

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.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

983 457 038 o 902 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

clientes@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1695-3509

VA. 922-2002

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

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. Directiva 2003/109/CE *versus* legislación española actual: ¿la transposición exige la modificación de la LO 4/2000?**
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
- [43] **II. Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: incumplimiento de España al restringir el derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE**
MERCEDES INFANTE DOMÍNGUEZ Y ALEJANDRO PEÑA PÉREZ
- [61] **III. Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los Estados Unidos y posibles soluciones en el Derecho Internacional Público**
MARÍA PABÓN LÓPEZ
- [73] **IV. Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad**
DARÍA TERRÁDEZ SALOM

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [93] **Índice analítico de voces**
- [93] **Asilo**
 - [109] **Expulsión**
 - [120] **Derecho al trabajo**
 - [125] **Permiso de trabajo**
 - [127] **Derecho Penal**
 - [131] **Homologación de títulos**
 - [141] **Nacionalidad**
 - [155] **Régimen comunitario**

CRÓNICA LEGISLATIVA:

[163] I. Crónica legislativa

[163] Fuentes internas

[164] Fuentes internacionales

[165] Fuentes de la Unión Europea

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[181] Notas bibliográficas

[185] I. La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del Tratado de la Unión Europea: un breve apunte

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[195] II. La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia. ¿Hacia la armonización legislativa de la reagrupación familiar?

ENCARNACIÓN LA SPINA

[209] III. La doctrina de la DGRN sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código Civil a los hijos de padre marroquí nacidos en España. Un viaje de ida y vuelta

JUAN ANTONIO GARCÍA GARCÍA

[219] IV. Jornadas sobre Extranjería

EDITORIAL

A punto de finalizar el período estival e iniciarse el nuevo curso, sin duda mediatizado por el horizonte electoral previsto para la primavera de 2008, varios son los temas que aparecen en la perspectiva de los próximos meses y que acapararán nuestra actividad profesional.

En relación con los nacionales búlgaros y rumanos, una vez traspasado el ecuador de la entrada de Bulgaria y Rumania en la UE, y en contra de las previsiones de las autoridades españolas y europeas, la adhesión de estos dos países no ha supuesto una llegada masiva de inmigrantes; al contrario los índices más realistas confirman que se están produciendo retornos ante las buenas expectativas económicas creadas en los dos países tras la incorporación. Ello exigirá un replanteamiento de las limitaciones laborales impuestas a los trabajadores búlgaros y rumanos en el momento de la adhesión.

La llegada de pateras y cayucos según las informaciones oficiales ha descendido en este año 2007. Al menos la percepción del problema generado por ese tipo de migración ha estado bastante más contenido en los medios de comunicación de lo que estuvo en años pasados. Sin embargo, ello no debe llevarnos a aligerar la guardia ante los dramas y tragedias cotidianas que sufren las personas que intentan llegar a las costas europeas a través de precarias embarcaciones. La lucha contra el tráfico ilegal de personas y el reforzamiento de los controles de entrada debe combinarse con la intensificación y mejora de la protección de las víctimas de ese tráfico.

El Plan estratégico de integración y ciudadanía aprobado por el Gobierno y que ha comenzado su camino contempla en un importante lugar la lucha contra la discriminación por motivo de origen racial o étnico y por la igualdad de trato en la que juega un papel decisivo la labor de los abogados implicados en la defensa de los derechos de las personas migrantes. El Plan no debe quedarse en mero documento publicitario y deberemos instar su consecuente puesta en práctica.

El Tratado de Reforma del TUE, a pesar de los recortes que sin duda sufrirá, podría significar un tímido avance en el enfoque global en materia de inmigración y asilo dentro del denominado espacio de libertad, seguridad y justicia y que implicará seguramente la necesidad de adaptar la legislación española al mandato europeo.

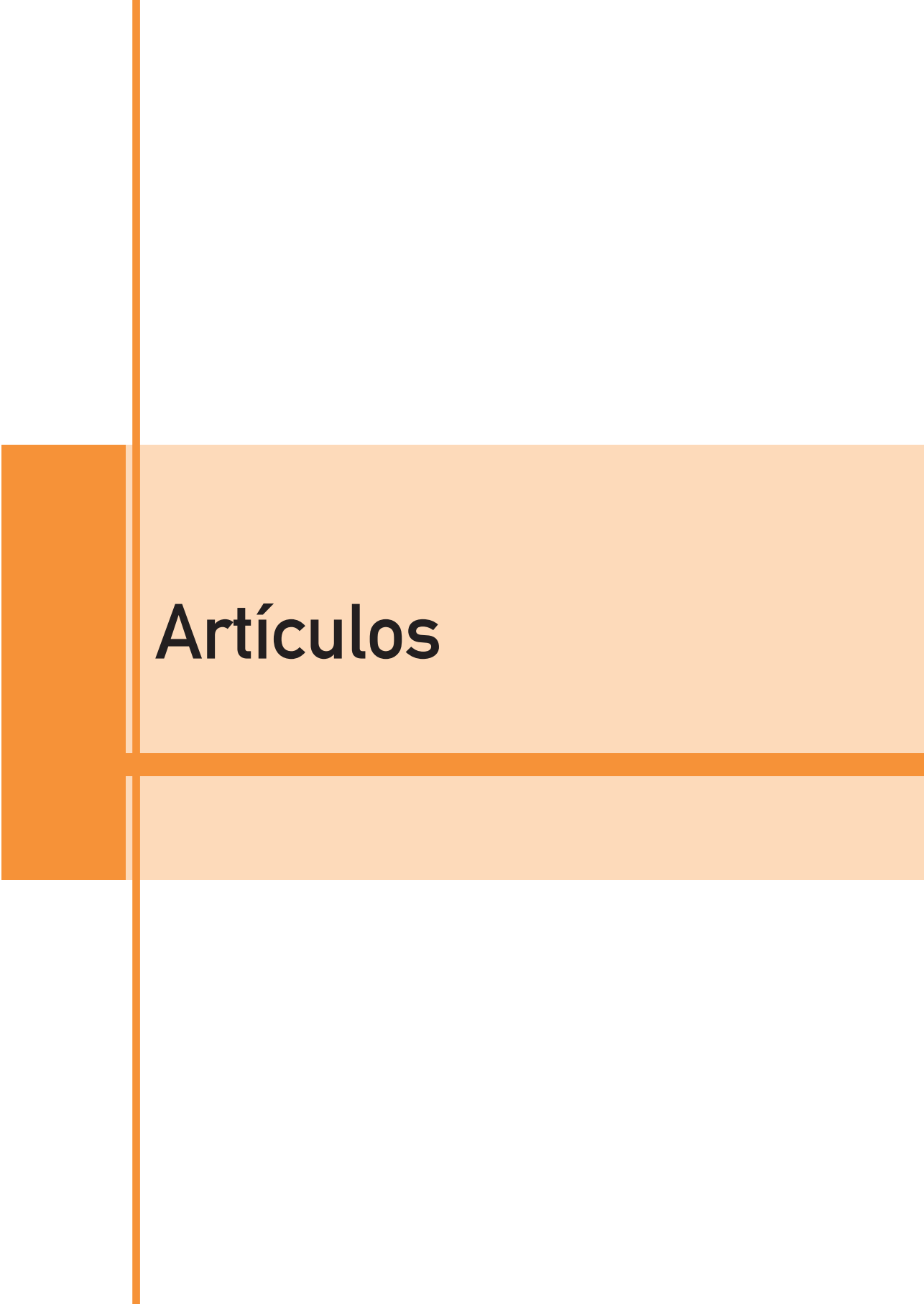
La presente REDMEX consciente de todo ello, dedica un espacio especial al estudio de diversas Directivas europeas pendientes de transposición o recientemente transpuestas y al análisis de los derechos sociales fundamentales de las personas migrantes.

Así son objeto de comentarios la Directiva 2003/109/CE; la Directiva 2003/86 y la Directiva 2004/38/CE, referidas a los residentes de larga duración, reagrupación familiar y libre circulación de ciudadanos comunitarios.

La situación de las personas irregularmente documentadas y sus derechos es objeto de diversos trabajos entre los que destacan el referido a la situación de los trabajadores indocumentados en EE.UU. y el examen de los derechos sociales en los ordenamientos español y europeo.

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

Como en anteriores ocasiones queremos desearos una provechosa lectura de la REDMEX y un feliz regreso del descanso vacacional con los ánimos reforzados para reiniciar la tarea y afrontar los retos del nuevo curso que comienza.



Artículos

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León
(aalvr@unileon.es)

Directiva 2003/109/CE *versus* legislación española actual: ¿la transposición exige la modificación de la LO 4/2000?*

RESUMEN

DIRECTIVA 2003/109/CE VERSUS LEGISLACIÓN ESPAÑOLA ACTUAL: ¿LA TRANSPOSICIÓN EXIGE LA MODIFICACIÓN DE LA LO 4/2000?

La integración de los inmigrantes en la UE se inició, aunque con una normativa de mínimos, con la aprobación de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. España debería haber transpuesto sus disposiciones antes del día 23 de enero de 2006. Sin embargo, las autoridades españolas no han procedido a su incorporación en el ámbito interno, motivo por el cual la Comisión ha interpuesto un recurso contra nuestro país ante el TJCE. Este hecho nos lleva a interrogarnos por las eventuales modificaciones que deben ser incluidas para cumplir con los mandatos de la Directiva, que por otra parte, va a ser objeto de una revisión para ampliar el número de beneficiarios. Una vez diseñadas las razones del trabajo, se realiza un análisis de la legislación actualmente vigente tanto a nivel europeo como a nivel de la normativa española. Se concluye haciendo algunas sugerencias con respecto a la eventual reforma de nuestro ordenamiento para transponer adecuadamente las normas comunitarias relativas al estatuto del residente de larga duración.

ABSTRACT

DIRECTIVE 2003/109/EC VERSUS CURRENT SPANISH LEGISLATION: DOES THE TRANSPOSITION DEMAND THE MODIFICATION OF THE LO 4/2000?

The integration of the immigrants in the EU began, although with a normative of minima, with the approval of the Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003, on the statute of third countries nationals who are long-term residents. Spain should have transposed its dispositions

* Trabajo realizado en el seno del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, titulado "El impacto de la ampliación de la Unión Europea sobre la política común de extranjería", SEJ 2004-07831. Investigador principal Profesor Doctor D. Luis Garau Juaneda.

before the day January 23 2006. However, the Spanish authorities have not proceeded to their incorporation to the internal scope, reason for which the Commission has interposed an appeal against our country in the ECJ. This fact takes us to interrogate us for the eventual modifications that should be included to fulfill the commands of the Directive, that on his part, is going to be revised to enlarge the number of beneficiaries. Once designed the reasons of the work, it is carried out an analysis of the prevailing legislation so in the European level as in the Spanish normative. It's concluded making some suggestions with regard to the eventual reformation of our ordinance to appropriately transpose the community norms relative to the statute of the long-term resident.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Análisis de la regulación comunitaria: el texto actual de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y su eventual revisión. A) Contenido de la Directiva 2003/109/CE: disposiciones generales. B) Estatuto de residente de larga duración en un Estado miembro. C) Derecho de residencia en otros Estados miembros. D) Eventual ampliación: la propuesta de modificación.

III. La residencia permanente en el Ordenamiento español. A) Regulación: artículo 32 de la LOEx. B) Requisitos temporales exigidos para la obtención de la autorización de residencia permanente: a) Requisitos sustanciales: cinco años de residencia temporal. b) Supuestos en los que no son necesarios cinco años de residencia temporal. C) Ámbito real de aplicación de los supuestos en los que no son necesarios cinco años de residencia temporal. a) Supuestos vinculados con la previa cotización al sistema de seguridad social. b) Extranjeros nacidos en España. c) Extranjeros de origen español. d) Extranjeros que hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española. e) Otros supuestos: refugiados, apátridas. f) Extranjeros en los que concurran razones excepcionales. g) Consideraciones finales sobre los supuestos de reducción del plazo. D) Requisitos documentales exigidos para la obtención de la autorización de residencia permanente. Renovación y eventual extinción. E) Eventual aplicación directa y necesaria incorporación de algunas reformas.

IV. Conclusiones.

V. Bibliografía.

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

VI. Reseñas del proceso legislativo de la Directiva de residentes de larga duración: A) Reseña del proceso legislativo previo a la aprobación de la Directiva de residentes de larga duración. B) Propuestas de modificación.

VII. Recursos pendientes ante el TJCE: recursos presentados por la Comisión para que se declare que han incumplido las obligaciones de transposición exigidas por la Directiva 2003/109/CE.

I. INTRODUCCIÓN

Una política de inmigración cuyo objetivo sea conseguir una auténtica integración de los inmigrantes residentes debe comenzar por afianzar la equiparación de derechos de éstos a los nacionales de los Estados de acogida. Desde nuestra perspectiva, este modelo de convivencia, para todos los que vivimos en la Europa de los 27, aún está lejos de ser alcanzado. No obstante, se ha comenzado, dando los primeros pasos, con la elaboración del denominado estatuto de residente de larga duración. Ciertamente, en un principio, sus pretensiones eran mucho más ambiciosas incluso se preveía para sus beneficiarios el derecho al sufragio en las elecciones municipales. Sin embargo, esta meta de alguna manera se vio frustrada, así como la propuesta de reagrupación familiar, por la prioridad del principio de la seguridad tras los atentados del 11 de septiembre¹.

El día 23 de enero de 2004 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto oficial de la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración². Según el artículo 26 de dicha Directiva, cada Estado miembro –salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (Considerando 25)– deberá ponerla en vigor, mediante el tipo de medidas que estime necesarias, a más tardar el 23 de enero de 2006. En este momento España ya ha incumplido el plazo de incorporación en el ordenamiento interno español. Ello supone un incumplimiento que nadie oculta, y que ha permitido a la Comisión iniciar un procedimiento de denuncia por vulneración del Derecho comunitario³.

(1) Cf. ILLAMOLA DAUSÀ, M.: *La Unión Europea y la política de integración de los inmigrantes*, APARICIO, M.; ILLAMOLA, M.; MOYA, D. y RODERA, S. (coord.): *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea (Actas del II y III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo)*, Girona, Universitat de Girona, Documenta Universitaria, 2007, pp. 61-72.

(2) DOUE, L 16, 23 de enero de 2004, pp. 44-54. Para el proceso de elaboración de esta Directiva y los comentarios la misma vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *La transposición de directivas UE sobre inmigración*, op. cit., pp. 53-60.

(3) El 23 de enero de 2006 finalizó el plazo para transponer la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Sin embargo, por el momento sólo cinco países (Austria, Lituania, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia) han notificado a la Comisión Europea sus medidas de transposición. La Comisión calificó de “lamentable” que la adaptación se haya retrasado tanto y expresó su “inquietud” por la “inseguridad jurídica” que resulta para los inmigrantes y anunció con adoptar medidas al respecto (IP/06/56, Bruselas, 20 de enero de 2006).

En estos momentos, comienza a replantearse una importante modificación al menos en cuanto al ámbito de destinatarios, que nos sirve para volver a analizar el régimen jurídico de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por ello, en este artículo vamos a proceder a un examen de la legislación actualmente vigente tanto a nivel europeo como a nivel de legislación española máxime cuando en ambos ordenamientos debe procederse en breve a una reforma⁴. Con respecto, a nuestro país, ésta viene ya requerida por las propias instituciones comunitarias. En concreto, la Comisión ha denunciado a España por no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la Directiva 2003/109/CE y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha Directiva. El plazo señalado para adaptar el Derecho interno a la referida directiva, como hemos dicho anteriormente, finalizó el 23 de enero de 2006⁵. Desde luego, la no transposición en plazo está generando perjuicios a un sector importante de la población extranjera residente en territorio español, en concreto, a los inmigrantes que son beneficiarios de una autorización de residencia permanente, que por otra parte se han incrementado ostensiblemente en los últimos meses. Así se puede confirmar comparando el número de extranjeros con este tipo de permiso a 30 de septiembre de 2006 con las estadísticas de 31 de marzo. En la primera fecha tan sólo existían 537.688 extranjeros con esta documentación⁶ mientras que a finales de marzo de 2007 alcanza la cifra de 700.772, lo que representa el 31,75% del total de los extranjeros documentados en el régimen general⁷.

Por ello, en las páginas que siguen vamos a describir algunas de las disposiciones marco del texto comunitario en las que España deberá fijarse en el futuro, para regular en un futuro el estatuto del nacional de terceros países de larga duración. El estatuto jurídico acordado se basa en el principio que consiste en proporcionar un conjunto de derechos y responsabilidades sobre una base de igualdad, pero diferenciado según el tiempo de estancia. Los residentes de larga duración amparados por el estatuto disfrutarán de igualdad de trato en diversos sectores: en el acceso a un empleo asalariado o autónomo; y, a la educación y formación profesional; así como

(4) Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional [Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 6 de junio de 2007; COM (2007) 298 final].

(5) Han sido denunciados siguiendo un orden cronológico por la fecha del recurso presentado los siguientes países: Portugal, Hungría, Luxemburgo, República Francesa, Reino de España y República italiana: Recurso interpuesto el 12 de enero de 2007. Asunto C-5/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa (DOUE C, núm. 42, 24 de febrero de 2007, p. 20); Recurso interpuesto el 29 de enero de 2007. Asunto C-30/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Hungría (DOUE C, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 8); Recurso interpuesto el 30 de enero de 2007. Asunto C-34/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo (DOUE C, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 8); Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2007. Asunto C-37/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa (DOUE C, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 8); Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2007. Asunto C-59/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España (DOUE C, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 12); Recurso interpuesto el 21 de febrero de 2007. Asunto C-104/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana (DOUE C, núm. 82, 14 de abril de 2007, p. 26); Recurso interpuesto el 25 de abril de 2007. Asunto C-218/07. Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania (DOUE C, núm. 129, 9 de junio de 2007, p. 14).

(6) http://extranjeros.mtas.es/es/general/InformeEstadistico_Septiembre_2006.xls (Tabla 5).

(7) http://extranjeros.mtas.es/es/general/TablasInformeEstadistico_Marzo_2007.xls (Tabla 5).

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

en materia de protección y asistencia social. Gozarán también de mayor protección contra la expulsión.

II. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA: EL TEXTO ACTUAL DE LA DIRECTIVA 2003/109/CE DEL CONSEJO, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2003, RELATIVA AL ESTATUTO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN Y SU EVENTUAL REVISIÓN

A) Contenido de la Directiva 2003/109/CE: disposiciones generales

El Capítulo I de la Directiva bajo el título “Disposiciones generales” comienza señalando el doble objetivo que se persigue con dicho texto. En primer lugar, tiene por objeto establecer “las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración y los derechos correspondientes”; y por otro lado, establecer “las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto” (artículo 1). Esto quiere decir, que estos dos objetivos se les imponen a los Estados miembros destinatarios como una obligación de resultados. Por ello, los Estados deberían haber incorporado en sus respectivas legislaciones internas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su cumplimiento antes del 23 de enero de 2006 (artículo 26 Directiva).

El artículo 2 de la Directiva ofrece definiciones de los principales conceptos que se van a utilizar en su articulado. A modo de ejemplo, la noción “nacional de un tercer país” se perfila de forma negativa, al señalarse que es “cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión”. En este precepto también se distingue entre “primer y segundo Estado miembro”, siendo éstos respectivamente, el país miembro que otorga el estatuto de residente de larga duración y otro país comunitario, distinto del primero, en el que el nacional de un tercer país ejerce su derecho de residencia.

Por su parte el primer inciso del artículo 3, la Directiva será aplicable “a los nacionales de terceros países que residieren legalmente en el territorio de un Estado miembro”. Desde luego, el tenor literal permite un extenso ámbito de aplicación personal, se pueden incluir todos los extranjeros no comunitarios que sean admitidos para ejercer actividades –laborales o no lucrativas–, los inactivos, los nacidos en un Estado comunitario pero que no poseen su nacionalidad, los refugiados reconocidos, los familiares de un ciudadano de la Unión, etc.

En el apartado 2 del artículo 3 se procede a excluir expresamente a los siguientes nacionales de terceros países: residentes para llevar a cabo estudios o una formación profesional⁸, a los

(8) A éstos se les aplica la Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE L núm. 375, 23 de diciembre de 2004, pp. 12-18). Según lo dispuesto en su artículo 22 “Los Estados

investigadores⁹, a los autorizados a residir como titulares o solicitantes de una protección temporal o de una forma subsidiaria de protección¹⁰, refugiados o solicitantes de asilo en espera de resolución¹¹, y aquellos que residan por motivos de carácter temporal, por ejemplo –prestar servicios *au-pairs*, temporeros, trabajadores que prestan servicios transfronterizos...–¹²; y, finalmente, a los que gocen de un estatuto jurídico sujeto al derecho internacional público.

miembros pondrán en vigor las disposiciones legales y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva antes del 12 de enero de 2007”.

(9) Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*DOUE* L núm. 289, 3 de noviembre de 2005, pp. 15-22). El artículo 17 establece que: 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva, a más tardar el 12 de octubre de 2007. Para la puesta en marcha de la misma se han dictado: Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa al procedimiento de admisión específico de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica [COM (2004) 0178 — C6-0011/2004 — 2004/0061(CNS)] (*DOUE* núm. 33E, 9 de febrero de 2006, pp. 146-152); Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Recomendación del Consejo con miras a facilitar la admisión en la Comunidad Europea de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*ibíd.*, pp. 152-154) y la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo con miras a facilitar la concesión por los Estados miembros de visados uniformes de corta estancia a los investigadores nacionales de terceros países que se desplacen en la Comunidad Europea con fines de investigación científica (*ibíd.*, p. 154).

(10) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (*DOUE* L núm. 304, 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23). Según lo dispuesto en su artículo 38 “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 10 de octubre de 2006”.

(11) Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, que según dispone su artículo 26 “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 7 de febrero de 2005” (*DOUE* L núm. 31, de 6 de febrero de 2003, pp. 18-25); Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, cuyo artículo 38 dispone expresamente que: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 10 de octubre de 2006” (*DOUE* L núm. 304, 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23); y, finalmente, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (*DOUE* L, núm. 326, 13 de diciembre de 2005, pp. 13-34). Según lo dispuesto en su artículo 43 “Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de diciembre de 2007. Con relación al artículo 13, los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de diciembre de 2008. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión”.

(12) Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DOCE* L núm. 18, 21 de enero de 1997, pp. 1-6). Vid. JUÁREZ PÉREZ, P.: “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE de los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *RL*, 1999, núm. 7, pp. 70-93; *id.*: *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada, Comares, 2000; PALAU MORENO, G.: “Directiva 96/71 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *REDI*, 1997, pp. 377-381; *id.*: *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia,

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

Si dejamos a un lado a los extranjeros que gozan de un estatus de Derecho internacional público, la Directiva claramente excluye de su ámbito de aplicación a algunas categorías de nacionales de terceros países cuya característica común es la precariedad de su situación o a la brevedad de su estancia.

El último inciso del artículo 3 recuerda la existencia de diversos acuerdos internacionales que afectan a estas materias (por ejemplo, Acuerdo de Asociación con Turquía, Acuerdos con Marruecos y Túnez, Convenio del Consejo de Europa relativo al estatuto del trabajador migrante, Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados...). En todo caso el artículo 3.3 de la Directiva se inicia proclamando la aplicabilidad de las normas más favorables que contengan dichos textos.

B) Estatuto de residente de larga duración en un Estado miembro

En el artículo 4 de la Directiva, el primer requisito que se le exige a los nacionales de terceros países que deseen obtener el estatuto de residente de larga duración es la “residencia legal e ininterrumpida” durante cinco años en ese Estado. El mismo precepto establece una serie de reglas que precisan cómo calcular ese período mínimo. Así, el tiempo pasado como estudiante, la residencia realizada con fines de estudio sólo contabilizará la mitad (artículo 4.2 *in fine* Directiva). Por otro lado, el extranjero podrá ausentarse en determinadas circunstancias sin que su período de residencia se considere interrumpido. Entre estas circunstancias se incluyen: si la ausencia es inferior a seis meses consecutivos y no excedieren de diez meses en total a lo largo del período de los cinco años. También se amplía el plazo de los seis meses cuando concurren razones específicas o excepcionales de carácter temporal y que de conformidad con su Derecho nacional, los Estados podrán aceptar un período de ausencia más prolongado (artículo 4.3.2 Directiva). Esto por ejemplo podría ser útil para los casos de ausencia por obligaciones militares, traslados laborales, enfermedad grave, embarazo, maternidad, etc.

El artículo 5 de la Directiva recoge dos requisitos adicionales exigibles a fin de obtener el estatuto de residente de larga duración: el extranjero no comunitario debe probar que dispone, para él y las personas a su cargo, de recursos económicos fijos y regulares suficientes –que puede incluir la exigencia de un alojamiento adecuado– y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. En el párrafo 2.º de este mismo precepto se añade que los Estados miembros podrán “requerir a los nacionales de terceros países que cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional”. Y, por supuesto, se puede denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública; ahora bien, no puede justificarse dicha denegación por razones de orden económico (artículo 6 Directiva).

Tirant lo Blanch, 2000). Las normas contenidas en esta Directiva fueron recogidas en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional BOE, 30 de noviembre de 1999. Vid. MOLINA NAVARRETE C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de la prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 205, 2000, pp. 3-55.

Para obtención del estatuto de residente de larga duración, los eventuales beneficiarios presentarán una solicitud ante las autoridades competentes con los documentos justificativos en los que se acredite que reúnen los requisitos exigidos (cinco años de residencia, recursos económicos suficientes y seguro de enfermedad)¹³. Las autoridades nacionales del Estado de residencia dispondrán de seis meses desde la fecha de la presentación de la solicitud para dictar su resolución (artículo 7.2 Directiva). La solicitud sólo podrá denegarse de forma motivada, según se prevé en el artículo 10, por las causas mencionadas en el artículo 6 anteriormente reseñado.

La concesión del estatus de residente de larga duración se plasma a través de la expedición del denominado “permiso de residencia de larga duración-CE”. El permiso tendrá una validez mínima de cinco años; la renovación será automática a su vencimiento, previa solicitud, en su caso (artículo 8.2 de la Directiva). En todo caso, la caducidad del permiso de residente de larga duración-CE no podrá acarrear en ningún caso la retirada o pérdida del estatuto de residente de larga duración (artículo 9.6 de la Directiva).

En el artículo 11.1 de la Directiva se enumeran los ámbitos en los que los residentes de larga duración gozarán necesariamente del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente: acceso y condiciones de empleo –salvo el vinculado con el ejercicio de la potestad pública–; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas profesionales, certificados y títulos; las prestaciones de la seguridad social y asistencia social; beneficios fiscales; acceso a bienes y servicios; libertad de asociación y afiliación; y libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro.

Este estatuto de residente de larga duración únicamente podrá ser retirado por alguno de los motivos que se recogen expresamente en el artículo 9. En el párrafo primero de este precepto se establecen tres supuestos: la obtención fraudulenta del estatuto, la aprobación de una medida de expulsión, y, ausencia del territorio durante un periodo de 12 meses consecutivos, salvo que obedezcan a razones excepcionales. Se puede también retirar por razones de orden público o por la obtención del estatuto en otro Estado miembro (artículo 9.2 y 3 de la Directiva).

Ahora bien, en aquellos casos en los que la retirada o pérdida del estatuto de residente de larga duración no dé lugar a devolver al nacional a un tercer país, el Estado miembro autorizará al interesado a permanecer en su territorio siempre que reúna los requisitos establecidos en su legislación nacional y no constituya una amenaza para el orden público o la seguridad pública (artículo 9.7 de la Directiva).

En el ámbito de la expulsión, la Directiva dispensa una protección reforzada a los extranjeros que posean el estatuto de residente de larga duración. Por ello, el artículo 12 establece que: “Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración *cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden*

(13) Estos requisitos que se recogen en los artículos 4 y 5 de la Directiva fueron expresamente mencionados en el núm. 48 de las Conclusiones presentadas, el 10 de junio de 2004, por el Abogado General Sr. Philippe Léger. Asunto C-467/02. Inan Cetinkaya contra Land Baden-Württemberg [petición de decisión prejudicial formulada por el Verwaltungsgericht Stuttgart (Alemania)].

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

público o la seguridad pública". Dicha decisión no podrá justificarse por razones de orden económico y será recurrible en vía judicial o administrativa; y, en todo caso, antes de adoptarse se deben tomar en cuenta una serie de elementos, entre los que se mencionan: duración de la residencia; edad de la persona implicada; consecuencias de la expulsión para él y los miembros de su familia; vínculos con el país de residencia o ausencia de los lazos con el Estado de origen, con el fin de concluir si los hechos de que se le acusa son realmente lo suficientemente graves como para justificar la expulsión.

Finalmente, el artículo 13 dispone que si un Estado miembro concede un permiso de residencia permanente con unas condiciones más favorables que las establecidas en esta Directiva, dicho título sólo producirá efectos a nivel nacional, no permitiendo que su titular resida en otro país comunitario.

C) Derecho de residencia en otros Estados miembros

Se recoge este derecho en el capítulo tercero de esta Directiva (artículos 14 a 23 de la Directiva). Se inicia el capítulo proclamando que los residentes de larga duración podrán permanecer durante más de tres meses en un Estado miembro distinto a aquel que les concedió el estatuto (artículo 14 de la Directiva). Para ello, el extranjero ha de hallarse en el segundo Estado miembro en alguna de las siguientes situaciones: llevar a cabo una actividad económica; estudiar o realizar una formación profesional; y para otros fines. Ahora bien este último supuesto, los Estados miembros podrán requerir al interesado pruebas de que dispone de: recursos fijos y regulares suficientes y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos (artículo 15.2 de la Directiva)¹⁴. El artículo 16 de la Directiva permite que el residente de larga duración sea acompañado al segundo Estado por las personas que ya constituían su familia en el primer Estado.

Cuanto antes y a más tardar transcurrido un máximo de tres meses desde su entrada en el segundo país comunitario, el extranjero y los miembros de su familia tienen que solicitar un permiso de residencia a las autoridades de dicho país, quienes podrán exigirles que presenten una serie de documentos enumerados respectivamente en los artículos 15.4 y 16.4 de la Directiva. Las autoridades del segundo Estado tendrán, para la tramitación de la solicitud, un plazo de cuatro meses cuyo cómputo se iniciará en el momento de la presentación (artículo 19 de la Directiva). Dicho plazo podrá ser aplicado por un período de hasta tres meses más.

La residencia de estas personas únicamente podrá denegarse cuando el interesado "representare una amenaza para el orden público o la seguridad pública" (artículo 17.1 de la Directiva). No

(14) En todo caso sigue sin poder decirse que los nacionales de terceros países en otro Estado miembro gocen de un estatus similar al que tendrían los nacionales de los otros Estados miembros de la UE. Esta afirmación se encuentra con claridad en el núm. 143 de las Conclusiones presentadas el 11 de enero de 2007 por el Abogado General Sr. Yves Bot. Asunto C-325/05. Ismail Derin contra Landkreis Darmstadt-Dieburg. [Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Darmstadt (Alemania)]. En concreto, se apunta que: "143. Ciertamente, esta desventaja queda atenuada en lo sucesivo en la Directiva 2003/109, que confiere a los nacionales de terceros países que gozan del estatuto de residentes de larga duración en un Estado miembro, el derecho a residir en el territorio de otro Estado miembro para, concretamente, ejercer en él una actividad por cuenta ajena o propia o para otros fines. Sin embargo, los derechos que de este modo se reconocen a estos nacionales de terceros países siguen siendo menos amplios que los de los ciudadanos de la Unión".

cabe una resolución basada en razones de orden económico. El artículo 18 de la Directiva incluye un listado de enfermedades que pueden justificar dicha denegación. Pero si éstas sobrevienen con posterioridad a la expedición, en el segundo Estado miembro, del permiso de residencia, no será motivo para denegar la renovación del permiso ni para decidir la expulsión.

Si la solicitud es aceptada, y por tanto, la decisión del segundo Estado es favorable, al residente de larga duración y/o a sus familiares se les otorgará un permiso de residencia renovable. Dicho permiso se renovará a su caducidad, previa solicitud (artículo 19.2 de la Directiva). Y para los miembros de la familia se expedirá un permiso de residencia también renovable de duración idéntica al expedido al residente de larga duración (artículo 19.3 de la Directiva).

La obtención de este permiso de residencia, según lo previsto en el artículo 21.1 de la Directiva, supone que “el residente de larga duración gozará en él de igualdad de trato, en los ámbitos y según las condiciones mencionadas en el artículo 11”; y los miembros de su familia a los que se les otorgue el permiso de residencia “gozarán en él de los derechos considerados en el artículo 14 de la Directiva 2003/86/CE” (artículo 21.3 de la Directiva).

Por su parte, el artículo 22.1 de la Directiva prevé la retirada del permiso de residencia, durante un período transitorio de cinco años, al extranjero residente de larga duración o a los miembros de su familia; bien por razones de orden público o de seguridad pública, bien porque ya no ejerce una actividad económica o formativa o ya no dispone de recursos suficientes o de un seguro de enfermedad o cuando el nacional no resida legalmente en el mencionado Estado.

La retirada del permiso supone en primer lugar una expulsión del país de residencia que, según la Directiva no tendrá carácter ilimitado en el tiempo, pudiéndose posteriormente volver a intentar ejercitar el derecho de residencia en ese segundo Estado miembro, ya que la decisión en algunos casos no podrá llevar aparejada una prohibición permanente de residencia (artículo 22.4 de la Directiva). En segundo lugar, la retirada del permiso de residencia también obliga al Estado que otorgó el estatuto de residente de larga duración a “readmitir inmediatamente sin formalidades al residente de larga duración y a los miembros de su familia” (artículo 22.2 de la Directiva).

Finalmente, transcurridos los cinco años de residencia en el segundo Estado, el residente podrá solicitar el estatuto de residente de larga duración en dicho Estado (artículo 23 de la Directiva) y su concesión impone al segundo Estado la obligación de comunicar su resolución al primer Estado, lo que conllevará la retirada del estatuto por parte del primer país comunitario.

Una previsión similar a la analizada la podemos encontrar en el artículo 24 de la Directiva 2003/109/CE, en la que se establece que: “Periódicamente, y por primera vez a más tardar el 23 de enero de 2011, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros y propondrá, en su caso, las modificaciones que fueren necesarias. Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los artículos 4, 5, 9 y 11 y al capítulo III”. Desde luego, en esta Directiva probablemente lo que exija mayor estudio para una eventual modificación es el capítulo relativo al ejercicio del derecho

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

de libre residencia de los extranjeros nacionales de terceros países con permiso de residencia permanente CE en un país miembro, en otro país miembro de la UE.

En definitiva los informes periódicos sobre la aplicación de estas Directivas así como eventuales modificaciones que sean propuestas, pueden dar unos resultados altamente positivos, pero, por el momento, lo importante es la transposición de las previsiones en los ordenamientos internos. Ello sin olvidar que existe una obligación por parte de los países miembros en dar publicidad y comunicar los actos legislativos que se adopten internamente en cumplimiento de las diversas Directivas relativas a la libre circulación de nacionales de terceros países¹⁵.

D) Eventual ampliación: la propuesta de modificación

En estos momentos se está abordando la modificación del texto de la directiva, ello con la idea de incrementar el número de destinatarios. Las exclusiones previstas en el texto actual, no cubiertas aún por un texto más favorable, implican la necesidad de una reforma. Para ello contamos con la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional¹⁶. El objetivo principal de esta propuesta es ofrecer al beneficiario de protección internacional la necesaria seguridad jurídica con relación a su estancia en un Estado miembro, y derechos comparables a los de los nacionales de la UE al cabo de cinco años de residencia legal, colmando así la laguna no cubierta por la Directiva 2004/83/CE¹⁷. Se suprimen, para ello, las excepciones introducidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/109/CE con respecto a los beneficiarios de protección internacional, teniendo en cuenta, en su caso, la situación específica de estas personas frente a otros nacionales de terceros países.

Quizá uno de los temas más polémicos de esta inclusión puede derivar con respecto a la aplicación del capítulo III de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, que como ya hemos analizado, establece las condiciones en las que los residentes de larga duración pueden ejercer su derecho

(15) Que deberá ponerse en marcha en cuanto se apruebe la Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de un procedimiento de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración [Comisión Europea, Bruselas, 10.10.2005, COM (2005) 480 final]. Determinadas disposiciones de la legislación comunitaria imponen a los Estados miembros la obligación de comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho nacional que adopten en los ámbitos cubiertos por esas Directivas. Dada la similar naturaleza de la información que debe facilitarse para atenerse a estas Directivas y al proyecto de Decisión propuesto, puede evitarse la duplicación de esfuerzos utilizando el procedimiento de información establecido por el proyecto de Decisión como canal para que los Estados miembros cumplan las obligaciones que les incumben con arreglo a las Directivas mencionadas. Entre estas disposiciones debemos destacar: artículo 8.2 de la Directiva del Consejo 2001/40/CE, reconocimiento mutuo de decisiones de expulsión; artículo 7.3 de la Directiva del Consejo 2001/51/CE, que completa las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; artículo 27.2 de la Directiva del Consejo 2001/55/CE, protección temporal; artículo 4.2 de la Directiva del Consejo 2002/90/CE, ayuda a la entrada irregular; artículo 10.2 de la Directiva del Consejo 2003/110/CE, asistencia al alejamiento por vía aérea; artículo 26.2 de la Directiva del Consejo 2003/9/CE [normas para la recepción de solicitantes de asilo]; artículo 38.2 de la Directiva del Consejo 2004/83/CE, directiva sobre requisitos; artículo 19.2 de la Directiva del Consejo 2005/71/CE, directiva de los investigadores.

(16) Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 6.6.2007; COM (2007) 298 final.

(17) Cf. Nota 10.

de residencia en otro Estado miembro. Lógicamente, los requisitos establecidos en dicho capítulo deben también ser de aplicación íntegra a los beneficiarios de protección internacional que hayan obtenido el estatuto de residentes de larga duración. En este sentido, los destinatarios de protección internacional que, con arreglo al artículo 23 de la Directiva 2003/109/CE, soliciten la concesión del estatuto de residentes de larga duración en un Estado miembro distinto de aquel que les haya concedido la protección internacional deberán tener asimismo la obligación de cumplir todas las condiciones pertinentes exigidas por dicha Directiva. Por ello, aunque sólo se concede a los residentes de larga duración, en determinadas condiciones, el derecho a establecerse en un segundo Estado miembro, la instalación en un segundo Estado miembro podría, en algunos casos, desembocar, en un momento u otro, en una transferencia de responsabilidad en materia de protección. Ahora bien, parece que la propuesta de modificación de la Directiva 2003/109/CE no implica la instauración en el Derecho comunitario de un mecanismo de transferencia de responsabilidad en materia de protección¹⁸. En todo caso, si bien la propuesta no trata esta cuestión, es importante preservar el respeto del principio de no devolución en el segundo Estado miembro.

La modificación propuesta debe ser aprobada para cubrir la laguna existente, y de todas formas, la previsión del artículo 24 del texto original, en todo caso, permitirá que observadas otras carencias y deficiencias éstas sean erradicadas en un futuro inmediato, en concreto para el 23 de enero de 2011. En las expectativas de futuro se prevé avanzar en la regulación del estatuto de residente permanente CE para el ejercicio de la libre circulación en otro Estado miembro (artículos 14 a 23 de la Directiva). Por eso, ya se recoge expresamente la posibilidad de volver a debatir las condiciones y requisitos exigidos para tener ese estatuto así como los derechos que de su reconocimiento se derivan.

III. LA RESIDENCIA PERMANENTE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A) Regulación legal: artículo 32 de la LOEx

En la legislación actual, la residencia permanente en España de forma indefinida incorpora el principio de equiparación en la condición laboral con los españoles (artículo 32.1 de la LOEx y 71 del RELOEx). Además, la tenencia de la autorización de residencia pasa a ser un título suficiente –al portador– para trabajar en España y para convertir en inexpulsable a sus beneficiarios. En este sentido, se puede afirmar que a partir de su concesión, el extranjero podrá realizar cualquier actividad laboral sin necesidad de autorización para trabajar¹⁹ o la práctica imposibilidad

(18) Esto significa que las solicitudes de transferencia de responsabilidad en materia de protección seguirán rigiéndose por la Convención de Ginebra de 1951 y, en su caso, por las disposiciones relativas a los refugiados del acuerdo europeo sobre transferencia de la responsabilidad celebrado en el marco del Consejo de Europa.

(19) En este sentido, el artículo 41.3 de la LOEx establece que: “Asimismo, no tendrán que solicitar la obtención de la autorización de trabajo los extranjeros en situación de residencia permanente establecida en el artículo 32 de esta Ley Orgánica”.

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

tanto para el residente permanente como para sus familias de ser expulsado²⁰. De hecho, esta situación constituye la condición fundamental para lograr la verdadera integración social y jurídica del inmigrante en la sociedad española²¹. Si alcanza un estatuto de igualdad al español, deberíamos interrogarnos acerca de si es posible que el residente permanente acceda a los puestos de la función pública, salvo a los reservados a los españoles²². La respuesta debería ser a favor del principio de equiparación y la erradicación de cualquier discriminación una vez conseguida la residencia permanente. Aunque, no es tan claro desde el momento que el artículo 76 prevé la posibilidad de que esta autorización de residencia de carácter permanente se extinga. Y por otro lado, se debe tener presente que en el párrafo 3 del artículo 11 de la Directiva que hemos examinado prevé la posibilidad que los Estados miembros puedan restringir la igualdad de trato con sus nacionales en los casos siguientes: “a) los Estados miembros podrán mantener restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE)”.

B) Requisitos temporales exigidos para la obtención de la autorización de residencia permanente

a) Requisitos sustanciales: cinco años de residencia temporal

El artículo 32.2 redactado por la LO 8/2000 señala que sólo se va a expedir una autorización de residencia permanente a los extranjeros que hayan tenido residencia temporal durante cinco

(20) Ello en virtud de la letra b) del párrafo 5.º del artículo 57 de la LOEx al disponer que: “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: (...) b) Los que tengan reconocida la residencia permanente”.

(21) Cf. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.: “El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2000, p. 8.

(22) Ello porque nos parece posible la proyección de los derechos de los nacionales de la UE con las mismas restricciones que a éstos se les puedan imponer. En concreto, esta limitación también la tienen los beneficiarios del RD 240/2007, mediante la remisión al artículo 39.4 del TCE y la interpretación dada por los fallos jurisprudenciales, como en *STJCE de 30 de septiembre de 2003*. Para delimitar las actividades reservadas a los españoles, en definitiva prohibidas a los destinatarios del RD 240/2007, debemos clarificar qué empleos deben continuar considerándose en el ámbito de esta excepción y a los que sólo se puede acceder si se posee la nacionalidad española. Es cierto, que en nuestro ordenamiento, el artículo 56.1.a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público parte de un principio básico: “1. Para poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir los siguientes requisitos: a) Tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”. Esta remisión nos conduce al párrafo 1.º del artículo 57 en el que se establece que: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados” (*BOE*, núm. 89, 13 de abril de 2007, pp. 16270-16299).

años de forma continuada²³. Este precepto equivalente al artículo 30 en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2000, establece un régimen de residencia permanente menos generoso que el texto reformado, pues a la exigencia temporal previa, en el texto reformado, no se imponía el requisito de la continuidad²⁴. Ello quiere decir que el tenor literal vigente exige que se trate en todo caso de una residencia legal y continuada en el tiempo señalado, salvo ciertos supuestos a los que no se les va a imponer ningún plazo. La exigencia de continuidad de la residencia durante cinco años fue criticada por diversos Grupos Parlamentarios²⁵. El desarrollo al que hace alusión este precepto fue concretado en el artículo 42.1 del RD 864/2001, en el que se señalaba que no afectaban a dicha continuidad: ni las ausencias por períodos de vacaciones ni las ausencias de hasta seis meses, siempre que sumadas no superen un total de un año y tampoco, las ausencias, debidamente justificadas, realizadas por motivos familiares o de asistencia sanitaria.

