno se refuerzan las medidas de control de las fronteras y se impulsan las medidas tendentes a la integración de los colectivos de inmigrantes. En el plano bilateral, se intensificarán los esfuerzos para completar una red de Acuerdos de Cooperación Migratoria y Readmisión con países como Senegal, Malí, Ghana,... En el plano multilateral, con iniciativas como la Conferencia Ministerial Euroafricana sobre Migración y Desarrollo de Rabat (julio de 2006).

4.- La participación activa en el desarrollo de la Estrategia de la UE hacia África.

5.- El refuerzo y la diversificación de los intercambios económicos, así como el fomento de las inversiones, sin olvidar la creciente importancia estratégica de la región subsahariana.

6.- El fortalecimiento de la cooperación cultural y del conocimiento y aprecio mutuo, la promoción del español y, en este marco, la inmediata puesta en marcha, conjuntamente con el Gobierno autonómico canario y las administraciones locales insulares, de una Casa África con sede en Las Palmas, a la que nos referiremos más adelante.

7.- El incremento de la proyección política y de la presencia institucional de España en la región.

Sobre la base de estos planteamientos, el Plan África tiene un marco temporal de referencia de tres años, y viene a sumarse, desde una perspectiva española, a otras importantes iniciativas relacionadas con el continente africano surgidas en los últimos años como la Estrategia adoptada por el Consejo Europeo de diciembre de 2005¹⁴, la Comisión para África impulsada por el

(14) Es la respuesta de la UE al doble reto que consiste en volver a situar a África en la vía del desarrollo sostenible y en alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), de aquí a 2015. Socio desde hace tiempo y vecino próximo de África, la UE está bien situada para proporcionar a este continente un impulso decisivo en este proceso. Concretamente, la Unión está combinando el comercio y la ayuda en una forma nueva en la próxima generación de “acuerdos de asociación

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

Primer Ministro británico, el Plan de Acción del G-8 o la nueva política africana de China. En este sentido, y a pesar de la buena voluntad de todas estas iniciativas individuales o regionales consideramos que es necesaria una “iniciativa global” para el continente africano, porque tal y como señala el ex-Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en el citado informe *El África que África merece*, “los pueblos de África han de disfrutar de la seguridad y de las oportunidades económicas que aspiran y que merecen”.

B) Iniciativas a nivel local

Aparte de las iniciativas anteriormente mencionadas, el acercamiento en las relaciones entre las Islas Canarias y África ha aumentado considerablemente en los últimos años, concretamente con el África occidental. Así hemos de destacar las siguientes actuaciones:

a) El Gobierno de Canarias ha creado, bajo la dependencia directa de la Viceconsejería de Emigración y Cooperación, la **Dirección General de Relaciones con África**¹⁵, órgano encargado de la gestión de las competencias en materia de acción exterior de la Comunidad Autónoma en los países africanos y en materia de cooperación al desarrollo.

En materia de acción exterior de la Comunidad Autónoma en los países africanos, le corresponden las siguientes competencias: a) la asistencia y apoyo administrativo al Comisionado de Acción Exterior en sus competencias en relación con la acción exterior en los países africanos; b) la gestión de las relaciones con los países africanos, de acuerdo con las líneas generales aprobadas por el Gobierno y las directrices del Comisionado de Acción Exterior; c) la coordinación y el apoyo de la promoción comercial e industrial para promover la participación de los empresarios canarios en las políticas de cooperación y la exportación de servicios y la transferencia de tecnología; d) la coordinación de las actuaciones sectoriales que se desarrollan desde Canarias con África; e) la coordinación de las actuaciones comerciales, culturales y económicas que se realicen desde Canarias en los países africanos; f) el análisis de la información política, social y económica y su difusión entre los agentes económicos y sociales para orientar las actuaciones en el continente africano; g) la coordinación de las oficinas de las entidades instrumentales de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias situadas en territorio africano.

En materia de cooperación con los países del Tercer Mundo o en vías de desarrollo, le corresponden las siguientes competencias: a) la elaboración de los proyectos y propuestas en las que

económica” que se están negociando actualmente con los países ACP y entrarán en vigor en 2008. La idea es ayudar a los países ACP a integrarse con sus vecinos como un primer paso hacia la integración global, y ayudarles a dotarse de recursos institucionales y a aplicar los principios de gobernanza. Al mismo tiempo, la UE seguirá abriendo sus mercados a los productos del grupo ACP y de otros países en vías de desarrollo. Para más información véase Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 12 de octubre de 2005, *Estrategia de la UE para África: hacia un pacto euroafricano para acelerar el desarrollo en África*, COM (2005) 489 final.