(23) Vid. artículos 72.1, 73 y 76.d) del RELOEx. Con carácter general se impone la exigencia de cinco años de residencia legal en España. Este requisito, no obstante, se puede considerar cumplido con la tenencia de una tarjeta de residencia de familiar comunitario aunque ésta fuese nula por haberse divorciado, como puede verse en el Cdo. Segundo de la *STSJ de Canarias de 13 de octubre de 2004* al afirmar que: “La Administración deniega el permiso por considerar que el período de residencia de cinco años (1997-2002) se amparó en una tarjeta de residencia de familiar comunitario que era nula de pleno derecho, porque el demandante no reunía los requisitos esenciales para obtenerla, al haberse divorciado en el año 1995. La cuestión que se suscita es si la Administración puede desconocer los efectos que proyecta un acto favorable al interesado, sin declarar previamente la nulidad de pleno derecho de acuerdo con el procedimiento de revisión legalmente establecido. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Si bien ha caducado la tarjeta de residencia, sus efectos persisten y han permitido al extranjero residir legalmente en nuestro país durante el tiempo necesario para obtener el permiso de residencia permanente. La Administración no puede declarar sin más que la residencia es ilegal, por ser nulo de pleno derecho el acto que le sirvió de cobertura, sin previamente acudir al procedimiento de revisión de oficio. No habiendo procedido de tal forma ha dictado un acto que se contradice con otro que es favorable al interesado, el cual no ha sido eliminado del mundo del Derecho siguiendo las vías establecidas por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, no pudiendo considerarse ilegal la residencia del demandante, por no haberse revisado el acto por el que se le otorgó la tarjeta de familiar de ciudadano comunitario, y no constando que haya otro impedimento para otorgar el permiso de residencia permanente, pues no puede considerarse como tal una condena por un delito contra la seguridad en el tráfico, es por lo que debemos estimar la demanda y condenar a la Administración a que otorgue al demandante el permiso solicitado”. También se concede la residencia permanente en la *STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Sede de Burgos) de 28 de septiembre de 2006*. Recurso núm. 464/2006 (*Cendoj*: 09059330012006100492). Por su parte, debe tenerse en cuenta la cuestión resuelta por la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Córdoba de 8 de enero de 2007*, en la que se admite parcialmente el recurso presentado, ante una denegación errónea de la Administración. El interesado había solicitado una autorización de residencia permanente y se le deniega renovación de residencia ordinaria. El juzgado admite el recurso pero no concede la residencia permanente pero exige a la Administración volver a resolver sobre la petición inicial (www.icam.es).

(24) El párrafo 2.º del artículo 30 de la LO 4/2000 establece que: “2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España” (Vid. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *La Ley de Extranjería*, Zaragoza, Real e Ilustre Colegio de Abogados, 2000, pp. 21, 81, 139; ÁLVAREZ NÚÑEZ, A.M.ª y CARRASCO MARTÍNEZ, M.: “Artículo 30. Residencia permanente”, *Comentarios a la Ley de extranjería* (director J. ASENSI SABATER), op. cit., pp. 195-196; LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M.: *La nueva Ley de Extranjería*, op. cit., pp. 533-538; MARTÍNEZ ATIENZA, G.: *Ley y Reglamento de extranjería*, op. cit., p. 382; MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y.: “Comentario al artículo 30”, (director SANTOLAYA MACHETTI, P.), op. cit., pp. 181-183).

(25) En el texto aprobado como Proyecto por el Gobierno se exigía la continuidad sin ninguna flexibilidad. En varias Enmiendas se propuso la supresión de este requisito. En concreto, se pueden ver las Enmiendas núms. 44 (GP Mixto), 127 (GP Mixto), 163 (GP Mixto) y 341 (GP Mixto) (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, núm. 12-5, de 18 de octubre de 2000, pp. 39, 60, 73-74, 131).

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

En la actualidad, este requisito ha sido suavizado con claridad para un supuesto y ha sido flexibilizada por el RD 2393/2004. En concreto, el artículo 32.2 dispone que: “Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente”²⁶. El desarrollo al que hace alusión este precepto se ha concretado en el artículo 72.2 del RELOEx señalando que no afectan a dicha continuidad: las ausencias de hasta seis meses, siempre que sumadas no superen un total de un año dentro de los cinco años que permiten la obtención de la residencia de carácter permanente. Pero en todo caso, una vez señaladas las bondades, debemos hacer una valoración negativa sobre la eliminación de la previsión que se hacía en el artículo 42.2 del RD 864/2001 que permitía un plazo superior de la ausencia de territorio español motivado por razones familiares o de asistencia sanitaria²⁷.

En segundo término, en cuanto a la eventual flexibilidad para reducir los plazos exige un desarrollo reglamentario. Ahora bien, en la LOEx, al igual que en el texto anterior, se prevé la posibilidad de que ese plazo de cinco años pueda ser reducido en supuestos de especial vinculación con España.

b) Supuestos en los que no son necesarios cinco años de residencia temporal

En el artículo 72.3 del RELOEx, copiando el texto del artículo 42.2 del RD 864/2001, sin aludir a un plazo de cinco años de residencia temporal previa, establece que:

“La autorización de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.
- b) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la

(26) Esta última opción fue introducida por la aceptación de la Enmienda núm. 127 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso. La redacción actual se debe a la aceptación de la Enmienda núm. 127 presentada en el Congreso de los Diputados por el Sr. Labordeta del GP Mixto. El texto del Proyecto imponía “cinco años de forma continuada” (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, núm. 12-1, de 11 de septiembre de 2000, p. 7). Con la Enmienda mencionada se suavizó el requisito al permitir presentar el siguiente texto: “Tendrán derecho a la residencia permanente los que hayan tenido residencia durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporal” (*Ibíd.*, núm. 12-5, de 18 de octubre 2000, p. 61).

(27) Máxime cuando en la Directiva si bien es más restrictiva, en cuanto que exige que las ausencias no excedan de diez meses en total a lo largo de los cinco años exigidos, lo cierto es que, el Ordenamiento español da escaso margen a los supuestos de ausencias, debidamente justificadas, realizadas por motivos familiares o de asistencia sanitaria. Desde luego, sería bueno no haber eliminado lo previsto en el artículo 42.1.c) del RD 864/2001 pues el artículo 4.3 *in fine* de la Directiva establece que: “cuando concurren razones específicas o excepcionales de carácter temporal y de conformidad con su Derecho nacional, los Estados miembros podrán aceptar que un período de ausencia más prolongado del que se señala en el párrafo primero no interrumpa el período a que se refiere el apartado 1. En tales casos, los Estados miembros no tendrán en cuenta el correspondiente período de ausencia en cuestión en el cálculo del período a que se refiere el apartado 1”.

Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

c) Que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

d) Que hayan sido españoles de origen, habiendo perdido la nacionalidad española.

e) Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva²⁸.

f) Apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.

g) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos, corresponderá al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales la concesión de esta autorización de residencia permanente, previo informe del Ministro del Interior²⁹."

De la lectura del párrafo 3.º del artículo 72 del RELOEx se observa que los siete supuestos o grupos de personas a las que no se les va a exigir dicho plazo mantienen unos vínculos con España; sin embargo, no se ha aprovechado la ocasión para poner de manifiesto nuestros vínculos de contigüidad territorial o de carácter histórico; nos referimos a la ausencia de referencia a los nacionales de los países iberoamericanos e incluso con nuestros vecinos marroquíes³⁰. Además, tampoco se han incluido los extranjeros familiares de españoles o de nacionales de la Unión Europea no incluidos en el ámbito personal de aplicación del RD 178/2003.

De estos siete grupos de beneficiarios, es decir, de extranjeros que pueden conseguir la residencia permanente sin cumplir el requisito temporal general de los cinco años de residencia legal continuada en España, puede ser que varios de ellos no impliquen ningún privilegio; incluso, puede que algún grupo de los mencionados no tenga destinatarios. En todo caso, debemos averiguar si hay muchas personas eventualmente beneficiadas, por lo que vamos a analizar someramente cada uno de los grupos. Y cualquier crítica que se haga debe ser tomada en sus justos términos ya que la legislación actual mantiene la totalidad de los supuestos recogidos en el artículo 72.3 RD 2393/2004, que reitera lo previsto en el artículo 42.2 del RD 864/2001 que a su vez incluía prácticamente la totalidad los supuestos previstos en el artículo 52 del RD 155/1996, salvo el caso de los indocumentados, actualmente excluidos, lo que sí se echa de menos en la nueva regulación.

(28) Este apartado ha sido endurecido, con respecto al artículo 42.2.e) del RD 864/2001, al exigir cinco años en vez de los tres años anteriormente impuestos.

(29) En el anterior reglamento este supuesto tenía el mismo tratamiento que el resto de los supuestos, y su concesión no quedaba reservada a la competencia del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.

(30) Vid. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "Comentarios a los artículos 25 a 35", *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. J.M. CAMPO CABAL), op. cit., p. 246.

C) Ámbito real de aplicación de los supuestos en los que no son necesarios cinco años de residencia temporal

a) Supuestos vinculados con la previa cotización al sistema de seguridad social

En primer término, los extranjeros incluidos en las letras a) y b) del párrafo 3 del artículo 72 del RELOEx se encuentran estrechamente vinculados con la previa realización de actividad laboral y de cotización a la Seguridad Social. Se podría incluso pensar que la no exigencia de los cinco años no supone un privilegio. En este sentido, el grupo constituido por los extranjeros que sean beneficiarios de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva, con toda seguridad han cumplido sobradamente el plazo general. Esta afirmación es fácil de avalar, ya que para obtener en nuestro país las pensiones mencionadas, tal y como prescribe el artículo 161.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –en adelante LGSS–, para tener derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se deben reunir las siguientes condiciones: “a) haber cumplido sesenta y cinco años de edad; y b) tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho”.

El hecho de pedir una cotización durante quince años para ser beneficiario de la pensión de jubilación, nos permite señalar que el extranjero debe haber residido más de los cinco años en España, salvo que pueda obtener dicha jubilación habiendo cotizado un período más corto en España y se le computen los períodos cotizados en un país vinculado a España por un Tratado o norma internacional³¹.

El segundo grupo de extranjeros que no necesitan los cinco años para solicitar la residencia permanente son aquellos que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva. A la hora de delimitar los auténticos destinatarios de este privilegio debemos acudir al artículo 138 de la LGSS en el que se viene a confirmar que se necesitan unos períodos mínimos de cotización, la regla son cinco años, salvo que el declarado incapacitado tenga menos de 26 años. En este supuesto los años de cotización dependerán de la edad que tenga el extranjero en el momento en que se produzca la incapacidad; pero en todo caso, se exige al menos la mitad del tiempo que va de entre los dieciséis años al momento que se produce la incapacitación. De esto se puede deducir que tampoco, salvo casos excepcionales o de aplicación de Tratados internacionales, serán muchos los extranjeros que no cumplan con los cinco años de residencia temporal, por lo que el hecho de otorgarles la residencia permanente no representa un gran exceso por parte de la legislación española.

(31) Los eventuales casos que puedan computar cotizaciones de otro país deben estar previamente establecidos en una norma internacional. Es posible que existan casos concretos con relación a algún país pero habrá que estar a lo establecido en el Convenio tanto bilateral como multilateral. Para un examen de las cláusulas que nos vinculan en Acuerdos bilaterales: vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 318-336, esp. 320.

b) Extranjeros nacidos en España

El grupo de personas que puede beneficiarse del apartado c) del artículo 72.3 del RELOEx es bastante importante; de hecho, son numerosos los extranjeros en los que concurre la circunstancia de su nacimiento en territorio español. Ahora bien, los requisitos que se exigen son múltiples, además de haber nacido en España se necesita llegar a la mayoría de edad para proceder a esta petición. Y, además, acreditar una residencia legal y continuada durante los tres años anteriores a la petición. Realmente, este precepto es un poco incoherente porque parece que hemos olvidado cómo se obtiene la nacionalidad española. Es más fácil llegar a ser español que obtener una residencia permanente.

Ciertamente, no todos los nacidos en territorio español son españoles. Es verdad, que en el ordenamiento jurídico español, el *ius soli* sólo rige de forma residual. Por el momento, la DGRN ha demostrado que los hijos de ciertos extranjeros, entre los que destacamos a los hijos de los apátridas, de los argentinos, bolivianos, brasileños, caboverdianos, colombianos, costarricenses, cubanos, chilenos, ecuatorianos, de Guinea Bissau, pakistaníes nacidos fuera de Pakistán, paraguayos, peruanos, nacionales de Santo Tomé y uruguayos, son españoles si han nacido en España, así como los hijos de los marroquíes casados al margen de su ley personal, y los hijos de los portugueses no inscritos en los registros portugueses³². Lógicamente, esto no cubre todos los casos, sino que son una minoría³³. Sin embargo, debemos recordar que el hecho de nacer en España supone la reducción del plazo en la solicitud de la nacionalidad española por naturalización por residencia. En concreto, los extranjeros nacidos en España pueden solicitar la nacionalidad acreditando un año de residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la solicitud y además se puede solicitar antes del cumplimiento de los dieciocho años [artículo 22.2.a) del Cc].

Estos datos permiten dar por explicada la incoherencia de nuestro Ordenamiento, ya que es más fácil ser español que ser residente permanente. De todas formas, era lógico pensar que si en trabajo se les otorgaba un trato de favor [artículos 40.h) de la LOEx y 71.1.f) del RELOEx], lo normal es que en la obtención de la autorización de residencia permanente se les suavizaran los trámites o se eliminan requisitos. De hecho la primera medida o trato de favor lo encontramos

(32) Cf. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad Española (Análisis de la normativa vigente)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 50-57; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y Observatorio Permanente de la Inmigración: *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España (Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996-2002)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006, pp. 51-82.

(33) Vid. Anexos a la Instrucción DGRN de 28 de marzo de 2007 relativa a la competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción (BOE, 10 de abril de 2007, pp. 15254-15256). Los anexos no deben ser considerados como listados completos pues faltan algunos países, a modo de ejemplo, no se refiere a los hijos de: brasileños, paraguayos o de uruguayos entre los supuestos de atribución de la nacionalidad por nacimiento en territorio español y también se producen ciertas carencias con respecto al listado en el que no es aplicable el artículo 17.1.c) del Cc para el caso de los hijos de camerunenses, chinos, egipcios o iraquíes. Desde luego, se trata de una ausencia de conocimiento de la normativa de nacionalidad de los mencionados países pues el Centro Directivo ha conocido múltiples casos en los que ha abordado aquélla (Cf. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y Observatorio Permanente de la Inmigración: *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España*, op. cit., pp. 51-82 y ss).

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

desde el momento en que por nacer en España y ser sus padres extranjeros residentes, obtienen automáticamente el mismo tipo de autorización de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores (artículo 94.1 del RELOEx)³⁴. Lo que está claro es que nuestro Ordenamiento no quiere otorgar beneficios a los extranjeros nacidos en España de padres irregulares, pero una vez que cualquiera de ellos consiga una autorización de residencia podrá solicitarla inmediatamente para su hijo nacido en territorio español.

En conclusión, desde la perspectiva de Derecho de la nacionalidad, puede haber ciertos supuestos de niños –en terminología policial niños anclas– a los que se les concede la nacionalidad española. Se ha incorporado en nuestra legislación el criterio del *ius soli* como atributivo de la nacionalidad. Ahora bien, éste tiene carácter residual, pues se otorga sólo la nacionalidad española al nacido en España por el hecho de que si no tuviesen esa consideración serían apátridas. En definitiva, el artículo 17.1.c) del Cc sólo trata de dar cumplimiento al artículo 7 del Convenio de Derechos del Niño. En cuanto al tratamiento, el extranjero/a que acredite ser progenitor/a de nacional de la Unión Europea o de un español podrá llegar a gozar del tratamiento de un ascendiente de un nacional comunitario³⁵. En cuanto a los primeros, los ascendientes de un comunitario siguen siendo destinatarios de la libre circulación³⁶; pero, los segundos, es decir

(34) Dicho precepto añade: “A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores”.

(35) Los fundamentos de la STS (Sala 3.ª Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005 mantienen plena validez para el caso de extranjeros que acrediten ser ascendientes de españoles menores de edad. En el fallo mencionado, se examina el caso de una brasileña que tiene un hijo español por haber nacido en España. La decisión aporta datos importantes con relación al estatus de los extranjeros progenitores de españoles que desde luego para el TS nunca podrán ser considerados como unos extranjeros de régimen general pues son padres de un ciudadano español y ello debe tenerse muy presente a la hora de proceder a examinar si procede o no una expulsión.

(36) Vid. artículo 2.1.c) del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE, núm. 51, 28 de febrero de 2007, pp. 8565-8566). Para que se pueda entender el verdadero alcance de los beneficios por ser ascendientes lo más importante es saber el sentido que debemos dar a los términos “vivir a expensas” o “vivir a cargo de”. En todo caso, deben ser tenidas en cuenta las consideraciones hechas por el TJCE en dos importantes sentencias: el Asunto Chen y el Asunto Yunying Jia. En concreto, en el primero de los fallos, la STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004 en la que se dictamina que: “En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida” [(El texto de dicha sentencia al igual que las Conclusiones del Abogado General en este asunto, A. Tizzano, presentadas el 18 de mayo de 2004 (<http://curia.eu.int/es/index.htm>); Vid. FERRER LLORET, J.: “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía en la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State Departament. Asunto C-200/02)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, enero 2005; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, julio 2005, pp. 9-43; íd., “Los ecuatorianos en el Ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles”, *Migraciones*, núm. 19, junio 2006, pp. 113-149]. El segundo de los asuntos mencionados, resuelto por

los ascendientes de los españoles han sido excluidos³⁷, los cuales quedan sometidos al régimen general a partir de la entrada en vigor del RD 240/2007 a salvo los derechos adquiridos³⁸. Ahora

la *STJCE (Gran Sala) de 9 de enero de 2007* afirma que: «[estar] a su cargo» significa que los miembros de la familia de un ciudadano comunitario, establecido en otro Estado miembro al amparo del artículo 43 CE, necesitan el apoyo material de este ciudadano o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen o de procedencia de dichos miembros de la familia en el momento en que éstos solicitan establecerse con ese ciudadano. (...) La prueba de la necesidad de un apoyo material puede efectuarse por cualquier medio adecuado, aunque puede considerarse que el mero compromiso, del ciudadano comunitario o de su cónyuge, de asumir a su cargo a los miembros de la familia de que se trata, no demuestra que exista una situación real de dependencia de éstos» (vid. Sección *Jurisprudencia. Derecho Comunitario*, en este número de esta *Revista*).

(37) Como se deduce de la lectura de la disposición adicional vigésima del RD 2393/2005, que recoge el régimen jurídico de los familiares de los españoles que, siempre que le acompañen o se reúnan con él, estén incluidos en una de las siguientes categorías: a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal; b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí; c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces; y, d) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, que vivan a su cargo, siempre que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo» (vid. RAMOS QUINTANA, M.I.: «Comentarios a la Disposición Adicional vigésima del RD 2393/2004», RAMOS, M. (dir.) y ROJAS RIVERO, G. (coord): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 1017-1020).

(38) La disposición adicional vigésima de RD 2393/2005 dispone que: «La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2.^a del capítulo I del título IV del presente reglamento». En todo caso, por la existencia de unos derechos adquiridos, la nueva regulación carece de efectos retroactivos y en este sentido, disposición final 3.^a dos del RD 240/2007 que introduce la disposición adicional vigésima al RD 2393/2005 afirma en la letra d) del párrafo 1 de la disposición adicional vigésima que: «estableciendo claramente que: d) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, que vivan a su cargo, siempre que en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo». En virtud del artículo 2.c) del RD 178/2003, se había logrado que los ascendientes de un menor español se les concediese una tarjeta de familiar comunitario. Entre los fallos favorables se deben retener; *Sent. Trib. Superior del País Vasco (Sala 3.^a) de 10 de marzo de 2006*, *Sent. del Juzgado Contencioso-Administrativo*, núm. 2, de Alicante, de 15 de noviembre de 2006; *Sent. del Juzgado Contencioso-Administrativo*, núm. 1, de Alicante, de 4 de abril de 2007 así como *Sent. del Juzgado Contencioso-Administrativo*, núm. 3, de Alicante, de 3 de mayo de 2007. Las tres sentencias de Alicante parten de la proyección de la doctrina sentada por la *STJCE de 19 de octubre de 2004* que fue utilizada por primera vez por nuestros jueces y tribunales en la *Sent. Trib. Superior del País Vasco (Sala 3.^a) de 10 de marzo de 2006*. Ciertamente, esta decisión a todas luces correcta, pues realmente se llega al resultado deseado y admitido por el TJCE; ahora bien, debería haberse mencionado que la extensión a los ascendientes de los españoles venía amparado por la *STS de 10 de junio de 2004*. Desde luego, con esta decisión y la *STJCE de 19 de octubre 2004* y la

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

bien, en el resto de los supuestos el niño nacido en España no va a ser español y por tanto mientras sus padres no consigan una autorización de residencia ellos tampoco podrán obtener ningún beneficio; y a la inversa sus padres tampoco gozan inicialmente de ninguna ventaja, a salvo la posibilidad de una obtención de una autorización por razones de arraigo [artículo 45.2.b) del RELOEx].

c) Extranjeros de origen español

En el caso previsto en el artículo 72.3.d) del RELOEx, se da la oportunidad de que los españoles de origen que hubiesen perdido la nacionalidad puedan gozar de una residencia permanente. De momento, puede existir un grupo de personas que se beneficie de este privilegio. Esta postura se puede avalar desde la perspectiva de los requisitos exigidos para recuperar la nacionalidad española. Si tenemos en cuenta que para volver a ser españoles, los extranjeros deben tener residencia legal en España, habrá casos de extranjeros que tengan que solicitar y obtener una autorización de residencia.

Ciertamente, por el momento, la residencia permanente puede ser utilizada por los extranjeros de origen español que no puedan acreditar su condición de emigrantes o de hijos de emigrantes³⁹. De todas formas, se puede afirmar que los extranjeros que han sido españoles no van a recurrir a la residencia permanente, ya que incluso aunque se exige la residencia legal para recuperar la nacionalidad, el artículo 26 del Código Civil también prevé la posibilidad de solicitar la dispensa al Ministro de Justicia del mencionado requisito.

STJCE de 9 de enero de 2007 al amparo del artículo 2.1.c) del RD 178/2003 debería haber sido concedida la autorización de residencia como familiar comunitario a los ascendientes de españoles. Ahora bien, no ha sido seguida esta línea en varios casos aunque dichos familiares han sido documentados en virtud del artículo 31.3 de la LOE en atención a la existencia de razones excepcionales. Entre los fallos que optaron por esta solución podemos citar, entre otros, los siguientes: *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Bilbao de 30 de septiembre de 2005*; *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Bilbao de 28 de febrero de 2006*; *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1 de Pontevedra, de 18 de diciembre de 2006* y más recientemente la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Bilbao de 8 de mayo de 2007*. En todo caso con mayor precisión, aunque nos parece que de haber tenido en cuenta los considerandos de la *STS de 10 de junio de 2004* se podría haber podido justificar la concesión de residencia como familiar comunitario, se debe aludir a la *STS del País Vasco (Sala 3.ª) de 19 de abril de 2007*. Desde luego, este modo de actuar, otorgando una autorización de residencia por arraigo, puede ser la vía a utilizar, aunque no nos parezca la más correcta, en un futuro para que los ascendientes de españoles consigan una autorización de residencia en virtud del artículo 31.3 de la LOE, pues aunque éste haya sido desarrollado en virtud del artículo 45 del RELOEx, este último no puede considerarse como un precepto que haya incorporado todos los supuestos, por tanto no se puede considerar como un *numerus clausus*: Vid. *STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 8 de enero de 2006*. Recurso interpuesto por la Asociación de los Chinos de Euskadi impugnación del Reglamento de Extranjería (*Cendoj*: 28079130042007100017); *STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 9 de enero de 2006*. Recurso interpuesto por la Asociación Solidaria DAB sobre impugnación de algunas disposiciones del Real Decreto 2393/2004 (*Cendoj*: 28079130042007100032) y *STS (Sala 3.ª, Sección 4.ª) de 10 de enero de 2006*. Recurso núm. 39/2005. *STS 782/2007*. Recurso interpuesto por SOS Racismo del País Valenciano contra el Real Decreto 2393/2004 (*Cendoj*: 28079130042007100039).

(39) Cf. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad Española*, op. cit., pp. 151-161. En todo caso, los nietos de emigrantes deben siempre acreditar la residencia legal en España para poder proceder a recuperar la nacionalidad española o deben pedir y obtener del Ministro de Justicia la dispensa de dicho requisito. En este sentido se puede tomar como referencia la *Res. DGRN de 16 de julio de 2005 (BIM)*, núm. 2006, pp. 566-568).

Vistos los requisitos exigidos para recuperar la nacionalidad y los requisitos para obtener una autorización de la residencia permanente, nos da la sensación que esta última será escasamente utilizada por los extranjeros que fueron españoles en algún momento de su vida. En todo caso, debemos apuntar que las múltiples críticas que hemos hecho durante años del olvido de los antiguos españoles que han perdido la nacionalidad, ahora se refuerzan, pues la cuestión no debe ser resuelta en el ámbito de las normas de extranjería sino en el ámbito de las normas de nacionalidad. Ahora bien, la opción española de dar un tratamiento privilegiado en el ámbito de extranjería nos parece loable, pero no nos queda más remedio que señalar que la normativa actualmente vigente ha introducido ciertas contradicciones. A modo de ejemplo, legalmente los antiguos españoles son eventuales destinatarios de una excepción a la autorización de trabajo [artículo 41.i) de la LOEx y artículo 68.1.j) del RELOEx], pero para trabajar necesita una autorización de residencia. En el reglamento se puede obtener la residencia permanente sin necesidad de residencia temporal y continuada durante cinco años [artículo 72.3.d) del RELOEx]. Desde luego, lo que tenemos muy claro legalmente es que el extranjero con residencia permanente no necesita autorización de trabajo (artículo 41.3 de la LOE). La lectura de esta disposición legal nos lleva a concluir que el artículo 68.1.j) del RELOEx es totalmente superfluo. No podemos concluir lo mismo con respecto al artículo 41.i) de la LOE ya que en caso de modificación del artículo 72.3.d) podríamos encontrarnos con dificultades para avalar que el antiguo español pudiese trabajar sin autorización previa.

Desde la perspectiva del acceso a una actividad laboral en España no hay duda que el régimen otorgado es sumamente beneficioso; pero llegados a este punto merece la pena preguntarse ¿verdaderamente los que perdieron la nacionalidad española –antiguos emigrantes españoles– necesitan una superprotección en la legislación española de extranjería? No debemos engañarnos, éstos van a recuperar la nacionalidad. Por ello, nos parece que no son ellos sino sus hijos o sus nietos los que deberían haber estado contemplados en la normativa actual.

A éstos por ser descendientes de españoles se les favorece en la concesión de la autorización de trabajo [artículo 40.i) de la LOEx] al no tener que tomarse en consideración la situación nacional de empleo. En todo caso, nos parece que en ellos concurren razones de arraigo –por vinculación a españoles– para la concesión de una autorización de residencia de las previstas en el artículo 31.3 de la LOEx, pero el artículo 45.2.c) del RELOEx sólo otorga dicha autorización temporal a los que acrediten que su progenitor o progenitora fue español de origen.

Obviamente, si se trata de extranjeros hijos de padres que han perdido la nacionalidad española, el método de actuación sería el siguiente: el progenitor/a solicita la recuperación de la nacionalidad y sus hijos menores de dieciocho años podrán optar por la nacionalidad española o por el régimen previsto para los ciudadanos comunitarios; si los hijos son mayores de dieciocho pero aún no han cumplido los veintiún años tendrán posibilidad de acceder a una autorización de residencia por el régimen previsto en España para los nacionales de la Unión Europea, ya que el artículo 2.b) del RD 178/2003 considera a los hijos de españoles menores de 21 años como sus destinatarios. En caso de ser mayores no tienen más remedio que acudir a la vía abierta por el artículo 45.2.c) del RELOEx.

d) Extranjeros que hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española

El grupo de personas mencionadas en el apartado e) del artículo 72.3 del RELOEx tiene cierto interés aunque también pueden recurrir a la nacionalidad más fácilmente. En el artículo 22 del Cc se prevé la reducción del plazo a un año de residencia legal para su adquisición, siempre que los extranjeros hayan estado dos años bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos dos años consecutivos. Inicialmente podríamos pensar que estamos hablando de los mismos cinco años que se exigen para ser beneficiario de la residencia permanente. Ahora bien, en principio la nacionalidad se puede pedir antes de llegar a los dieciocho años, hecho que es imposible para la residencia permanente. Ésta sólo se pide después de cumplidos los dieciocho años. Y en cuanto al plazo, los cinco años inmediatamente anteriores bajo la tutela de la entidad pública exigidos en el precepto analizado se reducen a dos en nacionalidad siendo suficiente con que uno de éstos sea de residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. Ésta se puede cumplir, como ya hemos señalado, incluso antes de llegar a la mayoría de edad.

En todo caso, debemos apuntar que este grupo de personas, –en definitiva los menores extranjeros en situación de desamparo– tutelados por entidades públicas españolas son los casos previstos para la concesión de la residencia temporal prevista en el artículo 35.4 de la LOEx y artículo 92.5 del RELOEx que además conllevará la concesión de una autorización para trabajar sin tener en cuenta la situación de empleo en España [artículo 40.i) del RELOEx]. En caso de que no haya logrado la autorización de residencia y el menor cumpla dieciocho años, la Entidad pública podrá recomendar la autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales y una autorización de trabajo con independencia de la situación nacional de empleo [artículo 92.5 *in fine* del RELOEx y artículo 40.k) de la LOEx].

e) Otros supuestos: refugiados, apátridas

Los supuestos de eventual obtención de la residencia permanente sin el requisito previo de los cinco años se contemplan en las letras f) y g) del párrafo 3 del artículo 72 del RELOEx. Los refugiados y apátridas eran destinatarios de una norma similar en el RD 155/1996, por lo que sólo cabe señalar que con su inclusión, la legislación española es plenamente coherente con las obligaciones internacionalmente adquiridas por el Estado español.

f) Extranjeros en los que concurran razones excepcionales

En el artículo 72.3.g) del RELOEx se recoge un supuesto de gran amplitud de posibilidades. En esta disposición se establece que pueden obtener residencia permanente: “los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España o a la promoción de España en el exterior”⁴⁰. La concesión de la autorización en este caso corresponde al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales previo informe del Ministerio del Interior. Este es un cajón de sastre pero que puede permitir la reparación de ciertos supuestos sumamente injustos. Esperemos que no sea el privilegio de unos pocos, sino la eliminación de incoheren-

(40) De hecho estas personas podrían llegar también a ser españolas por la vía de la carta de naturaleza.

cias y múltiples injusticias que puedan surgir. Es evidente, que para que verdaderamente se consiga la residencia permanente es preciso tener previamente una autorización temporal de residencia. Por ello, será necesario incorporar a estos extranjeros entre los supuestos del artículo 31.3 de la LOEx desarrollado por el artículo 45.5 del RELOEx que permite la concesión de una autorización de residencia “... cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifique la necesidad de autorizar su residencia en España”. Por tanto, debería ser otorgada una autorización especial a aquellos extranjeros cuya residencia en España pueda ser considerada de interés público.

De todas formas, estas mismas personas cuentan con otra vía: solicitar la nacionalidad española incluso sin vivir en España, y por supuesto sin obtener una autorización administrativa de residencia a través de la carta de naturaleza prevista en el artículo 21.1 del Cc. Sus destinatarios son los mismos que hemos descrito pues el Cc utiliza un término jurídico indeterminado muy amplio “razones excepcionales”, que pueden ser proyectadas hacia la contribución del progreso económico, científico o cultural de España o la promoción de nuestro país hacia el exterior. En todo caso, somos conscientes que la carta de naturaleza es un total privilegio, que requiere una concesión del Consejo de Ministros mediante Real Decreto, y otra cuestión importante es que al extranjero –no nacional de los países iberoamericanos, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o Andorra– a la hora de declarar a favor de la nacionalidad española debe renunciar a su nacionalidad anterior. También debe apuntarse claramente que en un futuro, si fuese aceptada la propuesta del Grupo Socialista de modificación del Cc en materia de nacionalidad, no se exigirá la renuncia en ningún caso⁴¹. Por otro lado, si esta propuesta no fuese tenida en cuenta, es cierto que la renuncia es meramente formal, y normalmente se mantiene la nacionalidad anterior –a salvo el supuesto previsto en el artículo 25.1.a) del Cc–, pero desde la perspectiva española sólo es considerado como español y no tiene ningún valor la nacionalidad extranjera anterior.

g) Consideraciones finales sobre los supuestos de reducción del plazo

En conclusión, el plazo de 5 años se ha suavizado, incluso eliminado, en algunos casos recogidos expresamente en el párrafo 3 del artículo 72 del RELOEx. La vinculación de estos extranjeros a España es clara ya que se concede sobre la base de cuatro criterios: porque no van a generar ningún gasto a España ya que son beneficiarios de una pensión de jubilación o de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (letras a y b). En segundo término, se incluyen extranjeros que podrían obtener fácilmente la nacionalidad española al incluir a: los extranjeros que fueron españoles de origen pero que han perdido la nacionalidad española [artículo 72.3.d)]; a los que han nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber vivido de forma legal, continuada durante al menos tres años [artículo 72.3.c)]; los extranjeros que al llegar a su mayoría de edad acrediten que han estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores [artículo 72.3.e)]; en tercer lugar, se tiene en cuenta los compromisos internacionalmente adquiridos por España al beneficiar a los apátridas y refugiados a los que se les haya reconocido su estatuto [artículo 72.3.f) del RELOEx]. Finalmente,

(41) Vid. Artículo 23 del Cc del texto de la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 13 de febrero de 2003.

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

se recoge un supuesto de excepción y privilegio: extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso de España, tanto a nivel económico, científico o cultural [artículo 72.3.g) del RELOEx].

El Ordenamiento español a la hora de regular la autorización de residencia permanente no se aparta de los postulados de la Directiva 2003/109/CE. Como hemos señalado, el plazo de los cinco años exigidos tanto en el artículo 32.2 de la LOE como en el artículo 72.1 del RELOEx mantienen el mismo criterio que el artículo 4 de la Directiva. Por ello, sería posible que además de la concesión de la autorización de residencia permanente prevista en el Ordenamiento español también se debiera recoger normativamente la concesión del permiso de residente de larga duración-CE previsto en el artículo 8 de la Directiva. Nos parece que la autorización de residencia permanente española no otorga automáticamente la concesión del permiso aludido, sino que son dos tipos diferentes. Pues, en todo caso, no parece que los supuestos en que se otorga la autorización de residencia permanente sin cumplir los cinco años puedan obtener la concesión del permiso mencionado que abriría la puerta en el resto de los países miembros incumpliendo el requisito previsto en el artículo 4. Desde la perspectiva española se pueden mantener esos privilegios y conceder un estatuto de residente permanente pero, probablemente salvo revisión, no deriva automáticamente la libre circulación a otros países miembros de la UE. Por otro lado, debemos apuntar que la legislación española para poder obtener la autorización de residencia permanente al extranjero sólo exige una residencia previa de cinco años, por lo que no incluye la exigencia de ningún requisito extra. Desde luego, el artículo 6.2 de la Directiva añade algo que España, por el momento no impone, los Estados miembros podrán “requerir a los nacionales de terceros países que cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional”.

D) Requisitos documentales exigidos para la obtención de la autorización de residencia permanente. Renovación y eventual extinción

En cuanto a la tramitación del procedimiento y la documentación para solicitar la autorización de residencia permanente se encuentra recogida en el artículo 73 del RELOEx⁴². En este precepto se distingue según que la petición se realice dentro del territorio nacional o que el extranjero se halle fuera de España⁴³. Ahora bien, en todo caso la documentación a presentar es común en todos los supuestos y se regula expresamente en el párrafo 2.º del precepto mencionado al establecer que:

(42) Vid. Formulario (<http://extranjeros.mtas.es/es/general/exoo.pdf>).

(43) En este sentido, el párrafo 1 del artículo 73 establece que: “Los extranjeros que se encuentren en territorio español y se hallen en alguno de los supuestos recogidos en el artículo anterior deberán solicitar, en modelo oficial, la autorización de residencia permanente. Los extranjeros que no se encuentren en territorio nacional deberán presentar personalmente la solicitud de autorización de residencia permanente ante la oficina diplomática o consular en cuya demarcación resida, que se tramitará en los mismos términos que la residencia temporal recogida en la sección 1.ª del capítulo I del título IV”. Esto quiere decir que se deben cumplir los requisitos establecidos en los artículos 35 a 37 del RELOEx. Desde luego, el primero de los preceptos incorpora como requisito indispensable la tenencia de un visado.

“A la solicitud de autorización de residencia permanente deberá acompañarse la documentación que acredite la residencia legal previa en España durante cinco años o, en su caso, que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 72.3.”

Entre la documentación específica para solicitud de la autorización de residencia permanente deberá acompañarse a las solicitudes de *autorización de residencia permanente*, la siguiente documentación. En el caso de solicitarlo por primera vez se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 72.1 de este Reglamento, es decir, la acreditación de haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años o encontrarse en algún supuesto del artículo 72.3 de este Reglamento, justificación documental de dicho supuesto. Por la remisión hecha a los artículos 35 a 37 del RELOEx, a estos últimos, los beneficiarios de la reducción de los cinco años, se les va a exigir el visado tanto si se vive en España como en el extranjero⁴⁴. En todo caso, “Las autoridades españolas expedirán de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales” (artículo 73.3 del RELOEx).

Presentada la solicitud el Delegado del Gobierno o el Subdelegado, según corresponda, sin perjuicio del supuesto previsto en el artículo 72.3.g) que compete al Ministro de Trabajo, resolverá en el plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud. En cuanto a qué ocurre en caso de que se incumpla este plazo. Es posible la concesión de la autorización de residencia permanente por silencio administrativo. Parece que en nuestro Ordenamiento el silencio positivo sólo cabe en caso de que la solicitud se realice al amparo de lo establecido en el artículo 72.1 RELOEx o las letras a) y b) del artículo 72.3 del RELOEx.

Una vez transcurridos los tres meses los supuestos mencionados o en el resto una vez resuelta, en su caso, la concesión de la autorización de residencia permanente, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identificación de extranjero, en el plazo de un mes desde su notificación (artículo 73.6 del RELOEx).

Para la determinación del plazo de duración de la residencia permanente, la necesidad de pedir su renovación, así como, su extinción, debemos estar a lo establecido en los artículos 74.1 y 76 del texto del nuevo Reglamento que reitera lo previsto en los artículos 42.3 y 53.3 del RD 864/2001.

El artículo 74.1 del RELOEx impone que deberá ser renovada la tarjeta de identificación de extranjero cada cinco años⁴⁵. Lo que no se indica es qué sucede en caso de que no se pida dicha renovación. Desde luego, se debe tener en cuenta que se trata de un extranjero que se había beneficiado

(44) Cabe señalar que el artículo 48.b) del RD 864/2001 preveía solo esta exigencia si el solicitante procedía de fuera del territorio español; pues en caso de residir en España se podía solicitar el permiso de residencia permanente previa petición de exención de visado.

(45) El artículo 74.2 del RELOEx dispone que: “2. La solicitud de renovación deberá presentarse durante los sesenta días inmediatamente anteriores a la fecha de expiración de la vigencia de la tarjeta. Para proceder a la renovación el solicitante deberá aportar la anterior tarjeta de identidad de extranjero, así como proceder al abono de las correspondientes tasas. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto de que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido”.

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

del privilegio previsto en el artículo 57.5.d) de la LOEx, y por tanto no cabría su expulsión salvo que incurriese en una de las causas previstas en el artículo 54.1.a) de la LOEx como participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público.

En cuanto a la extinción, si vemos las causas por las cuales se puede extinguir, llama la atención la recogida en el artículo 76.d) del RELOEx. Según esta disposición la residencia permanente se puede extinguir:

“Por la permanencia fuera de España durante más de 12 meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.”

Este caso ha mejorado con respecto a la legislación anterior que imponía la extinción: “Por la permanencia fuera de España de forma continuada durante más de seis meses en un periodo de un año”. Dicho precepto había sido objeto de una fuerte crítica doctrinal por ser totalmente incoherente con el tenor literal del artículo 32.2 de la LOEx⁴⁶. Con esta nueva redacción al haberse ampliado el plazo de las ausencias parece que se computarán incluso las ausencias debidamente justificadas por motivos familiares o de asistencia sanitaria.

E) Eventual aplicación directa y necesaria incorporación de algunas reformas

En relación al tema de los residentes de larga duración, la regulación prevista tanto en la LOEx como en su reglamento de ejecución debería tener en cuenta algunos preceptos de la Directiva 2003/109/CE para evitar eventuales contradicciones, por ende, vulneraciones del Derecho comunitario. En líneas generales, no nos parece que el Derecho español actualmente vigente sea totalmente compatible con las disposiciones de la Directiva. Es más algunos autores piensan que nuestro Ordenamiento no plantea especiales problemas de cara a la futura transposición e incluso en determinados ámbitos resulta más favorable la legislación interna⁴⁷. Ahora bien, desde nuestra perspectiva, parece que hay algunos temas de especial interés que las normas españolas aún no tienen expresamente recogido: se trata del permiso de residencia de larga duración CE. No sólo debemos incorporarlo en nuestro Ordenamiento con relación a los inmigrantes residentes permanentes en España⁴⁸ sino que debemos introducir las reglas de entrada, residencia, trabajo y eventual expulsión del territorio español de los nacionales de terceros

(46) Cf. RAMOS QUINTANA, M.I.: “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica”, Ponencia II. *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001, p. 39.

(47) Cf. CRESPO NAVARRO, E.: “La Directiva 2003/109/CE ...”, op. cit., p. 551; DURÁN RUIZ, F.J.: “El derecho comunitario y la consecución de la ciudadanía...”, op. cit., p. 551.

(48) La verdad es que la evolución del número de extranjeros con autorización de residencia permanente se puede observar con una simple relación de datos estadísticos. Según el Observatorio Permanente de la Inmigración a 30 de septiembre de 2005 el número de extranjeros residentes en España con una autorización de carácter permanente se elevaba a un total de 421.277 ciudadanos (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado para la Inmigración y la Emigración, Observatorio Permanente para la Inmigración, “Extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor a 30 de septiembre de 2005, Madrid, 3 de octubre 2005, p. 6). Sin embargo, el número aumenta en los dos siguientes años, en concreto, ascendía a 30 de septiembre de 2006 a 537.688 y a finales de marzo de 2007 el número se incrementa sustancialmente

países que estén en posesión de este permiso de residencia permanente CE emitido por otro Estado miembro de la Unión. Obviamente, ante la falta de incorporación en el plazo establecido en la Directiva –23 de enero de 2006– algunas de sus disposiciones pueden ser objeto de aplicación directa. No hay duda de que ésta es posible, sin lugar a dudas ante la Administración por un efecto de carácter vertical ahora bien para que sea posible necesariamente en la Directiva la norma debe ser clara y precisa que no sea necesaria una regulación por parte de los Estados para ponerla en marcha.

Este último dato, nos lleva a interrogarnos acerca de su eventual aplicación sin que se proceda a realizar modificación normativa interna alguna. Para tratar de responder a la cuestión contamos con escasos argumentos jurisprudenciales. Son muy pocos supuestos en los que las autoridades judiciales han abordado el estatuto de residente permanente en otro país de la CE y su repercusión en la legislación española de extranjería. De momento, tan sólo hemos tenido acceso a dos supuestos ambos resueltos por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander, se trata de las *Sentencias de octubre de 2006 y de 26 de abril de 2007*⁴⁹. En este último fallo se procede a la aplicación directa de la Directiva 2003/109, sobre residentes de larga duración. Si bien es cierto, que las autoridades administrativas denegaron la recurrente, de nacionalidad colombiana, la autorización de residencia permanente formulada con base en ser residente legal en Alemania desde el año 1995, con visado de larga duración en dicho país. Y ello, por no llevar en España 5 años de residencia, ni encontrarse en los supuestos que prevé en el artículo 72.3 del RD 2393/2004 de 30 de diciembre (Reglamento de LO 4/2000, de 11 de enero, derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Sin embargo, cumple con los requisitos del artículo 14.2 Directiva 2003/109 CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 (relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración), ya que es una residente de larga duración, y ejerce una actividad económica como trabajadora por cuenta ajena, cumpliendo con las condiciones que establece el artículo 15.w) de la Directiva. Por tanto, debe determinarse si la Directiva –no integrada en el sistema legislativo español–, es de aplicación al caso, debiendo señalarse que en su artículo 14.2 dispone que los residentes de larga duración puedan residir en un segundo Estado miembro si ejercen una actividad económica como trabajador por cuenta ajena. Pues bien, las Directivas tienen efecto directo cuando a la expiración del plazo dado a los estados para la adaptación interna no se ha dictado la norma estatal, debiendo prosperar el recurso, pues dicho plazo terminó el 23 de enero de 2006⁵⁰.

Por ello, nos parece que, en concreto, se debería reflexionar sobre las siguientes cuestiones:

Primera. Se debe proceder a la regulación específicamente de lo que se denomina en la Directiva “Permiso de residencia de residente de larga duración-CE” para que se pueda poner en marcha la aplicación del Capítulo III de la Directiva. Nosotros, de momento podemos hablar de autorización de residencia permanente pero con efectos en España y para España, pero no tiene la

sumando un total de 700.772 extranjeros que representa el 31,75% del total de los extranjeros documentados en el régimen general.

(49) *La Ley*, núm. 6756, 13 de julio de 2007.

(50) *Ibid.*, Texto completo (www.icam.es; www.reicaz.es).

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

menção –CE–. Así pues, debe recogerse a nivel normativo si toda residencia permanente lleva la etiqueta para poder circular y establecerse el extranjero residente permanente en España, en el resto de los países miembros. Obviamente, lo que se exige en la Directiva son cinco años de residencia y España tiene, como hemos visto al analizar el artículo 72.3 del RELOEx, en algunos casos reducido ese plazo. Deberíamos tratar de resolver y comunicar los casos de esa reducción, que probablemente no sea posible de seguir manteniendo, ya que el título español supone una restricción para las autoridades del nuevo Estado miembro de acogida. En definitiva, debemos recoger legalmente qué extranjeros documentados con una autorización de residencia permanente española pueden acceder al resto de los países miembros.

Segunda. También es preciso incorporar en nuestro Ordenamiento interno alguna norma estableciendo expresamente el supuesto de vuelta a territorio español, tanto del extranjero con permiso de residencia permanente CE como de sus familiares, por no haber podido cumplir los requisitos de permanencia en el Estado miembro al que se hayan trasladado. Así pues es necesaria la incorporación de alguna norma que prevea expresamente el supuesto de vuelta a territorio español, tanto del extranjero con permiso de residencia permanente CE y como de sus familiares, por no haber podido cumplir los requisitos de permanencia en el Estado miembro al que se haya trasladado.

Tercera. También deberíamos incorporar el estatuto y regulación especial de los extranjeros que vengan a nuestro país con el permiso de residente de la larga duración-CE otorgado por cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea a los que les sea de aplicación la Directiva. Ello conlleva la elaboración e incorporación de una norma específica en materia de entrada, en residencia, en trabajo y por supuesto en salida obligatoria y en su caso eventual expulsión.

Cuarta. A la hora de introducir normas sobre entrada y la salida del territorio español para los residentes permanentes CE, debemos partir de los objetivos de la Directiva que venimos analizando, los nacionales de terceros países con residencia permanente CE en uno de los países miembros de la UE al acceder a territorio español no son unos nacionales de terceros países a los que se les apliquen las normas generales contenidas en la LOE. Por ello, se debe incorporar un estatuto especialmente dirigido a los extranjeros que vengan a nuestro país con el permiso de residente de la larga duración-CE otorgado por cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea a los que les sea de aplicación la Directiva. Y, que además, por otra parte, en cuanto a las causas que puedan dar lugar a una salida obligatoria o eventual supuesto de expulsión no debemos olvidar que otro Estado de la Unión le ha considerado como residente permanente. Estas cuestiones, incluso, el tema del acceso al trabajo a la hora de proceder a la regulación debemos tener claro que en cierta medida estamos ante un nuevo estatuto jurídico en el ámbito de la extranjería, cercano al estatuto otorgado a los nacionales UE.

En definitiva, con relación a nuestro país, en la legislación española se debe proceder al establecimiento de un estatuto especial de estas personas. En éste se puede o no progresar con relación a los derechos otorgados a nivel interno de todos aquellos que posean una autorización de residencia permanente, aunque desde nuestra perspectiva sería conveniente un reconocimiento de derechos lo más cercano al de los nacionales de la UE, entre los que rige el principio de no discri-

minación por razón de nacionalidad, por meras razones egoístas, no debemos generar racismo y xenofobia, pues si se provocan conductas racistas no lograremos el objetivo prioritario del que hemos partido: la integración. Con independencia de la política estatal que se adopte a este respecto, lo cual aún está dentro del ámbito de competencia de nuestras autoridades estatales, lo que ya no es discrecional para nuestro país, es la exigencia de incluir normas específicas en acceso al territorio español, permanencia, acceso al trabajo y salida obligatoria o eventual expulsión, de los nacionales de terceros países que tengan un permiso de residencia permanente otorgado por cualquiera de los otros veintiséis Estados miembros, que tenga la consideración de permiso residencia permanente CE. Y, por otra parte, la concesión de la autorización de residencia permanente tal y como se encuentra configurada en nuestro ordenamiento, si bien es cierto que se exige como regla general cinco años de residencia existen muchos supuestos de reducción de plazo, lo que implica que de alguna forma, las reglas españolas, salvo que en algunos casos el mencionado permiso tenga efectos meramente internos, deben ser coherentes con las disposiciones de la Directiva e imponer la misma duración temporal para todos los casos e incluso sería conveniente para evitar suspicacias de nuestros socios europeos exigir el requisito de la integración, que deriva del derecho comunitario. La eliminación de los plazos reducidos es posible realizarla a través de una modificación del RELOEx; sin embargo, si en un futuro la autorización de residencia permanente exigiese el requisito de la integración, ello, también a nuestro modo de ver, implicaría una reforma de la LOEx.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo que hemos expuesto, para concluir, debemos apuntar que la Directiva 2003/109/CE supone, aunque se trate de un texto de mínimos, la puesta en marcha de la libre circulación de nacionales de terceros países. Ciertamente, los Estados miembros continúan teniendo un amplio margen de discrecionalidad en la elaboración de sus normas internas de extranjería, pero con el texto que hemos analizado a lo largo de este artículo nos permite concluir que las autoridades estatales no son tan libres a la hora de establecer el régimen general de extranjería respecto de los extranjeros a los que otro Estado miembro les haya otorgado un permiso de residencia permanente CE. Ello quiere decir, que España a la hora de regular la autorización de residencia permanente tiene algunas condiciones y limitaciones procedentes de la Directiva que debe respetar. En todo caso, si bajamos al terreno práctico, el estudio realizado sería muy útil, si hubiésemos podido conocer la respuesta de algunos de los siguientes interrogantes: ¿cuántos nacionales de terceros países que obtengan en el futuro la residencia permanente CE en otro Estado miembro preferirán venir a territorio español? ¿Cuántos de los extranjeros con autorización de residencia permanente en España accederán a la tarjeta CE y se trasladarán a otro país CE? ¿Cuántos de los residentes con tarjeta CE española en otro país UE tendrán que volver al territorio español por no haber podido prosperar su intención de permanencia el segundo Estado? Desde luego, lo que debemos tener claridad es que los nacionales de terceros países que gocen de un estatus de residente permanente CE en cualquier Estado de la UE si se trasladan a cualquiera de los otros veintiséis países miembros son unos extranjeros a los que no se les debe aplicar directamente el régimen general de extranjería, pues, en virtud de la Directiva, tienen

Directiva 2003/109/CE versus legislación española: ¿modifica la LO 4/2000?

unos derechos adquiridos en relación a la entrada y estancia en otro Estado hasta tres meses para poder solicitar una autorización de residencia. De todas formas, debemos tener claro, que no significa, al menos por el momento, el reconocimiento directo de un estatus de residente permanente en el segundo Estado miembro.

V. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO, M.; ILLAMOLA, M.; MOYA, D. y RODERA, S. (coord.): *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea (Actas del II y III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo)*, Girona, Universitat de Girona, Documenta Universitaria, 2007.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *La transposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Barcelona, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 8, febrero 2006. marzo 2006, 122 (http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/la_transposicion_de_directivas_de_la_ue_sobre_inmigracion).

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y Observatorio Permanente de la Inmigración: *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España (Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996-2002)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006.

BOELAERT-SUOMINEN, S.: "Non-EU nationals and Council Directive 2003/109/EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: five paces forward and possibly three paces back", *Common Market Law Review*, núm. 4/2005, pp. 1011-1052.

CRESPO NAVARRO, E.: "La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativo al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, mayo-agosto 2004, pp. 531-552.

DURÁN RUIZ, F.J.: "El derecho comunitario y la consecución de la ciudadanía: la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados que son residentes de larga duración", Ponencia presentada en el 4.º Congreso sobre la Inmigración en España. *Ciudadanía y Participación*. Mesa 4: Ciudadanía: Marco Jurídico y Políticas en materia de Inmigración, Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004 (www.udg.edu/congres_imigracio/).

FACH GÓMEZ, K.: "Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, marzo 2003, pp. 53-64.

GARCÍA COSO, E.: "La política de inmigración en la UE y su incidencia en la normativa española", *Globalización, Integración y Derechos Humanos*, Edit. Universidad Sergio Arboleda, 2005, pp. 55-89.

– “Los progresos en el diseño de una regulación europea común en materia de inmigración extracomunitaria”, RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.³. (Ed.): *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2006, pp. 51-86.

ILLAMOLA DAUSÀ, M.: “Análisis de la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración”, *Comunicación presentada en el III Simposio sobre las actuaciones públicas en el ámbito de la inmigración*. Observatorio de la evolución de las instituciones (OBSEI), junio de 2004.

– “Égalité et intégration”, JULIEN-LAFERRIERE, F.; LABAYE, H. et EDSTRÖM, Ö: *La Politique Européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le traité d’Amsterdam*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 175-202.

– «La Unión Europea y la política de integración de los inmigrantes», APARICIO, M.; ILLAMOLA, M.; MOYA, D.; RODERA, S. (coord.): *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea (Actas del II y III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo)*, Girona, Universitat de Girona, Documenta Universitaria, 2007, pp. 61-72.

OLESTI RAYO, A.: “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, mayo 2004.

MARÍN CONSARNAU, D.B.: “Reagrupación familiar y parejas de hecho”, APARICIO, M.; ILLAMOLA, M.; MOYA, D. y RODERA, S. (coord.): *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea (Actas del II y III encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo)*, Girona, Universitat de Girona, Documenta Universitaria, 2007, pp. 199-210. Texto de la Ponencia (<http://www.udg.es/dretpublic/Joves/Ponencies/Diana%20Marin%20Consarnau.doc>).

PEERS, S.: “Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals”, *ELR*, 2004, núm. 4, pp. 437-460.

PÉREZ MARTÍN, E.: “El estatuto de residente de larga duración y la reagrupación familiar en la Unión Europea”, ÁLVAREZ CONDE, E. y PÉREZ MARTÍN, E. (dir.): *Estudios sobre derecho de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 361-396.

ROJO TORRECILLA, E. (coord.): *Inmigración y Mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.³. (Ed.): *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2006.

SCHIBEL, Y.: “Monitoring and influencing the transposition of EU immigration law. The family reunion and long term residents Directives”. Issue Paper prepared for the European Migration Dialogue, Bruselas, MPG, septiembre 2004.

VI. RESEÑA DEL PROCESO LEGISLATIVO DE DIRECTIVA DE RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN

A) Reseña del proceso legislativo previo a la aprobación de la Directiva de residentes de larga duración

Propuesta de Directiva del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 13.3.2001, COM (2001) 127 final-2001/0074 (CNS), pp. 1-48; *DOCE* C núm. 240 E, 28 de agosto de 2001, pp. 79-87).

Anteproyecto de Dictamen de la Sección de Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (presentada por la Comisión) [COM (2001) 127 final].

Informe sobre propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Ponente: Baroness Sarah Ludford (Parlamento Europeo, Comisión de Libertades de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores *Europarl*, A5-0436/2001, 30 de noviembre de 2001).

Dictamen del Comité de las Regiones sobre la “propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración” (*DOCE* C núm. 19, 22 de enero de 2002, pp. 18-19).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración” (*DOCE* C núm. 36, 8 de febrero de 2002, pp. 59-62).

Informe del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración COM (2001) 127, C5-0250/2001 y 2001/0074(CNS) (*DOCE* C núm. 284E, 21 de noviembre de 2002, pp. 94-102).

Resolución legislativa de Parlamento Europeo sobre propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOCE* C núm. 284E, 21 de noviembre de 2002, pp. 102-103).

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOUE* L núm. 16, 23 de enero de 2004, pp. 44-53).

B) Propuestas de modificación

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional [Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 6-6-2007; COM (2007) 298 final].

VII. RECURSOS PENDIENTES ANTE EL TJCE: RECURSOS PRESENTADOS POR LA COMISIÓN PARA QUE SE DECLARE QUE HAN INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES DE TRANSPOSICIÓN EXIGIDAS POR LA DIRECTIVA 2003/109/CE

Recurso interpuesto el 12 de enero de 2007. Asunto C-5/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa (*DOUE C*, núm. 42, 24 de febrero de 2007, p. 20).

Recurso interpuesto el 29 de enero de 2007. Asunto C-30/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Hungría (*DOUE C*, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 8).

Recurso interpuesto el 30 de enero de 2007. Asunto C-34/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo (*DOUE C*, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 8).

Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2007. Asunto C-37/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa (*DOUE C*, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 8).

Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2007. Asunto C-59/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España (*DOUE C*, núm. 69, 24 de marzo de 2007, p. 12).

Recurso interpuesto el 21 de febrero de 2007. Asunto C-104/07. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana (*DOUE C*, núm. 82, 14 de abril de 2007, p. 26).

Recurso interpuesto el 25 de abril de 2007. Asunto C-218/07. Comisión de las Comunidades Europeas/ República Federal de Alemania (*DOUE C*, núm. 129, 9 de junio de 2007, p. 14).

MERCEDES INFANTE DOMÍNGUEZ

ALEJANDRO PEÑA PÉREZ

Servicio jurídico, Asociación CARDIJN

II

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: incumplimiento de España al restringir el derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE

RESUMEN

TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE A TRAVÉS DEL RD 240/2007: INCUMPLIMIENTO DE ESPAÑA AL RESTRINGIR EL DERECHO A TRABAJAR DE LOS ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES MAYORES DE 21 AÑOS BENEFICIARIOS DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE

Por medio del RD 240/2007, España ha venido a transponer al Ordenamiento Jurídico español la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al Derecho de los Ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a Circular y Residir Libremente en el territorio de los Estados Miembros. A través de dicha transposición el Estado español ha transpuesto de forma restrictiva la Directiva 2004/38/CE, limitando el Derecho a Trabajar que tienen reconocidos los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo, desobedeciendo con ello el mandato comunitario de transponer respetando el contenido de dicha Directiva.

La finalidad de este estudio es poner de relieve dos ideas fundamentales. En primer lugar, denunciar la vulneración por parte de España de dos pilares esenciales del Derecho Comunitario, como son, por un lado, el Principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional, y por otro, el Principio de Igualdad de trato y no Discriminación con los nacionales españoles y Ciudadanos de la Unión. En segundo lugar, se exponen las posibles soluciones a dicho incumplimiento, abogando por la aplicación directa de la Directiva 2004/38/CE y por el posterior control jurisdiccional, y depuración del RD 240/2007 conforme al Ordenamiento Jurídico.

ABSTRACT

**TRANSPPOSITION OF THE DIRECTIVE 2004/38/EC THROUGH THE RD 240/2007:
NONFULFILLMENT OF SPAIN WHEN RESTRICTING THE RIGHT TO WORK
OF THE ANCESTORS AND DESCENDANTS BIGGER THAN 21 YEARS
BENEFICIARIES OF THE DIRECTIVE 2004/38/EC**

Through the RD 240/2007, Spain has transposed to the Spanish juridical Order the European Parliament and Council Directive 2004/38/EC of 29 April 2004, relative to the Right of the Citizens of the Union and of the members of its families to Circulate and to Reside Freely in the territory of the Member States. Through this transposition the Spanish State has transposed in a restrictive way the Directive 2004/38/EC, limiting the Right to Work that have got recognized the ancestors and descendants bigger than 21 years who live by their charge, disobeying with it the community command of transposing respecting the content of that Directive.

The purpose of this study is to point out two fundamental ideas. In the first place, to denounce the breaking of Spain of two essential pillars of the Community Right, like they are, on one hand, the Principle of primacy of the Community Right on the national Right, and for other, the Principle of equality in the treatment and non Discrimination with the Spanish nationals and Citizens of the Union. In second place, the possible solutions are exposed to this nonfulfillment, advocating for the direct application of the Directive 2004/38/EC and for the later jurisdictional control, and purification of the RD 240/2007 according to the Juridical Order.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Obligación de los Estados miembros a la transposición de las Directivas.

III. Incumplimiento de España en la transposición de la Directiva 2004/38/CE. A) Incumplimiento en cuanto al tiempo de transposición. B) Incumplimiento en cuanto al contenido de la transposición.

IV. Efectos jurídicos objetivos de la Directiva 2004/38/CE.

I. INTRODUCCIÓN

Con la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en fecha 30 de marzo de 2004, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al Derecho de los Ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a Circular y Residir Libremente en el territorio de los Estados Miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE¹, corregida con posterioridad², se dio el pistoletazo de salida para una necesaria unificación jurídica de un extenso campo de Directivas Comunitarias que regulaban de forma separada, pero con criterios comunes, los distintos Derechos que todo Ciudadano de la Unión ostentaba como Ciudadano de un Estado miembro. Dicha necesidad, afectaba no solo a los Ciudadanos la Unión, sino también a sus familiares más directos, que como tales tienen reconocido un estatus privilegiado dentro de la regulación que de la inmigración y de los nacionales de terceros Estados realiza la UE³.

Como toda Directiva, la 2004/38/CE, establecía un plazo para su oportuna transposición al Ordenamiento Jurídico interno de los distintos Estados miembros, entre ellos España. Como consecuencia de ello, se aprueba el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de Ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴, que viene a “transponer” al Ordenamiento Jurídico español la referida Directiva, realizando no obstante, una desafortunada transposición que vulnera claramente el propio texto de la Directiva 2004/38/CE.

Pocos casos resultan tan obvios a la hora de calificar como abusiva y desafortunada la labor del Estado español a la hora de dar cuerpo a Derechos provenientes del Acervo Comunitario, realizando una interpretación hartó restrictiva que tiene como consecuencia (además de otros errores), el hurto de un Derecho de vital trascendencia como es el Derecho al Trabajo de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años de los Ciudadanos de la Unión.

El presente artículo por tanto, tiene como finalidad última poner de relieve el abuso cometido por España a la hora asumir la obligación de respetar y reconocer los Derechos que la Unión Europea reconoce, concretamente, en este caso, a un grupo de destinatarios de sus normas: los ascendientes y descendientes mayores de 21 años de los Ciudadanos de la Unión.

II. OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS

Antes de empezar, es necesario tratar de cerca los efectos y la trascendencia que supone la obligada transposición de una Directiva Comunitaria, así como los efectos que produce la no trans-

(1) Diario Oficial de la UE L 158, de 30 de marzo de 2004.

(2) Diario Oficial de la UE L 229, de 29 de junio de 2004.

(3) Se encuentran también dentro de este estatus jurídico los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y Suiza, así como los familiares beneficiarios de esta Directiva.

(4) BOE n.º 51 de 28 de febrero de 2007.

posición de la misma, o en su defecto, la “alegal” realización de dicha transposición. Por otro lado, si bien creemos que huelga la presente aclaración, es necesario realizar una breve mención a un principio indiscutible e indispensable en todo Estado de Derecho: el Principio de Jerarquía normativa.

Dicho Principio de Jerarquía, puesto en relación con la normativa emanada de la UE, más concretamente con la Directiva Comunitaria, pone de relieve la necesidad de acomodar el Ordenamiento Jurídico interno a la legislación nacida en el seno de la Unión, reconociendo los Derechos otorgados por la misma.

En virtud de ello, es indiscutible el valor jurídico-normativo que una Directiva Comunitaria ostenta tanto en el ámbito del Derecho Comunitario, como en el ámbito del Derecho interno de los Estados miembros. Así, en cuanto norma jurídica, la Directiva Comunitaria tiene reconocido su *leitmotiv*, a través del artículo 249 de la Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el cual establece que:

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

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

De ello resulta evidente que la Directiva Comunitaria es una norma jurídica que nace en el seno de la UE, y que va destinada a los Estados miembros, los cuales están obligados a buscar el resultado propugnado por la Directiva Comunitaria, respetando su contenido a través de la forma y los medios que cada Estado estime oportuno, siempre bajo la sumisión al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y al resto del Derecho Comunitario existente. Todo ello condiciona de lleno el verdadero alcance jurídico de estas normas si tenemos en cuenta que si bien se establece una obligación directa para todo Estado miembro de la UE, dicha obligación depende en la práctica de la disposición que pueda tener cada uno de estos Estados. En palabras del Ilustre Catedrático de Derecho Internacional Público, Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo, don JOSÉ MANUEL PELÁEZ MARÓN⁵, viene expresado de la siguiente manera:

“... si bien es cierto que los Estados son libres de elegir la forma y los medios de llevar a cabo la transposición, tal libertad se haya flanqueada por dos principios jurídicos que, al tiempo que la justifican la delimitan. Me refiero a los principios de subsidiariedad y de buena fe.

En virtud del primero (artículo 5 CE), los Estados miembros, en el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias, vienen obligados a realizar aquello que, por el momento, la Comunidad no está en condiciones de llevar a cabo, y han de hacerlo además con el sentido comunitario que exige el desdoblamiento funcional al que tal obligación les somete. En atención al principio de buena fe (artículo 31 de la Convención de Viena de 1969), los Estados vienen obligados a adoptar aquellas normas internas que directa y eficazmente lleven a alcanzar el objetivo establecido por la directiva y dentro del plazo fijado por la misma.”

(5) PELÁEZ MARÓN, J.M.: *Lecciones de Instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 126 y 127.

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

Ante estas palabras, las conclusiones caen por su propio peso, y no son otras que la de entender que las Directivas Comunitarias deben de ser acatadas por los Estados miembros en dos sentidos: primero, respecto a su contenido, que obliga a los Estados miembros; segundo, en cuanto a su plazo de transposición, que no debe ser ignorado, ya que esto conllevaría vaciar de su contenido esencial a la Directiva Comunitaria.

Estas obligaciones, no obstante, revisten mayor importancia de la que el Estado español parece atribuirles. Así de claro lo recoge además el propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su Versión Consolidada, que en el artículo 10 preceptúa que:

“Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.”

En base a ello, todos los Estados miembros, España incluido, están obligados a adoptar todas las medidas que aseguren el cumplimiento del Derecho Comunitario, Directivas inclusive, dentro de los plazos previstos para ello por las propias normas y respetando el contenido de las mismas.

En efecto, los problemas que suscitan este tipo de supuesto son tres. En primer lugar, los Estados miembros en ocasiones se muestran recelosos a la hora de transponer en tiempo y forma la Directiva comunitaria, lo que conlleva una desobediencia patente del mandato comunitario de transponer. En segundo lugar, que aun estando dispuestos, dicho mandato se altera en ocasiones, transponiendo de forma restrictiva, omitiendo (o mejor cabría decir hurtando) Derechos reconocidos por la Directiva, pero que el Estado miembro decide, “a su libre albedrío”, dejar sin reconocimiento en la legislación interna. Por último, ciertas Directivas Comunitarias, debido a su contenido detallado y concreto, limitan el margen de maniobra del que los Estados miembros disponen a la hora de transponerlas de manera eficaz, tanto en tiempo como en forma al Ordenamiento Jurídico interno. Dichos motivos, llevan de forma unánime a mantener la aplicabilidad directa de algunas Directivas Comunitarias. De lo contrario, se estaría penalizando a todo beneficiario de los Derechos reconocidos por las mismas, por la falta de diligencia mostrada por el Estado miembro respecto de su compromiso de transponer en tiempo y forma la Directiva en cuestión. Es más, se estaría privando de sus Derechos legítimos a toda persona beneficiaria de la misma, en tanto en cuanto no se crease la disposición normativa que realizase la oportuna transposición.

Por todo lo dicho, la aplicación directa de este tipo de disposiciones normativas a nivel comunitario, no es algo que haya asumido únicamente la doctrina, sino que está respaldada también por la jurisprudencia nacida de nuestro más Alto Tribunal, concretamente a través de Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 2003⁶, mediante la cual se decretó de forma tan contundente que:

“... el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Comunidad Europea a partir del Tratado de Maastrich), artículo 249 de la versión consolidada aprobada por el Trata-

(6) Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 2003, recaída en Recurso de Casación n.º 2596/1998.

do de Ámsterdam, es una norma de Derecho Comunitario de resultado, en el sentido de que obliga al Estado miembro destinatario a la consecución del resultado en ella previsto, pero dejando a las Autoridades nacionales la elección de la forma y medios para hacerlo, de tal suerte que el efecto directo, en condiciones normales y de correcta transposición, es el de la norma estatal y no el de la Directiva, y cierto, también, que, *a falta de transposición correcta, las directivas, siendo claras, precisas e incondicionadas, despliegan toda la virtualidad de su efecto directo y vertical (es decir, su invocabilidad por el particular frente a su Estado)*, conforme, además de las Sentencias Becker, de 19 de enero de 1982, y Constanzo, de 22 de junio de 1989, citadas por la recurrente, a las Sentencias Grad, de 6 de octubre de 1970; SACE, de 17 de diciembre de 1970; Schlüter, de 24 de octubre de 1973; Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Moorman, de 20 de septiembre de 1988, inclusive frente a Administraciones públicas distintas del Estado –v. gr. Sentencia Constanzo, citada, y Marshall, de 26 de febrero de 1986– o, *indirectamente, incluso, frente a particulares –efecto horizontal– a través del mecanismo de la obligación de los jueces nacionales de interpretar el derecho interno de conformidad con las pautas y criterios contenidos en la directiva* –Sentencias Von Colson-Kamann y Harz, ambas de 10 de abril de 1984, y, sobre todo, Sentencias Johnston, de 15 de mayo de 1986; Marleasing, de 13 de noviembre de 1990 y Verholen, de 11 de junio de 1991–.”

Las evidencias caen por su propio peso. Evidencias que comparte también el Tribunal de Justicia de la UE, como se acaba de dejar patente, con una retahíla de sentencias que imponen un claro criterio jurisprudencial dentro del ámbito de la UE, compartido por nuestro Tribunal Supremo. De las mismas, basta con citar de entre todas las sentencias existentes procedentes del Tribunal de Justicia de la UE, la importantísima Sentencia de fecha 11 de julio de 2002, Asunto C-62/00⁷, la cual venía a reiterar que:

“24. A este respecto, es preciso recordar, en primer lugar, que la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado (actualmente artículo 10 CE), de adoptar todas las medidas generales o particulares adecuadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales (véase, en particular, la Sentencia de 26 de septiembre de 1996, Arcaro, C-168/95, Rec. p. I-4705, apartado 41). De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado que persigue la Directiva y de esta forma atenerse al artículo 189, párrafo tercero, del Tratado CE (actualmente artículo 249 CE, párrafo tercero) (véanse, en particular, las Sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret, C-334/92, Rec. p. I-6911, apartado 20).

25. A continuación, procede recordar asimismo que según jurisprudencia reiterada, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el estado, bien cuando éste no adapte el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta (véanse, en particular, las Sentencias de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, rec. P. 53, apartado 25; de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, rec. P. 1839, apartado 29, y de 1 de junio de 1999, Kortas, C-319/97, rec. P. I-3143, apartado 21).

(7) Sentencia de 11 de julio de 2002, Asunto C-62/00, apartados 24 a 27.

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

26. Por último, según jurisprudencia reiterada, la adaptación del Derecho interno a una Directiva debe garantizar efectivamente la plena aplicación de ésta (véanse, en este sentido, en particular, las Sentencias de 9 de septiembre de 1999, Comisión/Alemania, C-217/97, Rec. p. I-5087, apartado 31, y de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Grecia, C-214/98, Rec. p. I-9601, apartado 49).

27. *De las consideraciones anteriores se desprende que la adopción de medidas nacionales para adaptar correctamente el Derecho nacional a una Directiva no agota los efectos de ésta y que un Estado miembro sigue obligado a garantizar efectivamente la plena aplicación de la Directiva incluso después de la adopción de dichas medidas. Por tanto, los particulares están legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, contra el estado, las disposiciones de una directiva que parezcan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas en todos aquellos casos en que no se garantice la aplicación plena de ésta, es decir, no sólo en los casos en que no se haya adaptado el derecho nacional a la directiva o tal adaptación haya sido incorrecta, sino también en aquellos casos en que las medidas nacionales por las que el derecho interno se ha adaptado correctamente a la referida directiva no se apliquen de manera que se alcance el resultado que ésta persigue.*"

III. INCUMPLIMIENTO DE ESPAÑA EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE

Una vez visto la obligación de transponer que tienen los Estados miembros respecto a las Directivas Comunitarias, debemos entrar de lleno en el incumplimiento cometido por parte de España respecto a la Directiva 2004/38/CE. Un incumplimiento flagrante a todas luces.

Incumplimiento por otro lado, que conlleva la agravante de ignorar tan claros pronunciamientos a nivel jurisdiccional como los anteriormente reseñados, ya que desde la entrada en vigor de la Directiva 2004/38/CE, España se ha negado de manera firme a la aplicación directa de la misma. Así de rotunda se pronunció la Dirección General de Inmigración tras consulta realizada por la Oficina de Extranjeros de Cádiz en relación con la misma⁸.

Dicho incumplimiento puede reflejarse en un doble ámbito: A) Falta de transposición dentro del plazo otorgado para ello, y B) Transposición dentro del plazo establecido, pero de forma incompleta o incorrecta respecto al contenido de la Directiva Comunitaria.

A) Incumplimiento en cuanto al tiempo de transposición

El plazo de transposición viene decretado en la Directiva 2004/38/CE en su artículo 40, titulado "Incorporación al Derecho nacional", que preceptúa:

"1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva *antes del 30 de abril de 2006*."

(8) En efecto, en consulta realizada por la Oficina de Extranjeros de Cádiz, en fecha 18 de octubre de 2006, la Dirección General de Inmigración contestó a la misma arguyendo que "... esta directiva no está transpuesta en el ordenamiento jurídico español, ni es de aplicación directa, por lo que, mientras no se produzcan estas variaciones en la legislación española, cualquier solicitud de residencia como familiar de residente comunitario presentada que alegue esta circunstancia para el reconocimiento del derecho de residencia deberá ser denegada como se ha venido haciendo hasta ahora".

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva, así como una tabla de correspondencias entre las disposiciones de la presente Directiva y las disposiciones nacionales adoptadas.”

Pues bien, la mencionada transposición no ha sido llevada a cabo, a través del RD 240/2007, hasta el día 28 de febrero de 2007, si contamos desde el día de su publicación en el *BOE*, o el día 2 de abril de 2007, si nos guiamos desde la fecha de entrada en vigor del RD 240/2007. En ambos casos, casi tres años después de la promulgación de la Directiva 2004/38/CE, y un año después de la fecha estipulada por la UE para su transposición, desobedeciendo sobremanera la obligación que España ostenta como Estado miembro en materia de Derecho Comunitario.

Increíble pero cierto. Con dicho comportamiento, esto es, el manifiesto retraso en la transposición de la Directiva 2004/38/CE, España ha ignorado todas las disposiciones del Derecho Comunitario Primario, que asumió cumplir por medio de su Adhesión en 1986, en particular los artículos 5, 10 y 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su Versión Consolidada. Pero más increíble resulta si tenemos en cuenta, como se señaló ya, que la fecha límite para transponer la Directiva 2004/38/CE concluyó el pasado 30 de abril de 2006, hace casi un año. Un año de retraso negligente, después de dos años otorgados al Estado español para transponer la Directiva en cuestión.

Pero cabe llegar más lejos aún, si se tiene en cuenta que durante todo este tiempo de desentendimiento en su obligación de transponer, España ha venido infringiendo el artículo 38 de la Directiva 2004/38/CE, titulado “*Derogación*”, el cual establece de forma literal que:

“1. Quedan derogados, con efectos a partir del 30 de abril de 2006, los artículos 10 y 11 del Reglamento (CEE) no 1612/68.

2. Quedan derogadas, con efectos a partir del 30 de abril de 2006, las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

3. Las referencias a las disposiciones de las Directivas derogadas se entenderán hechas a la presente Directiva.”

Es así que el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, viene a transponer las Directivas arriba referidas, hoy derogadas, así como el Reglamento Comunitario mencionado. Vemos por tanto, que la falta de transposición de la Directiva 2004/38/CE conllevó que durante casi un año se estuviera aplicando un Real Decreto, el RD 178/2003, que transpuso en su día al Ordenamiento Jurídico español normativa comunitaria, pero que desde el día 30 de abril de 2006 es normativa totalmente derogada. Se compartirá pues, que resultaba más que justificada la aplicación directa de la Directiva 2004/38/CE, ante la extremada dejadez de la que ha hecho gala el Estado español a la hora de mantener actualizado nuestro Ordenamiento Jurídico.

Hay que decir que tal importancia tiene el artículo 38 de dicha Directiva, que la misma, en su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, aparece como Directiva 2004/38/

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

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

Todo lo dicho, viene confirmado por el criterio mantenido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 10 de marzo de 2006, que en su Fundamento de Derecho Segundo, no deja lugar a duda sobre la aplicación directa de la Directiva 2004/38/CE pronunciándose con las siguientes palabras:

“A mayor abundamiento, no puede dejar de señalarse que, a la fecha de dictado de la resolución recurrida, se encontraba en vigor la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Diario Oficial de la Unión Europea de 30.4.2004. L 158/77).

El artículo 40 de la Directiva 2004/38/CE dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del plazo de dos años posterior a su entrada en vigor que tuvo lugar el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Siendo así que, con efectos a partir de esa misma fecha de 30 de abril de 2006, por disposición de su artículo 38, quedan derogados los artículos 10 y 11 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.”

De todos los argumentos expuestos se desprende la postura mantenida en este estudio, que no es otra que la desafortunada manera de actuar del Estado español respecto a su obligación de transponer la Directiva 2004/38/CE, lo que ha conllevado la aplicación de normativa derogada durante casi un año, pero sobre todo, el privar de Derechos legítimos a los Familiares de Ciudadanos de la Unión.

B) Incumplimiento en cuanto al contenido de la transposición

Después de ver el incumplimiento en la transposición de la Directiva 2004/38/CE, en cuanto al plazo establecido para ello, es necesario entrar de lleno en el fondo de la cuestión planteada, esto es, la incorrecta transposición de la Directiva en cuanto al contenido de los derechos que en la misma se establecen. Analizaremos como la norma nacional ha eliminado por puro capricho, el Derecho a Trabajar otorgado por la propia Directiva a favor de todos los familiares de Ciudadanos de la Unión, incluidos los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo.

En efecto, como establece el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE, titulado “Definiciones”, en sus apartados c) y d), se preceptúa que:

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

2) «Miembro de la familia»:

c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);

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

En relación con dicho precepto hay que poner el artículo 3.1 de la misma norma, que bajo el nombre de “Beneficiarios”, establece que:

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

De ambos preceptos se deduce que a efectos de la presente Directiva, se consideran familiares todos los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo, de Ciudadanos de la Unión, así como los de su cónyuge o pareja, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el artículo 2.2, cuyo común denominador para ambos supuestos es el mismo, esto es, estar “a cargo”. Pues bien, dichos preceptos fueron transpuestos a través del RD 240/2007, más concretamente en su artículo 2, cuyo enunciado reza “Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, en los apartados c) y d):

“El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.”

Puesto de relieve los supuestos mencionados, es necesario recordar, en palabras de la propia Directiva 2004/38/CE, que “El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad”⁹ para acto seguido afirmar tajantemente que “En virtud de la prohibición de discriminar por razones de nacionalidad, cada ciudadano de la Unión y los miembros de su familia residentes en un Estado miembro con arreglo a la presente Directiva deben beneficiarse en ese Estado miembro de la igualdad de trato con los nacionales en el ámbi-

(9) Considerando 5 de la Directiva 2004/38/CE.

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

to de aplicación del Tratado, con supeditación a las disposiciones específicas expresamente contempladas en el Tratado y el Derecho derivado”¹⁰, fraguado en el artículo 24 de la Directiva.

Conforme a estos principios rectores de la Directiva 2004/38/CE, se sistematiza y se desarrolla todo su articulado, existiendo varios capítulos que regulan diferentes aspectos, pero destacando en el presente caso el capítulo V sobre “*disposiciones comunes al derecho de residencia y al derecho de residencia permanente*”. En efecto, dentro de este capítulo, podemos encontrar el artículo 23, de trascendental importancia, bajo el título “Derechos derivados”, que literalmente dice:

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

Vemos cómo el precepto citado habla de “miembros de la familia” que sean “beneficiarios”, dentro de cuyos supuestos se encuentran los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo del artículo 2.2 de la Directiva y artículo 2.c) y d) del RD 240/2007. A ellos, como beneficiarios de los Derechos reconocidos por la Directiva 2004/38/CE, se les otorga ese “derecho a trabajar por cuenta propia o ajena”. Es éste un Derecho por tanto, reconocido a cualquier familiar beneficiario del Régimen previsto en la Directiva 2004/38/CE, sin que se condicione su reconocimiento a condición o prerrogativa alguna.

Pues es aquí donde el legislador español, haciendo un alarde de censura inaudita, coarta, restringe, hurta de manera flagrante este Derecho a Trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años, dentro del Régimen Comunitario. En efecto, según preceptúa el artículo 3.2 del RD 240/2007:

“Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, *exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d)* del presente real decreto, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.”

Excepto “los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto”. ¿De dónde nace esa limitación de Derechos? ¿Qué hace pensar al Estado español que puede decidir a su libre albedrío qué Derechos considera que puede reconocer o dejar sin plasmación respecto a los contenidos en la Directiva 2004/38/CE? ¿Pueden residir, pero no pueden trabajar? ¿Qué legitimidad tiene España para ignorar el contenido de la Directiva 2004/38/CE y decidir qué aspectos de la misma decide transponer o no? Porque no lo olvidemos, la obligación de transponer concierne al contenido mismo de la Directiva.

Por tanto, con el RD 240/2007, España limita el Derecho a trabajar que todo ascendiente y descendiente mayor de 21 años a cargo tiene reconocido a nivel de la Unión Europea. Los argumentos esgrimidos por el legislador español son débiles y caen por su propio peso, y es que una infracción en las obligaciones contraídas en el seno de la Unión Europea es difícil de defender.

(10) Considerando 20 de la Directiva 2004/38/CE.

Efectivamente, mantiene el Estado español en su Dictamen del Consejo de Estado¹¹, de fecha 2 de noviembre de 2006, en el que se estudia sobre el proyecto de lo que sería el RD 240/2007, defendiendo la limitación impuesta, que “Es precisamente esa situación de dependencia financiera e, incluso, en ocasiones, física, la que justifica la inclusión de aquellos parientes en el ámbito de la Directiva. Esa situación se predica directamente de los descendientes directos menores de 21 años, y, en el caso de los descendientes directos mayores de 21 años y los ascendientes directos, se vincula al hecho de que vivan a cargo del ciudadano comunitario. Desaparecida esta condición respecto de los descendientes directos mayores de 21 años y los ascendientes directos, les es de aplicación, según proceda atendiendo a su nacionalidad, el propio régimen previsto en el Proyecto, o el de extranjería, constituido por la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento de desarrollo”, para luego concluir que “... se excluye a tales parientes a cargo de la posibilidad de acceso a cualquier actividad, prestación de servicios o estudios, precisamente por razón de su situación de dependencia. En línea con esta observación, se sugiere que el artículo 3.2 del Proyecto, en sus dos primeros párrafos, cite con más precisión a esos colectivos de familiares excluidos del derecho a acceder a cualquier actividad”¹².

Es preceptivo recordar que la Directiva 2004/38/CE en ningún momento condiciona que el reconocimiento del Derecho a Trabajar se supedite a que los ascendientes y descendientes beneficiarios dejen de vivir a cargo. Sucede todo lo contrario, la propia Directiva, conociendo el requisito de vivir a cargo, reconoce un plus en los Derechos de los familiares beneficiarios, otorgándoles ese Derecho a Trabajar. Así de claro se expresa su artículo 23, que ya vimos con anterioridad, sin que dicho precepto haga mención alguna a que el “derecho a trabajar por cuenta propia o ajena” quede vetado en algún caso a los ascendientes o descendientes a cargo. No lo hace, porque carecería de toda lógica. La UE apuesta porque estos familiares que viven a cargo desarrollen su propia autonomía autoabasteciéndose como población productiva (dicho sea de paso, estando la propia UE tan necesitada de población, y con ello, de mano de obra inmigrante)¹³, permitiendo a la vez fomentar la actitud emprendedora de los mismos, sobre todo de la gente joven, permitiendo el trabajo por cuenta propia. Todo ello, como no puede ser menos, respetando la Igualdad de trato respecto a los nacionales de los Estados miembros, que el artículo 24 de la Directiva 2004/38/CE concretamente, y todo el Acervo Comunitario de forma genérica, respaldada como condición *sine qua non* para la plena plasmación de la Libre Circulación de personas. Por el contrario, España opta por restringir un Derecho esencial, basándolo en débiles argumentaciones y criterios oportunistas de dependencia económica. Estas limitaciones no tienen cabida en un Estado de Derecho, más aún cuando en el propio Dictamen del Consejo de Estado se defiende de

(11) Dictamen del Consejo de Estado, de fecha 2 de noviembre de 2006, con n.º de Expediente 1829/2006, procedente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en referencia al asunto sobre el Proyecto de Real Decreto sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; p. 10.

(12) Dictamen del Consejo de Estado, pp. 10 y 11.

(13) Ver entre otros, el Informe del Consejo Económico y Social de la ONU “Seguimiento de la población mundial, con especial referencia a la migración internacional y el desarrollo” (E/CN.9/2006/3) y la Comunicación de la Comisión “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad” [COM(2006) 571 final].

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

manera hipócrita que en el RD 240/2007 “se proclama el principio de igualdad de trato con los ciudadanos españoles (artículo 3)”¹⁴.

Esa supuesta igualdad la expresa el RD 240/2007 a través del artículo 3.2. En primer lugar, por medio de la privación de un Derecho que sí ostentan todos y cada uno de los ciudadanos de este país, como es el Derecho a Trabajar, reconocido por el artículo 35 de la Constitución. En segundo lugar, a través de un segundo párrafo que habría que considerar como un alarde de generosidad del legislador (o una limosna, según se mire), y que considera que:

“No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento.”

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

En tercer y último lugar, este segundo párrafo del precepto indicado, termina la broma (de muy mal gusto, todo sea dicho) dando un giro más de tuerca, al decretar que:

“En caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.”

¿Difícil de creer, verdad? Resulta que esa igualdad de trato respecto a los nacionales, redundante en que para ejercer cualquier actividad lucrativa, los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo pasan a ser considerados como cualquier extranjero, y en condición de tal deben solicitar, como paso previo a ejercer su Derecho a Trabajar, una Autorización de Trabajo y Residencia por el Régimen General de Extranjería, con las odiseas administrativas y burocráticas que ello conlleva. Cualquiera que se dedique al mundo del Derecho de Extranjería así lo reconocerá. Se pasa por tanto, de un Derecho reconocido como esencial y básico en el estatus jurídico del concepto de familiar beneficiario otorgado por la Directiva 2004/38/CE y de inmediata aplicación, a una prerrogativa administrativa, que el Estado español supedita a toda una previa tramitación administrativa cuyo resultado final es autorizar al titular de un Derecho legítimo a disponer del mismo.

Visto lo visto, querer mantener por un lado la limitación impuesta en el Derecho a Trabajar, y por otro, la igualdad de trato respecto a los nacionales españoles, es a todas luces una desafortunada negligencia. Cabría preguntarse ¿cuántos españoles tienen limitado el Derecho a Trabajar? ¿Cuántos españoles o Ciudadanos de la Unión están obligados a solicitar una Autorización de Trabajo como requisito imprescindible e insustituible para ejercer una actividad por cuenta ajena o propia? ¿Es esa la igualdad de trato respecto a los ciudadanos españoles que respalda el Estado español?

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

Recuérdese que estamos hablando en todo momento de una deficiente transposición de la Directiva 2004/38/CE, de la enajenación de un Derecho de carácter primario para los tiempos en los que vivimos. Si la propia UE no ha considerado oportuno eliminar el Derecho a Trabajar para los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo a la hora de redactar el cuerpo normativo de la Directiva 2004/38/CE, la legitimidad esgrimida y torpemente asumida por España brilla por su ausencia. No hay que retroceder mucho en el tiempo para recordar que el Derecho a Trabajar estuvo reconocido de manera parcial a los familiares de los Ciudadanos de los Estados miembros. Así es, tan solo cabe citar el artículo 2.2, párrafo segundo, de la Directiva 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al Derecho de Residencia¹⁵, transpuesta en España por el RD 178/2003, Directiva que preceptuaba:

“El cónyuge y los hijos a cargo de un nacional de un Estado miembro que disfrute del derecho de residencia en el territorio de un Estado miembro tendrán derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia en todo el territorio de dicho Estado miembro, aun cuando no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.”

Se observa pues, cómo los ascendientes quedaban exentos de ese reconocimiento del Derecho a Trabajar. Como consecuencia de ello, el propio RD 178/2003, en el artículo 3.2, realizando una oportuna transposición de dicho precepto, establecía a su vez que:

“Asimismo, estas personas, *exceptuando las contempladas en el párrafo c) del artículo 2*, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.”

En este caso, estábamos, no ante una limitación del Derecho a Trabajar de los ascendientes a cargo llevada a cabo por el RD 178/2003, sino que dicha limitación tenía su *leitmotiv* en la norma comunitaria. Una limitación, por tanto, amparada en la soberanía de la misma UE. Cabe matizar, no obstante, que aunque los descendientes compartían la condición de estar a cargo, para ellos no existió restricción alguna, decisión que tomó libremente el legislador comunitario bajo su buen entender. Medida, que no solo ha mantenido en la Directiva 2004/38/CE respecto a los descendientes a cargo, sino que además ha ampliado a los ascendientes a cargo según se ha expuesto detalladamente a estas alturas. Decisión, reiteramos, que toma el legislador en el seno de la Unión, y que no puede ignorar vulnerando dicha decisión, el legislador español.