(15) Marco legal: Decreto 241/2003, de 11 de julio (BOC n.º 134, de 14 de julio de 2003). Decreto 123/2003, de 17 de julio (BOC n.º 139, de 19 de julio de 2003); Decreto 263/2003, de 26 de septiembre (BOC n.º 188, de 26 de septiembre de 2003); Decreto 7/2004, de 3 de febrero (BOC n.º 27, de 10 de febrero de 2004).

Marta Pérez Delgado

se establezcan los criterios y prioridades que deben regir las ayudas de cooperación al desarrollo de las Consejerías del Gobierno de Canarias; b) la elaboración de las propuestas de normativa reguladora de las ayudas y subvenciones para la cooperación y el desarrollo; c) la gestión de las convocatorias públicas de ayudas, subvenciones y transferencias en materia de cooperación al desarrollo; d) la gestión de la cooperación al desarrollo no incluida en el apartado anterior en los países africanos y con cargo a los créditos de su programa presupuestario; e) el apoyo administrativo a la Comisión de Cooperación para el Desarrollo; f) el seguimiento de los proyectos de cooperación y del cumplimiento de sus objetivos; g) la promoción de iniciativas, actuaciones, programas y proyectos en materia de cooperación y desarrollo por los demás departamentos y entidades dependientes, así como por otros entes públicos o privados de la Comunidad Autónoma; h) las relaciones con la Agencia Española de Cooperación Internacional.

b) El Gobierno y las Cámaras de Comercio de las Islas Canarias trabajan conjuntamente en el diseño de una estrategia de acercamiento entre el archipiélago y el continente africano, con ese objetivo desarrollan, desde hace más de una década, importantes planes de promoción con el objetivo de **promover la internacionalización de las empresas canarias¹⁶**, y por ende, de que **empresarios canarios y africanos puedan desarrollar proyectos comunes**. Convencidos de que la mejor forma de promover el desarrollo de los países de la costa occidental de África es por medio de la inversión, el dinamismo económico y la creación de empleo.

c) **NAP dedicado a África**: El Cabildo de Tenerife y una compañía norteamericana de servicios informáticos han suscrito un acuerdo para implantar en la citada isla canaria el primer punto neutro de interconexión (en inglés Neutral network Access Point, NAP) dedicado a África.

Los puntos neutros son asociaciones donde los operadores y proveedores de Internet conectan sus redes e intercambian tráfico de Internet. Un NAP actúa como un gigantesco disco duro, sin operador dominante, que conecta redes de diferentes compañías de telecomunicaciones, clave para el almacenamiento de datos en situaciones de crisis, como los atentados del 11-S. Las condiciones de la isla, la existencia del Instituto de Astrofísica de Canarias (IAC)¹⁷, una potente Facultad de Física y un Instituto de Energías Renovables, jugaron un papel importante a favor de su instalación.

El objetivo final de esta iniciativa pasa por reducir la pobreza extrema en África, usando internet como instrumento con el que mejorar la eficiencia de las actividades, dinamizar el sector privado, gestionar de un modo adecuado las ayudas ante desastres naturales, incrementar la

(16) Para más información véase www.AfricaInfoMarket.org, una iniciativa que desarrollan las instituciones canarias conjuntamente con socios africanos de Marruecos, Mauritania, Senegal y Cabo Verde y que persigue ofrecer una visión integral de África desde la triple perspectiva empresa, cooperación para el desarrollo y cultura.

(17) La base de la actividad del Instituto de Astrofísica de Canarias (IAC) es contribuir a aumentar el conocimiento del Universo. El Programa de investigación del IAC, que fue definido a través de una auditoría científica internacional, cubre un amplio espectro temático: universo y cosmología, galaxias, estrellas, el Sol, materia interestelar, sistemas planetarios, óptica atmosférica, alta resolución espacial, diseño y construcción de telescopios, instrumentos de óptica e infrarroja y astrofísica desde el espacio. El IAC es un consorcio público formado en 1982 por el Ministerio de Educación y Ciencia, la Comunidad Autónoma de Canarias, la Universidad de La Laguna y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

eficiencia en la provisión de servicios o hacer más participativas las instituciones democráticas, entre otros posibles beneficios para el continente africano.