Ante esta situación se pone de manifiesto sin lugar a dudas la impropia manera de proceder de España a la hora de transponer la Directiva 2004/38/CE, comportamiento que por otro lado no resulta novedoso. Ya la trascendental Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 10 de marzo de 2003, citada con anterioridad, así lo dejó claro. Pero no es la única. Por Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de fecha 14 de abril de 2005, Asunto C-157/03¹⁶, este Tribunal condenaba a España por la defectuosa transposición

(15) Diario Oficial de la UE L 180, de 13 de julio de 1990.

(16) Sentencia de 14 de abril de 2005, Asunto C-157/03, especialmente apartados 35 a 38 y 49:

“35. A tenor de la normativa española que establece los requisitos para la obtención de un permiso de residencia, los familiares de nacionales comunitarios que no posean la nacionalidad de un Estado miembro deberán presentar, entre otros documentos, un visado de residencia para reagrupación familiar estampado en su pasaporte.

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

de las Directivas hoy derogadas por la 2004/38/CE (curiosamente se vuelve a tropezar en la misma piedra). Y es que esto de no hacer el trabajo bien a la primera y tener que enmendarlo con posterioridad tras un tirón de orejas es algo que España lleva como un lastre, no en vano recientemente, en fecha 24 de marzo de 2007, se ha hecho público en el Diario Oficial de la Unión Europea¹⁷, las denuncias que la Comisión Europea ha presentado contra España ante el Tribunal de Justicia de la UE con motivo de la falta de transposición al Ordenamiento Jurídico interno español, dentro del plazo otorgado para ello, de la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, y de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por todo ello, España es claramente reincidente en este tipo de actuaciones.

IV. EFECTOS JURÍDICOS OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE

Una vez plasmada la controversia objeto de estudio, es necesario plantear las soluciones que desemboquen en el pleno respeto y reconocimiento para un correcto ejercicio del Derecho a Trabajar que los ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE tienen reconocido.

Es aquí, cuando surge el gran problema, ya que una vez que la labor del legislador ha sido realizada, nefastamente realizada en este caso, su modificación y adaptación con la Directiva 2004/38/CE resultan hartamente complicadas. Así es, nos encontramos con que la transposición al Ordenamiento Jurídico español se ha realizado a través de un Real Decreto, apuntando más, el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de Ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Estamos por lo tanto ante una norma jurídica, con todo lo que ello conlleva, que fue publicada en el BOE con fecha 28 de febrero de 2007, siendo aplicable desde el día 2 de abril, tras su entrada en vigor.

36. De esta forma, se obliga a dichos familiares a cumplimentar las formalidades relativas a la residencia antes de su entrada en territorio español, denegándoseles en caso contrario la expedición del permiso de residencia.

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

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

49. A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 68/360, 73/148, 90/365 y 64/221:

– al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 y, en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia.”

(17) Diario Oficial de la UE C 69, de 24 de marzo de 2007.

Como consecuencia de ello, estamos en presencia de una disposición normativa de carácter general, que como tal debe ser cumplida y aplicada por la Administración en el ejercicio de sus funciones. Ello, a pesar de contener un precepto cuya transposición resulta claramente contraria a nuestro Ordenamiento Jurídico, como así se ha expuesto con abundancia. Debido a lo mismo, las posibles soluciones a tomar son todas *a posteriori*, es decir, solo cabe enmendar lo mal hecho.

En estos casos, con el RD 240/2007 publicado y en vigor, la solución más diligente y responsable sería la de admitir el error cometido, corrigiendo el mismo artículo 3.2 del Real Decreto. Prever este modo de solventar la actuación mantenida por el Estado español solo sería un indicador de ingenuidad, que a estas alturas queda ya muy lejos. Sería a su vez, reflejo de que España habría cambiado su postura respecto a la premisa de dependencia económica aludida para restringir el Derecho a Trabajar. Ambas ideas, si bien serían las propias del resultado de aplicar la lógica y el uso de razón, quedan descartadas ya que por una parte, la experiencia así lo avala, y por otra, con un Real Decreto recién sacado del horno no se prevé rectificación por parte de España.

Por ello, quizás el modo de cuestionar la falta de concordancia del artículo 3.2 del RD 240/2007 a la Directiva 2004/38/CE, sería plantearlo de la manera más directa posible que admite nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta vía de actuación no sería otra que la Cuestión de ilegalidad, en su versión como Recurso directo. A través de dicho mecanismo, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 25¹⁸ de la Ley 29/1998, se habilita para poder recurrir una disposición de carácter general ante el Tribunal Supremo, caso del RD 240/2007, por ser contrario al Ordenamiento Jurídico. Este mecanismo permite que el Tribunal Supremo conozca de forma directa sobre el desafortunado artículo 3.2 del RD 240/2007, decretando su disconformidad con el artículo 23 de la Directiva 2004/38/CE. La consecuencia inmediata de dicha actuación sería la anulación¹⁹ del precepto citado en todo aquello que contraviene a la Directiva 2004/38/CE, es decir, en la limitación en el Derecho a Trabajar de ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo beneficiarios de la Directiva, así como su consiguiente publicación en el BOE.

No obstante, si bien la Cuestión de ilegalidad resulta la vía directa con la que depurar el RD 240/2007, esta opción tiene como handicap el de resultar por regla general un camino arduo y de respuesta tardía. En efecto, a la tardanza propia de las cuestiones dilucidadas ante la jurisdicción Contenciosa-Administrativa, se suma el plus de ser un procedimiento cuya resolución se dirime ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, lo que hace que la respuesta se retrase en ocasiones hasta casi dos años vista²⁰, a pesar de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 29/1998²¹. A ello hay que añadir el reducido plazo otorgado por la Ley

(18) Artículo 25: "El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general..."

(19) Artículo 72.2 Ley 29/1998: "... Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada".

(20) Basta con recordar las recientes Sentencias del Tribunal Supremo, de fechas 8, 9 y 10 de enero de 2007, que venían a resolver sendas Cuestiones de ilegalidad presentadas contra el RD 2393/2004, resueltos aproximadamente dos años después.

(21) Artículo 66: "Los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia y, una vez concluidos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales".

Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007

II

29/1998 para interponer la Cuestión de legalidad, que se reduce a dos meses desde la publicación de norma en cuestión, según establece el artículo 46.1²² de la Ley.

Eliminadas por tanto estas vías, es decir, la admisión de error y la subsanación de propio oficio, por una parte, y la Cuestión directa de ilegalidad, por otra, es necesario volver al mecanismo básico y principal mantenido desde un principio, que no es otro que el defender el Derecho a la aplicación directa de la Directiva 2004/38/CE, en aquello que concierne al Derecho a Trabajar. Los argumentos expresados en este estudio hablan por sí solos respaldando esta idea, y es que de otra forma quedaría vaciado de contenido el tan controvertido Derecho al Trabajo.

No obstante, se parte de la premisa de que la Administración Pública no comparte dicha interpretación, por lo que cualquier pretensión en este aspecto deberá dilucidarse en campo de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Serán por tanto los Tribunales de Justicia quienes aplicando de forma plena la Directiva 2004/38/CE reconozcan el Derecho a Trabajar de ascendientes y descendientes mayores de 21 años a cargo.

Llegados a este punto, como juristas que confían en el pleno acatamiento de nuestros jueces a la normativa comunitaria, debemos concluir que la controversia aquí expuesta resultará, en este orden jurisdiccional, inexistente. Y es que a estas alturas del devenir comunitario, el reconocimiento del principio de la primacía del derecho comunitario resulta totalmente pacífico. Fue el Tribunal de Justicia de la UE, en antiquísima Sentencia de fecha 15 de julio de 1964, Asunto «Costa/ENEL»²³, el que impuso dicho principio de primacía que, junto a la aplicabilidad directa²⁴, supuso el segundo pilar del ordenamiento jurídico comunitario. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia de la UE realizó dos observaciones importantes para la relación entre Derecho comunitario y el Derecho nacional. De todo ello se desprende que el Derecho comunitario, establecido con arreglo a las competencias de los Tratados, tiene primacía sobre el Derecho de los Estados miembros. No sólo prima sobre el Derecho nacional anterior, sino que desarrolla un efecto de bloqueo también respecto al Derecho establecido posteriormente.

Así, la consecuencia de mayor relevancia respecto a la aplicación directa de la Directiva 2004/38/CE es la no aplicación del artículo 3.2 del RD 240/2007 por ser contrario al Ordenamiento Jurídico, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 62.2 de la Ley 30/1992²⁵. Ello conduciría a que el Juzgado o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que conoce sobre el acto administrativo impugnado, dictara Sentencia estimatoria al considerar como ilegal el contenido de la

(22) Artículo 46.1: “El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada”.

(23) Sentencia de 15 de julio de 1964, Asunto «Costa/ENEL»:

“1. Los Estados han transferido de forma definitiva derechos de soberanía a la Comunidad creada por ellos. Y no pueden revocar dicha transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de Comunidad.

2. Uno de los principios del Tratado es que ningún Estado miembro puede atentar contra la peculiaridad del Derecho comunitario consistente en tener validez uniforme e íntegra en todo el ámbito de la comunidad”.

(24) Nos remitimos a toda la jurisprudencia comentada.

(25) Artículo 62.2: “También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

disposición general aplicada, en este caso, el artículo 3.2 del RD 240/2007. Seguidamente y al ser el Juzgado o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo competente para resolver sobre el acto administrativo al que fue aplicado el reglamento ilegal, pero no para conocer sobre la Cuestión de ilegalidad, este órgano debería plantear la correspondiente Cuestión de ilegalidad²⁶ indirecta de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y siguientes de la Ley 29/1998²⁷.

Será por tanto, el Tribunal Supremo quien encargándose de conocer sobre el desafortunado artículo 3.2 del RD 240/2007 procedería a declarar su nulidad, produciendo los mismos efectos que el recurso directo. La ventaja que supone este recurso indirecto respecto al directo es básicamente que el Juzgado o Tribunal de lo Contencioso-administrativo antes de plantear la Cuestión de ilegalidad, previamente aplicará la Directiva 2004/38/CE, respetando y restaurando en sus legítimos Derechos a los ascendientes y descendientes beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE, permitiéndoles ejercer por tanto, el Derecho a Trabajar. Esperamos que muy pronto conozcamos sentencias que confirmen esta tesis.

Cabe concluir, vistos los argumentos y fundamentos de derecho expuestos y la abundante jurisprudencia que apoya la tesis mantenida, lo siguiente:

- A) Que España ha incumplido de forma flagrante las obligaciones asumidas con su adhesión a la Comunidad Europea, hoy UE, respecto a la necesidad de armonizar el Ordenamiento Jurídico de los distintos Estados miembros, concretamente en lo que respecta al deber de transponer la Directiva 2004/38/CE al Ordenamiento Jurídico español en tiempo y forma.
- B) Que una vez realizada la transposición, España ha ignorado en el aspecto aquí estudiado el contenido mismo de la Directiva en lo que se refiere al reconocimiento del Derecho a Trabajar de los ascendientes y descendientes beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE.
- C) Como consecuencia de lo anterior, la tesis mantenida avoca por la aplicación directa de la Directiva 2004/38/CE, en concordancia con la primacía del Derecho Comunitario sobre el Ordenamiento Jurídico español, todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad ante la Unión Europea.

(26) Artículo 26.1: "Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho".

Artículo 27.1: "Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición..."

(27) La Cuestión de Ilegalidad está regulada por los artículos 123 a 126 del capítulo II, del título V sobre Procedimientos Especiales, de la Ley 29/1998.

MARÍA PABÓN LÓPEZ

Catedrática asociada
Escuela de Derecho
Universidad de Indiana, Indianápolis
(malopez@iupui.edu)

III

Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los Estados Unidos y posibles soluciones en el Derecho Internacional Público

RESUMEN

PERSPECTIVA SOBRE SITUACIÓN PRECARIA DEL TRABAJADOR INDOCUMENTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS Y POSIBLES SOLUCIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El caso decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* resolvió el conflicto entre dos leyes de los Estados Unidos: la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo de los Estados Unidos (“LNRT”), y la Ley de Control y Reforma de Inmigración de 1996 (“LCRI”). El Tribunal Supremo decidió en *Hoffman* que el pago de salarios atrasados a los trabajadores indocumentados no autorizados era impropio debido a la LCRI. El Tribunal estableció que aun cuando el patrono haya violado la ley laboral al cometer una práctica injusta contra el trabajador, prevalecería la política pública anti-inmigratoria para resolver la controversia entre el derecho laboral y el derecho de inmigración. Por lo tanto, en cuanto al pago de salarios atrasados como remedio para el trabajador, la LCRI (o el derecho de inmigración) prevaleció y no se le concedieron al trabajador, poniéndole en una situación precaria y vulnerable, sujeto a ser explotado impunemente. Existen argumentos para aplicar el derecho internacional público, y resolver la situación precaria del trabajador indocumentado en los Estados Unidos desde esta perspectiva. Entre ellas están la Organización Internacional de Trabajo (“OIT”), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, propuesta por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Este artículo señala atisbos de esperanza en estas áreas de derecho internacional público para mejorar la situación del trabajador indocumentado.

ABSTRACT

PERSPECTIVE ABOUT PRECARIONS SITUATION OF THE UNDOCUMENTED WORKER IN USA AND POSSIBLE SOLUTIONS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

The Supreme Court decision in *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board* resolved the conflict between two laws of the United States: the National Labor Relations Act

María Pabón López

III

("NLRA") and the Immigration Reform and Control Act of 1996 ("IRCA"). The Supreme Court decided in *Hoffman* that the awarding of back pay to undocumented workers was improper as violative of IRCA. The Supreme Court established that even if the employer committed an unfair labor practice under the National Labor Relations Act, no backpay should be awarded as a remedy to the aggrieved undocumented worker. Thus, as to the payment of backpay, immigration public policy as enacted in IRCA prevailed, rather than labor law, to resolve the controversy. Therefore, the undocumented worker in the United States lives in a precarious and vulnerable situation, subject to exploitation. There are arguments for applying international law tools to resolve the undocumented worker's precarious situation using these. One is in the International Labor Organization, as well as the Convention on the Protection of the Right of All Migrant Workers and Members of Their Families, put forth by the UN Commission on Human Rights, as well as the Inter-American Court of Human Rights. This article points to harbingers of hope in these areas of public international law to better the situation of the undocumented worker.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Situación del trabajador indocumentado en los Estados Unidos bajo la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo y luego de la opinión *Hoffman Plastic Compounds*.

III. *Hoffman Plastic Compounds vs. JNRT*: el caso y sus consecuencias.

IV. La internacionalización de la lucha por los derechos de los trabajadores indocumentados en los Estados Unidos.

V. Conclusiones y Recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Los Estados Unidos atraviesan momento de intensa actividad inmigratoria indocumentada a causa de que la economía del país necesita más trabajadores de los que su sistema de inmigración autorizada admite anualmente. Se estima que son más de 11 millones de personas indocumentadas que viven en los EEUU¹. La cercanía con México, su larga historia de relación y su larga frontera hacen muy natural que sean mexicanos la mayoría (56%) de los que vienen a trabajar sin documentos.

(1) Véase, Jeffrey S. PASSEL: *Size and Characteristics of the Unauthorized Migrant Population in the U.S.*, Pew Hispanic Center, March 7, 2006, disponible en <http://pewhispanic.org/reports/report.php?ReportID=61>.

Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los EEUU

III

Los trabajadores indocumentados viven en situación irregular, y son frecuentemente víctimas de discriminación en el lugar de empleo, así como de otros tipos de maltrato en el taller. Entonces surge la interrogante: ¿Cómo trata el sistema legal estadounidense al trabajador indocumentado? Este artículo intenta proveer una perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los Estados Unidos y esbozar posibles soluciones en el derecho internacional público.

En el año 2002, la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*² (en adelante “*Hoffman*” o “*Hoffman Plastic Compounds*”) revivió el debate sobre el estado de los trabajadores indocumentados en los Estados Unidos. En *Hoffman*, el Tribunal revocó una orden emitida por la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo (en adelante “JNRT”) a favor de un trabajador indocumentado de origen mexicano, la cual ordenaba el pago de salarios atrasados. Dicha orden de pago de salarios atrasados fue emitida luego de que el empleado fuera despedido como represalia por sus esfuerzos para organizar un gremio laboral³. El despedir a un obrero por el fundamento de que organizara un gremio laboral es una práctica ilegal bajo la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo de los Estados Unidos (en adelante “LNRT”)⁴. Más sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso “*Hoffman*”, determinó que otorgarle como remedio el pago de salarios atrasados al obrero indocumentado era contrario a la política pública establecida en la Ley de Control y Reforma de Inmigración de 1996 (en adelante “LCRI”)⁵. La LCRA prohíbe a los patronos emplear obreros indocumentados. En vista de que el trabajador indocumentado no hubiera podido trabajar legalmente en los Estados Unidos, el Tribunal razonó que el ordenar como remedio el pago de salarios atrasados era impropio aunque se determinara que existiera una práctica ilícita de trabajo por parte del patrono.

La decisión en *Hoffman* no reconoce la realidad de la gran mayoría de los trabajadores indocumentados en los Estados Unidos, los cuales vienen al país por las situaciones económicas desesperantes de sus países de origen y por la demanda constante de mano de obra barata que produce la economía estadounidense⁶. La muy criticada decisión en *Hoffman* pone a los trabajadores indocumentados fuera del alcance de las protecciones que ofrece la LNRT en vista de que les niega pagos de salarios atrasados, que es el mecanismo más efectivo para disuadir a patronos no escrupulosos. Finalmente, la decisión en *Hoffman* ha causado el paso osado de la radicación por parte del sindicato estadounidense Federación del Trabajo Americana-Congreso de Organizaciones Industriales (en adelante “AFL-CIO,” sus siglas en inglés) de una queja contra

(2) 535 US 137 (2002).

(3) Íd.

(4) Véase 29 USC §§ 157, 158 (2003) (Una práctica injusta del trabajo toma lugar cuando el patrono interfiere, restringe o coacciona a los empleados en la ejecución de sus derechos de organizarse y de llevar a cabo negociación colectiva).

(5) 8 USC § 1324^a (2003) (haciendo ilegal la practica de emplear trabajadores indocumentados).

(6) Véase Christopher David RUIZ CAMERON: *The Labyrinth of Solidarity: Why the Future of the American Labor Movement Depends on Latino Workers*, 53 U. MIAMI L. REV. 1089, 1098 (1999) (discutiendo la naturaleza esencial del trabajador Latino a la economía de los Estados Unidos); Peter MARGULIES: *Stranger and Afraid: Undocumented Workers and Federal Employment Law*, 38 DEPAUL L. REV. 553, 583 (1989) (discutiendo cómo los trabajos en los Estados Unidos ofrecen compensación superior a los trabajos que el trabajador indocumentado puede típicamente obtener en su país de origen).

los Estados Unidos ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de las Naciones Unidas (ONU) por violaciones al derecho de todos los trabajadores a libremente asociarse, organizarse y participar en negociaciones colectivas, con lo cual se ha internacionalizado la situación del trabajador indocumentado en los Estados Unidos. Igualmente el gobierno de México ha recurrido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quejándose de las políticas inmigratorias de otros países y sus efectos para los ciudadanos.

Este artículo examina el estado del trabajador indocumentado en los Estados Unidos previo a la opinión de *Hoffman Plastic Compounds*. Luego, analizará la opinión misma así como opiniones posteriores que se apoyan en este precedente. Finalmente, al examinar la demanda presentada por la AFL-CIO ante la OIT contra los Estados Unidos, sopesaremos el cambio que ha ocurrido en el lugar que ocupa el trabajador indocumentado en los Estados Unidos con respecto al derecho internacional y examinaremos algunos posibles remedios que ofrece el derecho internacional a ese trabajador.

II. SITUACIÓN DEL TRABAJADOR INDOCUMENTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS BAJO LA LEY NACIONAL DE RELACIONES DEL TRABAJO Y LUEGO DE LA OPINIÓN HOFFMAN PLASTIC COMPOUNDS

La opinión en *Hoffman Plastic Compounds* representa un desplazamiento para ofrecer menos protecciones en el taller al trabajador indocumentado en los Estados Unidos. Las decisiones previas de los tribunales habían determinado, por ejemplo, que la definición de empleado bajo la LNRT no excluía a los trabajadores indocumentados, por lo tanto, éstos se encontraban bajo el alcance de la LNRT⁷. Por ejemplo, bajo la LNRT, los obreros indocumentados podían votar en elecciones del sindicato sin tomar en cuenta su estado migratorio⁸. Los trabajadores indocumentados también estaban protegidos de prácticas ilícitas del trabajo bajo la LNRT⁹. Un patrono incurría en una práctica ilícita del trabajo cuando denunciaba a los trabajadores indocumentados al Servicio de Nacional Inmigración (en adelante “INS” sus siglas en inglés) en represalia por éste haber participado en actividades del gremio laboral.¹⁰ Al litigar casos de prácticas ilícitas del trabajo, la JNRT, usualmente objeta cuando los patronos “tratan de obtener evidencia sobre el estatus impuesto de indocumentado de algún trabajador para así huir de su obligación por práctica injusta e ilícita del trabajo”¹¹ (traducción nuestra). Además, la JNRT había ordenado a sus oficinas regionales seguir la siguiente política al tratar sus investigaciones y las quejas ante sí misma hechas por quejosos y discriminados: Las oficinas regionales no tienen la obligación de investigar el estatus migratorio a menos que el recurrido de manera afirmativa establezca

(7) Véase *Sure-Tan v. NLRB*, 467 US 883, 891 (1984).

(8) Véase *Chicago Future Inc.* 2003 LEXIS NLRB 93 a la nota 4 (NLRB 12 de marzo de 2003).

(9) Véase NLRB General Counsel Memorando n.º GC 02-06, Procedimientos y remedios para discriminados que pueden ser no-ciudadanos después de *Hoffman Plastic Compounds, Inc.* (22 de julio de 2002) (en adelante NLRB General Counsel Memorando).

(10) *Sure-Tan*, supra, nota 7 a la p. 894.

(11) NLRB General Counsel Memorando, supra nota 9.

Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los EEUU

III

la existencia de un asunto migratorio sustancial. Las oficinas regionales deberán comenzar su análisis presumiendo que tanto los empleados como los patronos han actuado conforme a la ley. La ley –LCRI (“IRCA”)– protege a los empleados de actos de hostigamiento de un patrono que busca volver a verificar su estado migratorio sin tener causa para ello. Un asunto sustancial de inmigración surge cuando un patrono establece que sabe o que tiene razones para saber que el alegado discriminado es un indocumentado. Una vez el patrono muestra prueba de ello, las oficinas regionales deberán investigar la alegación solicitándole a la unión, a la parte quejosa o al alegado discriminado que replique a la evidencia presentada por el patrono. Nuevamente, una mera afirmación no provee fundamento suficiente para desencadenar la investigación (traducción nuestra)¹².

Por lo tanto, vemos que en los casos que se litigan prácticas ilícitas del trabajo, *Hoffman* ha traído un cambio profundo al esquema de remedios, el cual ha eliminado, en el caso de los trabajadores indocumentados, el pago de salarios atrasados como remedio a una práctica ilícita del trabajo¹³. Esto ha traído como consecuencia unos cambios negativos en la política pública de la JNRT al quitarles a ésta los remedios disponibles a los trabajadores indocumentados que son víctimas de prácticas ilícitas del trabajo¹⁴.

III. HOFFMAN PLASTIC COMPOUNDS VS. JNRT: EL CASO Y SUS CONSECUENCIAS

Qué ocurrió en el caso *Hoffman* y cuáles son los efectos sin precedentes que traerá a los trabajadores indocumentados? Analicemos el caso. El trasfondo de *Hoffman* es el siguiente: un inmigrante llamado José Castro en colaboración con otros empleados de la empresa Hoffman Plastics Chemical Compounds de Los Ángeles, California, apoyaban una campaña para organizar un gremio laboral y distribuyeron en el taller de trabajo tarjetas para autorizar como su representante al gremio United Rubber Cork Linoleum and Plastic Workers of America¹⁵. Luego de comenzar esta actividad sindical, el señor Castro y otros empleados que participaban de esta campaña organizativa fueron despedidos de sus empleos un mes más tarde¹⁶. Los empleados despedidos entonces radicaron una queja en la JNRT. La JNRT adjudicó a favor del señor Castro y de los otros empleados, y ordenó que la compañía que (1) cese y desista de futuras violaciones a la LNRT; (2) reinstale y pague los salarios atrasados de los empleados despedidos y (3) publique un anuncio en el taller sobre la orden que había emitido¹⁷.

En una vista administrativa para determinar sobre el cumplimiento de la orden emitida por la JNRT y sobre el cómputo debido a cada empleado, el Sr. Castro testificó sobre su estado de legal de ser persona inadmisile a los Estados Unidos y sobre su falta de poseer una autorización de

(12) Íd.

(13) *Hoffman Plastic Compounds*, supra nota 1 a la p. 150.

(14) NLRB General Counsel Memorando, supra nota 9.

(15) *Hoffman Plastic Compounds*, supra nota 1 a la p. 140.

(16) Íd.

(17) Íd.

empleo y haber usado documentos fraudulentos para obtener empleo en la empresa¹⁸. El juez de derecho administrativo (“JDA”) denegó el pago de salarios atrasados al señor Castro. No obstante, la JNRT revocó al JDA y ordenó el pago de los salarios atrasados los cuales calculó desde la fecha del despido hasta la fecha en que la empresa conoció del estado migratorio indocumentado del señor Castro –un período de tres años y medio–¹⁹. La empresa apeló al Tribunal Supremo de los Estados Unidos luego que el Tribunal para el Circuito de Apelaciones para el Distrito de Colombia ordenara la ejecución de la orden dictada por la JNRT.²⁰

Al escribir para una mayoría de cinco jueces, el entonces Juez Presidente del Tribunal Supremo, William Rehnquist, dispuso que el remedio de pagos de salarios atrasados ordenado por el JNRT para un trabajador indocumentado quien nunca había sido legalmente autorizado a trabajar en los Estados Unidos era impropio debido a la política pública adoptada por el Congreso en la LCRI²¹. El Tribunal dispuso una bifurcación en el derecho que existía entre los tribunales apelativos nacionales federales, en la cual el segundo y el noveno circuito apelativo habían permitido a los trabajadores indocumentados cobrar salarios atrasados bajo la LNRT, mientras que el séptimo circuito apelativo había resuelto lo opuesto y había denegado el pago de salarios atrasados al obrero indocumentado²². El Tribunal analizó la problemática partiendo de la premisa de que su precedente, emitido previo a la LCRI, en el caso *Sure-Tan Inc. vs. NLRB*²³, se limitaba al pago de salarios atrasados como un remedio a trabajadores despedidos ilegalmente que tenían derecho a estar presentes en el país y que podían obtener empleo en los Estados Unidos. Además, el Tribunal aclaró que *Sure-Tan Inc.* condicionó el pago de salarios atrasados a que los obreros indocumentados despedidos fueran admitidos legalmente al país ya que éstos habían abandonado el mismo. El Tribunal entonces pasó juicio sobre el esquema abarcador que tiene la LCRI para prohibirles el empleo a los trabajadores indocumentados e imponerles penalidades tanto a los patronos como a los empleados por violar lo establecido en dichos procedimientos²⁴. Al determinar que el Congreso no podía tener la intención de otorgarle salarios atrasados a un trabajador indocumentado quien hubiera sido criminalmente responsable por haber obtenido empleo utilizando documentos falsos y quien no puede mitigar daños por sus salarios atrasados buscando empleo con otros patronos, el Tribunal estableció una nueva regla, posterior a la LCRI, para resolver la controversia de qué debe prevalecer cuando el derecho laboral y el derecho de inmigración chocan en el área de los remedios disponibles para el pago de salarios atrasados²⁵. El derecho de inmigración, tal y como se expresa en la prohibición de ofrecerle empleo a los trabajadores indocumentados en la ley LCRI, prevaleció sobre el derecho laboral. En cuanto a los otros remedios a los trabajadores indocumentados bajo la ley LNRT por

(18) Íd. a la p. 141.

(19) Íd. a la p. 142. La cantidad de los salarios atrasados fue calculada en \$66,951. Íd.

(20) 237 F.3d 639 (DC 2001).

(21) *Hoffman Plastic Compounds*, supra nota 1 a la p. 149.

(22) Íd. a la p. 142, nota n.º 2.

(23) Véase *Sure-Tan* supra nota 7 a la página 148.

(24) *Hoffman Plastic Compounds*, supra nota 1 a la p. 148.

(25) Íd. a la p. 149, 151.

Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los EEUU

III

prácticas ilícitas de empleo del patrono, tales como son las órdenes de cese y desistimiento y las que exigen exhibir avisos sobre los derechos de los empleados mediante el recurso del des-acato, el Tribunal determinó que éstos siguen rigiendo a los trabajadores indocumentados tales como se establece claramente en la opinión²⁶.

En su opinión en *Hoffman*, el Tribunal distingue además sus propios precedentes sobre el otorgamiento de salarios atrasados a aquellos trabajadores que se hayan involucrado en actos delictivos, al decir que nunca había tenido deferencia hacia las preferencias de la JNRT cuando esas preferencias “potencialmente invaden estatutos y políticas federales que no están relacionadas con la LNRT”²⁷. Finalmente, el Tribunal desestimó como materia no pertinente²⁸ la existencia de un informe del Comité de la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos, citado en la opinión disidente, el cual decía que la ley LCRI “no socava ni resta importancia en forma alguna a la protecciones que existen en el derecho ni (...) limitan los poderes de las Juntas Estatales o Federales del Trabajo (...) a ofrecer remedios sobre las prácticas ilícitas que se han cometido contra los trabajadores indocumentados”²⁹. (traducción nuestra).

El Juez Stephen Breyer escribió la opinión disidente. Primero, aseveró que todas las agencias pertinentes, incluyendo el Departamento de Justicia –el cual en aquella época supervisaba las actividades del Servicio de Inmigración– le habían informado al Tribunal que otorgarle al trabajador indocumentado el remedio del pago de salarios atrasados no interferiría con la política de inmigración³⁰. Expresó entonces cómo sin el pago de salarios atrasados existirían menos “armas” en el arsenal de remedios de la JNRT y quedarían sólo remedios “prospectivos” como las órdenes de cese y desista, lo cual permitiría a los patronos “violiar las leyes laborales impunemente al menos una vez”³¹.

Además, los jueces disidentes no encontraron una “política” en el derecho de inmigración que pudiera justificar el quitarle a la JNRT “los importantísimos poderes remediativos” de la ley y pronosticaron que ahora incrementarán en los incentivos para reclutar trabajadores indocumentados³². Luego de considerar cómo la mayoría del Tribunal había aplicado incorrectamente su propio precedente en *Sure-Tan, Inc.* la disidencia concluyó que el fundamento de la orden de la JNRT de otorgar salarios atrasados era razonable y debió haber sido respetado por la mayoría³³. Finalmente, en la opinión disidente se argumentó que la mayoría del Tribunal no debió haber sustituido su propio criterio por el de la JNRT³⁴.

(26) Íd. a la p. 152.

(27) Íd. a la p. 144.

(28) Íd. a la p. 150, nota n.º 4.

(29) Íd. a la p. 157. (Juez Breyer, opinion disidente)(citando el Informe de la Cámara de Representantes Federal n.º 99-682, primera parte a la p. 58 (1986).

(30) Íd. a la p. 153. (Juez Breyer, opinion disidente).

(31) Íd.

(32) Íd. a la p. 155.

(33) Íd. a la p. 160.

(34) Íd. a la p. 161.

Siguiendo a la opinión en *Hoffman*, los patronos ahora han argumentado en otros casos que un sinnúmero de leyes laborales federales y estatales no aplican a los trabajadores indocumentados y que éstos no tienen derecho a muchas de las protecciones en el trabajo³⁵. Los resultados de estos casos son variados. Algunos tribunales han seguido a *Hoffman* y denegado compensación o remedios al trabajador indocumentado y en otros casos los vemos limitando la extensión o distinguiendo el caso *Hoffman* para concederle pagos al trabajador. Existe una decisión del Noveno Circuito de Apelaciones federal donde el tribunal opinó que es poco probable que *Hoffman* sea aplicable a los casos de discriminación federal.³⁶

No obstante, estas inconsistencias en los resultados ha hecho mucho más difícil la lucha por los derechos de los trabajadores indocumentados en vista de que el tiempo que se invierte para defender estos nuevos argumentos es tiempo que se pierde para argumentar contra otros aspectos críticos de la epopeya que se libra por mejorar las condiciones de trabajo de estos trabajadores vulnerables.

IV. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA LUCHA POR LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES INDOCUMENTADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

En octubre del 2002, como respuesta a la decisión del caso *Hoffman Plastic Compounds*, la AFL-CIO radicó una queja ante la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”)³⁷. La AFL-CIO alega en su queja que la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es contraria a los Convenios 87 y 98 de la OIT así como a la Declaración Relativa a los Principios y Derechos en el Trabajo adoptada en 1998. Las protecciones que otorgan estos convenios del Derecho Internacional son derechos fundamentales a la libertad de asociación y son la protección al derecho de organizarse y negociar colectivamente³⁸.

El Convenio 87 es el “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” del 1948. Es uno de los convenios más fundamentales que en la actualidad se implementa. Garantiza que los trabajadores y los empleados tendrán, sin distinción alguna, el derecho a establecer y unirse a organizaciones de su libre selección y prohíbe la interferencia con el derecho a

(35) Véase *Sánchez v. Eagle Alloy*, 658 N.W. 2d. 510, 515 (Corte de Apelaciones de Michigan 2003)(el patrono argumentó que la ley de Compensación de Trabajadores de Michigan no se aplicaba a los trabajadores indocumentados); *Martinez v. Mecca Farms*, 213 FRD 601 (Distrito Federal Sur de Florida. 2002) (el patrono se opuso a la certificación de una clase de demandantes en un pleito reclamando salarios devengados y daños argumentando que conforme al caso *Hoffman*, la ley de protección de los trabajadores migrantes y agrícolas “Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act” no se aplicaba a los trabajadores indocumentados).

(36) Véase *Rivera v. NIBCO*, 364 F.3d 1057 (9th Cir. 2004).

(37) Véase *Informes del Comité de la Libertad de Asociación de la OIT*, “Reports of the ILO Committee of Freedom of Association”, n.º 329 (LXXXVII, 2023, Series B, n.º 3) re: Caso n.º 2227 (Estados Unidos), disponible en <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?lang=EN>.

(38) Véase *Querella* presentada por la Federación del Trabajo Americana-Congreso de Organizaciones Industriales, “American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations” al Comité de Libertad de Asociación de la OIT “ILO Committee on Freedom of Association” contra el Gobierno de los Estados Unidos de América por violaciones del derecho fundamental de la libertad de asociación y la protección del derecho de organizar y negociar colectivamente de los trabajadores migrantes en los Estados Unidos, disponible en www.gghlaw.com/hoffmancomp.htm (en adelante “Querella AFL-CIO”).

Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los EEUU

III

organizar sus actividades³⁹. El Convenio 98 es el “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva”, el cual garantiza que los trabajadores disfruten de protecciones adecuadas contra los actos de discriminación anti-sindical en su empleo⁴⁰. Finalmente, la Declaración Relativa a los Principios y Derechos en el Trabajo impone a sus miembros la obligación de fomentar esos derechos fundamentales de buena fe⁴¹. Entre ellos, se incluye el derecho a la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva⁴².

La médula del argumento de la queja de la AFL-CIO es que la opinión en *Hoffman Plastic Compounds* viola estas garantías y convenios del derecho internacional al restringir las oportunidades de los trabajadores indocumentados a organizarse. Ello es así porque si se permite despedir a los trabajadores por organizar un gremio, como ocurrió en el caso del señor Castro, los trabajadores no tendrán los remedios para exigir el pago de salarios atrasados que tendría el inmigrante documentado o el trabajador ciudadano. La AFL-CIO también argumenta en su queja que en un informe que los Estados Unidos había radicado ante la OIT, luego de adoptada la Declaración de 1998, se había resaltado la importancia de otorgar remedios para el pago de salarios atrasados para proteger a los trabajadores de la discriminación anti-sindical. La queja señala que el derecho a solicitar readmisión en el puesto, el cual está disponible a los ciudadanos y a los inmigrantes documentados, no está disponible ahora al trabajador indocumentado como resultado de la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Sostiene la AFL-CIO que la opinión *Hoffman* defrauda el informe radicado por los Estados Unidos y despoja a la JNRT de su habilidad de solicitar los remedios de pago de salarios atrasados. Además, la queja del AFL-CIO, entiende que es impertinente el hecho de que el acto del cual se queja es una opinión judicial en vez de legislación⁴³. La queja critica además que la opinión en *Hoffman* sopesa la política pública de inmigración con la política pública laboral al tratar derechos fundamentales bajo el derecho internacional y bajo los convenios de la OIT⁴⁴.

Finalmente, la queja se apoya en una decisión de la OIT en un caso presentado ante ésta por uno de los gremios más grandes. En la misma la OIT solicitó a España que tomara en consideración

(39) Convención de la OIT sobre la Libertad de Asociación y la Protección del Derecho de Organizar “ILO Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention”, del 1948 (n.º 87). Debe recalcar que los Estados Unidos no han ratificado esta convención ni la convención n.º 98. Véase <http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/ratification/voiceatwork/index.htm>. El hecho de que los Estados Unidos no ha ratificado estas convenciones da lugar a los requisitos de radicar informes anuales a la OIT sobre el cumplimiento con estas convenciones. Véase <http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/reports/flowchart/index.htm>.

(40) Convención de la OIT sobre el Derecho de Organizar y de Negociación Colectiva, “ILO Right to Organise and Collective Bargaining Convention”, del 1949 (n.º 98).

(41) Declaración de OIT Relativa a los Principios Fundamentales y Derechos del Trabajo, Sesión n.º 86, Ginebra, junio de 1998.

(42) Véase Querella de la AFL-CIO supra nota n.º 378. Los Estados Unidos son país miembro del Cuerpo de Gobernación de la OIT. See, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/index.html>.

(43) Véase Querella de la AFL-CIO supra nota n.º 38. De hecho, la querella indica que aun en la ausencia de acción del Congreso de los Estados Unidos, la decisión *Hoffman* actúa como si el Congreso hubiera condicionado el pago de salarios atrasados a la situación migratoria del trabajador.

(44) Íd.

el Convenio 87 al considerar la legislación particular de la cual se quejaba el gremio. Esta legislación española impugnada distinguía entre “extranjeros legales” y “extranjeros irregulares” y restringía los derechos de pertenecer a gremios españoles a las personas con autorización para estar en el país⁴⁵. En efecto, la queja de la AFL-CIO solicita al Comité de Libertad de Asociación de la OIT que exija lo mismo al gobierno de los Estados Unidos para beneficio de los trabajadores indocumentados en ese país.

La queja presentada por la AFL-CIO ha sido resuelta⁴⁶. La OIT concluyó que los remedios disponibles para la JNRT no son adecuados para la protección efectiva contra la discriminación anti-gremial. La OIT no impuso sanción ni remedio pero aseveró que el ejecutivo y el Congreso federal deben actuar para resolver esta deficiencia⁴⁷. El informe de la OIT concluye con una recomendación invitando al gobierno a que explore todas las soluciones posibles para asegurar la protección contra la discriminación anti-gremial para todos los obreros que pueda surgir a causa del caso *Hoffman*. Se puede ver la resolución de la queja por la OIT como una reiteración del derecho fundamental a la asociación y a la organización de los obreros indocumentados en los Estados Unidos, las cuales fueron abolidas por la interpretación judicial en el caso *Hoffman*⁴⁸.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La radicación de la queja de la AFL-CIO en contra de los Estados Unidos ha llevado la opinión del Tribunal Supremo en *Hoffman* al escrutinio internacional y ha añadido un elemento de fiscalización global pública a las actuaciones del Tribunal. El cambio hacia la internacionalización de la situación del obrero indocumentado en los Estados Unidos traerá como resultado la reivindicación de los derechos fundamentales de este grupo de trabajadores, uno de los más vulnerables en el seno de los Estados Unidos.

Hay por lo menos dos atisbos de esperanza en el porvenir en el área de la situación de internacionalización del trabajador indocumentado en los Estados Unidos⁴⁹. La primera radica en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la cual se hizo efectiva después de que en marzo de 2000

(45) *Íd.*; Véase Informes del Comité de Libertad de Asociación de la OIT, n.º 2121 (España) 3 de marzo del 2001, querella de la Unión General de Trabajadores de España.

(46) Véase Informes del Comité de Libertad de Asociación de la OIT, n.º 332 (LXXXIV, 2003, Series B, n.º 2) re: Caso n.º 2227 (Estados Unidos), 9 de mayo del 2003.

(47) *Íd.*

(48) De hecho, la OTI no puede cambiar la decisión del Tribunal Supremo. **Aun así el beneficio de la solicitud de la OTI sería** el lograr que el Congreso ponga en vigor leyes que contrarresten la decisión *Hoffman*. Véase Lance Compa, *ILO Core Standards Declaration: Changing Climate for Changing the Law*; PERSPECTIVES ON WORK, junio de 2003, a la p. 26, disponible en <http://www.irra.uiuc.edu/Pubs/Perspectives/PoW7.1COMP.pdf>.

(49) Existen por lo menos dos tipos de demandas en los Estados Unidos las cuales pueden hacer valer las normas de derecho laboral internacional. Entre ellas están las que se radican bajo la Ley de Daños de los No-Ciudadanos “Alien Torts Claims Act” otras bajo el Tratado Norteamericano de Cooperación Laboral (“North American Agreement for Labor Cooperation”). Éstas pueden ser de utilidad para los que abogan por los derechos de los trabajadores inmigrantes. Véase Michael WISHNIE: *Immigrant Workers and the Domestic Enforcement of International Labor Rights*, 4 UPA. J. LAB. & EMP. L. 529 (2002).

Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los EEUU

III

Guatemala fuera el vigésimo primer país en ratificarla⁵⁰. Este convenio incorpora muchas protecciones para mejorar las vidas de los trabajadores indocumentados en los Estados Unidos. Entre sus protecciones se encuentra el artículo 25, el cual dispone que los obreros migratorios tienen el derecho de disfrutar de un trato no menos favorable que el de los ciudadanos de un estado con respecto a su compensación, condiciones de trabajo y otros privilegios en su lugar de trabajo⁵¹. El artículo 26 de la convención otorga a los trabajadores migratorios el derecho a participar libremente y sin restricción alguna en reuniones y actividades de gremios y otras asociaciones⁵². Ese articulado sirve para contrarrestar el efecto de *Hoffman Plastic Compounds*, al requerir trato igual a los trabajadores indocumentados en los Estados Unidos, en relación al pago de salarios atrasados como remedio por prácticas ilícitas del trabajo que interfieren con el derecho de los trabajadores indocumentados a organizar un gremio.

Por tanto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sigue un enfoque de derechos humanos el cual requiere trato no discriminatorio a todos los trabajadores migratorios independientemente de su origen nacional. Aunque los Estados Unidos todavía no han ratificado esta Convención, los Investigadores Especiales de la ONU sobre los Derechos de los Inmigrantes han recomendado públicamente al menos en dos ocasiones que así lo haga⁵³. Dicha ratificación podría proveer una medida de protección al trabajador indocumentado en los Estados Unidos, lo cual sería un resultado visto con buenos ojos en vista del resultado negativo de la opinión *Hoffman Plastic Compounds*.

El segundo atisbo de esperanza consiste en las actuaciones del gobierno de México en acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en mayo del 2002 quejándose de que países miembros de la Organización de Estados Americanos están violando los derechos humanos de los trabajadores indocumentados. México alegó que las políticas nacionales de inmigración de algunos países miembros de la Organización de Estados Americanos directamente violaban la normativa de derechos humanos internacionales al no reconocer los derechos fundamentales de igual protección de ley y de la no discriminación.

En su opinión consultiva número 18 del 17 de septiembre del 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinó que la situación migratoria de un individuo no debe servir de justificación para que se le prive de sus derechos humanos, incluyendo derechos fundamentales laborales⁵⁴. Opinó también la Corte que los países miembros de la Organización de Estados

(50) Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de los Miembros de sus Familias, 1 de julio del 2003, disponible en http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/m_mwctoc.htm.

(51) Íd. al artículo 25.

(52) Íd. al artículo 26.

(53) Gabriela Rodríguez, Pizarro: *Grupos Específicos: Trabajadores Migrantes*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Sesión n.º 59, Inciso n.º 14(a) de la Agenda Provisional (2002); Véase además, "special rapporteur on human rights of migrants ends visit to united states", 21 de mayo del 2007, disponible en [http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/\(httpNewsByYear_en\)/E28217714A83E792C12572E2002E7C5A?OpenDocument](http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/(httpNewsByYear_en)/E28217714A83E792C12572E2002E7C5A?OpenDocument) ("The Special Rapporteur encourages the United States Government: to sign and ratify the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families.")

(54) Advisory Opinion OC-18/03, *Legal Status and Rights of Undocumented Migrants*, Inter-Am. Ct. H.R. (Sept. 17, 2003).