d) **Energías renovables a zonas aisladas de África:** Se trata de un nuevo proyecto de cooperación internacional del Cabildo Insular de Tenerife, presentado recientemente ante la Dirección General Relaciones Exteriores de la Unión Europea, con el objetivo de dotar de energía eléctrica proveniente de placas fotovoltaicas o molinos a infraestructuras básicas (escuelas, hospitales,...) y promover las telecomunicaciones en comunidades rurales aisladas de países de África Occidental. El Instituto Tecnológico de Energías Renovables (ITER)¹⁸, dependiente de la citada Corporación Insular, se quiere convertir en el promotor de la asistencia técnica.

e) **La Casa de África:** La nueva institución, un útil y oportuno instrumento de la diplomacia española en la región del África Subsahariana, se une a la “familia” de entidades similares para otras regiones, la Casa de América de Madrid y la Casa de Asia de Barcelona. También en esta ocasión se ha asociado a una Comunidad Autónoma, la del archipiélago canario que, no sólo por su proximidad geográfica sino también por la cooperación para el desarrollo con los países africanos de su entorno, hará una aportación muy especial a los objetivos y actividades de la Casa de África.

De conformidad con el artículo 1 de su Estatuto, el Consorcio Casa de África se configura como una entidad de Derecho Público de carácter interadministrativo, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. El Consorcio está integrado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y la Agencia Española de Cooperación Internacional, organismo adscrito al mismo; el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias; los Cabildos Insulares de Gran Canaria, Tenerife; Fuerteventura y Lanzarote; y el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

La Casa de África nace con la finalidad de dar una respuesta solidaria española a los problemas de África y potenciar las relaciones hispano-africanas en momentos especialmente difíciles, pero también con la vocación de constituirse en un foro global para intensificar el conocimiento y el aprecio mutuos entre las respectivas sociedades civiles. Por ello, sus actividades van a desarrollarse en todos los ámbitos, culturales y educativos, sociales e institucionales, de cooperación al desarrollo y de cooperación económica, a través de foros, seminarios, exposiciones y presentaciones artísticas, entre otros. Para ello, se está creando ya una amplia red de colaboraciones con Universidades, centros de investigación, asociaciones empresariales, ONG, expertos africanistas, centros culturales, etcétera.

Como podemos observar de las iniciativas anteriormente descritas la incidencia de actividades económicas o de apertura de futuros mercados es palpable. Puede surgir la duda de si real-

(18) El Cabildo Insular de Tenerife creó el Instituto Tecnológico y de Energía Renovables en diciembre de 1990, como un proyecto pionero en la isla de Tenerife. Su objetivo es potenciar trabajos de investigación y desarrollo tecnológico relacionados con el uso de energías renovables, así como otros proyectos para la mejora del desarrollo socioeconómico regional del archipiélago canario. En la actualidad, el Instituto cuenta con un equipo multidisciplinar de más de 70 profesionales, contando con los departamentos de administración, difusión, mantenimiento y tres áreas de I+D. Las principales actividades del ITER son: la generación de electricidad a partir de energía eólica y la investigación en proyectos relacionados con las energías renovables, medio ambiente y nuevas tecnologías. Para más información, véase <http://www.iter.es/>.

mente estamos ante un proceso de cooperación y de solidaridad con el continente africano, o simplemente ante la búsqueda de nuevos espacios comerciales. Desde nuestro punto de vista, la iniciativa que puede llevar a potenciar las relaciones entre el continente africano y Europa es la Casa de África, que puede llegar a convertirse en un foro de conocimiento mutuo entre los dos continentes. No obstante, estaremos vigilantes a que dicha institución sitúe al archipiélago canario en un lugar de referencia internacional en el entendimiento, la cooperación, el conocimiento recíproco y la solidaridad.