Americanos tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos todos los trabajadores, sin importar su situación migratoria. Estos derechos incluyen el derecho a pago igual y satisfactorio así como el derecho de organizarse. La Corte recalcó que los trabajadores indocumentados inmigrantes tienen los mismos derechos humanos fundamentales como todos los otros empleados y por tanto, deben tener la habilidad de ejercerlos. Finalmente, La Corte advirtió que ningún país miembro puede condicionar la adherencia a estos fundamentos de igualdad y no discriminación a objetivos nacionales de política pública, incluyendo políticas migratorias.

Aunque la opinión de la Corte no impone responsabilidad contra los Estados Unidos, sí enmarca principios fundamentales legales en concreto que los países emisores de inmigrantes trabajadores indocumentados pueden usar para lograr que se respeten los derechos de sus ciudadanos⁵⁵.

(55) Véase 11 No. 2 Hum. Rts. Brief 27 (2004).

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

Experta Jurídica en Migraciones Internacionales
y Extranjería

IV

**Los derechos sociales
de los extranjeros
en los ordenamientos
constitucional español y europeo:
de la teoría a la realidad**

L'absurdité est surtout le divorce de l'homme et du monde

Albert Camus *L'étranger*, 1942.

RESUMEN

**LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS EXTRANJEROS EN LOS ORDENAMIENTOS
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EUROPEO: DE LA TEORÍA A LA REALIDAD**

El objetivo del presente trabajo es analizar el sistema de derechos sociales que ampara a los extranjeros o por el que deberían estar amparados y en realidad no lo están. Veremos la teoría de los sistemas de protección de los derechos sociales, tanto a nivel nacional como europeo, así como su realidad, la cual deja mucho que desear en cuanto a respeto y protección de la dignidad de la persona se refiere. Lo que se intenta demostrar es que la realidad dista mucho de lo desarrollado en la normativa y que lo que no ayuda en absoluto, al menos en el caso español, es el número irreverente de reformas y contrarreformas que se han realizado de la normativa de extranjería, debidas en ocasiones a meras competiciones políticas, y que tienen como principal “víctima” a la persona recién llegada o a la que intenta construir un proyecto de vida mejor.

ABSTRACT

**FOREIGN PEOPLE SOCIAL RIGHTS IN SPANISH AND EUROPEAN CONSTITUTIONAL
ORDINANCES: FROM THE THEORY**

The aim of the present work is to analyse the social rights system which protects foreign people, or the one they should be protected by, and in fact they are not. We are going to explain the systems supposed to protect social rights, both national and european, as well as its reality, which it

is not what should be when referred to the respect and protection of human dignity. We intend to demonstrate that reality is distant from the facts developed by laws, as well as the unhelpful sum of reforms and counter-reforms made on that affect foreign people, due, most of the times, to political interest, which puts the newly arrived person as the first victim of the process, making difficult the creation of a better life project.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Los derechos en general, y los derechos sociales en particular, en la normativa de extranjería y la Constitución Española. A) Los derechos de las personas. B) El río que no cesa: las leyes orgánicas en materia de derechos y extranjería.

III. Breve referencia al Sistema de Derechos Sociales en el Ordenamiento del Consejo de Europa y en el Ordenamiento Comunitario. A) El Consejo de Europa: la Carta Social y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. B) La Unión Europea: la Carta de los Derechos Fundamentales y la futura Constitución Europea.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Siempre resulta complicado abordar el tema de los derechos fundamentales, más cuando nos referimos a los derechos sociales y si le añadimos que el colectivo del que vamos a tratar aquí es el de extranjeros, nuestra labor se complica aún más, teniendo en cuenta los numerosos prejuicios-obstáculos que en la práctica diaria nos vamos a encontrar.

La definición que vamos a dar de *derechos sociales* la vamos a tomar del Consejo de Europa. Dicha definición se ha extraído del informe “*L'accès aux droits sociaux en Europe*”⁽¹⁾:

“En dépit des différentes définitions et interprétations des droits sociaux, le rapport entend les droits sociaux comme englobant les besoins individuels et la cohésion sociale. Les droits sociaux sont,

(1) Rapport préparé par Mary Daly, Queen's University, Belfast avec l'assistance du Groupe éditorial du rapport sur l'accès aux droits sociaux (CS-ASR) adopté par le Comité européen pour la cohésion sociale (CDCS) à sa 8e réunion. (Strasbourg, 28-30 mai 2002).

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

dès lors, les dispositions, exprimées dans des textes légaux ou sous d'autres formes, qui permettent de satisfaire les besoins sociaux des personnes, ainsi que de promouvoir la cohésion sociale et la solidarité. Concernant la définition du contenu de ces droits, le rapport reprend la nomenclature adoptée pour déterminer les différents domaines entrant dans cette catégorie. Il interprète par conséquent les droits sociaux comme s'étendant aussi à la protection sociale, au logement, à l'emploi, à la santé et à l'éducation."²

Vamos a analizar en primer lugar, aunque de forma breve, el sistema de derechos español y los derechos de los extranjeros en nuestro ordenamiento. El segundo punto versará sobre los derechos fundamentales y sociales en Europa, tanto en el Consejo de Europa como en la Unión Europea.

II. LOS DERECHOS EN GENERAL, Y LOS DERECHOS SOCIALES EN PARTICULAR, EN LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En este primer capítulo nuestro objetivo es situarnos sobre los derechos de los que, en teoría, pueden disfrutar los extranjeros. Hablaremos tanto de los derechos y libertades, como de los derechos sociales citados en nuestra Constitución y en las distintas normativas de extranjería.

La mención realizada a la posesión de estos derechos en la teoría se entenderá en relación con el último capítulo de este trabajo.

A) Los derechos de las personas

Este trabajo que nos ocupa versa sobre las personas, sobre seres humanos con un proyecto de vida y de futuro. No se tienen derechos por ser extranjero, sino por ser persona y este apunte es uno de los ejes principales del presente estudio.

Cuando abrimos la Constitución para proceder a su lectura, los estudiosos de los derechos de la persona nos encontramos con un artículo que podemos llamar el "cimiento" de la Carta Magna. Dicho artículo es el *artículo 9*, interesante sobre todo su apartado 2.³. Como se puede ver el citado precepto habla de *individuos*, y como tal tenemos que tratar a los extranjeros ya que,

(2) A pesar de las diversas definiciones e interpretaciones de los derechos sociales, el informe define éstos como el marco donde confluyen las necesidades individuales y la cohesión social. Los derechos sociales son las disposiciones establecidas en textos legales o bajo otras formas, que permiten la satisfacción de necesidades sociales de las personas, así como la promoción de la cohesión social y la solidaridad. En lo que respecta a la definición del contenido de estos derechos, el informe retoma la nomenclatura adoptada para determinar las diversas materias que se incluyen en esta categoría. Por consiguiente, se interpreta que los derechos sociales se extienden también a la protección social, la vivienda, el trabajo, la salud y la educación. (Traducción libre).

(3) Artículo 9 *Principios constitucionales* 2.º: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

pese a algunos, son individuos y dicha consideración abre un campo más amplio a la hora de reconocerles sus derechos. Otro precepto básico para comenzar un estudio sobre este tema es el artículo 10⁴. La *dignidad*, palabra vapuleada en numerosas ocasiones por intereses políticos, adquiere su plenitud en la Constitución al ser reconocida como *fundamento del orden político y la paz social*. Podemos encontrar en otras constituciones europeas referencias a la dignidad. En la Constitución alemana de 1949 su artículo primero establece que “La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”; así mismo en la Constitución italiana de 1947, en su artículo 3.^º queda reconocido que “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”. Sin ser críticos con nuestra norma suprema, podemos decir que las alusiones a la dignidad de la persona en otras constituciones resultan más audaces y parecen darle mayor fuerza tanto al vocablo como a su más profundo sentido. El lugar que ocupa el reconocimiento de la dignidad en la Constitución alemana es el capítulo 1.^º, donde se enumeran los derechos fundamentales y en la Constitución italiana se encuentra dentro del apartado dedicado a los principios fundamentales, pero siempre en un lugar preeminente. No es así en nuestra Constitución ya que los primeros artículos son los dedicados a la organización estatal, la bandera, la capital o las fuerzas armadas. Desde aquí no queremos criticar la labor del constituyente pero hubiese sido deseable dar a la dignidad de la persona el valor que merece. Según Kant, en su obra *Metafísica de las costumbres* la persona humana no tiene precio sino dignidad; ésta es un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente. De la dignidad, puesta en relación con los derechos del hombre, emanan “la justicia, la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, que son dimensiones básicas de la persona, que en cuanto tales se convierte en valores y determinan la existencia y legitimidad de todos los Derechos”⁵, y podemos añadir a esto que los “valores –justicia, vida, libertad, igualdad, seguridad– están indisolublemente unidos por su raíz y fundamento: el valor de la dignidad de la persona humana”⁶.

Con lo anterior pretendemos demostrar el gran valor que para los derechos de la persona tiene la dignidad. No podemos concebir un sistema de derechos que no se asiente sobre el respeto a la dignidad de la persona; en el caso de los extranjeros que acuden a nuestro país, como a otros, a realizar un proyecto de vida, el respeto de su dignidad es esencial, así como la promoción de sus derechos para que ésta permanezca inviolable.

(4) Artículo 10: *Derechos y deberes fundamentales*:

1.^º: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2.^º Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

(5) Alfredo BROUWER DE KONING en “*El concepto de dignidad humana y su recepción normativa*”, Universidad Nacional de Córdoba.

(6) Ídem.

Volviendo a la Constitución española, el siguiente artículo que nos debe llamar la atención es el artículo 13⁷, en sus párrafos primero y segundo, en cuanto al reconocimiento de derechos a los extranjeros. Con una simple lectura podemos aislar dos limitaciones; en el primer párrafo queda establecido que los extranjeros gozan de las libertades públicas determinadas en el Título I de la Constitución pero añade que dicho disfrute se realizará en los términos que establezcan los tratados y las leyes. Con esto no queremos dar a entender que podría haber una merma en los derechos reconocidos en las numerosas leyes de extranjería que jalonan nuestra historia legislativa reciente, sino que este primer párrafo supone la base para “jugar” con las condiciones de disfrute de esas libertades (de hecho así ha sido, aunque este punto lo desarrollaremos más tarde). La segunda limitación viene desarrollada en el párrafo segundo cuando adscribe el derecho a participar en asuntos, funciones y cargos públicos a los ciudadanos españoles únicamente. Actualmente ya se está discutiendo sobre la posibilidad de participación de los extranjeros en elecciones locales; debemos tener en cuenta que la Constitución se redactó en un momento en que el nivel de extranjeros presentes en España no era el actual. Muchos juristas abogan ya por facilitar dicha participación para llegar a una plena integración del foráneo en la sociedad.

Una última observación que puede resultar interesante, antes de pasar al siguiente punto, es puramente terminológica pero relevante. No vamos a realizar aquí un listado de los derechos que figuran en el Título I, de sobra conocidos, ya que resulta más trascendental detallar los derechos relacionados en la actual normativa de extranjería; sin embargo sí que debemos leer uno por uno los llamados derechos fundamentales y las libertades públicas para observar que la mayoría de los preceptos empiezan con “Todos”, “Toda persona” o simplemente con formas impersonales que nos pueden dar a entender que dichos derechos se garantizan de una forma universal, sin limitación alguna. En el punto siguiente, puesto en relación con esta última observación, se verá que los extranjeros, además de sufrir las numerosas reformas y contrarreformas de las leyes orgánicas que les son aplicables, padecen además un ir y venir de derechos que a veces han tenido y otras no.

B) El río que no cesa: las leyes orgánicas en materia de derechos y extranjería

En nuestra historia legislativa reciente las leyes orgánicas promulgadas sobre la materia que nos ocupa han sido numerosas, de ahí el título dado a este apartado.

Como mera anécdota podemos comentar que ya en 1852 se manifestaba por parte del Consejo de Ministros de la época que “Entre las reformas o aclaraciones que requiere el estado de nuestra legislación, pocas habrá tan convenientes y son tan perentorias como las que comprendan

(7) Artículo 13 *Derechos de españoles y extranjeros*:

1.º Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2.º Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

nuestras leyes sobre extranjeros”⁸. Sigue la exposición de motivos argumentando la anterior necesidad basada en que “Acordadas, expedidas o sancionadas las disposiciones concernientes á este ramo en épocas muy remotas y aun en periodos muy diversos del Gobierno de la monarquía; esparcidas entre nuestros Códigos, Cédulas y reglamentos; alteradas, modificadas ó derogadas en virtud de nuestras vicisitudes, y aun de los Tratados y estipulaciones con otras Potencias; caducadas en diferentes conceptos, pero observadas prácticamente en algunos puntos, ofrecen hoy gravísimas dificultades, y á veces imposibilidad en su completa ejecución; dudas no menos graves en su inteligencia, y lamentable motivo de reclamaciones por parte de aquellas mismas potencias”⁹ dichas normas sobre extranjería necesitaban un orden, un único cuerpo donde estuviese recogida toda esa dispersa normativa. En aquella época los extranjeros eran domiciliados o transeúntes y solo los que tuvieran en su poder una Carta de Naturaleza podían gozar de los mismos derechos y en iguales condiciones que los súbditos españoles. Resulta interesante su lectura ya que hoy en día seguimos con los mismos problemas respecto de la *inteligencia de las normas* y del número de estas que se han publicado.

Volviendo a nuestros tiempos, debemos remontarnos a 1985 para encontrar la primera ley de extranjería propiamente dicha. La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (de ahora en adelante LO 7/85) es el primer referente normativo sobre la materia.

Según el artículo 4 de la citada norma, los extranjeros en España eran titulares de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución Española, con las limitaciones establecidas en la norma que aquí se analiza.

- *Derecho a la vida y a la integridad física y moral*: no especifica nacionalidad, por lo tanto de general reconocimiento.
- *Libertad ideológica, religiosa y de culto*: la única limitación se refiere al mantenimiento del orden público.
- *Derecho a la libertad y seguridad*: de general reconocimiento.
- *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*: al no especificar nacionalidad resulta de general reconocimiento.
- *Derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*: sí que se circunscribe a los nacionales españoles “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”. Artículo 6 de la LO 7/85: este derecho quedaba circunscrito a los extranjeros que residían legalmente en territorio español. Además de las limitaciones que se pudieran establecer por razones de orden público.
- *Libertad de expresión y derivados*: no se requiere ser nacional español para su ejercicio. Solo se limitan en cuanto a la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia.

(8) Gaceta de Madrid de 25 de noviembre de 1852. Proyecto de Real Decreto sobre extranjeros.

(9) Ídem.

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

- **Derecho de reunión pacífica y sin armas:** se observan diferencias sustanciales entre lo establecido en la Constitución y la LO 7/85, más que sustanciales, las diferencias resultan sorprendentes, tal y como se puede apreciar con su simple lectura:

Artículo 21 de la CE:

- 1) *Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.*
- 2) *En el caso de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.*

Artículo 7 de la LO 7/85:

Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se *hallen legalmente en territorio español*. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y *solicitar del órgano competente su autorización*, el cual *podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles*.

LO 9/83, de 15 de julio reguladora del derecho de reunión: esta norma, anterior a la arriba citada, solo limita la promoción de reuniones, manifestaciones, etc. a *personas que estén en pleno uso de sus derechos civiles*, tal y como queda establecido en su artículo 4, párrafo primero¹⁰. Si esta condición debiéramos interpretarla según las normas internacionales sobre derechos fundamentales, basta con leer el artículo 20¹¹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para concluir que el derecho de reunión no puede ser limitado más que por razones de mantenimiento del orden público o por ser un claro ilícito penal.

- **Derecho de asociación:** en la CE, el derecho de asociación queda reconocido sin más limitaciones. Solo quedan prohibidas las asociaciones secretas y de carácter paramilitar. En la LO 7/85, el derecho de asociación solo podía ser ejercido por los extranjeros que se encontraran legalmente en territorio español. En la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora de este derecho sí que se condiciona el ejercicio de este derecho a las personas que tengan capacidad de obrar y que no estén sujetas a ninguna condición legal para dicho ejercicio.
- **Derecho de participación en asuntos públicos:** este derecho queda reconocido a los ciudadanos, según la CE.

(10) Artículo 4 de la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión: 1.º Las reuniones, sometidas a la presente Ley, sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

(11) Artículo 20 del DUDH: 1.º Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2.º Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

- *Derecho de acceso a la función pública*: el acceso a la función pública queda supeditado a la ostentación de la cualidad de ciudadano; es más, en la LO 7/85 no se menciona ese derecho, por lo que el acceso a la función pública quedaba limitado a los ciudadanos españoles.
- *Tutela judicial efectiva*: el artículo 24 no especifica ningún tipo de limitación para el ejercicio de este derecho; es un derecho de goce universal, reconocido en diversas normativas internacionales.
- *Sanciones, condenas y penas privativas de libertad*: las garantías judiciales no se pueden limitar ni supeditar a la ciudadanía o residencia legal.
- *Derecho a la educación*: en la constitución no se establece limitación alguna al ejercicio de este derecho, al menos en cuanto al acceso se refiere. En cambio, en la LO 7/85 solo se reconocía dicho derecho a los extranjeros que se encontraran legalmente en nuestro estado. El derecho de educación también es de universal reconocimiento; sin embargo la LODE, en vigor junto con la LO 7/85, establecía lo mismo en su artículo 1.º, es decir solo podían acceder a la educación los extranjeros residentes.
- *Derecho a la sindicación. Derecho a la huelga*: este derecho se concedió únicamente a aquellos trabajadores extranjeros que residieran legalmente en España; de nuevo se volvía a limitar un derecho cuyo ejercicio y goce es universal. De hecho se llevaron a cabo por parte de algunos sindicatos, afiliaciones contrarias a la norma impuesta. El artículo 28 de la constitución no establece ningún tipo de limitación en ese sentido.

La primera ley orgánica de derechos de los extranjeros, como hemos podido observar, limitaba bastante la vida de éstos en nuestro país; fue una ley polémica, aunque no más que las que le sucedieron. Las limitaciones de derechos únicamente producen un retraso en la integración de cualquier persona en la sociedad, máxime cuando esa persona tiene la “tara” añadida de provenir de otro país; cuantas veces habremos oído “¿Por qué un extranjero debe tener los mismos derechos que yo, que soy español?”, sobran los comentarios.

El 1 de febrero de 2000 quedaba sin vigor nuestra LO 7/1985 y empezaba otro interesante periplo para las normas relativas a los derechos de los extranjeros.

En menos de un año las Cortes Generales nos sorprendían con dos leyes orgánicas: la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su posterior modificación por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en medio de este mare magnum unas elecciones generales.

Al ser dos normas tan cercanas en el tiempo hemos preferido hacer un cuadro comparativo ya que resulta más fácil ver las diferencias, importantes, entre las dos normas.

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO	LEY ORGANICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE
Artículo 3: los extranjeros gozan de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta ley.	Artículo 3: se añade este último inciso, el resto queda igual. “Como criterio interpretativo general, se entenderá que los <i>extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley</i> en condiciones de igualdad con los españoles”.
Artículo 4: sin interés.	Ídem.
Artículo 5: se supeditaba la libertad de circulación por el territorio del estado a cumplir con lo establecido en el Título II de esta norma.	Artículo 5: se detalla el procedimiento de limitación de circulación por el territorio del estado, cuando deriva de una decisión del Ministro del Interior.
Artículo 6: la titularidad del derecho político de sufragio se atribuye a los extranjeros residentes sin más especificaciones. El resto del artículo es idéntico al que actualmente se encuentra en vigor.	Artículo 6: la titularidad del derecho de sufragio se atribuye a los extranjeros residentes, pero atendiendo a criterios de reciprocidad.
Artículo 7: el párrafo primero era respetuoso con el derecho de reunión y manifestación, atribuyendo su titularidad a los extranjeros que se encontraran en España, sin más.	Artículo 7: el derecho de reunión y manifestación solo puede ser ejercitado por aquellos extranjeros que tuvieran autorizada su estancia o residencia en España. La redacción dada resulta muy restrictiva, cuando este derecho es de universal reconocimiento. Volvemos a lo reconocido en la LO 7/85.
Artículo 8: la libertad de asociación se atribuía a los extranjeros, sin más especificaciones. Solo los promotores de las asociaciones debían de ser residentes.	Artículo 8: de nuevo se limita otro derecho de universal reconocimiento, ya que queda atribuido a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia.
Artículo 9: derecho a la educación reconocido a los extranjeros menores de 18 años, en las mismas condiciones que los españoles. La educación infantil y la superior quedaban aseguradas a los extranjeros en general. La creación de centros docentes y el ejercicio de la docencia sí que se supeditaban a la condición de residente.	Artículo 9: la redacción dada por la reforma es un poco ambigua. Respecto de la educación obligatoria, ésta queda garantizada, y se incluye tanto el derecho como el <i>deber</i> . En el caso de la educación infantil, establecida como voluntaria, las administraciones deberán garantizar la existencia de plazas para la población que lo solicite. La educación superior, no obligatoria, queda limitada a los extranjeros residentes. Se incluye un párrafo, inexistente en la norma anterior, estableciendo la posibilidad para los extranjeros, siempre residentes, de solicitar formación para su mejor integración social, con respeto de su identidad cultural. El resto queda sin modificaciones.

Daría Terrádez Salom

IV

LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO

Artículo 10: se observa que en la redacción dada por esta norma, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social se reconocía de forma general, *en primer lugar*, y después sí que quedaba especificado que debía de ser en los términos especificados por la LO y las normas que la desarrollaran. También se reconocía el derecho de acceso a la función pública, como personal laboral, a los extranjeros, sin más, y en las mismas condiciones que los nacionales.

LEY ORGANICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE

Artículo 10: en la redacción dada por la reforma de diciembre, se da la vuelta a este primer párrafo. Primero se especifica que el extranjero debe de cumplir los requisitos establecidos en la norma y en las que la desarrollan y después reconoce el derecho de acceso a una actividad remunerada y a la Seguridad Social. *Podríamos decir que esta norma marca requisitos y después pasa a reconocer los derechos.*

En su segundo párrafo, el acceso a la Administración pública, como personal laboral, queda supeditado a la condición de extranjero residente, en las mismas condiciones que los nacionales de estados de la UE.

Artículo 11: el reconocimiento de este derecho de sindicación y huelga era muy respetuoso con lo establecido en la Constitución Española, ya que es un derecho fundamental no sometido a ninguna condición de “regularidad administrativa”. Se reconocía el derecho a sindicarse libremente y al ejercicio de la huelga a los trabajadores que se *hallaran* en España

Artículo 11: el derecho a la libre sindicación y al ejercicio de la huelga queda reconocido siempre que ostenten la condición de residente o se encuentren autorizados a permanecer en España.

Artículo 12: el derecho a la asistencia sanitaria queda reconocido, en primer lugar y en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros empadronados en un municipio. Los que no se encuentran empadronados tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia; las mujeres embarazadas tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Artículo 12: este artículo, afortunadamente, *no sufrió variación alguna.*

Artículo 13: las ayudas en materia de vivienda quedaban garantizadas tanto para los extranjeros residentes como para los empadronados.

Artículo 13: solo podrán acceder a las ayudas en materia de vivienda los extranjeros residentes. *Se eliminó la referencia a los extranjeros empadronados.*

Artículo 14: los extranjeros residentes tiene acceso a las prestaciones de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles; los extranjeros que se hallen en España solo pueden acceder a las prestaciones sociales básicas.

Artículo 14: la redacción de este artículo *no sufrió variaciones.*

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO	LEY ORGANICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE
Artículo 15: sujeción a los impuestos soportados por los españoles en las mismas condiciones que éstos, pero se especifica que será respecto de los ingresos obtenidos en España y a las actividades desarrolladas en el país.	Artículo 15: la sujeción a los impuestos en España se establece con carácter general, ya no se especifica esta sujeción únicamente para los ingresos y actividades realizadas en España.
Artículo 16: se reconoce el derecho a la intimidad familiar a los extranjeros residentes.	Artículo 16: los cambios sufridos por el artículo en su nueva redacción no afectan a su esencia.

Tras la lectura de este cuadro, y en lo que respecta a algunos de los derechos sociales, se deben realizar varias observaciones.

En primer lugar hablaremos del derecho a la asistencia sanitaria, un derecho básico de primer orden por razones obvias. El artículo 12 es uno de los que no sufrieron modificación alguna. Se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Las Organizaciones no gubernamentales que se dedican a la materia hicieron, y siguen haciendo, un gran esfuerzo por incentivar el empadronamiento para poder obtener la tarjeta sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente; al principio tuvieron que luchar contra el miedo generalizado entre los recién llegados a dar sus datos, debido a la irregularidad de su estancia, ya que tenían el temor de que su condición administrativa fuese comunicada a las fuerzas del orden y éstas procedieran a su expulsión. Actualmente muchos son los extranjeros que hacen uso de la sanidad y poseen su tarjeta sanitaria; sin embargo otros muchos, recién llegados o no, no la poseen por no haberla solicitado ya sea por no tener suficiente información o por el temor, existente aún, antes mencionado. Estas personas únicamente pueden acceder a las prestaciones sanitarias entrando por puertas de urgencias de hospitales o centros de salud en caso de enfermedad grave o accidente. En la Comunidad Valenciana, tras la entrada en vigor de la LO 4/2000, el gobierno autonómico publicó el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, por el que se regula el derecho a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros en dicha comunidad. Dicho decreto nació tras unos desafortunados incidentes en los que a unos menores extranjeros se les vio denegado el acceso a las prestaciones sanitarias por carecer de documentación que demostrara su estancia regular en España. El mencionado Decreto respeta lo establecido en la Ley Orgánica pero en la realidad cotidiana se siguen viviendo actitudes de rechazo hacia los extranjeros, vengan o no con tarjeta sanitaria; en este último caso se les comunica que se les facturará y deberán abonar los gastos derivados de su atención en los servicios de urgencias hospitalarias. Está información, dada en los servicios de admisión de urgencias, puede resultar incómoda y determinar la decisión por parte del usuario de optar por no hacer uso de la asistencia sanitaria necesaria en un momento dado.

Pasemos ahora a la vivienda, otro gran derecho social. Como hemos visto en el cuadro anterior, el derecho a optar a ayudas a la vivienda se reconocía, en la LO 4/2000, a extranjeros residentes o empadronados en las mismas condiciones; tras su reforma, desaparece la mención a los

extranjeros empadronados. La merma de este derecho tiene una consecuencia lógica: se ha generalizado el abuso, por parte de propietarios sin escrúpulos, en el alquiler de viviendas. Nos encontramos con personas viviendo en condiciones inhumanas a un precio muy elevado, con contratos de alquiler, en el caso de que existan, con condiciones “leoninas” o con subarriendos que promueven el hacinamiento; pero también nos encontramos, siendo esto lo más grave y preocupante, con una “selección racial” a la hora de alquilar o no a una persona extranjera un piso o habitación de nuestra propiedad. Numerosas organizaciones no gubernamentales incluyen entre sus prestaciones, servicios de intermediación inmobiliaria para evitar fraudes y abusos.

Por último vamos a realizar unas puntualizaciones sobre el derecho a la intimidad familiar, que aunque no sea un derecho estrictamente social, sí que es un derecho fundamental, previsto y protegido tanto por normativa internacional como nacional. Vayamos en orden ascendente; en la actual ley orgánica sobre derechos de los extranjeros, el artículo 16¹² reconoce el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar únicamente a los extranjeros residentes; por su parte la Constitución, en su artículo 18 utiliza una forma impersonal al establecer dicho derecho, por lo que se entiende de general reconocimiento, y únicamente realiza determinadas aclaraciones respecto de la inviolabilidad del domicilio y el uso de la informática. En el mismo nivel que la Constitución nos encontramos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos que en su artículo 8¹³ reconoce de forma abierta el derecho a la intimidad personal y familiar limitando la injerencia de la autoridad pública a determinados casos motivados por cuestiones de orden público, entre otras motivaciones. Por último, si leemos el artículo 12¹⁴ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el derecho a la intimidad se reconoce a TODA PERSONA, dando incluso la posibilidad del acceso a la protección de la ley ante injerencias o ataques a la intimidad. ¿Cómo el legislador español únicamente reconoce el derecho a la intimidad familiar a los extranjeros residentes? La titularidad de este derecho se reconoce a toda persona debido al valor

(12) Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar.

- 1.º Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados suscritos por España.
- 2.º Los extranjeros residentes en España tiene derecho a reagrupar con ellos a familiares que se determinan en el artículo 17.
- 3.º El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él reagrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo familiar que dio lugar a la adquisición. Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos.

(13) Artículo 8 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950:

- 1.º Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.
- 2.º 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 la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

(14) Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

que tiene para la vida humana; el Tribunal Constitucional ha establecido que “Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona” que reconoce el artículo 10 de la Constitución, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de la cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo.”¹⁵; a esto podemos añadir que el Tribunal Constitucional, tal y como apunta Luis Javier MIERES MIERES, ha proclamado que “La titularidad del derecho a la intimidad corresponde a toda persona física, y como ya se ha indicado, no se extiende a las persona fallecidas”¹⁶. Los extranjeros residentes son, por ley, los únicos que gozan del derecho a la intimidad familiar; los extranjeros únicamente empadronados o los que se encuentran en situación irregular no son titulares de este derecho y son por lo tanto vulnerables a las injerencias públicas o privadas; en un alarde de ingenio legislativo el derecho a la intimidad familiar se ha conectado directamente con el derecho a la reagrupación familiar, siendo éste la única consecuencia del reconocimiento de aquél. El derecho a la intimidad familiar contiene más amplios objetivos y su protección va más allá del mero reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en su profusa jurisprudencia sobre el tema.

Para concluir este primer punto del presente trabajo, podemos decir que los derechos en general de los extranjeros, incluidos los sociales, están reconocidos en las normas pero la realidad dista mucho de ser la deseable. Siguen siendo ciudadanos de segunda, aun con su situación administrativa en regla; los extranjeros invisibles, los que acuden a primera hora de la mañana a trabajar sin un sueldo digno ni un contrato en condiciones, se llevan la peor parte ya que les amparan los derechos mínimos, la mayoría de las veces no ejercidos por falta de información y por temor a las repercusiones.

III. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA DE DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO DEL CONSEJO DE EUROPA Y EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

En este segundo apartado proponemos un estudio, breve pero conciso, de los instrumentos normativos o nacionales relacionados con los derechos sociales. Estos derechos establecidos en diversas normas, no son derechos exclusivos para los extranjeros, pero sí derechos para las personas.

En primer lugar estudiaremos la normativa del Consejo de Europa, para después pasar a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la futura Constitución Europea.

(15) STCO 231/1988 de 2 de diciembre de 1988. FJ 3.º.

(16) En *Intimidad Personal y Familiar*. *Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, editorial Aranzadi, 2002.

A) El Consejo de Europa: la Carta Social y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Consejo de Europa es una institución creada en 1949. Sus principales objetivos son la defensa de los derechos del hombre, la promoción de la democracia y la preeminencia del derecho. En nuestra opinión es la institución que más ha hecho por la promoción y defensa de los derechos humanos, así como por la educación en los valores de justicia, paz y solidaridad en Europa. Es por ello por lo que le dedicamos esta primera parte.

En 1950 sale a la luz el Convenio Europeo de Derechos Humanos, un instrumento normativo que marcaría un antes y un después en la defensa de los derechos humanos en la vieja Europa, que aún miraba con ojos incrédulos lo que había sucedido durante la Segunda Guerra mundial.

Resulta interesante la lectura de su preámbulo. Podemos leer que “la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” y que el objetivo principal del Convenio es “asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. No queremos desde aquí desmerecer el significado que tuvo para el mundo la aparición de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero el Convenio está respaldado por un Tribunal que vela por su correcta aplicación y la Declaración Universal es eso, una estupenda declaración de voluntades, un espejo donde mirarse pero que ha sido, y es, un documento poco eficaz y poco respetado.

Son numerosos los derechos establecidos en el Convenio, coincidentes en muchos casos con los desarrollados en la Declaración. Sus titulares son los ciudadanos de los estados miembros del Consejo de Europa. Ninguno de ellos posee un carácter social, de acuerdo con la definición dada en la introducción de este trabajo, pero son derechos necesarios en una sociedad democrática y que salvaguardan la dignidad de la persona.

Volviendo al tema que nos ocupa, los derechos sociales y la consecución de una vida digna, debemos fijar nuestra atención en dos artículos del Convenio. El artículo 2, que desarrolla el derecho a la vida¹⁷ y el artículo 3, *prohibición de la tortura*, establece que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Numerosos juristas abogan por extender el sentido y la protección de estos preceptos a la lucha contra la pobreza; es decir, la pobreza, tener una vida no digna, podría ser considerado como un trato inhumano y degradante. René CASSIN advertía que “El hombre tiene una personalidad indivisible. Su derecho a la vida no exige sólo un orden social en donde haya seguridad contra el terrorismo y los riesgos de ejecución sumaria. Hace falta asimismo que pueda hallar su subsistencia en un trabajo y el apoyo

(17) Artículo 2 del CEDH: 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 el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena. (Ver Protocolo 6, de 28 de abril de 1983, de abolición de la pena de muerte).

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

activo de sus semejantes, para él y su familia, si no se halla en condiciones de producir”¹⁸. Sería deseable, tal y como señala Luis JIMENA QUESADA, que “una de las vías más contundentes para la protección frente a la pobreza debiera ser la consideración de ésta como un trato inhumano y degradante”¹⁹. Si en el primer apartado de este trabajo establecíamos como eje del mismo la dignidad de la persona, ¿no se debería considerar la extrema pobreza, la marginación social como una violación de la misma?

Del Convenio pasamos a estudiar la Carta Social Europea²⁰, el complemento necesario del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Nacida tardíamente y ratificada por la España ya democrática, esta Carta establece una serie de derechos de carácter social y económico, además de un sistema de control de los compromisos adquiridos por los estados miembros que han ratificado dicho documento.

Los derechos desarrollados por la Carta atañen a la vivienda, la salud, la educación, el trabajo, la protección jurídica y social, la circulación de las personas y la prohibición de toda discriminación.

Varios de los derechos establecidos hacen referencia a los trabajadores extranjeros, pero se refiere a los ciudadanos de un Estado miembro que deciden trasladarse a otro estado para emprender una actividad laboral. Sería muy largo detallar aquí todos los derechos y principios relacionados en la Carta, así que nos centraremos únicamente en los concernientes a los extranjeros, teniendo siempre en cuenta el apunte realizado antes, y los concernientes a las personas desfavorecidas.

El artículo 19, Parte II, desarrolla los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia. Es un precepto largo y que abarca no solo el tema de la protección laboral; también hace referencia a la protección social, la vivienda, la colaboración entre los estados de origen y destino y el derecho a la reagrupación familiar, entre otros. Debemos dejar claro que se refiere a extranjeros provenientes de un Estado miembro que se trasladan a trabajar a otro estado miembro, tal y como se establece en el anexo a la carta Social revisada, en su párrafo primero. El traslado y la estancia se suponen realizados de forma regular. Por supuesto no solo les es de aplicación únicamente este artículo; a lo largo del resto de la Carta encontramos preceptos que les son de aplicación, como el artículo 3 que establece el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, el artículo 10 que desarrolla el derecho a la formación profesional o el artículo 14 que versa sobre el derecho a beneficiarse de los servicios de asistencia social.

(18) René CASSIN en *Enseignement des droits de l'homme*, UNESCO, vol. IV, 1985, p. 63.

(19) Luis JIMENA QUESADA en *La Europa social y democrática de derecho*, Dykinson, 1997, p. 291.

(20) Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. Ratificada por España el 29 de abril de 1980 (*BOE* de 26 de junio).

Otro precepto que resulta interesante es el artículo 30²¹ que en un principio podría ser extensible a los extranjeros no regulares, aunque el anexo antes mencionado no incluye a los extranjeros de terceros estados en la aplicación de este precepto. Es una realidad desafortunada, ya que es un derecho donde podrían tener cabida muchas situaciones que atentan contra la dignidad humana y se podría hacer extensivo, por ejemplo, a los extranjeros que no se encuentran de forma regular en nuestro país y que están claramente en riesgo de exclusión social.

Hasta aquí hemos desarrollado los aspectos que en nuestra opinión nos resultan más interesantes sobre la normativa del Consejo de Europa. Hemos de añadir, siempre según nuestro parecer, que el Consejo de Europa ha sido el artífice de los tratados más relevantes y eficaces en cuanto a protección de derechos humanos e refiere. Su labor educativa y promocional ha sido y es esencial en nuestra sociedad.

B) La Unión Europea: la Carta de los Derechos Fundamentales y la futura Constitución Europea

A lo largo de la historia de la Comunidad Europea y posteriormente de la Unión, el tema de los derechos humanos no ha ocupado un lugar relevante en las políticas comunitarias. Hasta Niza, simplemente existía una referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos estableciendo que los estados miembros de la Unión se hacía partícipes de los derechos establecidos en dicho tratado y se comprometía a su defensa y promoción. Sin embargo muchas eran las voces que demandaban un tratado sobre esta materia propio de la Unión. Para subsanar esta laguna se redactó la Carta de los Derechos Fundamentales.

No es una Carta que contenga únicamente derechos sociales, pero sí que resulta relevante el que, tanto en su Preámbulo como en su artículo 1.º, haga referencia a la Dignidad de la persona.

El Preámbulo, en su punto segundo establece que “La Unión está fundada sobre los principios indivisibles y universales de dignidad de hombres y mujeres, libertad, igualdad, y solidaridad; reposa en el principio de democracia y el Estado de Derecho” y el artículo 1.º de la Carta establece que “Se respetará y protegerá la dignidad de la persona”.

Es muy significativa también la distribución de la Carta; se ha ordenado por capítulos titulados DIGNIDAD, IGUALDAD o SOLIDARIDAD. Este último capítulo, el IV sobre los derechos de

(21) Artículo 30 – Derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social. Para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen a:

a) A tomar medidas en el marco de una aproximación global y coordinada para promover el acceso efectivo de las personas que se encuentren excluidas, o en riesgo de serlo, sobre todo al empleo, a la vivienda, a la formación, a la educación, a la cultura, a la asistencia social y médica, haciéndose extensivo también a sus familias.

b) A revisar las medidas si fuese necesario para su adaptación.

(Traducción libre).

Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos español y europeo

IV

solidaridad, es el que desarrolla los derechos sociales, aplicables únicamente a los ciudadanos de la Unión. Con las nuevas incorporaciones a la Unión, muchas personas antes incluidas en el paquete de los extranjeros han pasado, pese a algunos, a ser ciudadanos comunitarios, como Polonia. Hubiese sido deseable que ya en la Carta se incluyera una referencia al derecho a no ser excluido socialmente y a luchar contra la pobreza. Deberemos de esperar a que se apruebe la Constitución Europea, ya que en su texto sí que están previstos ese tipo de derechos.

La Constitución Europea, cuyo actual devenir es un poco “triste” si se nos permite la expresión, incluye la Carta de los Derechos Fundamentales en su articulado; únicamente ha sufrido diversas variaciones en su contenido. Como decíamos antes se incluye la lucha contra la pobreza y la exclusión social en el artículo II-94, 3.º que desarrolla el derecho a la Seguridad Social y a las prestaciones sociales.

Nuestra insistencia sobre los temas relacionados con la lucha contra la pobreza y la exclusión social puede resultar tal vez desconcertante pero el respeto a la dignidad de la persona y su protección (siendo la exclusión social y la pobreza severa sus más directas enemigas) es la base de todo sistema de derechos, tanto de las libertades fundamentales como de los derechos sociales; hemos de añadir que actualmente el colectivo de extranjeros que se encuentra en nuestro país ha pasado a las filas de los colectivos en riesgo de exclusión, su dignidad se ve día a día agredida.

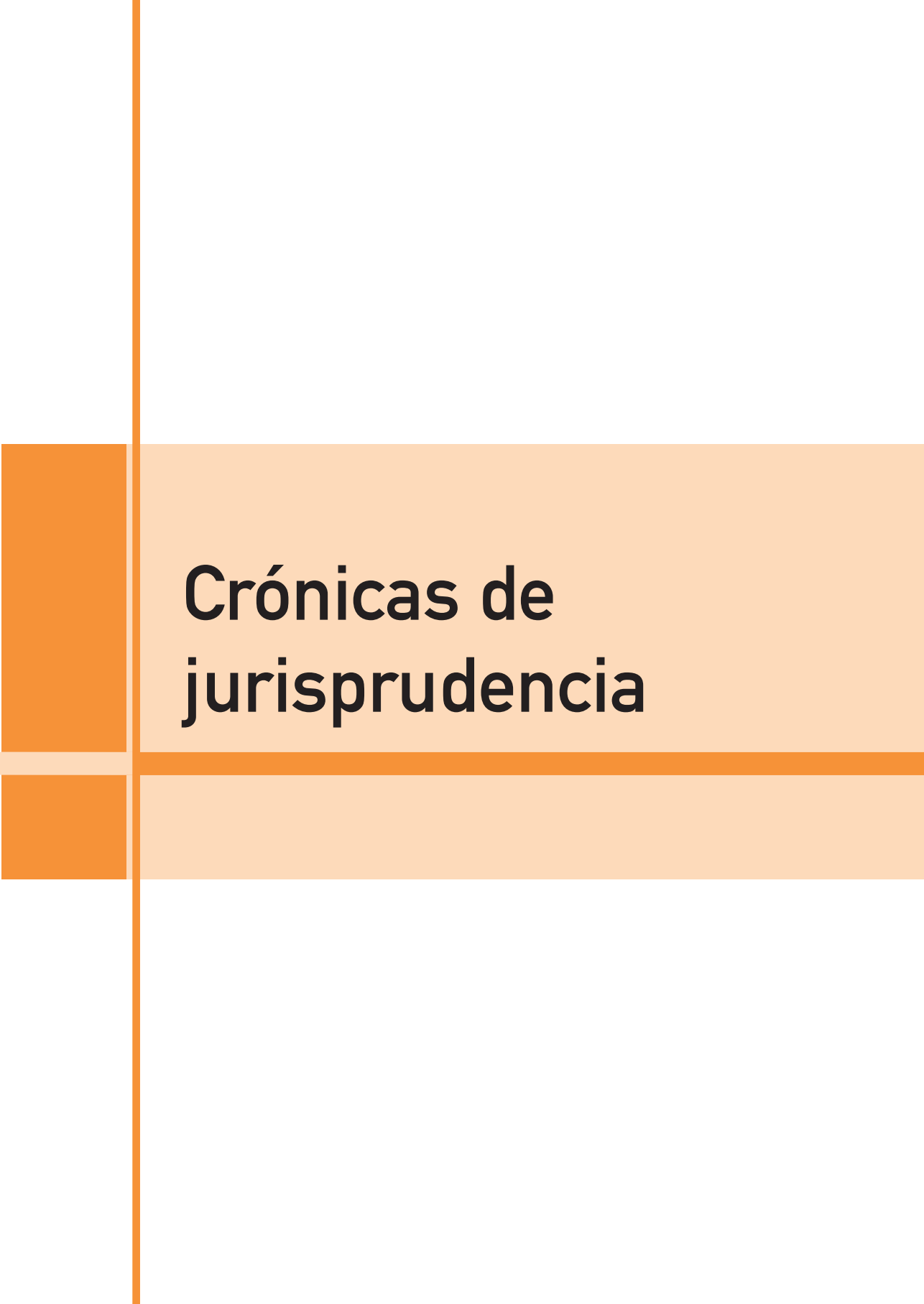
Para finalizar debemos decir que los avances en cuanto a protección y promoción de los derechos fundamentales y los derechos sociales ha sido notable a nivel comunitario, ya que por fin disponemos de un texto normativo que los desarrolla e insta a los gobiernos de los estados miembros a protegerlos. Pero también debemos hacer un esfuerzo por establecer sistemas de control eficaces para evitar o sancionar las violaciones que de estos derechos se produzcan.

IV. CONCLUSIONES

¡Qué vienen los bárbaros!

Sin ánimo de ofender, el título hace referencia al clima que respecto de los extranjeros se respira en nuestro país, y en muchos otros. De forma teórica, tal y como hemos visto, los extranjeros disfrutaban de un número elevado de derechos y libertades que en la realidad se pueden ver mermados por falta de información, por omisión de esa misma información y porque un numeroso grupo de conciudadanos sigue pensando que el recién llegado, el extranjero, el *bárbaro*, no puede ni debe tener los mismos derechos que ellos. La universalización de los derechos, incluso de los sociales, hace ya mucho tiempo que empezó. Somos personas y como personas nos merecemos, y se merecen, que se respete nuestra dignidad. Los derechos no vienen con la pertenencia a una tierra, la Edad Media hace ya unos siglos que terminó, sino con el hecho de ser personas, seres humanos. A lo largo de este estudio breve hemos insistido en el hecho de

defender y proteger la dignidad; en estas conclusiones insistimos en lo que en nuestra opinión podría ser una solución para poner fin a la situación que vivimos hoy en día: la educación y la educación en derechos. Todos los días nos *bombardean* desde los medios de comunicación con imágenes de personas que llegan en barca a nuestras costas respirando miedo. Pero no nos hacen reflexionar, simplemente lanzan la idea de la llegada masiva de extranjeros y de los posibles peligros para nuestra sociedad, bien pensante y bien atendida, de una posible invasión. Ese no debería ser el proceder. Debemos plantearnos la posibilidad de discutir esas informaciones, esos miedos infundados que día a día nos inoculan. Pero sin educación y sin una creencia arraigada en nuestra sistema de derechos jamás podremos pensar que el *otro* también tiene derechos ya que básicamente es igual que cualquier otro de nosotros.