f) No debemos olvidar, dentro de este conglomerado de iniciativas al que nos hemos referido con anterioridad, la tarea realizada por las distintas ONG, y sobre todo el trabajo llevado a cabo por la Cruz Roja de Canarias que desarrolla en el archipiélago una labor encomiable, tal es así que se han convertido en “la cara amiga” de la llegada. Ejemplo ilustrativo¹⁹ de esta labor es la puesta en marcha de todo un entramado material y humano cuando reciben el aviso de la llegada de alguna embarcación a las costas canarias. Los propios voluntarios de Cruz Roja lo describen de esta manera: “cuando el Centro Coordinador Autonómico (CCA) recibe el aviso, por parte de Salvamento Marítimo o del 112, de la existencia de una embarcación dirigiéndose a las costas canarias, inmediatamente el dispositivo humanitario de Cruz Roja se pone en marcha. El CCA coordina todo el dispositivo y, lo primero es informar mediante SMS a los voluntarios con el fin de solicitar su colaboración. Al recibir el mensaje los responsables de los Eerie (equipos de emergencias) se ponen en contacto con el CCA para ampliar la información y así coordinar su equipo. En un espacio de 10 ó 15 minutos, todos, los coordinadores y voluntarios se ven en la base logística, allí preparan el material: kits de primera asistencia, los artículos sanitarios y todo lo necesario para la atención a pie de playa... En este momento se les atiende en todo lo que es el primer apoyo, que no sólo es la alimentación y la asistencia sanitaria, sino también, y muy importante la atención humana. Llegados a este punto, termina la labor de Cruz Roja a la hora de atender a los inmigrantes a su llegada, ya que desde este momento pasan a disposición de los poderes públicos”.

Así no es de extrañar que el Puerto de los Cristianos (Tenerife), donde han sido atendidos miles de inmigrantes africanos, haya sido el escenario elegido por el actual Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, para entregar la Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo al Presidente de Cruz Roja Española.

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda que tal y como establece LINDE PANIAGUA “el éxito de la Unión Europea no es sino una manifestación de nuestras concepciones democráticas: de la visión que tenemos de nosotros mismos, que se expresa cabalmente en nuestros derechos (también de nuestras obligaciones y deberes) y la protección que dispensamos a los mismos”²⁰. En este sentido, los eu-

(19) Para más información véase <http://www.cruzroja.es/separatas/992/Canarias992.pdf>.

(20) LINDE PANIAGUA, E.: “La universalización de los derechos fundamentales: ¿el sistema europeo como modelo?”, *Revista de la Unión Europea*, n.º 2- 1er semestre, 2002.

Inmigración: especial referencia al archipiélago canario

ropeos gozamos de un sistema de derechos fundamentales que puede servir de referente y de estímulo para terceros países. Así la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión es un ejemplo clarificador.

Más aún, en materia de derechos fundamentales no basta con que los diferentes Estados miembros y la Unión hagan los mayores esfuerzos en el plano interno, sino que es preciso que adopten un papel activo en la defensa de los derechos humanos en la escena internacional. En este sentido me adhiero a lo expresado por el citado autor al referirse a la protección de los derechos fundamentales fuera de la UE, cuando señala que “donde no hay libertad e igualdad, allí deberemos estar, superando todo temor denunciándolo y luchando para hacerlas posibles, superando cualesquiera obstáculos, porque ni la vida misma vale la pena sin ellas”.

Así, respecto al fenómeno de la inmigración irregular y a la protección de los derechos humanos de los inmigrantes, debemos concluir que miles de personas han convertido España en el destino de un viaje que no siempre ha sido como soñaron. Hacinados en pateras o en cayucos llegan de forma incesante a las costas canarias en busca de una vida mejor; “porque cuando no se tiene nada que perder, la esperanza de un futuro mejor puede más que el miedo a la muerte”. En este sentido, nos debemos quedar con la reflexión final de Pascual AGUELO y Ángel CHUECA, al poner de relieve que “ninguna persona es ilegal, sea cual sea su situación migratoria. Puede encontrarse regular e irregularmente en el territorio de un Estado, podrán ser ilegales sus actos, pero las personas siempre serán legales. De esa forma, se está inmoralmemente convirtiendo a quienes no son sino víctimas de un injusto reparto social de la riqueza en peligrosos delincuentes. Todo ello puede calar socialmente y dirigir nuestra sociedad hacia el racismo y la xenofobia”.

Por lo tanto, todas las iniciativas (europeas, estatales, locales) son pocas y debemos estar atentos a que las mismas se cumplan, que sean fruto del entendimiento, y que no sean impuestas. Así deseamos que la Casa de África sea un fiel reflejo del acercamiento al continente africano, que sea un foro en el que se rechace la violencia como forma de solucionar los conflictos, en el que se respeten los derechos humanos; se apueste por Estados democráticos; se promueva la reforma económica y el desarrollo sostenible.