The image features a minimalist design with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands intersect this line, creating a cross-like structure. The top band is wider and contains the text, while the bottom band is narrower. The background is white.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 18 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 19/2007.

Ponente: Don Javier López Candela.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Argelia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordaba la inadmisión a trámite de la petición de asilo. El relato del recurrente indica como razones para venir a España las que derivan de no tener trabajo ni alojamiento en su país y carecer de dinero, y ello con independencia de la situación sociopolítica de Argelia que no determina por sí sola la admisión a trámite de su solicitud de asilo.

“En el presente recurso de apelación se impugna la Sentencia dictada en fecha 5 de octubre de 2005 por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la Resolución del Ministro del Interior de 5 de octubre de 2005, por la que se acordaba la inadmisión a trámite de la petición de asilo formulada por la actora en fecha 1 de agosto de 2005, y ello por la causa contemplada en el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo 5/1984, al no basarse la solicitud formulada en una causa de persecución contemplada en dicha ley sino que se trataba de alegaciones de contenido socioeconómico.

Contra la sentencia impugnada formula el actor los siguientes motivos de impugnación:

A) Infracción del artículo 24.2 de la CE, y del artículo 137 de la Ley 30/1992. El motivo ha de ser desestimado; además de que adolece de una notoria falta de justificación hemos de tener en cuenta que el expe-

diente de admisión a trámite de la solicitud de asilo no es un procedimiento sancionador al que haya de aplicarse las garantías previstas en el artículo 24.2 de la CE como en el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del PAC, pues su objeto lo constituye la obtención de una condición derivada del padecimiento de una situación de persecución en el país de origen conforme a las causas previstas en el artículo 3.1 de la Ley 5/1984.

B) Procedencia de obtener asilo por razones humanitarias o una autorización de residencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo en relación con los artículos 31.4 y 45.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000. El motivo ha de correr igual suerte que el anterior; además de que dicha clase de asilo desaparece con la Ley 9/1994, de 19 de mayo, debe estudiarse únicamente en este aspecto la procedencia o no de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la ley de asilo, siendo así que sobre esta cuestión hemos tenido ocasión de reiterar que en cuanto a la posible invocación de razones humanitarias invocadas, conforme a lo prevenido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, lo cierto es que si bien el acto impugnado debiera haber reflejado con mayor justificación las razones para su no denegación y que la sentencia debió entrar en su estudio sin que pueda invocarse discrecionalidad de la Administración de contrario, pues ello contravendría las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, y las citadas razones humanitarias que se invoquen han de tener entidad suficiente para su reconocimiento, y por otro lado, hallarse particularizadas en la persona del recurrente o recurrentes, justificándose por tanto en razones de solidaridad y respeto a la dignidad de la persona humana, conforme a la STS de 16 de enero de 1990, además de estar vinculadas a motivos éticos, políticos o religiosos, que la actora en modo alguno ha concretado, por lo que la posible falta de motivación del acto impugnado no puede conllevar

Asilo

la anulación del mismo cuando el resultado debiera ser el mismo, esto es, la denegación de la autorización de residencia.

C) En relación con la infracción del deber de motivación hemos de tener en cuenta que la resolución judicial impugnada ha respondido al deber exigido conforme al artículo 120.3 de la CE al igual que la resolución impugnada, en los términos previstos en los artículos 89.3 y 89.5, así como del artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992 antes mencionada, en la medida en que acogiendo el informe del instructor de fecha 27 de septiembre de 2005, ha quedado justificado la existencia de la causa de inadmisión de la solicitud de asilo prevista en el artículo 5.6.b) de la citada Ley 5/1984 a la vista de lo expuesto en el relato del recurrente, en el que se indica como razones para venir a España las que derivan de no tener trabajo ni alojamiento en su país, y que carecía de dinero, y ello con independencia de la situación sociopolítica de Argelia, que no determina por sí sola, como hemos tenido ocasión de indicar, la admisión a trámite de la solicitud de asilo formulada por la actora.

Por todo ello, y sin necesidad de más consideraciones, debemos desestimar el recurso de apelación formulado, confirmar la sentencia impugnada, sin realizar condena alguna en cuanto al pago de las costas procesales de esta instancia, conforme al artículo 139 de la ley de la jurisdicción contenciosa, pues la falta de pronunciamiento de la sentencia sobre alguna cuestión, en concreto, la aplicación del artículo 17.2 de la ley de asilo justifica la razonabilidad del recurso de apelación interpuesto, así como la improcedencia de realizar condena alguna en cuanto al pago de las costas procesales.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 18 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 315/2006.

Ponente: Don José Guerrero Zaplana.

Voz: Solicitud de asilo: Estado responsable de la solicitud.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recu-

rente contra la resolución por la que se inadmitía a trámite su solicitud por entender que corresponde a Italia decidir sobre la petición de asilo.

“Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia procedente del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Numero Siete dictada en fecha 11 de septiembre de 2006 en el recurso contencioso tramitado ante ese Juzgado (...).

Dicha sentencia confirma la resolución recurrida que es la de fecha 1 de febrero de 2006 por la que se inadmitía la solicitud de asilo presentada por el recurrente. La inadmisión se acordó por la concurrencia de la causa prevista en la letra e) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo y ello por entender que corresponde a Italia decidir sobre la petición de asilo (en aplicación del Reglamento CE 343/2003).

La fase de inadmisión se introdujo en nuestro ordenamiento en la normativa reguladora del Asilo mediante la Ley 9/1994 en cuya exposición de motivos se justificaba del siguiente modo: «En segundo lugar, se establece una fase previa en el examen de las solicitudes que permita la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean manifiestamente abusivas o infundadas, así como aquellas otras cuyo examen no le corresponda a España, o en que exista otro Estado en condiciones de prestar la protección. Tal denegación se haría mediante una resolución de inadmisión a trámite de las solicitudes, adoptada con las necesarias garantías, en particular la posibilidad de presentación de una petición de reexamine con efectos suspensivos y participación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en los casos en que la resolución de inadmisión a trámite se haya adoptado cuando el solicitante se encuentre en frontera. La entrada en territorio español de los extranjeros que pidan asilo en la frontera quedará, pues, condicionada a la admisión a trámite de su solicitud».

Las causas de inadmisión a trámite se contemplan en el artículo 5 de la Ley (en la redacción introdu-

Asilo

cida por la Ley 9/1994) mencionándose, por lo que ahora nos interesa, la siguiente: e) Cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte. En la resolución de inadmisión a trámite se indicará al solicitante el Estado responsable de examinar su solicitud. En este caso, dicho Estado habrá aceptado explícitamente dicha responsabilidad y se obtendrán, en todo caso, garantías suficientes de protección para su vida, libertad y demás principios indicados en la Convención de Ginebra, en el territorio de dicho Estado.

La regulación de esta causa de inadmisión procedía, inicialmente, de la prevista en el Convenio de Dublín que fue sustituido por el Reglamento n.º 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero de 2003, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, regulación en la que se reduce el plazo máximo de asunción de responsabilidad de los tres meses inicialmente fijados a dos meses, pues el artículo 18 dice que: «El Estado miembro requerido procederá a las verificaciones necesarias y resolverá sobre la petición de asunción de responsabilidad respecto de un solicitante en el plazo de dos meses a partir de la recepción de dicha petición». Dicho plazo se recogió también en el artículo 3.2 del Reglamento CEE 1560/2003 que establece las disposiciones en aplicación del anterior Reglamento 343/2003.

El apartado 7 de ese mismo artículo 18 del Reglamento CEE 343/2003 establece que: «7. La falta de respuesta al expirar el plazo de dos meses indicado en el apartado 1 y de un mes indicado en el apartado 6 equivaldrá a la aceptación de la petición e implicará la obligación de hacerse cargo de la persona, con inclusión de disposiciones adecuadas para la llegada».

El artículo 20.1.c) del mismo Reglamento establece que si el Estado miembro requerido no diere a cono-

cer su decisión en el plazo de un mes o en el plazo de dos semanas mencionado en la letra b), se considerará que acepta la readmisión del solicitante de asilo.

El artículo 20.1.b) establece que «Cuando la petición se base en datos obtenidos del sistema Eurodac (como es el caso), este plazo se reducirá a dos semanas».

Por lo tanto, como resulta que la petición se remitió con fecha 23 de diciembre, al momento de dictarse la resolución recurrida se había superado ampliamente el plazo previsto para la respuesta del país requerido, lo que tiene el efecto señalado por la resolución que se recurre. Ello es así independientemente de que el apartado e) del artículo 5 obligue a que el país requerido haya aceptado su responsabilidad pues en este caso se ha aplicado el régimen supletorio previsto en la normativa europea a la que nos acabamos de referir.

Por lo tanto, la resolución de inadmisión es plenamente correcta y conforme no solo a la legislación española sino, también, a la legislación comunitaria por lo que procede ser confirmada.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 18 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 340/2006.

Ponente: Doña Lourdes Sanz Calvo.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Sudán.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite su solicitud de asilo al estar basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles lo que obliga a negar la existencia de la persecución alegada.

“La sentencia de instancia confirma la resolución del Ministerio del Interior de fecha 5 de diciembre de 2005 por la que se inadmite a trámite la solicitud para la concesión de asilo en España formulada por D. Juan María, nacional de Sudán, al concurrir la circunstancia establecida en la letra d) del artículo 5.6

de 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, por cuanto la solicitud está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles, habida cuenta que los hechos constitutivos de la persecución alegada o las circunstancias en que ésta se produjo contradicen sustancialmente hechos o circunstancias suficientemente acreditados según la información disponible sobre el país de origen del solicitante, lo que obliga a negar la existencia de tal persecución, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

La parte apelante discrepa de dicha sentencia y alega que su representado al encontrarse amenazado de muerte por las personas que mataron a sus padres, teme por su vida, y que ese temor de persecución, sin que se pueda deducir que la solicitud esté basada en hechos inverosímiles por resultar ambiguos o carentes de contenido informativo, justifica la admisión a trámite. En segundo lugar se alega que no consta en el expediente el informe del ACNUR. En tercer lugar se aduce, para rebatir lo argumentado en la sentencia de instancia respecto a que en el relato no se hace referencia a persecución alguna, que el expediente administrativo debe entenderse como un todo y que en el folio 1.5 del expediente se indica que los motivos de salida del país son conflictos religiosos, y que su representado alegó que no sabe leer ni escribir y que aunque la entrevista se realiza en inglés no consta el nivel de conocimiento del solicitante.

(...).

El informe de instrucción señala que el relato del solicitante y sus circunstancias personales hacen que pueda dudarse de la autenticidad de la nacionalidad alegada y consecuentemente de la necesidad de protección que surgiría de las circunstancias que dicha nacionalidad determina. Alude entre otros extremos a que el solicitante dice pertenecer al gru-

po étnico dinka y hablar la lengua dinka junto con el inglés, sin embargo toda la información que se dispone indica que los dinka sudaneses no hablan inglés como segunda lengua, sino el árabe sudanés, lengua que el solicitante no habla. Además señala que el solicitante dice haberse dirigido a la frontera y haber abandonado Sudán a pie por la ciudad de Tina, pero esta ciudad no está en la proximidad de ninguna frontera sino en el centro del país. En cuanto al relato señala que es vago y que resulta inverosímil en sí mismo, siendo totalmente inverosímil no ya que el responsable de custodiarle le deje libre, sino sobre todo que ese mismo responsable abandone todo para seguir al solicitante en su huida y lo haga además, según relató, cuando las condiciones de salud no eran precisamente las mejores.

Efectivamente, el relato del solicitante por las razones expuestas en el informe de instrucción es manifiestamente inverosímil, ya que como tal debe calificarse que se manifieste que la persona que se encargaba de custodiar al solicitante le deje en libertad, y abandonándolo todo le acompañe en su huida fuera del país y llegue a morir en el camino debido a su precario estado de salud.

La inadmisión a trámite impugnada se fundamenta en el artículo 5.6 de la Ley de Asilo, en la redacción introducida por la Ley 9/1994, apartado d) «Que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles...» por ello resulta secundario que el solicitante manifestara al folio 1.5 que abandonó el país por conflictos religiosos, conflictos que el informe de instrucción reconoce existen al sur del país. Lo relevante, a la vista de la concreta causa de inadmisión aplicada, es que los hechos relatados, tal y como lo han sido, resultan manifiestamente inverosímiles, lo que justifica la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo al amparo de la causa apreciada.

Ese es también el criterio del ACNUR en el informe obrante al folio 4.4 del expediente en relación con el 4.2, informe que contrariamente a lo que se alega

Asilo

en el recurso sí obra en el expediente y se ha emitido en sentido favorable a la inadmisión a trámite propuesta.

El recurso, en definitiva, debe ser desestimado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 18 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 18/2007.

Ponente: Doña Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: plazos.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado al haber transcurrido el plazo de 60 días establecido desde la presentación de la solicitud de asilo sin que ésta se hubiese elevado al Ministro de Justicia e Interior, o sin que este órgano hubiere resuelto la misma, lo que conlleva la admisión a trámite de la solicitud.

“El Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración, pretende en este recurso de apelación la revocación de la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 5, que estimando el recurso interpuesto frente a la Resolución del Ministerio del Interior de 21 de diciembre de 2004, anula tal resolución impugnada y declara que procede la admisión a trámite de la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España de dicho recurrente.

El Juez central sustenta su pronunciamiento estimatorio en el transcurso en exceso del plazo de sesenta días que, para dictar la resolución, establece el artículo 17.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo.

Fundamenta dicha sentencia su pronunciamiento estimatorio en lo siguiente:

«Con todo el respeto que nos merece siempre el criterio de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional el contenido de la sentencia aislada que se invoca por el Abogado del Estado no lo compartimos, y nos explicamos:

Hasta la reforma operada por la Ley 4/1999 a efectos de silencio, el *dies ad quem* a considerar era la fecha de la resolución (véase redacción originaria del artículo 43 Ley 30/1992). Por eso que el artículo 17.2 del Reglamento de Asilo se refiera a ese momento de la resolución y no el de la notificación, es consecuencia lógica de la fecha en que fue aprobado el Reglamento.

La Ley 4/1999 incorpora, entre sus novedades fundamentales, un nuevo régimen de silencio (...) y la forma de producirse el silencio, en el sistema de la Ley 4/1999, tiene en la comprobación de la notificación uno de sus pilares fundamentales, no debiendo olvidarse que transcurrido el plazo sin notificar, en los casos de silencio positivo, se ha producido una verdadera estimación (...).

En suma, añadir el plazo de diez días previsto para cursar las notificaciones en el artículo 58 de dicha Ley de Procedimiento Común, al previsto legalmente para resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, por el juego de la disposición transitoria 3.^a de la LPC no se cohonestan con el régimen de producción del silencio, no debiendo olvidarse, para finalizar, que ni el sentido del silencio ni el plazo para resolver sobre la admisión a trámite de las solicitudes han sido modificados, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, sobre el sentido de la resolución final del expediente que se entiende desestimado por el transcurso de seis meses, al estar incluido en la excepción del apartado 2 del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Común (...)(lo que)... conduce a la estimación del recurso.»

(...).

Con carácter general, el artículo 48.4 de la Ley 30/1992 dispone que los «plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación», señalando el artículo 48.1 de la expresada Ley que «cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domin-

Asilo

gos y los declarados festivos», según el tradicional cómputo previsto en el artículo 5 el Código Civil. Por tanto, el plazo de sesenta días excluye los inhábiles.

(...).

Acorde con ello, y tal y como señala el Juez *a quo*, en el presente caso efectivamente se ha rebasado el citado plazo, con incumplimiento de la exigencia de orden temporal que establece el artículo 17.2 del RD 203/1995, a cuyo tenor «El transcurso del plazo de 60 días desde la presentación de la solicitud sin que ésta se hubiese elevado al Ministro de Justicia e Interior, o sin que este órgano hubiere resuelto la misma, determinará la admisión a trámite de la solicitud».

Lo anterior puesto que la solicitud fue presentada con fecha de 11 de octubre de 2004, según consta en la propia solicitud de asilo (...), y finaliza el plazo, no con la fecha de la resolución de inadmisión, sino de notificación de la misma, notificación que tuvo lugar, (...), el día 3 de enero de 2005.

Resulta por tanto, que computando los días transcurridos desde el 11 de octubre de 2004 y hasta el 3 de enero de 2005 (descontando los domingos y festivos) fechas, respectivamente, de presentación de la solicitud y de notificación de la resolución de inadmisión, ha transcurrido con creces el plazo de sesenta días del artículo 17.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo.

Y esto es así, porque lo decisivo, como ya se ha referido, y contrariamente a lo invocado por el Abogado del Estado en las actuaciones, no es la fecha en que se dicta la resolución administrativa impugnada, sino la notificación de tal acto administrativo recurrido. Así se deduce también del contenido del acto impugnado, *ex* artículo 57.2, que no puede tener eficacia hasta su notificación, es decir, hasta que el afectado tenga conocimiento de su contenido. Y esto es así también debido a los intereses en juego,

que afectan a la permanencia en territorio español de quien ha solicitado el derecho de asilo y que ha llevado a establecer unos cortos plazos legales y reglamentarios, a fin de estimular la rápida conclusión de los procedimientos de esta naturaleza.

El incumplimiento del expresado plazo determina la admisión a trámite de la solicitud de asilo. Severa consecuencia que se justifica por la necesidad de impulsar esa celeridad a que acabamos de hacer mención, ligando al incumplimiento de la misma, el sentido de la propia resolución final sobre la admisión o no a trámite de la solicitud de asilo, dado que la eficacia del acto requiere la notificación.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 22/2007.

Ponente: Don Ernesto Mangas González.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Argelia.

Resumen: Se desestima el recurso planteado por el recurrente. Del propio relato del solicitante no se desprende alegato alguno relativo a la concurrencia de causa determinante de la protección dispensable a través del derecho de asilo.

“(…) el solicitante, al formalizar la solicitud de asilo en frontera (aeropuerto de Madrid) con fecha de 24 de marzo de 2006 (había entrado en España el 22 de marzo de 2006), vino a manifestar, sustancialmente, que «sus problemas comenzaron entre septiembre y octubre del año pasado (2005) ...cuando los terroristas, chantajistas, fueron a amenazar a su compañero (de trabajo)... él hizo de mediador... porque conocía a los terroristas... y éstos le dijeron que no interviniera en el asunto, porque era algo entre ellos y su amigo». Añade que posteriormente, tras marcharse a Argel donde estudiaba, «su madre la decía por teléfono que iban a la casa y amenazaban... porque sabían que él estudiaba en la universidad y los universitarios son considerados activistas y no querían que los delatara o hiciera nada contra ellos», y que «no tiene sentido denunciar porque el

Asilo

gobierno no puede hacer nada contra ellos», «teme por su vida si vuelve al país» y «las amenazas serían igual en toda Argelia».

Mas como pone de manifiesto el informe de la Instrucción (...): «Los motivos del solicitante, tal y como los relata no se encuentran contemplados en la Convención de Ginebra de 1951, ya que no se trata de una persecución personal y concreta contra el solicitante por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, ni se desprende de su declaración la existencia de un fundado temor a sufrirla. Declara haber sufrido amenazas tras haber insistido en hacer de mediador entre los terroristas y un amigo suyo al que habían hecho chantaje. Por otro lado, añade que mataron a un cuñado suyo en junio de 2005, fecha anterior a las amenazas sufridas por el solicitante, no pudiéndose por tanto establecer una conexión entre ambos hechos, ya que en esta fecha el amigo del solicitante todavía no había sufrido el chantaje. Por lo demás, se considera que no existen causas que pudieran dar lugar a emitir un criterio favorable a la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, dado que en el solicitante no concurren las razones humanitarias a que se refiere el artículo 31.3 y 4 del Reglamento de aplicación de la Ley».

Es decir, que como acertadamente señala la sentencia de instancia, del propio relato del solicitante no se desprende alegato alguno relativo a la concurrencia de causa determinante de la protección dispensable a través del derecho de asilo, pues lo que el solicitante aduce es el temor inducido sobre el mismo por un grupo armado en razón, inicialmente, de su actitud mediadora ante un episodio de chantaje inferido a un tercero –frente a cuyo temor manifiesta, por otra parte, haber declinado la protección de las autoridades del país de origen–, y últimamente, de su condición de estudiante universitario, ya que los del grupo amenazante «no querían que los delatara o hiciera nada contra ellos», afirmación ésta que no cuadra con la explicación dada al señalar que «no tiene sentido denunciar porque el gobierno

no puede hacer nada contra ellos». Circunstancias, las así narradas, que no son encuadrables entre las causas de persecución, o de temor fundado a sufrirla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Lo cual es causa de inadmisión a trámite de la solicitud, conforme al artículo 5.6.b) de la Ley reguladora del Derecho de Asilo.

Y al solicitar el reexamen, el solicitante se limitó a reiterar que «es estudiante de matemáticas en la Universidad de Argel. En los veranos, para pagarse sus estudios, trabajaba como agricultor para otras personas. En septiembre de 2005, los grupos armados amenazaron a la persona para la que trabajaba. Entonces (...) se ofreció como mediador porque conocía a las personas integrantes del grupo armado, que amenazaban a su empleador. Los terroristas le pidieron que no interviniera».

Todo lo cual priva de virtualidad a los motivos de impugnación formulados en el recurso de apelación deducido frente a la sentencia de instancia, enderezados a defender la admisión a trámite de aquella, ya mediante la alusión a los criterios generales aplicables a la solicitud de asilo desde el plano de la legalidad, o a la situación general del país de origen, sin contradecir de forma fundada las razones particularmente esgrimidas en la decisión administrativa impugnada; ya mediante la invocación de la verosimilitud del relato, siendo así que la causa de inadmisión no es la contemplada en la letra d), sino en la letra b), del artículo 5.6 de la Ley de Asilo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 391/2006.

Ponente: Don Tomás García Gonzalo.

Voz: Solicitud de asilo: Guinea Bissau.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. El relato del actor sobre la persecución sufrida en su país no sólo por el Estado sino también por grupos gue-

rrilleros y sobre el que basa su solicitud de asilo adolece de una gran falta de verosimilitud.

“En su petición, relataba el recurrente que su padre era soldado raso del ejército en Gambia. Que otros soldados que pretendían destituir al presidente de su país le pidieron que se uniera a ellos pero su padre se negó. Su padre se lo contó a su tío. El 5 de mayo de 2003 los soldados rebeldes mataron a sus padres. Cuando su tío fue a hablar con los soldados le detuvieron y le llevaron a prisión. El ataque al presidente finalmente no se produjo. El solicitante visitaba a su tío de vez en cuando y éste le dijo que tenía que huir porque los soldados iban a ir a por él, por lo que dejó su país.

Pues bien, a los solos efectos de esta resolución, ha de estarse con el razonamiento contenido en la propuesta de resolución, según el cual es incoherente que unos militares que están preparando un golpe de Estado confíen sus planes a un soldado raso y que después de no llevarlo a cabo, y un año más tarde, pretendan ir contra su hijo (el recurrente), pues no puede entenderse por qué el recurrente pudiera constituir algún tipo de amenaza, un año después, para ese grupo de militares que preparaban el golpe, lo cual vicia al relato de falta de verosimilitud.

Como hemos indicado, la oposición a la sentencia se basa en que la salida obligatoria haría perder al recurrente la finalidad del recurso, ya que de hacerle volver a su Estado de origen sería perseguido no solo por el Estado sino también por grupos guerrilleros, de manera que su vida corre peligro.

El examen del expediente administrativo, que por fotocopia obra en autos, pone de manifiesto el acierto del juez de instancia.

En efecto, al folio 2.2 se recoge su manifestación «Quería ir a Guinea Bissau, fue una decisión suya. Estuvo en Guinea B. 11 meses pero allí había muchos problemas. Quería llegar a España llegó a Maspalo-

mas. Fue detenido. Llegó a la Península en su barco traído por la Policía». Señala también que «Venía de polizón desde Guinea Bissau donde había muchos problemas, había oído que en España hay Paz». Permanece en España 70 días como ilegal.

(...).

Añadir que la adopción de la medida no crea una situación jurídica irreversible, ya que la ejecutividad del citado deber de abandonar el territorio nacional, si bien constituye incomodidades y perjuicios para la parte no hace perder su finalidad al recurso, pues la normativa sobre extranjería prevé que cuando el extranjero no se encuentre en España, pueda cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, o de organizaciones de asistencia a la emigración debidamente apoderadas.

Respecto al argumento sustentado sobre la afirmación de la parte recurrente de que el regreso al país de origen constituiría un grave peligro para D. Casimiro, no puede considerarlo la Sala ya que no se aprecia el mismo, estimación de la sentencia de instancia que se reafirma a la vista del expediente administrativo, al haberse aportado la documentación más relevante juntamente con la pieza de medidas cautelares y, sin que ello suponga prejuzgar. Basta leer detenidamente las observaciones que formula el instructor del expediente para considerar que no existen indicios serios de tal peligro.

Para terminar, no puede compartirse el criterio del recurrente sobre la pretendida devaluación del interés general derivado de la permanencia en España del solicitante de asilo, ya que la consecuencia se extrae de una indebida reducción del hecho, al considerar únicamente la situación aislada del recurrente y no la existencia del elevado número de personas que solicitan asilo, con la consecuencia previsible que al generalizar el otorgamiento de la

Asilo

medida cautelar a buen seguro se canalizarían a través de la institución del asilo los deseos de permanencia en España de numerosos extranjeros en quienes no concurren las circunstancias exigidas.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 330/2006.

Ponente: Doña Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo: medidas cautelares.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra el auto por el que se denegó la suspensión cautelar instada en relación con la resolución administrativa que inadmite a trámite su solicitud de asilo.

“La parte apelante fundamenta su recurso de apelación sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en aplicación de la regulación contenida en la LJCA, principalmente sobre la pérdida de la finalidad del recurso que se produce si se ejecuta la resolución impugnada. También se aduce el daño irreversible que la ejecución comporta por la difícil situación que tiene lugar en su país de origen y en la doctrina de abuso de buen derecho, las razones humanitarias y el principio de no devolución.

Por su parte, la Administración del Estado, en su escrito de oposición al recurso de apelación, sostiene que no procede la suspensión del acto administrativo recurrido pues el recurrente se ha limitado, en el escrito de interposición del recurso, a solicitar la medida cautelar sin justificar la concurrencia de perjuicios concretos, en forma de riesgos para el solicitante de asilo, que pudieran avalar la adopción de la medida cautelar.

(...).

En el presente caso, aunque la parte apelante fundamenta su pretensión en la tutela cautelar citada, para asegurar el resultado del proceso, y evitar daños irreparables que la ejecución del acto le ocasiona, sin embargo precisamente esa previa

ponderación de las circunstancias del caso avala la denegación de la medida cautelar instada, pues no se aprecian, a tenor del contenido del expediente cuya copia figura en el pieza separada, riesgos singulares para la seguridad e integridad personal del solicitante de asilo en el caso de tener que regresar a su patria, de manera que el interés particular de los recurrentes debe ceder ante el interés general de que se ejecuten el acto administrativo de inadmisión de la solicitud de asilo político en España, pues efectivamente los intereses generales se perturban gravemente cuando se permite la estancia en España en los casos no amparados por la Ley.

En este sentido debemos señalar que la adaptación de la jurisprudencia dictada en aplicación de la LRJCA de 1956 a la nueva regulación de la tutela cautelar en la LRJCA de 1998, avala la anterior conclusión denegatoria, pues la adopción de medidas cautelares en supuestos de inadmisión (STS de 26 de septiembre de 2000), aplicable también en los casos de denegación de la solicitud de asilo (STS de 22 de julio de 2000), pueden producir un efecto de contenido positivo, cual es el deber generalmente impuesto de abandonar el territorio nacional; y salvo que concurren especiales circunstancias el interés particular de los recurrentes debe ceder ante el interés general de que se ejecuten los actos impugnados (SSTS de 22 de julio y 26 de septiembre de 2000), correspondiendo a la parte recurrente la carga de alegar los motivos y aportar indicios sobre los que base su solicitud de suspensión (SSTS 1 de marzo y 26 de julio de 1984), lo que, como hemos señalado, no concurre en el caso examinado.

Por lo demás, la doctrina de la apariencia de buen derecho, el principio de no rechazo y las razones humanitarias suponen una invitación para que esta Sala realice consideraciones sobre el fondo de la cuestión suscitada, lo que resulta impropio de esta resolución.

Además, la apariencia de buen derecho sólo resulta de aplicación, por mandato legal a los casos previs-

Asilo

tos en los artículos 29 y 30 de la LRJCA, ex artículo 136 de la expresada Ley Jurisdiccional. Así, la jurisprudencia más reciente viene declarando al respecto, por todas STS de 21 de septiembre de 2004, que «en cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina» expresada.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del presente recurso de apelación.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 7/2007.

Ponente: Doña Lourdes Sanz Calvo.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Nigeria.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo.

“Entrando en el análisis del recurso interpuesto, es necesario señalar efectivamente y como así lo reconoce la propia sentencia apelada, que encontrándonos en un procedimiento de inadmisión a trámite de una solicitud de asilo, no procede entrar a valorar si se ha acreditado o no haber sufrido persecución por una de las causas previstas en la Convención de Ginebra para la concesión del asilo, sino si las causas alegadas son de las contempladas en dicha Convención como causas de asilo, con independencia de su acreditación o no.

Una vez admitida a trámite, en su caso, la solicitud de asilo, y en el correspondiente procedimiento tendente a dilucidar la cuestión de fondo sobre la procedencia o no de la concesión del asilo, es cuando debe entrarse a analizar si se ha acreditado o no la causa de asilo invocada.

(...).

Efectivamente, del relato del solicitante (...), se desprende que la persecución de que dice ser objeto por parte de las autoridades de su país lo es debido a que su jefe lo denunció por apoderarse de una cantidad de dinero, lo que él niega y dice que le fue robada, huyendo de su país al enterarse de que la policía le había puesto en busca y captura.

Motivos los alegados, que no pueden encuadrarse en el concepto de persecución en el sentido a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951, pudiendo el solicitante haber denunciado dichos hechos ante las autoridades de su país y haber obtenido su amparo.

A los efectos de determinar cuáles son las causas determinantes de la protección solicitada en relación con el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo, hay que acudir al artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en redacción dada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, precisa las causas que justifican la concesión de asilo, indicando en el apartado 1 que se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los instrumentos Internacionales ratificados por España y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

El apartado 2 dispone que no se concederá asilo a quienes se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos previstos en los artículos 1.F) y 33.2 de la referida Convención de Ginebra. Por otra parte, el

Asilo

artículo 1.A) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra permite aplicar la condición de refugiado a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual no pueda o no quiera regresar a él.

La condición de refugiado se aplica según el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, a toda persona que tenga fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país.

Los hechos invocados por el solicitante de asilo no tienen encuadre en dichos preceptos, al no relatar una situación de persecución en el sentido que aquí nos interesa, que es al que se refiere la Convención de Ginebra. A lo anterior hay que unir no solo el informe del ACNUR que está en línea con dicha inadmisión sino el hecho de que a inicios del 2005 estuvo en España procedente de su país y no pidió asilo sino que se dirigió a Noruega donde vivió cuatro meses y algo y luego a Finlandia de donde ha sido reenviado a España en aplicación del Convenio de Dublín II artículo 10.1 Reglamento CE N.º 343/03.

El recurso debe ser desestimado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 9/2007.

Ponente: Doña Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Mali.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el re-

currente contra la resolución que inadmitió a trámite la solicitud de asilo. Su relato, basado en causas económicas, si bien pone de manifiesto la legítima aspiración de toda persona a mejorar su calidad de vida, no puede ser incluido entre los motivos de asilo.

“Los motivos que fundamentaban la solicitud de asilo del recurrente, que obran en el folio 1.7 del expediente administrativo, y asimismo en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada son, en síntesis, los siguientes:

Trabajaba como agricultor, pero los ingresos eran tan escasos que toda la familia pasaba penalidades, y no viendo otra opción, decidió emigrar a Europa en busca de trabajo.

La resolución que inadmite a trámite la solicitud de asilo del actor, confirmada por la sentencia del Juez *a quo* se sustenta, como ya se ha referido, en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo por no estar incluidos los motivos invocados dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo habida cuenta que los mismos hacen referencia únicamente a alegaciones de contenido socio-económico como la causa generadora de la salida de su país, lo que no constituye, por tanto, una persecución, ni es objeto de protección por la Convención de Ginebra de 1951.

(...).

Entiende la doctrina que el concepto de refugiado contenido en la Convención de Ginebra, exige la concurrencia 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, reli-

Asilo

gión, nacionalidad, pertenencia a grupo social o las opiniones políticas;

y e) que no concurra ninguna de las causas de cesación o exclusión legalmente previstas. Debiendo entenderse por «persecución», 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.

Razona la sentencia impugnada, en síntesis, que el demandante no ha acreditado, ni indiciariamente que haya sufrido persecución alguna por los motivos contemplados en la Convención de Ginebra de 1951.

Esta Sala, valorando nuevamente las actuaciones practicadas, entiende que el demandante, tal y como considera la sentencia impugnada, no está poniendo de manifiesto una situación constitutiva de persecución o, cuando menos, de temor de persecución, y por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra, con riesgo, si no para su vida, sí al menos para su integridad física, ni siquiera del modo indiciario que, según consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Ley de Asilo, requiere la admisión a trámite de las solicitudes de asilo.

Se trata de un relato, fundado en causas económicas, que si bien pone de manifiesto la legítima aspiración de toda persona a mejorar su calidad de vida, no puede ser incluido entre los motivos de asilo, por lo que esta Sala ha de confirmar el pronunciamiento de instancia en cuanto a la existencia de indicios suficientes de que el demandante sufre persecución en su país por los motivos previstos en la Convención de Ginebra, al hacer el mismo referencia, exclusivamente (folio 1.7 del expediente), a circunstancias socio-económicas, por lo que el recurso de apelación ha de ser desestimado.

Ello, de conformidad con una reiterada y constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual procede la inadmisión a trámite cuando el solicitante haya decidido abandonar su país de origen por la situación socioeconómica que atravesase [SSTS de 22 de julio 2005 (recurso 3832/2002), de 10 de noviembre de 2005 (recurso 5225/2002), y de 22 de diciembre de 2005 (recurso 6889/2002)].

Procede, por tanto, la desestimación del recurso de apelación planteado (...)."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 8/2007.

Ponente: Doña Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: relato inverosímil. Nacional de Bangladesh.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Dice haber sufrido persecución de la policía pero no consta, ni siquiera por indicios, que la policía, en cuanto organización gubernamental, haya tenido un motivo para perseguir al recurrente en concreto, a no ser esa vaga alegación de pertenencia a un partido político de cuya implantación nada se dice. 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 Humberto, nacional de Bangladesh, 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 20 de enero 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 la sentencia no considera los reiterados

Asilo

pronunciamientos del Tribunal Supremo y hace valoraciones sobre el fondo del asunto, a pesar de encontrarnos en fase de admisión. Que el estándar exigido, respecto de la apreciación de indicios es notablemente inferior al admitir o inadmitir a trámite que al resolver sobre el fondo. Y que no ha habido fraude de ley pues a toda persona que llega a Ceuta en situación irregular, se le abre expediente de expulsión, y en el presente caso a la vez, la policía, a instancias del interesado abrió también expediente de asilo.

(...).

El relato en el que el Sr. Humberto 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 los folios 3.1 y 3.2 del expediente administrativo, en los que se pone en evidencia lo errático y contradictorio de tal relato y se resume, de modo más sintético y coherente, en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada, donde se indica que:

Era Vicesecretario de un partido político del comité de distrito que había caído del poder en el año 2001, porque llegó entonces al poder el BNP. Le persiguió una fuerza policial en su casa, insultaron a su familia, le amenazaron de muerte, y aunque no recuerda exactamente cuándo le amenazaron, las amenazas fueron por la policía por teléfono. No denunció los hechos porque tenía miedo y las amenazas eran por haber pertenecido al Chattra Ligue. Un grupo policial le está buscando y tiene problemas por comer y vivir, y económicos en general. No tendría problemas si fuera a su embajada y pidiera la oportuna documentación.

Tal sentencia apelada, en su fundamento jurídico tercero razona que: «la inadmisión a trámite resulta correcta pues puede decirse que el relato expresado, en sí mismo, contiene suficientes contradicciones para entenderlo inverosímil, y se mueve en un plano de abstracción y generalidad que le resta

crédito, alegando hechos alejados en el tiempo, sin perjuicio de los propios balbuceos del relator acerca de su nacimiento o de sus años, también de la fecha de nacimiento, demostrando que tiene dificultades para escribir una dirección concreta en su país, cuando por otra parte había señalado que era un empresario de una empresa de reformas. Además dice haber sufrido persecución de la policía pero no consta, ni siquiera por indicios, que la policía, en cuanto organización gubernamental, haya tenido un motivo para perseguir al recurrente en concreto, a no ser esa vaga alegación de pertenecer a un partido político de cuya implantación nada se dice».

(...).

Pues bien, aunque a esta Sala le ofrece dudas la concurrencia del motivo del inverosimilitud por haber presentado asilo teniendo incoada una orden de expulsión, a tenor de las invocaciones del recurso de apelación y dado que en ningún lugar de las actuaciones figura la existencia de dicha orden de expulsión, en cualquier caso sí que han de ser confirmados los otros dos motivos de inadmisión apreciados por la Administración en base a la letra d) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo.

En cuanto a la inverosimilitud sustentada en que las alegaciones resultan ambiguas y carentes de contenido informativo y en que, además, el relato contiene contradicciones sustanciales en los hechos o circunstancias determinantes de la persecución, así resulta de los datos y razonamientos que se acaban de transcribir, que son los que han servido de sustento, tanto a la Administración como a la Juez *a quo* para inadmitir el asilo del recurrente, y que no han sido desvirtuados en la vía administrativa previa ni tampoco en esta vía judicial, ni a través del recurso de apelación.

El relato que sustenta la solicitud de asilo se refiere, de un lado, a la situación general de su país de origen, lo cual no es motivo de asilo conforme a reiteradísima Jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo (STS de 5 de octubre de 2005 Rec. 20/2004, por todas). Por otra parte, y tal como señala el Informe de la Instructora del expediente y asimismo el Juez *a quo*, tal descripción de los motivos de persecución está llena de contradicciones, imprecisiones y falsedades, que restan toda credibilidad a dicho relato.

Se desprende, por tanto, de todo ello, que 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: 27 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 51/2007.

Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Sierra Leona.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Según su relato la razón de la salida del que dice ser su país obedece exclusivamente a controversias que no constituyen persecución en el sentido expresado en la Convención de Ginebra de 1951 ni en la Ley de Asilo de 1984.

“El ahora recurrente, que dice ser nacional de Sierra Leona, presentó su solicitud de asilo en Tenerife el día 26 de septiembre de 2005 expresando como motivos de persecución que un tío suyo pertenecía a una sociedad llamada Poro Society que entre otras cosas realiza sacrificios humanos y de animales siendo él de religión musulmana. Su tío quiso que entrara en la sociedad, a lo que él se negó y tuvo que huir.

En el informe de la instrucción, que sirve de fundamento a la resolución administrativa, se señala que los hechos alegados no se encuentran incluidos entre las causas de la Convención de Ginebra de 1951 y se considera que no existen razones humanitarias para la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...).

En la sentencia impugnada en esta apelación se razona la desestimación del recurso en que los hechos relatados no pueden considerarse comprendidos en alguno de los supuestos de protección, por lo que la decisión de la Administración de declarar la inadmisión es correcta. En cuanto a la invocación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, se sostiene que no se aprecia la concurrencia de razones humanitarias especiales, que determinen la concesión de la autorización de permanencia en territorio nacional.

Frente a estos argumentos de la sentencia, el actor señala que la resolución administrativa carece de motivación, que se ha vulnerado su derecho a la defensa al denegársele la práctica de una prueba solicitada y que las declaraciones del recurrente son suficientes para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión a trámite de su petición de asilo.

Los dos primeros motivos de impugnación son de naturaleza formal y carecen ambos de relevancia. El primero, porque la resolución administrativa, aunque breve de contenido, expresa con toda claridad las razones de la Administración para inadmitir a trámite la petición de asilo por lo que está suficientemente motivada. El segundo, porque ninguna indefensión produce la denegación de la prueba interesada pues como con acierto señala el Abogado del Estado las pruebas propuestas nada hubieran aportado al caso, toda vez que la situación política de Sierra Leona es pública y notoria y, por otra parte, la emisión del informe pretendido hubiera hecho mención a la situación general del país pero no a la situación personal del recurrente. En cualquier caso, la Jurisprudencia tiene reconocido que la mera situación de inestabilidad de un país no es por sí solo suficiente para la admisión a trámite siendo necesario alegar o aportar indicios de haber sufrido o temer persecución por alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra.

Asilo

Finalmente, en cuanto al fondo del asunto, los hechos que el solicitante de asilo relata como fundamento de su petición de protección no son ninguno de los previstos en la normativa reguladora de la materia de asilo. Efectivamente, según su relato la razón de la salida del que dice ser su país obedece exclusivamente a disputas con un tío suyo, pero estas confrontaciones no constituyen persecución en el sentido expresado en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo española de 1984. El solicitante pudo acudir a las autoridades de su país impetrando auxilio ante las amenazas sufridas o desplazarse a otro lugar del país para evitar la situación padecida.

Nada se dice en la apelación que altere el sentido fundamental del razonamiento de la resolución administrativa, confirmado en la sentencia ahora recurrida, pues tales hechos denunciados, aun cuando fueran ciertos, no son constitutivos de persecución en el sentido anteriormente expresado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 30 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 315/2006.

Ponente: Doña María Dolores de Alba Romero.

Voz: Asilo: nacional de Colombia. Relato inverosímil.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. El riesgo de persecución que invoca el actor se considera inverosímil lo que se deduce de la ambigüedad existente en su relato, que en ningún caso se corresponde con la persecución invocada.

“El recurrente formuló solicitud de asilo argumentando, sustancialmente, que era camionero y formaba parte de la Asociación Colombiana de Camioneros, ostentado el cargo de Director operativo. Que ejercía funciones sindicales defendiendo y apoyando a sus compañeros, que en agosto de 2005, se empezaron a recibir panfletos amenazantes firmados por el bloque pacífico de las Autodefensas Unidas de Colombia, que solicitó ayuda del

programa de derechos humanos y denunció ante la Fiscalía y que finalmente ante la falta de protección decidió marcharse.

A estos efectos aporta copia de su pasaporte y fotocopia con sello de la Asociación Colombiana de Camioneros en la que se dice que el recurrente es miembro afiliado de esa Asociación desde hace más de un año y es Director operativo.

La Instrucción (...) propuso la inadmisión a trámite de la solicitud argumentando que el relato de los hechos es muy ambiguo y que no se puede establecer que la persecución alegada tiene la suficiente entidad como constituir un atentado grave a los derechos humanos, que le impidan de manera evidente la continuación de la vida en su país, donde continúa su familia. El ACNUR en su informe (...) consideró que la solicitud podría ser inadmitida a trámite.

(...).

La causa de inadmisión recogida en la resolución impugnada, confirmada por la sentencia de instancia, y prevista en el artículo 5.6.d) de la Ley de Asilo, se fundamenta en que la solicitud de asilo «... se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsas, inverosímiles o que por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección».

La citada causa de inadmisión se conecta con el deber que corresponde al solicitante de asilo de proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo (artículo 9.1 del Real Decreto 203/1995, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984). Pues bien, en el presente caso el recurrente no ha proporcionado ese relato verosímil de la persecución sufrida, entendiéndola misma en el sentido descrito en la Convención de Ginebra.

(...).

Asilo

Y resulta que en el supuesto que nos ocupa no concurren esos requisitos para la admisión a trámite de la solicitud, pues si bien se da el requisito positivo, esto es, la descripción de una persecución, no ocurre lo mismo con el requisito negativo, dado que el riesgo de persecución que invoca el recurrente ha de considerarse inverosímil, lo que se deduce de la ambigüedad existente en su relato, que no se corresponden con la persecución invocada. Así, alega que las amenazas comenzaron en agosto de 2005, pero no concreta de qué naturaleza eran o si iban dirigidas exclusivamente a su persona, ni que dichas amenazas fueran promovidas o permitidas por las autoridades de su país. Por otro lado, como ya hemos dicho, la persecución invocada provendría de agentes distintos a las autoridades de su país de origen, y de haberlas denunciado a tiempo, habría obtenido la protección de éstas, sin que pueda considerarse verosímil, por tanto, que la única salida de la recurrente fuera abandonar el país.

En virtud de lo expuesto, se desestima este recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia, con la precisión realizada en cuanto a la doctrina contiene sobre la necesidad de una prueba indiciaria.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 30 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 363/2006.

Ponente: Doña Ana M.ª Sangüesa Cabezudo.

Voz: Asilo: nacional de Tanzania. Medidas cautelares.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La medida cautelar ha sido denegada por no resultar acreditado la existencia de un riesgo de persecución para el recurrente.

“El alegato que sustenta la petición de asilo, obrante en el expediente, se circunscribe a una petición ligada a las circunstancias socio-económicas de Tanzania, lo cual no resulta fundamento idóneo para el éxito de la petición de asilo. Así, el interesado anudaba su petición al siguiente relato: «El Gobierno tanzano no es democrático, no les facilita estudios,

y sin estudios no hay trabajo; que tiene una familia pobre, sin medios para estudiar, que no quiere volver a Tanzania por la mala vida». Dicho relato es reiterado en el reexamen, en el que únicamente se menciona que teme por su vida si regresa a su país, sin mayores precisiones.

La suspensión de la ejecutividad de la orden de salida obligatoria que acompaña al acuerdo de inadmisión a trámite de la petición de asilo, en aplicación del artículo 17.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y del Estatuto del Refugiado, requiere que exista un grave riesgo para la vida o integridad física de la persona en el caso de regreso a su país y que existan indicios razonables de tales riesgos. «En este sentido la STS de 20 de septiembre de 2000, entiende que para suspender el efecto positivo de la denegación de Asilo, es preciso que concurren especiales circunstancias o riesgos singulares para la seguridad e integridad personal de los solicitantes de asilo en el caso de tener que regresar a su patria debido a la privación de derechos o libertades; Afirmando con claridad, que en el caso de inexistencia de riesgos singulares, cuya carga, al menos de alegación y de acreditación indiciaria corresponde al solicitante, «el interés particular de los recurrentes debe ceder ante el interés general de que se ejecuten los actos impugnados denegatorios de su condición de refugiado y del asilo político en España, sin esperar a la sentencia definitiva» (AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Auto de 23 de marzo de 2003, con cita de los Autos del Tribunal Supremo de 13 de septiembre y 30 de octubre de 1995).

(...).

En línea con la Jurisprudencia que invoca la parte apelante, que la situación del país de origen del solicitante de asilo, no permite por sí sola acordar la medida. Así, la Sentencia de 15 de abril de 2004 matiza que «únicamente procede la suspensión en aquellos casos en que la especial situación del país de origen del solicitante justifique *per se* tal acuer-

Expulsión

do por existir un riesgo evidente y grave para la persona del recurrente» (STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 15 de abril de 2004, recurso 8684/1998; o de 17 de julio de 2003, recurso 6768/2000), lo cual no sucede en el caso objeto de apelación, dado que no contamos con datos concretos de los que podamos inferir tal circunstancia.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 9560/2003.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Motivación de la expulsión.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. La Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, se sanciona con multa.

“Se impugna en este recurso de casación número 9560/03 la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó en fecha de 31 de mayo de 2003, y en su recurso contencioso-administrativo n.º 22/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D. Clemente, contra la resolución de la Delegada del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 8 de octubre de 2001, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000, por encontrarse en España 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 estancia irregular.

(...).

En segundo lugar, alega el Sr. Abogado del Estado la aplicación indebida del artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, pues del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.

(...).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...) prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español», e introduce unas previsiones a cuyo tenor «para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia».

De esta regulación se deduce:

1.º Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30.1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53.a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53.a) sino también del artículo 63.2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63.2) o puede no proceder (artículo 63.3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53.a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 (...). (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla ge-

Expulsión

neral la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2.º En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional».

3.º En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4.º Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

En el presente caso, (...), consta que el actor había sido detenido junto con otras personas, como presunto autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, allanamiento y estafa. Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque éstas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado.

Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 5178/2003.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Motivación de la expulsión: proporcionalidad.

Expulsión

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La sanción de expulsión en el caso presente ha sido procedente e impuesta con observancia del principio de proporcionalidad que informa el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

“Don Narciso, nacional de Ecuador, ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada en fecha de 22 de agosto de 2001 por la Delegación del Gobierno en Madrid, mediante la que se decretó su expulsión del territorio nacional por infracción grave tipificada en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, al encontrarse irregularmente en territorio español.

(...).

En el expediente administrativo, incoado por resolución de 8 de junio de 2001, que se notificó el mismo día, consta que en la fecha citada se procedió a la identificación del recurrente con motivo de una detención por haber participado presuntamente en la ejecución de un delito. Sin embargo, el expediente administrativo no fue incoado ni resuelto por infracción alguna relacionada con su presunta participación en el ilícito penal sino por carecer de documentación acreditativa de su estancia legal en España, por lo que en el presente caso ninguna relevancia jurídica puede atribuirse a los argumentos deducidos en la demanda en relación al principio *non bis in idem* y a la preferencia de la Jurisdicción Penal.

(...).

No resulta procedente acoger en esta sentencia la causa de impugnación que acusa infracción del principio de defensa por no habersele notificado al recurrente la propuesta de resolución.

Al respecto es de significar que el expediente administrativo se inició por resolución de 8 de junio de

20001, en la que se hizo constar el hecho imputado al recurrente y sus eventuales consecuencias jurídicas. Dicha resolución fue notificada al recurrente que formuló alegaciones en fecha de 11 de junio de 2001. No resulta del expediente administrativo que se hubiese notificado la propuesta de resolución.

Sin embargo, como ha sido planteado en la demanda, el motivo de impugnación que nos ocupa ha hecho abstracción del procedimiento seguido en el caso presente y de las circunstancias que en él han concurrido, así como de la doctrina jurisprudencial que reiteradamente ha declarado que las formas procedimentales no son en sí mismas un fin al que esencialmente tienda la Ley sino que tienen un valor instrumental y funcional para alcanzar los fines de carácter superior protegidos por el Ordenamiento Jurídico como pilares básicos del mismo, por lo que no todos los vicios o infracciones que hubieran podido cometerse en la tramitación de un procedimiento administrativo tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, ya que sólo son susceptibles de originar la anulabilidad del acto administrativo los defectos de forma sustanciales o los determinantes de efectiva indefensión, careciendo, en otro caso, las infracciones procedimentales de virtud invalidante.

En la demanda, sin embargo, no se ha argumentado en qué concretamente se ha dado lugar a la indefensión del interesado, entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa, ni explicado qué alegaciones habría efectuado ni qué pruebas habría propuesto, ni se ha indicado cuáles han sido las consecuencias concretas que para el recurrente ha tenido la infracción procedimental denunciada, de no habersele dado traslado de la propuesta de resolución, de forma que no puede concluirse que en el caso presente haya resultado trascendente en la decisión de fondo la eventual disminución de las garantías del interesado que en la demanda se afirma real y objetiva, no habiéndose producido indefensión del recurrente.

Expulsión

(…).

La sanción de expulsión en el caso presente es procedente y ha sido impuesta con observancia del principio de proporcionalidad que informa el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y que expresamente formulan el artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el punto 3 del artículo 55 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, porque se está en el caso de no constar que el recurrente tuviera arraigo familiar o social en España ni que concurrieran otras circunstancias que pudieran atenuar la culpabilidad del recurrente o la trascendencia o el riesgo de la infracción.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 10355/2003.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Sanción de expulsión y previa orden de salida.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. A la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia de que antes de dictarse la orden de expulsión se había dictado una previa orden de salida obligatoria del territorio nacional que debería haberse hecho efectiva y que el interesado no cumplió.

“Se impugna en este recurso de casación n.º 10327/2003 la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó en fecha 5 de noviembre de 2003, y en su recurso contencioso-administrativo n.º 718/01, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Sergio, ciudadano Argelino, contra la resolución del Sr. Delegado del Gobierno en Lérida de fecha 27 de julio de 2001, que le expulsó del territorio nacional con prohibición de entrada durante tres años.

(…).

La resolución administrativa antedicha motiva la decisión aquí impugnada al considerar que la situación del extranjero se incardina en las previsiones legales del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción aprobada por la Ley Orgánica 8/2000 que establece literalmente lo siguiente: «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente».

(…).

Alega en primer lugar el recurrente que la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa debe estar expresamente motivada, y solo procede la expulsión cuando concurren circunstancias de suficiente entidad como para optar por la sanción más gravosa, lo que, afirma, no es su caso, pues en ningún momento mantuvo una actitud delictiva, ilícita o asocial, habiéndose limitado a manifestarse de forma pacífica para regularizar su situación.

(…) en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia, resaltada en el expediente (...), de que antes de dictarse la orden de expulsión aquí concernida, se había dictado una previa orden de salida obligatoria del territorio nacional que debería haberse hecho efectiva a partir del día 19 de febrero de 2001, y que el interesado no cumplió. Por otra parte, adujo aquel que había intentado regularizar su situación en distintas ocasiones, pero no ha aportado la menor prueba de la veracidad de estas afirmaciones, resultando que, por contra, consta al folio 24 del expediente una diligencia en la que se indica que en el Registro Central de Extranjeros (Adextra) no figuraba solicitud alguna de aquél para legalizar su situación en España.

Expulsión

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al actor del territorio nacional.

Tampoco existe infracción del artículo 63.2 de la Ley Orgánica 4/2000 y STC 94/1993 (derivada del hecho de que el interesado ha alegado tener solicitada la regularización de su situación en Castellón, Almería y Alicante).

No existe ninguna prueba de esas peticiones de regularización, antes al contrario, existe un informe al folio 24 del expediente administrativo según el cual «no consta en el Registro Central de Extranjeros (ADEXTRA) haber formulado solicitud alguna para legalizar su situación en España». Frente a ello, el interesado no ha demostrado nunca haber solicitado tal legalización.

Finalmente, no existe infracción del artículo 136 de la Ley 30/1992.

La parte recurrente no discute la razón que la Sala de instancia dio para rechazar los argumentos que en la demanda se expusieron contra la detención y el internamiento, (final del párrafo quinto del fundamento de derecho primero), a saber, que esos eran actos que no constituían el objeto del proceso.

Sólo por esa inhibición del recurrente en casación el motivo debe ser rechazado, aunque podemos añadir que, en efecto, el internamiento y la detención son actos previos y distintos del acto final de expulsión que aquí se impugna, y que debieron ser recurridos a su tiempo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 8772/2003.

Ponente: Don Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Expulsión del territorio nacional. Caducidad del expediente.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La permanencia ilegal en España del actor se une a la circunstancia de carecer de domicilio y arraigo familiar, además de estar indocumentado y por lo tanto sin poder acreditar su identificación y filiación, ignorándose así cuándo y por dónde entró en territorio nacional.

“Se impugna en este recurso de casación n.º 8772/2003 la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2.ª) dictó en fecha 22 de julio de 2003, en el recurso contencioso-administrativo 502/02, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Jorge, nacional de Lituania, contra la resolución del Sr. Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid de fecha 1 de abril de 2002, que impuso al actor la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de 4 años, por no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

(...).

El recurrente sostiene, reiterando las alegaciones ya vertidas en la instancia y rechazadas por el Tribunal *a quo*, que el procedimiento sancionador concernido había caducado, por haber transcurrido el plazo de un mes previsto en el artículo 24.4 del Real Decreto 1398/1993, que considera aplicable analógicamente a expedientes como el aquí contemplado.

Rechazaremos el motivo.

Como hemos dicho en Sentencias de 27 de febrero de 2006 y 18 de enero de 2007, el actor alega que resulta de aplicación, a efectos de la caducidad del procedimiento, el artículo 24.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por RD 1398/1993, pero como resulta con evidencia de lo dispuesto en el artículo 23 de la misma nor-

Expulsión

ma, el plazo de caducidad establecido en el precepto citado por el actor se aplica a los expedientes por falta leve, mientras que en este caso ya desde el acuerdo de iniciación del expediente sancionador se le imputó la comisión de una falta grave, por lo que dicho precepto no puede ser de aplicación al caso que nos ocupa; por cuya razón hay que acudir al artículo 20.6 de ese mismo Reglamento, que establece un plazo general de seis meses, que en este caso, atendidas las fechas concurrentes, no había transcurrido cuando se dictó y notificó la sanción impuesta.

Por lo demás, para llegar a esta misma conclusión ni siquiera sería necesario acudir a la normativa general en materia de procedimiento administrativo sancionador recogida en el citado RD 1398/1993, pues esa normativa solo es aplicable al procedimiento sancionador en materia de extranjería con carácter supletorio (como resulta de lo dispuesto en el artículo 92.3 del Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000 aprobado por RD 864/2001, que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 50 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, establece que «en todo aquello que no esté previsto en este Reglamento será de aplicación supletoria el procedimiento regulado en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto»), por lo que hemos de acudir a la normativa específica aplicable al caso, que es el artículo 98 del referido Reglamento aprobado por RD 864/2001, donde se establece que «El plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de seis meses desde que se acordó la iniciación del mismo. Transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados o

en aquellos supuestos en que se hubiese acordado la suspensión del mismo». Plazo éste, el de seis meses, que rige no solo para el procedimiento ordinario sino también para el preferente (el aquí seguido), pues la norma no hace distinciones en tal sentido, y el precepto se ubica lógica y sistemáticamente dentro de las reglas procedimentales aplicables tanto a uno como a otro.

Alega el recurrente que la sanción de expulsión es desproporcionada por ser la multa la consecuencia prevista con carácter general para la infracción apreciada, según los artículos 55 y 57 de la Ley Orgánica 8/2000.

Este motivo tampoco puede ser estimado.

(...) en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia de que D. Jorge no sólo se encontraba irregularmente en España y carecía de domicilio y arraigo familiar, sino que además estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, por tanto, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español.

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo (de los que tuvo conocimiento la Letrada que asistía al expedientado al notificársele la iniciación-propuesta de resolución) son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 9886/2003.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Expulsión del territorio nacional.

Expulsión

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.

“Se impugna en este recurso de casación n.º 9886/2003 la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó en fecha 5 de septiembre de 2003, y en su recurso contencioso-administrativo n.º 807/02, por medio de la cual se estimó el formulado por don Carlos Alberto contra la resolución del Sr. Delegado del Gobierno en Cantabria publicada en el Boletín Oficial de Cantabria el día 9 de julio de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000, 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 ilegalidad.

Impugnada esa resolución en vía contencioso-administrativa, la Sala de Cantabria estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando a los argumentos expuestos en la demanda, argumentó el Tribunal que la infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, según su artículo 57.1, está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos, razón por la cual la Sala de Cantabria estima el recurso y anula la resolución.

El Sr. Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación contra esa sentencia, en el cual articula dos motivos de impugnación, ninguno de los cuales puede prosperar, como veremos.

Se alega, en primer lugar, y al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, la infracción de sus artículos 33.1 y 67.1, por haber fundado la Sala de instancia su fallo estimatorio en un motivo, (a saber, no haber justificado la Administración, en la resolución impugnada, por qué impuso la sanción de expulsión y no la de multa), que no había sido objeto de debate procesal.

Pero no existe tal infracción.

La cuestión de la motivación de la resolución impugnada, en relación con la proporcionalidad de la sanción, fue indudablemente introducida por el actor en su demanda: en los fundamentos de derecho sustantivos, que finalizan diciendo, expresamente: «Es por ello, que en atención al principio de proporcionalidad no debería serle impuesta a mi representado una pena tan grave que pueda causarle tanto perjuicio como la sanción de expulsión, sino que debería imponérsele una sanción de multa, y ello en la cantidad mínima regulada por la Ley». Y ello después de exponer que «la propuesta de resolución optaba directamente por la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional, sin entrar a valorar cuáles eran los motivos que le llevaron a aplicar ese tipo de sanción precisamente, y no la sanción de multa».

(...).

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 don Carlos Alberto en territorio español.

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.

Expulsión

De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Cantabria cuando estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la sanción impuesta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 10260/2003.

Ponente: Don Enrique Cáncer Lalanne.

Voz: Motivación de la sanción de expulsión.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Si la Administración sancionadora quiere fundar en las actuaciones policiales la expulsión que decreta (en vez de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.

“Se impugna en este recurso de casación número 10260/03 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-administrativo n.º 1205/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D. Jesús Ángel, contra la resolución de la Delegada del Gobierno en Illes Balears de fecha 19 de agosto de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante diez 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.

Impugnada esa resolución en vía contencioso-administrativa, la Sala de Baleares estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando

a los argumentos expuestos en la demanda argumentó el Tribunal que la infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, según su artículo 57.1, está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos, razón por la cual la Sala de instancia estima el recurso y anula la resolución.

(...).

La cuestión de la motivación de la resolución impugnada había sido indudablemente introducido por el actor en su demanda: en el fundamento de derecho quinto y también en el sexto se hace expresa referencia a la infracción de la exigencia de motivación singular para la imposición de la sanción de expulsión y a la infracción del principio de proporcionalidad, pues se dice que «es de una claridad meridiana que la Ley prevé la sanción económica para los supuestos previstos como de infracción grave, como el acontecido en el caso que nos ocupa».

En el presente caso, consta en el expediente administrativo que el interesado tenía antecedentes policiales por hurto y robo con violencia e intimidación, así como por estancia ilegal. Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque éstas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado.

Expulsión

Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.

De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la sanción impuesta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 8975/2003.

Ponente: Don José Yagüe Gil.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución sobre expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años.

“El Acuerdo de expulsión de 5 de julio de 2001 contiene la siguiente relación de hechos:

«A las 15.15 horas del día 24 de junio de 2001, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía detuvieron a D. Rogelio, el cual se encontraba indocumentado, tras observar que varias docenas de participantes en la manifestación «antiglobalización» que iban encapuchados, entre los que se encontraba el indicado, lanzaban palos y piedras contra los efectivos policiales que protegían el Edificio de «El Corte Inglés» de la Pza. de Cataluña de Barcelona; tras ser detenido, se le intervino una barra de hierro de color blanco de 1,5 metros de longitud que portaba en la mano D. Rogelio, el cual llevaba la cabeza cubierta con un pasamontañas color verde. Por tales hechos, el Sr. Rogelio, que carece de domicilio estable en esta ciudad, pasó a disposición judicial como presunto autor de los delitos de daños y desórdenes públicos. Con fecha 25 de junio de 2001 el Juzgado de Instrucción n.º 33 autorizó el internamiento cau-

telar de D. Rogelio al comprobar la existencia de indicios suficientes que justifican su participación en actos contra el orden público».

Partiendo de estos hechos, la Administración acordó la expulsión del interesado del territorio nacional en aplicación del artículo 53.f) de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000 (a cuyo tenor es infracción grave «la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana»), puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 23.n) de la LO 1/1992, que tipifica como infracción grave «originar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos o causar daños graves a los bienes de uso público, siempre que no constituya infracción penal» (la resolución administrativa cita expresamente el apartado «m» del precepto, pero parece claro que es una errata y que en realidad se refiere al apartado «n», como indica la sentencia de instancia).

(...).

En su demanda el actor solicitó, mediante «otrosí», el recibimiento a prueba del proceso, señalando como objeto de la prueba, entre otros extremos, «la no participación de mi mandante en acto delictivo alguno encuadrable en un delito de atentado al orden público». Por Auto de 5 de abril de 2002 se acordó el recibimiento a prueba, y con fecha 26 de abril siguiente el actor presentó escrito de proposición de medios probatorios, solicitando la práctica de prueba testifical a cargo del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía (CNP) con carné profesional n.º (...) y de diversos testigos (algunos de nacionalidad portuguesa y con domicilio en ese país) cuya identidad y dirección facilitó, adjuntando asimismo relación de preguntas para los testigos referidos. Sin embargo, por Auto de 27 de mayo de 2002 la Sala admitió la prueba de interrogatorio del testigo designado como funcionario del CNP antes citado, pero declaró impertinente la declaración del resto

Expulsión

de los testigos propuestos, «porque sus manifestaciones se consideran inútiles, teniendo en cuenta que el número de personas congregadas en el lugar hace imposible saber, a ciencia cierta, cuál fue la conducta del recurrente, no se da razón suficiente del conocimiento entre los testigos y el recurrente y se refieren a una hora, las 14.00, sustancialmente distinta de las 15.15, que es cuando se produce la detención».

Interpuso entonces el actor recurso de súplica, alegando, primero, que la cuestión controvertida era, precisamente, su participación o no en los actos de desórdenes públicos que motivaron su detención, para lo que la prueba testifical era de vital importancia; segundo, que los testigos propuestos habían sido testigos presenciales directos de los hechos y carecía de sentido que se admitiera la declaración del funcionario del CNP pero no de esos testigos; y tercero, que a las 15.15 horas no se produjo la detención, sino la lectura de derechos en las dependencias policiales. Empero, la Sala de instancia desestimó la súplica por Auto de 26 de junio de 2002, señalando que «las razones invocadas... no pueden ser acogidas porque además de no desvirtuar las consideraciones contenidas en la resolución judicial, no ponen de manifiesto la necesidad de la práctica de la prueba testifical en la forma planteada. Pretender que los testigos declaren que estuvieron en la manifestación del día 24 de junio de 2001 no aporta nada al presente proceso. Y si lo que se quiere es que se pronuncien sobre que la detención del recurrente «se efectuó de manera arbitraria y sin motivo alguno» se trata de la emisión de un juicio de valor que no alcanza a lo que debe ser la declaración sobre hechos y no sobre consideraciones subjetivas o de contenido jurídico. Por lo demás, que la manifestación fuera o no pacífica escapa a la simple apreciación de los testigos, que no pudieron estar en todos los lugares y momentos en los que se desarrolló».

El motivo debe ser estimado, porque las pruebas testificales eran pertinentes para el esclarecimiento de la participación que el interesado tuvo en los

hechos ocurridos el día 24 de junio de 2001 en Barcelona, con ocasión de una manifestación contra la globalización.

Frente a las manifestaciones realizadas por el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, en el sentido de que aquél, junto con otros manifestantes, tiró palos y piedras contra los efectivos de VIP, a quienes aquéllos hostigaron, la parte recurrente afirma que el Sr. Rogelio participó pacíficamente en aquella manifestación autorizada.

Por encima de algunas imprecisiones sobre la hora en que se celebró la manifestación o en que se produjo la detención (imprecisiones que pueden aclararse en el acto mismo de la prueba, en uso de las facultades que concede el artículo 306 de la LEC, aplicable supletoriamente), o por encima de la naturaleza de algunas preguntas que, en efecto, implican juicios de carácter jurídico o valorativo (lo que puede acarrear su inadmisión en el momento de la práctica de la prueba, según el artículo 302 de aquélla), es lo cierto que a la parte actora no se le puede negar la posibilidad de probar lo que afirma, a saber, que el Sr. Rogelio no realizó los hechos que le imputa la resolución sancionadora. La prohibición de la indefensión que prescribe el artículo 24 de la Constitución Española así lo ordena, [artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998] y por ello debemos declarar haber lugar al recurso de casación y reponer las actuaciones al momento en que debieron ser admitidas las pruebas testificales que la parte actora propuso en su escrito de fecha 25 de abril de 2002, presentado al día siguiente, a fin de que lo sean [artículo 95.2.c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998], y continúe después la tramitación del recurso contencioso-administrativo n.º 535/01 conforme a Derecho.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de abril de 2007.

Recurso de Apelación: 336/2006.

Expulsión

Ponente: Don Carlos Lesmes Serrano.

Voz: Expulsión y medidas cautelares.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente, nacional de Marruecos, quien se limita a impugnar el auto que deniega la adopción de la medida cautelar argumentando que, si bien la inadmisión a trámite no comporta su expulsión automática, existe el riesgo de serle requerida en cualquier momento su documentación por las fuerzas de seguridad, pudiendo serle incoado expediente de expulsión.

“Mediante Auto de fecha 1 de septiembre de 2006, el Juzgado Central n.º 8 de lo Contencioso-Administrativo decretó no haber lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada por la Procuradora doña Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación del recurrente don Jesús Luis, por no concurrir los presupuestos para su adopción.

Contra dicha resolución, por escrito presentado por la Procuradora doña Macarena Rodríguez Ruiz el 28 de septiembre de 2006 se interpuso Recurso de Apelación ante esta Sala, en el que, tras reiterarse en su petición de suspensión cautelar del acto impugnado, alegaba como motivos de impugnación que, si bien la inadmisión a trámite no comporta la expulsión automática del recurrente, existe el riesgo de serle requerida en cualquier momento su documentación por las fuerzas de seguridad, pudiendo serle incoado expediente de expulsión. En tal caso quedaría vetado para regresar a España por un período de tiempo de 3 a 10 años.

A todo lo anteriormente alegado, se suma el hecho de que el recurrente se encuentra bajo un grave riesgo, viviendo en condiciones precarias, al no poder ejercer actividad profesional alguna por carecer de la documentación pertinente.

(...).

La garantía de la justicia cautelar que forma parte de la tutela judicial efectiva, se concreta en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa en la necesidad, para la adopción de medidas cautelares, de conjugar dos criterios. De un lado, hacer una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, lo que determinará la denegación de la medida cautelar cuando su adopción pueda causar perturbación grave a los intereses generales y, de otro, que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130 del mismo texto legal).

La jurisprudencia existente en materia de adopción de medidas cautelares en supuestos de inadmisión o denegación de la solicitud de asilo, puede resumirse del siguiente modo:

Tanto la inadmisión a trámite –STS de 26 de septiembre de 2000– como la denegación –STS de 22 de julio de 2000–, producen como efecto inmediato que el solicitante de asilo quede sometido a la legislación de extranjería, lo que puede determinar el rechazo en frontera, la salida obligatoria o la expulsión, siendo posible la adopción de una medida cautelar tendente a evitar la salida.

Que en principio, y salvo que concurran especiales circunstancias, el interés particular de los recurrentes, debe ceder ante el interés general de que se ejecuten los actos impugnados –STS de 22 de julio de 2000 y 26 de septiembre de 2000–, sin que por lo tanto, proceda la adopción de la medida cautelar por darse un supuesto de posible rechazo en frontera, salida obligatoria o expulsión del territorio español –ATS de 19 de septiembre de 1995 y 30 de octubre de 1994–, si no van acompañadas de circunstancias de las que se infiera la existencia de un grave riesgo para la vida o integridad física del extranjero, o existen indicios racionales que presten a la solicitud de asilo o a la impugnación de la inadmisión un fundamento objetivo suficiente.

Que conforme a una reiterada jurisprudencia, es de carga de quien solicita la medida, exponer los motivos y aportar los indicios en que se base su solicitud de suspensión –ATS de 23 de mayo de 1978, 18 de

Derecho al trabajo

diciembre de 1979, 16 de diciembre de 1980 y 17 de enero, 21 de marzo y 16 de julio de 1984-.

En el caso de autos, el recurrente, nacional de Marruecos, se limita a impugnar el Auto que deniega la adopción de la medida cautelar argumentando que, si bien la inadmisión a trámite no comporta su expulsión automática, existe el riesgo de serle requerida en cualquier momento su documentación por las fuerzas de seguridad, pudiendo serle incoado expediente de expulsión. No razona sin embargo en forma concreta la concurrencia de motivos de especial riesgo para su vida, integridad física u otras circunstancias específicas o singulares que se producirían de no suspenderse la resolución administrativa impugnada y que puedan justificar la suspensión interesada. Tampoco se atisba a vislumbrar las razones por las que se dificulta su defensa en este proceso en el caso de la no suspensión teniendo en cuenta que está asistido de letrado y representado ante este Tribunal por un procurador, que representarán sus intereses aun en el caso de que se acordara su salida del territorio nacional. En definitiva, por las razones expuestas y en aplicación de la anterior doctrina, procede desestimar el recurso interpuesto.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Fecha: 10 de octubre de 2006.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1812/2006.

Ponente: D. Modesto Iruretagoyena Iturri.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Despedido improcedente. Salarios de trámite: alcance.

Resumen: “SEGUNDO: El motivo único que compone el recurso, al amparo del artículo 191.c) de la LPL, considerando vulnerado el artículo 36.3 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, señala que, si bien la falta de permiso de trabajo no invalida el contrato que se haya suscrito (por eso el demandante tiene acción para reclamar por despido), al ser imposible su readmisión en el anterior puesto de trabajo por carecer de ese permiso, solo cabe la indemnización durante el tiempo trabajado y los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hasta el vencimiento del contrato de trabajo si fuera anterior, por lo que defiende que solo procede el abono de la indemnización y de los salarios de tramitación señalados en la sentencia y no los fijados en el auto posterior.

La citada Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, otorga al artículo 36 el siguiente contenido: «1. Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar. 2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las Leyes así lo exigiesen. 3. Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. 4. En la

Derecho al trabajo

concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad».

En el presente supuesto, nos encontramos con que la empresa recurrente contrató al demandante sin que éste estuviera autorizado para trabajar en España y sin que hubiera obtenido previamente la correspondiente autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, situación irregular que, como la propia empresa reconoce, no dejó sin contenido los derechos del demandante en relación al contrato de trabajo que suscribieron. Las consecuencias derivadas del despido improcedente llevado a cabo por la empresa vienen legalmente previstas, siendo las inmediatas las que se establecieron en el fallo de la sentencia de conformidad con el artículo 56 del ET, con advertencia expresa de que si no ejercitaba la opción concedida entre readmisión o indemnización se entendería que procedía la primera (artículo 56.3 del ET). Pues bien, sin que la empresa ejercitara la opción anterior, y sin que readmitiera al trabajador ni procediera al abono de la indemnización señalada, el trabajador, en defensa de sus derechos derivados de su contratación y que no perdió a pesar de su situación irregular, instó la ejecución en los términos previstos en los artículos 277 y 278 de la LPL, lo que determinó que el Juzgador *a quo* declarase extinguida la relación laboral que les vinculaba con los efectos contemplados en el artículo 279 de la LPL, es decir, ampliando la indemnización y los salarios de tramitación fijados en la sentencia hasta el momento en que se procedió a declarar la rescisión del vínculo laboral. No existe vulneración alguna en la resolución adoptada por el Juzgado, sino que, en virtud de los derechos que le correspondían al trabajador a consecuencia de su contratación, ha actuado de conformidad con lo previsto en las normas reguladoras de la situación creada. Nadie cuestiona que la readmisión del demandante no hubiera sido posible por carecer del permiso de trabajo necesario, pero ante tal eventualidad la empresa debió de optar por la indemnización, lo cual hubiera evitado los incrementos en la

indemnización y salarios fijados en los autos recurridos, generados únicamente por su propia pasividad. Debemos desestimar el recurso y confirmar el Auto de fecha 24.3.2006”.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 21 de noviembre de 2006.

Recurso: recurso de suplicación núm. 880//2006.

Ponente: Dña. Concepción Morales Vázquez.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Despido improcedente. Salarios de trámite: alcance.

Resumen: “Único: [...] Para que el principio de tutela judicial efectiva se haga realidad es preciso que la readmisión de los trabajadores se produzca en función de una restitución íntegra del «status precedente», ya que otra cosa significaría desconocer el espíritu que anima la institución de protección jurídica de los Tribunales que para alcanzar su verdadera finalidad exige que el trabajador se integre nuevamente en la empresa en la situación que mantenía con anterioridad, en cuanto al sueldo, categoría, actividad, régimen de trabajo, etc., pues lo contrario conduciría a una novación del contrato, impuesta unilateralmente por la empresa, sin voluntad adhesiva del trabajador, sino con su oposición, y a una transformación de la relación jurídico-laboral opuesta a lo que sin duda es el fin de las normas que regulan esta institución en el sentido de restituir al trabajador a su posición en la empresa, como si el despido no se hubiera producido, resultando inadmisibles las alegaciones de la empresa recurrente, de que no daría trabajo efectivo a los trabajadores hasta que no se produjera su regularización.

Interesa a la Sala significar, que los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener con carácter previo la autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

Derecho al trabajo

Y, siendo ello así, se ha de concluir por la Sala, que no pueden verse privados los trabajadores de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo.

En efecto, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 36.3, párrafo primero, hace una referencia concreta al «extranjero no autorizado para trabajar», ¿qué es a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia? y, establece en tal caso que los empresarios «deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», y se añade, que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

En definitiva, se ha de declarar por la Sala, ajustado a derecho, lo acordado por el juzgador de instancia, en la parte dispositiva del Auto de fecha 09/12/2005, en el que tras corregir la cantidad reconocida a favor de D. Carlos Jesús, se confirma el Auto de fecha 25/10/2005, al no producirse la infracción jurídica que se denuncia por la representación procesal de la parte recurrente en esta alzada."

* * *

NOTA: Como venimos insistiendo en los números anteriores de esta Revista, una de las cuestiones que últimamente provoca mayor litigiosidad se relaciona con los efectos que produce la declaración de improcedencia del despido de un trabajador extranjero que carece de autorización para trabajar. Las sentencias que se traen a este número 15 de la Revista son una buena muestra de ello.

Como se sabe, la aplicación de lo previsto en el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería ha provocado que unánimemente nuestros Tribunales declaren que

la omisión de la solicitud de la correspondiente autorización de trabajo, aunque supone un incumplimiento grave, no priva al extranjero de la capacidad de contratar, como venía interpretando durante la vigencia de la LO 7/1985, ni resta eficacia al vínculo contractual. Por ello se viene declarando por la doctrina judicial, confirmada en unificación de doctrina (STS de 29 de septiembre de 2003), que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular es titular de los derechos laborales contractuales, incluida una eventual reclamación por despido.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de octubre de 2006 desestima el recurso de suplicación presentado por la Empresa frente al Auto del Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Bizkaia, dictado el 24 de marzo de 2006, por el que se declaró extinguido el contrato de trabajo que unía a las partes condenando a la empresa al abono de cierta cantidad en concepto de indemnización sustitutoria de la readmisión, más otra cantidad en concepto de salarios de tramitación.

Declarado improcedente el despido de un trabajador extranjero que prestaba servicios sin autorización de trabajo, el Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Bizkaia condena a la empresa a que opte entre readmitir o indemnizar al trabajador así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia. La empresa, no obstante, no ejercita la opción, ni readmite en su puesto de trabajo al trabajador, por lo que éste insta el incidente de no readmisión, dictándose Auto de 22 de febrero de 2006, que declara extinguido el contrato de trabajo; recurrido en reposición, es desestimado por Auto de 24 de marzo de 2006, que es el que ahora se recurre en suplicación.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de noviembre de 2006 también desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra el Auto de fecha 25 de octubre de 2005, en el que se aprecia incumplimiento empresarial de la obligación de readmitir y

Derecho al trabajo

se declara extinguida la relación laboral, fijando los importes relativos a la indemnización y a los salarios de tramitación hasta esa fecha.

La cuestión que se debate en estos asuntos es la determinación de hasta qué fecha se extienden los salarios de tramitación. La empresa alega, y no le falta razón, que ante una declaración de improcedencia del despido de un extranjero que carece de autorización de trabajo sólo cabe la indemnización durante el tiempo trabajado y los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, y no los salarios fijados en el auto posterior que declara extinguida la relación laboral por no haber efectuado la empresa la readmisión del trabajador extranjero.

Nuestros Tribunales se decantan por esa segunda interpretación, esto es, condenar a abonar los salarios de tramitación fijados en la sentencia hasta el momento en que se procedió a declarar la rescisión del vínculo laboral.

Admitiendo que la readmisión del trabajador no hubiera sido posible por carecer de la correspondiente autorización de trabajo, entiende el Tribunal de Justicia del País Vasco que ante tal eventualidad, la empresa debió de optar por la indemnización, lo que hubiera evitado los incrementos en la indemnización y salarios fijados en los autos recurridos; al no hacerlo así, la propia pasividad de la empresa provoca el reconocimiento de todos los derechos que le corresponderían al trabajador como consecuencia de su contratación y en aplicación de las normas reguladoras del contexto creado, con independencia de la situación administrativa del trabajador extranjero.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Fecha: 4 de octubre de 2006.

Recurso: recurso de suplicación n.º 805/2006.

Ponente: D. Rubén López-Tamés Iglesias.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Salarios de trámite: responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

Resumen: “SEGUNDO: La alegada infracción denunciada respecto a la posible diferencia de aplicación de los artículos 36.1 y 36.3 de la Orden 4/2000, de 1 de enero, reformados por la Ley Orgánica 8/2000, de 22-12 y por la Ley Orgánica de 29-9-2003, al empresario infractor y el FOGASA.

Como ha expresado alguna otra Sala cuya argumentación seguimos, STSJ Madrid de 10-5-2005, el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha de interpretarse en relación con el artículo 3 de la misma norma, que establece la igualdad de los extranjeros con los españoles en la interpretación de las normas, señalando en su apartado 1 que:

«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.»

El artículo 35 de la Constitución, perteneciente al aludido título primero, reconoce el derecho al trabajo, del que, por consiguiente gozan los extranjeros, ejercitándolo en España en condiciones de igualdad con los españoles, determinando el artículo 36.1 de la aludida Ley Orgánica que:

«Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar».

Pero este precepto ha de ser aplicado en relación con lo que dispone el apartado 3 del mismo artículo, esto es que:

«Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán ob-

Derecho al trabajo

tener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.»

La omisión de tal solicitud supone un grave incumplimiento pero no le priva de la capacidad de contratar, a la luz del artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores, esto es «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», ni, por consiguiente resta eficacia al vínculo contractual, según determina el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 8/2000, antes transcrito, ya que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar es imputable al empresario. Pudo perfectamente la empresa haber readmitido al trabajador solicitando para él el permiso de trabajo, ya que el actor goza del permiso de residencia por circunstancias excepcionales, y éste podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación, por lo que los salarios dejados de percibir han de serle abonados, sin que el FOGASA quede exento de tal responsabilidad.

La exención del pago de los salarios de trámite sólo se justifica entonces conforme a la normativa anterior si la falta de obtención del permiso de trabajo referenciado afectaba a la validez y eficacia del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 20-12-1982, conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica de 1-7-1985), sobre derechos y Libertades de los extranjeros en España, requirente de un permiso especial que amparará el preceptivo de residencia y que en su caso podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad. El contrato era nulo pero de acuerdo con el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador podrá exigir por el trabajo que hubiere prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido, ya que como reiteradamente sostuvo la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo (entre otras las Sentencias de 17-5-1983, 26-4-1984 y 28-2-1985), lo contrario sería un enriquecimiento injusto.

De ahí que se entendiera, como ya expresó también la STSJ de Madrid de 2-2-2000, que un extranjero sin permiso de trabajo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado y devengos correlativos a dicha prestación, pero no los que se piden con carácter de trámite, pues si el contrato era nulo y durante el período de trámite procesal el titular no prestó ningún servicio no le corresponde el devengo a tenor de lo preceptuado en el ya mentado artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores en la consideración de que el principio de igualdad total ante la Ley que el artículo 14 de la Constitución proclama lo es para los españoles sin que tal acotamiento sea inconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 23-11-1984). Partiendo de lo expuesto, limitada la responsabilidad del empresario, se deducía que el Fondo de Garantía Salarial en su responsabilidad subsidiaria, debía abonar las sumas que en su día le correspondiera satisfacer al empleador a tenor del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, pero no las correspondientes al trámite del procedimiento durante el cual evidentemente el trabajador no trabajó.

Sin embargo, en el supuesto actual se parte, como expresábamos, de un contrato válido y tal como indicábamos, pudo perfectamente la empresa haber readmitido al trabajador solicitando el permiso de trabajo para el actor, que goza del permiso de residencia por circunstancias excepcionales, y éste podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación, por lo que los salarios dejados de percibir han de serle abonados y también, de forma subsidiaria, es decir, hecha efectiva en toda su extensión la responsabilidad del FOGASA.”

* * *

NOTA: Siguiendo la reseña anterior, y sobre la base de la condena al abono de los salarios de tramitación fijados en sentencia que declara improcedente un despido hasta el momento en que se procede a declarar la rescisión del vínculo laboral por no ha-

Permiso de trabajo

berse procedido a la readmisión del trabajador, la presente sentencia extiende subsidiariamente la responsabilidad al FOGASA.

Como se sabe, el FOGASA responde de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, respecto de los salarios devengados entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia, así como el período hasta la fecha en que el empresario opte por la extinción, hasta el momento de la readmisión o hasta la fecha del auto que declare extinguida la relación laboral en ejecución de sentencia (véase artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y RD 505/1985, de 6 de marzo).

La responsabilidad del FOGASA en los supuestos de contratación de un extranjero que carece de la preceptiva autorización de trabajo está ahora fuera de dudas, desde que la STSJ Cataluña de 10 de julio de 2002 corrigiese la doctrina contraria dictada en aplicación de la Ley de Extranjería de 1985, en cuya aplicación se consideraba nulo el contrato de trabajo celebrado por el extranjero en tales circunstancias. La novedad que presenta la sentencia reseñada es que extiende dicha responsabilidad en el abono de los salarios de trámite hasta el momento en que, mediante auto, se declara extinguida la relación laboral por no readmisión.

Señala el Tribunal que “pudo perfectamente la empresa haber readmitido al trabajador solicitando el permiso de trabajo (sic) [...] y éste podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación”, para llegar a la conclusión de que los salarios dejados de percibir durante ese tiempo han de serle abonados y también, de forma subsidiaria, al hacer efectiva en toda su extensión la responsabilidad del FOGASA. Es en este punto en el que discrepamos, pues no basta la mera solicitud de la autorización para que el trabajador extranjero pueda prestar servicios sino que es necesario que dicha autorización sea concedida.

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: Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Autorización de trabajo: denegación. Mozo de almacén: no tiene la consideración de puesto confianza.

Resumen: “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.

Rechazaremos el motivo.

El artículo 40 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000, establece que «No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a: a) La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente». Esta previsión legal tuvo desarrollo en el artículo 71.2.a) del Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por RD 864/2001, donde se establece lo siguiente:

Permiso de trabajo

«2. Tampoco se aplicará la situación nacional de empleo para los siguientes casos:

A) Los trabajadores que hayan sido designados para cubrir puestos de confianza. A este respecto, 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.

Tendrán la misma consideración los trabajadores altamente cualificados que, teniendo conocimiento esencial para la realización de la inversión, 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 deben poseer acreditada 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 puede estar integrada esta última».

A tenor de este marco normativo es evidente que ese concepto jurídico indeterminado de puesto de confianza, a que alude la representación procesal de la recurrente con el fin de excluir el permiso inicial de trabajo de la necesaria atención a la situación nacional de empleo, no puede comprender un puesto de trabajo como el aquí concernido, de mozo de almacén; siendo inasumible su planteamiento de que solo a la empresa ofertante del puesto de trabajo compete determinar qué puestos de trabajo son caracterizables como «de confianza» y cuáles no, pues la delimitación del concepto se realiza en el propio Reglamento conforme a unos parámetros objetivos que no pueden ser ignorados ni desplazados por la mera apreciación subjetiva de quien ofrece el puesto de trabajo, y no son necesarios grandes esfuerzos dialécticos para razonar que un puesto de mozo de almacén no tiene encaje dentro de los contemplados en el precitado artículo 71.2.a).”

* * *

NOTA: El recurso de casación planteado y resuelto por el Tribunal consta de un solo motivo, que vuelve a traer a debate el tema de los puestos de confianza. En anteriores números de la Revista (*Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 9, pp. 192 a 194 y *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 14, pp. 144-146) se han comentado resoluciones judiciales en las que se interpreta el alcance de este concepto jurídico indeterminado.

En el presente supuesto, la empresa recurrente argumenta que la caracterización del puesto de trabajo de mozo de almacén como de “confianza” es cuestión que deba quedar al arbitrio de la empresa como parte del poder de dirección legalmente reconocido.

Ha de recordarse que el RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se desarrolla la Ley de Extranjería, especificaba la previsión legal de la inoperancia de la situación nacional de empleo en los supuestos de cobertura de puestos de confianza [artículo 40.a), en el artículo 71.2.a)], señalando que son aquellos que desempeñan 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.

Estamos de acuerdo con lo manifestado por el Tribunal en el sentido de que “no son necesarios esfuerzos dialécticos para razonar que un puesto de mozo de almacén no tiene encaje dentro de (los parámetros objetivos) en el precitado artículo 71.2 a)”.

Ahora bien, mantiene el Tribunal que la delimitación del concepto se realiza conforme a unos parámetros objetivos que no pueden ser ignorados o desplazados por la mera apreciación subjetiva de quien ofrece el puesto de trabajo. Compartiendo esa afirmación, no hay que desdeñar que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado y, en consecuencia, debería ser admisible un margen, siquiera pequeño, de valoración por par-

Derecho penal

te de la empresa, como consustancial al poder de dirección que ostenta, si bien, insistimos dentro de los parámetros objetivos delimitados por la norma.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 15 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 11208/2006.

Ponente: Don Perfecto Andrés Ibáñez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

Resumen: La Sala acuerda no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente. El acusado se venía dedicando a reclutar en su país a mujeres rumanas inmersas en la pobreza a las que organizaba el viaje y las buscaba alojamiento en España.

“La representación procesal del recurrente formula el motivo de su recurso, con base procesal en el artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dice el recurrente que no se ha practicado prueba de cargo bastante para fundar una sentencia condenatoria en su contra; se centra la denuncia en que la principal argumentación condenatoria se basa en el testimonio de la perjudicada Erica en el plenario, declaración que es un cúmulo de contradicciones y que el recurrente cuestiona por diversas razones entre ellas por el miedo de la testigo a ser expulsada del país; añade que no se dan los elementos propios del delito de prostitución porque la testigo sabía que venía a dedicarse a esta actividad, y que no hay prueba de las ganancias, ni de la presunta

coacción para que se mantuviera en el ejercicio de ella, por otro lado tampoco se dan los requisitos para el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros porque la testigo entró en el país con el cumplimiento de todos los requisitos administrativos y sin que se le denegase la entrada en momento alguno por infracción de los mismos. También se argumenta sobre la falta de prueba del delito de falsedad porque no hay prueba pericial de que el pasaporte fuese falso ni de que el acusado conociese esta circunstancia. Se invoca finalmente la vigencia del principio *in dubio pro reo*.