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. UMA
Magistrado Suplente AP Málaga

II

El Código civil de Andrés Bello y los *cayucos*

La causa es remota. De tan atrás que casi está perdida. Ahora es muy difícil de recuperar. La ha ido aplastando si no el olvido, acaso la desmemoria en la rutina. A diario, cada mañana, se depositan sobre la playa de la actualidad, que es donde vienen a parar las mareas sin resaca, noticias acerca del hallazgo de inmigrantes irregulares naufragos, y son siempre tan poco diferentes a las de ayer que una y otra vez parecen la misma. Cambia sólo el número, menos el lugar. La situación, por el contrario, nunca; invariablemente, naufragios. De modo más preciso, naufragios de inmigrantes irregulares. Y si su quebranto y desamparo puede todavía conmocionar, ya con menos frecuencia apasiona. Sentir pena es una emoción fácil comparada a la de compadecerse. Pena y compasión son disposiciones éticas del todo diferentes.

Pero no pretendo el desasosiego ajeno; con el propio tengo bastante para estremecerme. Busco poder verbalizar una reflexión que no me admite otro aplazamiento. Asumo, pues, el riesgo de resultar pietista, o acaso un benéfico ingenuo, aun cuando creo que ninguna de ambas cualidades, o aptitudes, me describe moralmente. Sobre todo porque aquí quisiera ceñirla a un terreno extramoral, y en lo posible jurídico.

Hace años que Hans Magnus Enzensberger compuso en *La gran migración. Treinta y tres aco-taciones* (Anagrama, Barcelona, 1992, trad. de Michael Faber-Kaiser) dos parábolas. La primera da cuenta de un grupo de embarcados en una *patera* –por entonces no se había reparado en cómo la semántica puede servir a recalcular los índices estadísticos, distinguiendo esos botes de los que ahora se nombran *cayucos*– durante la travesía entre las orillas de El Estrecho; a un lado la pesadilla de la desesperación, del otro el ensueño europeo. La angustia, entre golpes de mar, zozobrando en los costados de la balsa. Luego, al encallar de proa en tierra, el arribo a la desolación. Quien reclame circunstancias más particulares acuda a *La Patera*, de Mahi Binebine (Akal Literaria, Madrid, 2001, trad. de Marie-Paule Sarazin Binebine). En la segunda parábola se relata la actitud de muchos ciudadanos del Viejo Continente que consideran amenazadora la creciente llegada de inmigrantes.

La inteligencia del fenómeno se alcanza sin demasiado problema. La fragilidad ante el naufragio no está en la débil consistencia de las pateras o de los cayucos que transportan inmigrantes irregulares. Los naufragios ya se han producido mucho antes de subir a bordo. En realidad, Europa es la patera, Europa es el cayuco cuyo abordaje, tal que naufragos auténticos, ansían con tanta desesperación como agónica impotencia. Y, por tanto, los inmigrantes irregulares son naufragos dobles, naufragos de ida y vuelta, sobre todo en los casos de rescate y devolución a sus naufragados países de origen.

Las imágenes e informaciones en torno a quiénes son la estiba de esas pateras o cayucos, que jamás alcanzan a salvavidas y cuya navegación se convierte tan a menudo en una derrota a la deriva de ninguna parte, si no en el naufragio clandestino, me llevan hasta otras aguas, más confiables para mí, donde puedo fondear esa dilación que no soporto. Forman la ensenada a la que el Derecho me ha traído finalmente. El Derecho, ese buen sextante, mi mejor instrumento para medir los ángulos, y que hasta hoy me ha permitido leer toda carta náutica y patronear con buen rumbo las corrientes variables.

“Los náufragos tendrán libre acceso a las playas”, prescribe el artículo 604, inciso 2.º del *Código Civil de la República de Chile* (Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1856), redactado por Andrés Bello (1781-1865). “Las naves nacionales o extranjeras no podrán tocar ni acercarse a ningún paraje de la playa, excepto a los puertos que para este objeto haya designado la ley; a menos que un peligro inminente de naufragio, o de apresamiento, u otra necesidad semejante las fuerce a ello; y los capitanes o patrones de las naves que de otro modo lo hicieren, estarán sujetos a las penas que las leyes y ordenanzas respectivas les impongan”, señala en su inciso 1.º. El texto se reproduce en la legislación de otras repúblicas iberoamericanas, como el CCv. de San Salvador (D.L. de 23 de agosto de 1859) en su artículo 585, el CCv. de Honduras (de 1.º de marzo de 1906) artículo 632, o el CCv. de Ecuador (Codificación Núm. 000. RO/ Sup. 104 de 20 de noviembre de 1970) artículo 639. En la sistemática de todos ellos figura al Lib. II *De los bienes, de su dominio, posesión, uso y goce, y limitaciones*, Tít. III De los Bienes Nacionales.

Reconozco que la primera vez que leí el precepto no pude evitar cierta sonrisa. Pensé si aquel ilustrado modelo de poeta, filósofo, educador, crítico y filólogo, además de legislador, que fue Bello (vid. Alejandro GUZMÁN BRITO: *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, 2 vols.), no merecería también una entrada en los registros de la Literatura fantástica, al lado de los cultores de la Metafísica, a la que Borges inscribió como una de sus ramas principales. Hoy estoy convencido de que los congresistas chilenos que en 1855, y otros sucesivamente, aprobaron su texto gobernaban con toda autoridad el timón de su codificación jurídica. No eran pietistas ni ingenuamente benéficos: “Los náufragos tendrán libre acceso a las playas”.

Pero, una interrogante: y a nosotros, náufragos de la solidaridad, qué playa nos acogerá.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Mercosur y Unión Europea. Migración, integración y desarrollo
22-24 agosto de 2007. Argentina.
- ✓ Ciclo de seminarios: “Integración de personas inmigrantes: papel y experiencias de las Corporaciones Locales”
25-28 septiembre; 9-10, 16-19, 23-26 y 30-31 de octubre de 2007. San Lorenzo de El Escorial (Madrid).
- ✓ Situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados
3-4 octubre de 2007. Madrid.
- ✓ Jornada sobre asilo y género
18 de octubre de 2007. Madrid.
- ✓ III Congreso jurídico de la abogacía malagueña
18-20 de octubre de 2007. Málaga.
- ✓ III Congreso jurídico de la abogacía malagueña
18-20 de octubre de 2007. Málaga.
- ✓ Últimas novedades de extranjería y cuestiones prácticas de gestión
29-30 de octubre de 2007. Madrid.
- ✓ Jornadas de introducción a la protección internacional en España
5-7 de noviembre de 2007. Melilla.
- ✓ I Encuentro inmigración, economía y sociedad
15-16 de noviembre. Zaragoza.



- ✓ “Derecho, inmigración e integración”. XXIX Jornadas de estudio de la Abogacía General del Estado

21-23 de noviembre de 2007. Madrid.

- ✓ Constitución y Extranjería: un reto del presente

28-29 de noviembre de 2007. Zaragoza.

Año 2007: Las 30 noticias más destacadas en materia de extranjería *

ENERO

- ✓ Circular n.º 4 CGAE. Menores no acompañados.
- ✓ Incorporación de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea.

FEBRERO

- ✓ Reglamento de comunitarios. Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.
- ✓ Plan Estratégico de ciudadanía e integración.
- ✓ El Tribunal Supremo rechaza los recursos contra el RELOEx.

ABRIL

- ✓ La mera estancia irregular no es causa de expulsión.
- ✓ Nacionalidad española con valor de simple presunción.
- ✓ 1.º abril: exigencia de visa para Bolivia.

MAYO

- ✓ 17 Encuentro Abogacía extranjería y asilo. Pamplona 2007.
- ✓ Requisitos de la carta de invitación de particulares.
- ✓ Medios económicos que han de acreditar los extranjeros.

JUNIO

- ✓ Sistema europeo común de asilo.
- ✓ Efectos del registro autonómico de parejas de hecho.

JULIO

- ✓ Criterios de resolución sobre cuenta propia.
- ✓ Unión Europea: aplicación del Sistema de Información Schengen (SIS) a los nuevos miembros de la Unión Europea.

SEPTIEMBRE

- ✓ Modificación del Real Decreto 240/2007 recomendada por el Defensor del Pueblo.
- ✓ Nuevo borrador sobre repatriaciones aéreas.

(*) Web de extranjería del ReICAZ.

IV

OCTUBRE

- ✓ El Defensor del Pueblo y menores no acompañados.
- ✓ Acuerdo hispano-marroquí sobre menores no acompañados.
- ✓ El CGAE y la representación procesal de oficio.

NOVIEMBRE

- ✓ El juez de guardia conocerá de las medidas urgentes.
- ✓ Suficiencia de recursos para contratación de empleada de hogar.
- ✓ Nacionalidad y memoria histórica.

DICIEMBRE

- ✓ Tasas por concesión de permisos de extranjería.
- ✓ Tratado de Lisboa y carta de derechos fundamentales.
- ✓ Incumplimiento de la Directiva sobre residentes de larga duración.
- ✓ STC sobre recurso de inconstitucionalidad: Ley 8/2000.
- ✓ El TS reconoce la apatridia de los saharauis.
- ✓ Ampliación del espacio Schengen.
- ✓ Contingente de empleos 2008.