(...).

En cuanto al delito previsto en el artículo 318 bis el *factum* indica cómo el acusado se venía dedicando a reclutar en su país a mujeres rumanas inmersas en la pobreza y que por su iniciativa o por la de otros amigos incluso de las propias mujeres les organizaba el viaje y les buscaba alojamiento en España diciéndoles que llegadas a nuestro país trabajarían en hostelería, clubs de alterne o se dedicarían a la prostitución, circunstancia última que en alguna ocasión era aceptada por éstas, y que Erica y otras dos súbditas rumanas fueron detenidas por estancia irregular en España y al menos aquella había sido introducida en España por ese procedimiento. Lo que no deja lugar a dudas sobre la comisión del tipo previsto en el artículo 318 del CP conforme a la doctrina antes expresada. Finalmente y por lo que respecta al delito del artículo 392 en relación con el 390.1 y 2 del CP dice el *factum* que se le intervino al recurrente un pasaporte expedido por las autoridades de Lituania pasaporte original hecho en ese país, que correspondía a un súbdito lituano pero en el que el procesado había colocado su fotografía y que utilizó inicialmente para su identificación dado que llevaba también su propio pasaporte pero caducado. Ante tal descripción de las conductas enjuiciadas no cabe sino concluir que la calificación resulta fundada sin que se observe la infracción legal que se denuncia.

Derecho penal

Procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 884.3 de la L.E.Crim.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 28 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 1695/2006.

Ponente: Don Joaquín Jiménez García.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

“La Sentencia de 14 de junio de 2006 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Girona absolvió a Juan Enrique del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros de que fue acusado el Ministerio Fiscal.

Contra dicha sentencia se ha formalizado recurso por el Ministerio Fiscal que lo desarrolla a través de un único motivo, que encauzado por la vía del *error iuris* denuncia como indebidamente inaplicado el artículo 318 bis.1 del Código Penal –promoción o favorecimiento o facilitación del tráfico legal o inmigración clandestina–.

La conducta imputada al absuelto, y que está recogida en el *factum* de la sentencia, a cuya obediencia hay que estar, dado el cauce casacional empleado, se concreta en que Juan Enrique llevó como viajeros en el turismo que conducía Opel Vectra a cuatro personas de la misma nacionalidad, todos ellos provistos de su pasaporte correspondiente, con quienes el absuelto había contactado en una gasolinera próxima a la frontera española, éste, había aceptado llevarles porque conocía a una de las personas que transportaba, Natalia. Juan Enrique desconocía que ese mismo día tales personas habían sido rechazadas al intentar pasar a España.

Se estima por el Ministerio Fiscal que la conducta penal descrita en el artículo 318 bis.1 es cualquier

acción que se desarrolle en el ciclo emigratorio o inmigratorio en condiciones de ilegalidad, y sin duda las actividades de transportista están incluidas. En relación a lo que debe entenderse por tráfico ilegal, debe incluirse cualquier acción que contravenga las normas de extranjería que regulan el cruce de fronteras fuera de los pasos habilitados o con fraude y engaño, utilizando los pasos habilitados al efecto como ha reconocido la doctrina y jurisprudencia. Confluyen en este tipo dos clases de interés complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas.

Reconociendo la corrección de la doctrina citada por el Ministerio Fiscal, el problema se encuentra en el ajuste o aplicación de la misma al caso de autos, desde –insistimos– el respeto a los hechos probados, que actúan como presupuesto de admisibilidad del motivo formalizado.

De entrada dice el Ministerio Fiscal que el cruce de fronteras se produjo por el Coll d'Ares, paso fronterizo no habilitado al efecto. En la sentencia, en la motivación se reconoce el cruce por ese sitio situado en una carretera secundaria, lo que no lo convierte *sic et simpliciter* en «paso fronterizo no habilitado al efecto». Más aún la realidad física del puesto fronterizo dentro del marco de la Unión Europea y en concreto entre España y Francia ha desaparecido como es un dato de experiencia, y ello se predica tanto del cruce por autopistas o carreteras principales como de secundarias, lo que no impide la existencia aleatoria de controles a uno y otro lado de la frontera. Así pues el paso no puede calificarse de clandestino porque se utilizó una vía normal, aunque no principal –se efectuó en vehículo por una carretera secundaria–.

Tampoco puede calificarse de clandestino porque se utilizase algún fraude o engaño. Las cuatro per-

Derecho penal

sonas concernidas no iban ocultas ni provistas de documentación falsa. Iban como viajeros de un turismo y todos provistos de su identificación legal constituida por el respectivo pasaporte.

El hecho de la persecución policial, ya en territorio español no altera la naturaleza inocua de la acción ejercitada, ya que el propio recurrente como residente irregular en España era el primer interesado en no ser localizado por la policía.

Finalmente, en relación a que las cuatro personas transportadas hubieran sido rechazadas por las autoridades fronterizas de España, hecho reconocido en el *factum*, ha de ser completado con el dato, también incluido, de que no consta que este rechazo fuera conocido por el recurrente, y aun reconociendo la dificultad en la acreditación de este dato dada su naturaleza de hecho subjetivo, es lo cierto que si no ha alcanzado en la sentencia sometida al presente control casacional el necesario juicio de certeza respecto al previo conocimiento de este dato por parte del absuelto, ha de estarse a ello.

La ignorancia de este dato es un argumento más que impide el éxito del recurso, ya que se está en presencia de un delito esencialmente doloso y de acuerdo con el principio de culpabilidad reconocido en el artículo 5 del Código Penal, el dolo es el presupuesto de la responsabilidad penal, de forma exclusiva en este tipo de delito en el que no está prevista la comisión por imprudencia.

En conclusión, procede la desestimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 3 de abril de 2007.

Recurso de Casación: 1393/2002.

Ponente: Don Julián Sánchez Melgar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Ha quedado probada su participación en un delito de inmigración clandestina consistente en la entrada ilegal de varias ciudadanas rumanas, a cambio de dinero, y que posteriormente ejercían la prostitución en España.

“Conviene precisar, antes de nada, que el tipo penal por el que ha sido condenado el ahora recurrente es el número primero, o tipo básico, del artículo 318 bis del Código penal, y que en éste se sanciona a quien «directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España», y que la Sala sentenciadora de instancia más propiamente subsume los hechos probados en el «tráfico ilegal» de personas que en la inmigración clandestina con destino a España, aunque no deja de reconocer que la utilización de ciertas fórmulas, como el uso de visado turístico, por ejemplo, con fines de permanencia, ya es un modo de burlar las normas administrativas.

Sin embargo, tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máxime anudados con la copulativa «o».

Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) «tránsito» de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser éste ilegal, esto es, contraviendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa.

(...).

Derecho penal

En el caso enjuiciado, el Tribunal de instancia descartó que la finalidad del tráfico ilegal fuera la explotación sexual de unas mujeres rumanas, que llegaron a España el día 29 de noviembre de 2003, y que lo hacían desde su país sin permiso de trabajo y con visado turista, constituyendo la conducta del acusado en ir las a buscar hasta Madrid, recogiendo en la estación de autobuses y trasportándolas hasta la localidad de Vargas (Cantabria), entregándoles un teléfono móvil y recordándoles que tenían que pagar el coste y los gastos del viaje desde Rumania, e inmediatamente dedicándose voluntariamente al alterne en un club, aspecto éste del que absuelve la Sala sentenciadora de instancia al ahora recurrente. También declara probado en sus fundamentos jurídicos, que Mariano «cobró una comisión de 500 euros por hacer esta gestión», prueba que deduce de la propia confesión del procesado; y finalmente, relata que fue detenido el día 29 de enero de 2004, cuando se encontraba en las inmediaciones de la estación de autobuses de la Avenida de América de Madrid, y las ciudadanas rumanas llegaron a dicha estación, procedentes de Cantabria.

Desde la perspectiva que ha sido planteado el motivo, éste no puede prosperar. En efecto, se queja el recurrente de la falta de actividad probatoria de cargo para llegar a una conclusión condenatoria. Olvida, sin embargo, que los hechos probados están sólidamente contruados bajo prueba directa, bien de una de las ciudadanas rumanas, que relata todo el acontecimiento, y cuya prueba se consigue con total contradicción procesal, descartando el Tribunal *a quo*, muy escrupulosamente, valorar la declaración testifical de la otra mujer rumana, al no considerarla propiamente una prueba anticipada (por no encontrarse en paradero desconocido), e incluso deja sin efecto otros aspectos probatorios relacionados con los datos que constan en el atestado policial (principalmente, declaraciones testificales). No puede tildarse, en consecuencia, más que de muy riguroso, el planteamiento probatorio de los jueces *a quibus*, y no hay más que leer esta

resolución judicial para darse cuenta de ello. Los elementos esenciales del relato fáctico están extraídos principalmente de las propias declaraciones del procesado y de los datos objetivos que constan en la causa, más los aportados por los funcionarios de la Guardia Civil en el acto del plenario.

En consecuencia, existe prueba de cargo, y ésta ha sido valorada con racionalidad, sin asomo alguno de arbitrariedad.

Deja apuntados otros aspectos jurídicos el autor del recurso, que aunque no sean propiamente los que sustentan el reproche casacional (pues éste únicamente ha sido articulado por vulneración constitucional de la presunción de inocencia), no pueden dejar de ser contestados por esta Sala Casacional, en pro del derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, dice el recurrente que incide en la conducta de Mariano un evidente error de tipo, que excluye cualquier tipo de responsabilidad, que afecta a uno de los elementos esenciales integrantes del delito por el cual ha resultado condenado, puesto que el delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros tan sólo admite su comisión dolosa, con conocimiento y querer del sujeto activo de efectuar el hecho, exigiendo conciencia sobre los hechos que integran el delito, así como el de la significación ilícita de su conducta, y por último, el desear sus consecuencias.

Pues bien, alega que el recurrente desconocía la situación irregular de sus compatriotas, ni que su entrada fuera contraviniendo las normas administrativas correspondientes a esta materia de extranjería y fronteras. Se compadece mal esta afirmación con el hecho del percibo de una comisión tan importante (500 euros) por su contribución en la entrada de las mujeres rumanas. La declaración de María Milagros e Isabel arrojan otros aspectos completamente distintos, particularmente la testigo protegida B, que fue la valorada. El Tribunal de ins-

Homologación de títulos

tancia consideró que tenía el acusado conocimiento de su entrada y estancia irregular, y el hecho de ir a buscarlas a Madrid (en la segunda ocasión), cuando éstas cogen un autobús con dirección a esta ciudad, apunta a otras intenciones, muy claras, pero que se encuentran fuera del tipo, y por eso, no tienen por qué ser valoradas. Esto, por lo que hace al invocado error de tipo.

Respecto al error de prohibición, éste requiere prueba directa de la falta de conocimiento de la significación antijurídica del hecho enjuiciado, pero es claro, en todo caso, que es suficientemente conocido que la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de emigrantes es un comportamiento sancionado penalmente, máxime por personas extranjeras como el acusado, que han tenido previamente que cruzar nuestra frontera.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 20 de febrero de 2007.

Recurso de Casación: 599/2000.

Ponente: Doña Celsa Pico Lorenzo.

Voz: Homologación: cirugía general. Convenio hispano-chileno.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que acuerda desestimar la solicitud de que el título de especialista en Cirugía General obtenido en la República de Chile sea homologado a su equivalente título español de médico especialista en Cirugía General y Digestiva.

“La representación procesal de Don Benito interpone recurso de casación contra la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo n.º

1085/1996 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el 15 de septiembre de 1999, desestimando la demanda deducida contra la Resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 26 de octubre de 1995 que acuerda desestimar la solicitud de que el título de Especialista en Cirugía General obtenido en la República de Chile sea homologado a su equivalente título español de Médico Especialista en Cirugía General y Digestiva.

(...).

Como expresa la reciente Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de este Tribunal de 11 de octubre de 2006, recurso de casación 4829/2000, con mención de otra anterior de 11 de diciembre de 2001, recurso de casación 5100/1997, seguida por esta Sección Cuarta en su Sentencia de 11 diciembre de 2006, recurso de casación 3349/2001, relativa a la denegación de una homologación del título de Anestesiología obtenido en la República Argentina «La doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal (por todas, las Sentencias de 30 de junio y 27 de octubre de 1982, 31 de octubre de 1983 y 4 de febrero de 1995) reconoció, en un primer momento, la aplicación automática de la convalidación de los títulos de educación superior entre España y Argentina, pero esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido modificada posteriormente por las STS de 2 de diciembre de 1996, 30 de mayo de 1997, 24 de noviembre de 1997, 15 de junio de 2000 y 20 de diciembre de 2000, que forman un criterio de aplicación jurisprudencial que ha de ser seguido en su integridad, por razones de unificación de doctrina, seguridad jurídica e igualdad en aplicación de la ley.

En la cuestión examinada, la posición jurisprudencial vigente de esta Sección es contraria a que la interpretación del artículo segundo del Convenio de Cooperación Cultural firmado entre España y la República Argentina en 1971, conduzca a una automática convalidación de títulos y especialidades sin

Homologación de títulos

la necesidad de la celebración de las correspondientes pruebas. La Sentencia de 30 de octubre de 2001, relativa a un título expedido por una Universidad Argentina, que hace referencia a otras muchas, generaliza el criterio contrario al automatismo, en relación a los Convenios suscritos entre España y otros países hispanoamericanos de contenido similar al de autos, tal y como se contiene, entre otras, en las Sentencias de esta Sección de 17 de septiembre de 1996, 24 de abril de 1997, 19 de junio y 3 de octubre de 1998, 14 de abril, 2 de octubre de 2000, 18 de enero, 10, 16, 17 y 23 de julio de 2001».

Y como remacha la Sentencia de 20 de julio de 2005, recurso de casación 8860/1999, con mención de las de 23 de enero y 13 de febrero de 2004, así como las de 1 y 5 de diciembre de 2003, (recursos de casación 3542/1998 y 3740/1998), el artículo 2 del Convenio Cultural sólo es aplicable respecto de títulos académicos. En idéntico sentido la Sentencia de 23 de febrero de 2004, recurso de casación 9087/1998, con cita de otras muchas negando el carácter de título académico a los expedidos por Colegios Profesionales.

Se ha producido, pues, una evolución en la interpretación del Convenio hispano argentino, reiteradamente invocado por el recurrente en su segundo motivo, en consonancia con la propia evolución de la normativa interna que no obliga a denunciar el Convenio ni, por tanto, implica vulneración de las regulaciones establecidas en el Convenio de Viena.

Otro tanto acontece respecto del Convenio suscrito con la República de Chile de fecha 18 de diciembre de 1967. Así la Sentencia de 21 de diciembre de 2001, recurso de casación 9801/1997, respecto del artículo IV del Convenio sentó la aplicación de la jurisprudencia posterior a la de 1995 por constituir ya un cuerpo de doctrina en que se explicitan las razones del cambio de criterio. Se insiste en que para la interpretación del citado Convenio no puede prescindirse de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias a que hace mención; y que

esto determina que la Administración, para decidir la homologación solicitada, tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

La jurisprudencia a tomar en consideración es la recogida en el fundamento de derecho anterior y no la esgrimida por el recurrente por cuanto se encuentra superada.

En nuestro sistema la obtención del título de Médico Especialista no es académica sino que esencialmente —a salvo del procedimiento excepcional de acceso regulado en el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre al que también pudieron acudir nacionales de los Estados que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España, residentes en territorio nacional que se encontrasen en posesión de un título oficial de Médico especialista expedido en uno de dichos Estados y no homologado en España— se desarrolla mediante el sistema de residencia en instituciones y centros sanitarios regulado por medio del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, cuya superación faculta al ejercicio profesional.

Como expresa el artículo primero del citado Real Decreto 127/1984, el título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, será obligatorio para ejercer la profesión con el citado carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimiento o instituciones públicas o privadas con tal denominación.

Establece el artículo 12 de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 14 de octubre de 1991, a la que se remite la disposición adicional segunda del Real Decreto 86/1987 y el artículo 10 del Real Decreto 127/1984, que la Comisión Nacional de la Especialidad emitirá un informe motivado sobre la formación científica, teórica y práctica respecto a la duración del programa y la correspondencia entre los contenidos del programa formativo oficial español y el acreditado por el solicitante. Y, cuando

Homologación de títulos

exista total equivalencia respecto a la duración, el artículo 13.1 dispone que propondrá la realización de una prueba teórico-práctica si no existe equivalencia en cuanto a los Contenidos. Tales preceptos no han sido quebrantados.

Lo expresado en los fundamentos precedentes conduce a la desestimación de los cuatro motivos de casación.

Hemos expuesto el cambio jurisprudencial respecto a la doctrina invocada que ha implicado la ausencia de aplicación automática del Convenio de 1967 por lo que el hecho de que, anteriormente, se hubieran producido homologaciones respecto a titulaciones similares no comporta la conculcación del principio de igualdad sin que pueda pretenderse la aplicación de una jurisprudencia superada. No debe olvidarse que el momento a tomar en consideración es aquel en que se pretende la homologación y no aquel en que se obtuvo la Licenciatura en Chile.

Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el artículo 139.3 de la LJA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 2.400 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado de la entidad recurrida, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 8 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1/2005.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Homologación de título: Administración y Dirección de empresas: Reino Unido.

Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución que denegó la solicitud formulada en orden a que su título de Bachelor of Arts in Business Administration (Reino Unido) le fuese homolo-

gado al título español de Licenciada en Administración y Dirección de Empresas.

“La demandante presentó la solicitud de homologación origen de la litis el 18 de julio de 2003. La resolución puesta en tela de juicio se basa en el Real Decreto 86/1987 y en el dictamen desfavorable emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria, siendo la razón determinante de su pronunciamiento denegatorio la falta de la preceptiva autorización del centro (Know How Group of Colleges, de Oviedo) –conforme al Real Decreto 557/1991– en las fechas en que se realizaron los correspondientes estudios (entre los años académicos 1996-1997 y 1999-2000).

(...).

Se plantea en el presente recurso la homologación del título de Bachelor of Arts in Business Administration, expedido por University of Wales, tras la realización por la parte 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 de un título universitario extranjero. 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 artículo 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 artículo 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 artículo 28 de

Homologación de títulos

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 (artículo 3 RD 86/1987).

(...) 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 artículo 19 del Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, invocado por la Administración, aun en el caso en que se haya obtenido la autorización prevista en ese precepto de manera que dicha autorización afecta a las condiciones de funcionamiento del centro en España, con las consecuencias que el ordenamiento interno atribuye, pero es ajena a las previsiones normativas del país de origen a la que responde la expedición de sus títulos oficiales, salvo que dicha normativa extranjera remitiera a la española en tal aspecto y, aún así, el control de su cumplimiento a efectos de expedición del título correspondería a las autoridades de dicho país por lo que, al no entenderlo así la resolución impugnada procede revocarla.

(...).

La anulación de la resolución litigiosa no supone el reconocimiento de la homologación del título de la recurrente, lo que sólo podrá tener lugar tras la tramitación del correspondiente expediente y tras el informe del órgano técnico competente para

realizar el juicio de equivalencia antes aludido, por lo que procede estimar en parte el recurso y anular la resolución impugnada en cuanto deniega la homologación solicitada y ordenar la retroacción de actuaciones al momento de la solicitud inicial para que se inicie y tramite el correspondiente expediente en los términos que resultan del Real Decreto 86/1987, debiendo emitirse el oportuno dictamen por el órgano técnico competente sobre el juicio de equivalencia de la formación cursada por la solicitante en relación con la exigida en España para la obtención del título español y se resuelva en consecuencia, sin que sea de apreciar temeridad o mala fe a efectos de imposición de costas.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 14 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 197/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación: cirujano bucomaxilofacial obtenido en Alemania.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se condiciona el reconocimiento en España del título de cirujano bucomaxilofacial obtenido en Alemania a la previa realización de una formación complementaria de un año en cirugía oncológica.

“En la demanda se afirma que existe plena equivalencia entre la formación recibida por el recurrente en Alemania respecto de la exigida en España para obtener el título de Cirujano Bucomaxilofacial en los términos del RD 1691/1989, ya que el recurrente dice poseer la doble titulación de Licenciado en Medicina y Cirugía y Licenciado en Odontología mediante las correspondientes homologaciones de sus títulos que se expidieron en cumplimiento de la Directiva 93/16/CEE. Se afirma que la Administración aplica una normativa derogada y por ello atribuye al recurrente, erróneamente, la obligación de completar su formación hasta el plazo de cinco años, pues con la aplicación del RD 1171/2003 la duración de la formación para obtener el título

Homologación de títulos

de Cirugía Dental, Oral y Maxilofacial es de cuatro años. Se aduce que el recurrente tiene una larga e importantísima experiencia profesional y que ha completado una formación en Cirugía Oncológica muy superior al plazo de un año.

(...).

En el nuevo anexo II.B del Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre (anexo H del Real Decreto 1171/2003, de 12 de septiembre) el título español de Cirugía Oral y Maxilofacial precisa una duración mínima de la formación de 5 años, siendo éste, y no otro, el título cuyo reconocimiento solicitó el recurrente, título que no figura en el anexo referido, para Alemania, como país de origen. Por tanto estamos plenamente en el marco del artículo 12 bis y no ha lugar a plantearse matizaciones con base a la posibilidad de reconocimiento de tal concreto título español de médico especialista sobre exigencias de una duración de la formación especializada inferior. Por otro lado al margen de cuál haya sido la experiencia profesional desarrollada nada avala que tal formación, en el caso del recurrente, alcance los cinco años exigidos pues el propio tenor literal del artículo 12 bis permite diferenciar lo que es la formación especializada que acreditan los títulos cuyo reconocimiento se pretende de lo que es la experiencia profesional, formación complementaria y formación médica permanente, que en su caso también se tendrán en cuenta para valorar la equivalencia. Es claro que la autoridad nacional, en este caso la mencionada Dirección General del Ministerio de Educación, debe valorar la adecuación de la formación acreditada por el peticionario, y no sólo del título presentado, con los contenidos formativos requeridos en España para obtener la especialidad, ya que dicha interpretación exige que el juicio de equivalencia que debe realizar dicha autoridad nacional tenga en cuenta la formación y aptitud profesional para el concreto ejercicio especializado de la medicina, adquiridas no sólo en el Estado en que pretenda establecerse, sino en los demás en que haya adquirido esa formación o, como dice la Sentencia TJCE de 14

de septiembre de 2000, «... las autoridades de un Estado miembro... están obligadas a tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos, así como la experiencia pertinente del interesado, efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por dichos títulos y por dicha experiencia y, por otra, los conocimientos y capacitación exigidos por la legislación nacional», añadiendo la propia sentencia que «si de dicho examen comparativo... se llega a comprobar que los conocimientos y capacitación acreditados por el título obtenido en el extranjero, corresponden a los exigidos por las disposiciones nacionales, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida estarán obligadas a admitir que dicho título y, en su caso, la experiencia profesional correspondiente, cumplen los requisitos establecidos por las citadas disposiciones. Si, por el contrario, la comparación sólo pone de manifiesto una equivalencia parcial entre estos conocimientos y la capacitación, dichas autoridades estarán facultadas para exigir que el interesado demuestre haber adquirido los conocimientos y capacitación no acreditados».

En el caso de autos han sido varios los informes que se han emitido por parte de la Comisión Nacional de Cirugía Oral y Maxilofacial (25 de octubre de 2002, 4 de abril de 2003, 6 de octubre de 2006, este último acordado como diligencia final) que son contundentes en que la formación acreditada no es semejante a la de la formación MIR de España, ni en duración (se acreditan 4 años) ni en contenidos, destacando las carencias en cirugía oncológica con un número insuficiente de intervenciones de glándulas salivales y traumatología por lo que se ratifica la necesidad de completarla con la formación práctica de un año en Oncología en un servicio con acreditación docente.

No se puede obviar que la Comisión, a la hora de informar, conocía tanto el contenido de la titulación previa del recurrente como su currículum profesional, detallado y documentado en el expediente administrativo, como también lo conocía el órgano

Homologación de títulos

que resolvió su petición y que, a la vista del informe de la Comisión, condicionó la concesión en la forma expuesta; de ello se deduce que la Administración sí tuvo en cuenta tanto el título como la experiencia profesional, aunque al realizar el examen comparativo con la formación exigida en España para obtener el título llegó a un resultado diferente del pretendido por el actor, pero tal situación es una de las posibles tanto desde el punto de vista de la norma nacional como desde la perspectiva de la comunitaria, según se expone en la sentencia del Tribunal de Justicia en el párrafo que se ha transcrito anteriormente.

Es evidente, que no es función de los órganos de esta jurisdicción contenciosa el realizar el juicio técnico especializado de equivalencia entre el título y la experiencia, por una parte, y los requisitos para acceder a la formación especializada en España, por otra, sustituyendo el juicio técnico del órgano administrativo especializado por el que, subjetivamente, el recurrente considere más acertado, por lo que procede desestimar el recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 21 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 397/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación. Médico especialista en oftalmología. Cuba.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se acuerda dejar en suspenso la solicitud de la recurrente de que su título de especialista de primer grado en oftalmología expedido por el Instituto Superior de Ciencias Médicas de La Habana (Cuba) le sea homologado al título español de médico especialista en oftalmología, supeditándola a la superación de una prueba teórico-práctica.

“En el presente recurso se impugna la resolución del Secretario de Estado de Universidades e Investigación de 10 de junio de 2005 por la que se acuerda dejar en suspenso la solicitud de la recurrente de

que su título de Especialista de Primer Grado en Oftalmología expedido por el Instituto Superior de Ciencias Médicas de la Habana (Cuba) le sea homologado al título español de Médico Especialista en Oftalmología, supeditándola a la superación de una prueba teórico-práctica.

En la demanda se afirma la existencia de plena equivalencia entre ambas titulaciones y que la equivalencia es un concepto sustantivo que implica igualdad en la suficiencia de conocimientos, lo que determina que el criterio de la duración de los programas formativos sea un criterio auxiliar al que no será necesario acudir cuando existan datos acerca de la efectiva equivalencia de las formaciones comparadas. Entiende la recurrente que el criterio rígido de supeditar la homologación a la superación de una prueba cuando no hay equivalencia de duración no se corresponde ni con la letra ni con el espíritu del RD 285/2004. Se afirma, subsidiariamente que la resolución recurrida es inmotivada por no determinar las carencias formativas concretas.

(...).

En el caso de autos, el juicio de equivalencia que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica por parte de la Comisión Nacional de la especialidad (1 de abril de 2005), concluyéndose que en los estudios de especialización médica conducentes a la expedición del título cubano no existía equivalencia de duración, sí de contenidos, con los requeridos en la formación española y, sobre la base de que el interesado ha realizado un ejercicio profesional posterior a la obtención del título por un tiempo superior al doble de la diferencia de la duración entre los programas formativos, concluye que procede someter al interesado a una prueba teórico-práctica. Este criterio, estrictamente técnico, es el acogido en la resolución recurrida.

En cuanto a la especialidad médica española de Oftalmología, se exige una licenciatura previa en

Homologación de títulos

medicina y tiene una duración de cuatro años (RD 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista). En el caso de autos el programa formativo que condujo a la expedición del título de la recurrente cuya homologación se pretende solo comprende 3 años que la recurrente cursó de septiembre de 1989 a noviembre de 1992. Por tanto, es adecuada la resolución recurrida en la medida que deja en suspenso la homologación solicitada supeditándola a la superación de una prueba de conjunto, ya que en atención al acreditado ejercicio profesional posterior a la expedición del título cuya homologación se pretende y que fue desarrollado en el Centro Internacional de Retinosis Pigmentaria «Camilo Cienfuegos» desde 1992 a 1999, no se deniega de plano la homologación, pues el ejercicio profesional posterior a la obtención del título, únicamente, incide para permitir que, si la duración del período formativo fuese inferior a la exigida en España –falta de equivalencia en la duración–, se pueda acceder a la prueba de conjunto conforme al punto decimotercero apartado 2 de la OM 14 de octubre de 1991.

(...).

Por ello la recurrente ha tenido pleno conocimiento de las objeciones esgrimidas a la homologación pretendida sin que pueda alegarse indefensión alguna y sin olvidar que la denegación no se basa en falta de equivalencia de contenidos por lo que la resolución no tiene por qué, indicar, directamente o por remisión al informe técnico, las concretas carencias de contenidos que justificaban el sometimiento a la prueba más allá de las formativas que se desprenden de la falta de equivalencia de duración claramente constatada.

Por otro lado, la disposición segunda de la Orden de 14 de octubre de 1991 al disponer que la homologación exigirá la realización de una prueba teórico-práctica cuando no concurra equivalencia no limita el contenido de tal prueba ya que literalmente se

establece que: «Dicha prueba versará sobre los conocimientos teóricos y prácticas de la formación española requeridos para la obtención del título» y este contenido ilimitado se corresponde con el desarrollo de la prueba que se establece en la disposición decimoséptima de la mentada Orden.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 30 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 28/2005.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Homologación de título. Universidad de Reino Unido. Estudios de turismo.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución que deniega la homologación de su título “Bachelor Honours in Tourism” obtenido en la Universidad de Reino Unido y cursado en la Escuela Superior de Negocios de Santander al título oficial de “Diplomada en Turismo”.

“Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Educación y Ciencia, dictada por delegación de la Ministra del mismo Departamento, de fecha 5 de noviembre de 2004, que deniega la homologación del título «Bachelor Honours in Tourism», obtenido por la recurrente en la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) y cursado en la Escuela Superior de Negocios de Santander, al título oficial español de «Diplomada en Turismo», al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior.

(...).

Y la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, no es otra que determinar si procede la homologación del título «Bachelor Honours in Tourism», expedido por la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido), al título oficial español de

Homologación de títulos

«Diplomado en Turismo», pese a que la recurrente cursó los estudios de la indicada titulación en la Escuela Superior de Negocios en Santander, Centro que carecía entonces de autorización oficial para impartir enseñanzas conducentes a la expedición de títulos universitarios extranjeros.

(...).

Así, presentado para su homologación un título oficial extranjero, no puede denegarse de plano al amparo de los artículos 1 y 3 del Real Decreto 86/1987, negándole el carácter oficial en razón del centro docente en el que se cursaron los estudios que dieron lugar a su obtención, pues lo exigible como presupuesto para la homologación es que los títulos hayan sido expedidos con ese carácter oficial y sean de grado superior en el país de origen, correspondiendo a las autoridades de dicho Estado valorar los estudios cursados, en cuanto son ellas las que le atribuyen, de acuerdo con sus normas internas, la condición de oficial, aspecto sobre el que carece de competencia el país receptor.

Por ello la resolución impugnada no se ajusta al ordenamiento jurídico, en cuanto rechaza la homologación, directamente, por la falta de autorización del centro español donde la recurrente cursó sus estudios, pues, siendo oficial el título de la interesada y con plena validez en el país donde 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 en sus 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 artículo 19 del Real Decreto 557/1991, aun en el caso de que se hubiera obtenido la autorización prevista en ese precepto, que afecta a las condiciones de funcionamiento del centro en

España, con las consecuencias que el ordenamiento interno le atribuye, que son ajenas a las previsiones normativas del país de origen a la que corresponde la expedición de sus títulos oficiales.

(...) el informe del Consejo de Coordinación Universitaria, transcrito parcialmente en el traslado conferido a la recurrente en sede administrativa, pese a no ser un informe individualizado a la solicitud de la peticionaria, contiene una segunda parte, no incluida en la resolución impugnada, que propugna el informe desfavorable a la homologación en caso de que los estudios tengan una duración, carga académica e intensidad inferior a la de los estudios españoles, lo que viene a suponer un examen de la equivalencia de los estudios extranjeros, respecto de los españoles con los que se pretende homologar.

(...).

Por todo lo anteriormente expresado procede la estimación del presente recurso (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 11 de abril de 2007.

Recurso de Casación: 3041/2002.

Ponente: Don Mariano Baena del Alcázar.

Voz: Homologación de título de cirugía plástica de Perú; necesidad de una prueba de conjunto.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente que solicitó la homologación de su título de médico especialista en cirugía plástica y reconstructiva obtenido en Perú.

“La materia sobre la que versan las pretensiones de las partes en el presente caso se refiere a homologación de título profesional obtenido en una Universidad extranjera. En su momento determinado señor, que había cursado estudios en Perú, presentó solicitud de homologación de título de Médico Especialista en Cirugía Plástica y Reconstructiva al español de Médico Especialista en Cirugía Plástica y Repara-

Homologación de títulos

dora, que fue desestimada por silencio administrativo. No obstante, después del plazo para resolver, fue expresamente desestimada por resolución de 31 de marzo de 2000, de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo. A la vista de ello el solicitante recurrió en vía contenciosa.

La Sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto. Una vez individualizado el acto impugnado, en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia se exponen las alegaciones del recurrente. En defensa de su pretensión el médico alega el Convenio de Cooperación Cultural Hispano-Peruano de 7 de febrero de 1972, de aplicación automática, diversas Sentencias de este Tribunal Supremo, el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero y las Órdenes Ministeriales de 14 de octubre de 1991 y 21 de julio de 1995.

Pero la Sentencia destaca que la normativa interna acorde con las Directivas comunitarias, exige que para la homologación del título se lleve a cabo un control previo de equivalencia del título extranjero respecto al español, que debe ser efectuado por el órgano técnico competente, que es la Comisión Nacional de Especialidad. Dicha Comisión emitió dictamen en el presente caso en el sentido de que no existe correspondencia entre los programas formativos, no se aportan elementos de juicio sobre la realización de prácticas ni sobre las rotaciones, y parece insuficiente el programa quirúrgico; de todo ello se extrae la consecuencia de que no hay acreditación de los conocimientos y habilidades que se exigen, por lo que se debe superar una prueba para obtener la homologación pretendida.

(...) en el apartado primero se relata la obtención del título que se pretende homologar de acuerdo con el Convenio de Cooperación Hispano-Peruano, expresando que se obtuvo un título de la Universidad Cayetano Heredia de Lima, que ha sido legalizado y por tanto debe aplicarse el artículo XI del Convenio, que prevé la homologación automática del título. Pero no se desvirtúa la razón de decidir de la

sentencia impugnada en cuanto a la necesidad de acreditar la equivalencia entre el título cuya homologación se pretende y el español.

(...) en el apartado quinto del segundo motivo de casación invocado se mantiene que se ha infringido la Directiva CE 78/687, de 25 de julio, pues esta Directiva contiene una regulación sobre la materia y no limita la posibilidad de que los Estados miembros de la Comunidad Europea homologuen títulos obtenidos en terceros países. Desde luego asiste la razón al recurrente si se atiende solo a los términos literales del argumento. Pero no deja de ser cierto que la posible homologación no debe producirse mas que si los títulos suponen haber obtenido una formación equivalente.

El mismo escaso fundamento tiene el apartado ocho del motivo de casación que se invoca, en el que se pretende que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina jurisprudencial, con cita de diversas Sentencias de este Tribunal Supremo sobre homologación de títulos de médicos especialistas. Se trata desde luego de una selección de las sentencias favorables a la tesis procesal que se mantiene, sin intentar una demostración mediante los razonamientos oportunos de que las circunstancias de los distintos casos resueltos por estas sentencias fueron las mismas que en el supuesto presente. Tampoco se hace en este apartado una exposición de las sentencias que reflejan la doctrina más reciente de la Sala en la materia.

En consecuencia, del estudio de los distintos apartados del motivo de casación se deduce que, como ya se ha anticipado y sostiene el Abogado del Estado, no se desvirtúan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, por lo que también procede desechar o no acoger este motivo y por tanto desestimar el recurso de casación interpuesto.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de abril de 2007.

Homologación de títulos

Recurso Contencioso-Administrativo: 501/2005.

Ponente: Don Juan M.ª Díaz Fraile.

Voz: Homologación de título de arquitecto: Argentina.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que decidió que la homologación del título de arquitecto obtenido en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) al título español de arquitecto debía quedar condicionada a la previa superación de una prueba de aptitud específica.

“Se impugna la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 20 de septiembre de 2005, que decidió que la homologación del título de Arquitecto obtenido por la hoy parte actora en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) al título español de Arquitecto debía quedar condicionada a la previa superación de una prueba de aptitud específica, que podría consistir en la realización de un Proyecto de Fin de Carrera sobre la base de los contenidos de las siguientes materias troncales de la titulación: Acondicionamiento y servicios, Estructuras de edificación, Construcciones arquitectónicas y Urbanismo, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

El acto combatido cita el Real Decreto 285/2004 e invoca el dictamen emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria. Respecto de este último la resolución puesta en tela de juicio dice lo siguiente: «Visto el dictamen emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria, en el sentido de emitir informe favorable respecto de títulos extranjeros de Arquitectura, siempre que los programas formativos sean, al menos, de cinco años de duración, condicionando la homologación a la previa superación de una prueba de aptitud específica que integre, con especial énfasis, las áreas de Instalaciones, Estructuras y Urbanismo, que podría consistir en la realización de un Proyecto de Fin de Carrera sobre la base de los contenidos de las siguientes materias troncales de la titulación: Acondicionamiento y servicios, Estructuras de edificación, Construcciones arquitectónicas y Urbanismo».

La demanda rectora del proceso aduce que las materias troncales a que alude el dictamen del Consejo de Coordinación Universitaria ya han sido cursadas y aprobadas en los seis años de carrera en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) según el Plan de Estudios de 1976, y ello según es de ver en el informe de la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Diseño de dicha Universidad que se acompañó con la solicitud de homologación y obrante en el expediente administrativo, siendo de notar que la duración de la carrera es de seis años y que el título se ha obtenido en su grado máximo, siendo el sexto año un año dedicado íntegramente al desarrollo de una tesis de grado (28 horas semanales), que viene a ser el proyecto de fin de carrera de arquitecto que se realiza en España también en el sexto curso (sic), cuyas alegaciones habían sido ya realizadas en el correspondiente trámite de audiencia conferido en el expediente administrativo. Con base en lo anterior la parte demandante considera que se cumplen todos los requisitos para la homologación sin condicionarla a una prueba de aptitud. Los motivos recursivos que se esgrimen en la demanda son dos, a saber: primero, se aduce una falta de motivación de la resolución impugnada al no expresar las carencias de formación que justifican la exigencia del complemento de formación que se exige a través de aquella prueba de aptitud específica; segundo, se invoca la vulneración del principio de equidad al haberse cometido un agravio comparativo, y a tal efecto se trae a colación un precedente en que se llevó a cabo la homologación sin necesidad de una prueba previa de conjunto.

(...) lo actuado conduce a concluir que estamos en presencia de una motivación deficiente al ser extensible a todos los títulos extranjeros de Arquitectura que cuenten con un programa formativo de al menos cinco años de duración, no constando que se haya llevado a cabo un particular examen de las formaciones correspondientes a los títulos que se han de cotejar para emitir el particular juicio de equivalencia al no expresarse las razones concretas por las que se exige una determinada prueba de aptitud al

Nacionalidad

demandante, que en todo momento ha mantenido que las áreas o materias troncales sobre las que ha de versar la mentada prueba de aptitud han sido ya cursadas y superadas en la formación obtenida con el título cuyo homologación impetra, de tal suerte que se impone la conclusión de que la motivación en cuestión no es –en expresión del Tribunal Supremo– «suficientemente indicativa», lo que constituye un vicio de anulabilidad, que en el caso ha de llevar a la estimación parcial del recurso. Es sabido que la decisión de homologación entraña un juicio de discrecionalidad técnica, sin que dispongamos de material probatorio adecuado y suficiente para acceder a la homologación pretendida. Ahora bien, aquel defecto de motivación denunciado es bastante para una estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución impugnada, debiendo la Administración demandada proceder a retrotraer el procedimiento al efecto de dotar a la resolución decisoria del procedimiento de una motivación individualizada y suficiente.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 5 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 894/2004.

Ponente: Don Juan M.^º Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica. Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas es, sin discusión posible, cualquier cosa menos expresión de buena conducta cívica, requisito éste exigido legalmente para la concesión de la nacionalidad.

“En el caso que ahora nos ocupa, la parte actora, natural de la República Dominicana, solicitó la

nacionalidad española el 30 de enero de 2002. De lo actuado aparece que está en posesión de los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1995 y que ha trabajado con cierta regularidad desde 1997. Según un informe de la Dirección General de la Policía de octubre de 2002 está soltero y tiene dos hijos, constando en el archivo de la comisaría de Chamberí los siguientes antecedentes: imputado en diligencias previas 4488/99 del Juzgado de Instrucción n.º 29 de Madrid por un delito de desobediencia y contra la seguridad del tráfico, cuyas diligencias fueron archivadas por Auto de 31 de enero de 2000 a instancia del Ministerio Fiscal; inculcado en el juicio de faltas 74/2000 del Juzgado de Instrucción n.º 16 de Madrid, que fue sobreseído provisionalmente por Auto de 31 de marzo de 2000 al no constar su paradero, alegándose en la demanda respecto del mismo la prescripción; imputado en las diligencias previas 6973/1999 del Juzgado de Instrucción n.º 28 de Madrid, que dio lugar al procedimiento abreviado 379/04 del Juzgado Penal n.º 19 de Madrid, donde recayó la sentencia firme condenatoria de 24 de noviembre de 2004 por un delito contra la seguridad del tráfico.

(...).

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte desestimatoria del recurso si tenemos en cuenta, además de la doctrina legal más atrás referida, el criterio de interpretación que ha de regir en la materia que nos ocupa, que aparece recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2002, que al respecto dijo lo siguiente: «–en relación con el problema que nos ocupa importa recordar que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo– ocupándose precisamente de la adquisición de la nacionalidad por residencia y de los requisitos que ésta ha de reunir, tiene dicho que mantener un criterio amplio o permisivo en esta materia sería contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad (STS, Sala 1.ª, de 19

Nacionalidad

de septiembre de 1988). Y si esto es así, es patente que la libertad estimativa del juzgador se halla indudablemente más restringida cuando se enfrenta a la necesidad de precisar el concepto «buena conducta cívica» que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil. La citada Sentencia de la Sala 1.^a de este Tribunal Supremo bien rotundamente declara que esa interpretación extensiva del precepto regulador de la adquisición de la nacionalidad por residencia debe rechazarse porque «podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley». Así, textualmente, se expresa la Sala de lo civil de este Tribunal Supremo. Y con esto estamos diciendo que ese criterio restrictivo que inspira el fundamento de la sentencia impugnada que hemos transcrito está en perfecta sintonía con esa doctrina de la Sala de instancia».

No basta, en efecto, para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los antecedentes penales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, siendo así que en el supuesto que ahora nos ocupa la petición de la nacionalidad se produjo el 30 de enero de 2002, en cuya fecha el interesado estaba imputado por un delito contra la seguridad del tráfico por hechos ocurridos en 1999, siendo finalmente condenado en razón del mismo por Sentencia de 24 de noviembre de 2004, respecto de cuyo tipo penal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de mayo de 2004 en estos términos: «en el ordenamiento jurídico español –y esto es extensivo al derecho penal del llamado mundo occidental– la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir, que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código Civil llama buena conducta cívica. La penalística habla de desviación (*deviation*) y de comportamiento o conducta desviada (*deviant behavior*) para designar una amplia gama de fenómenos sociales problemáticos, entre ellos el delito. Y es el caso que el comportamiento por el que fue condenado el soli-

citante se halla incluido entre aquellos que nuestro sistema penal ha seleccionado como un comportamiento delictivo. Quiere decir esto que –conforme a las convicciones de nuestro tiempo– la conducción bajo bebidas alcohólicas es, sin discusión posible, cualquier cosa menos expresión de buena conducta cívica. Es un hecho notorio que los accidentes de tráfico, en un porcentaje altísimo, tienen su origen en la contaminación etílica del conductor. Y por ello, no puede negarse, por más tolerante que se quiera ser, que la selección como delictiva del comportamiento de que se trata responde a esa convicción generalizada de que hay dañosidad social en ese tipo de comportamientos. Dos conceptos, pues, de inobservancia de buena conducta: uno amplio –conducta como conducta global– y otro restringido conducta como comisión de un delito. Así las cosas, parece razonable, si estuviéramos enjuiciando los hechos desde una perspectiva penal, que no baste una condena para calificar a un sujeto de persona de mala conducta. Pero no estamos resolviendo un proceso penal, sino un problema de concesión de nacionalidad. Y esto es ya distinto, habida cuenta lo que supone el obtenerla. Y por eso no puede decirse que, a estos efectos, esa única condena carezca de trascendencia para valorar si concurre en quien pide la nacionalidad el requisito de la buena conducta cívica».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 7 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 309/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia; tarjeta de familiar de residente comunitario.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. El permiso de residencia en que se amparaba la concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario se extinguió por razón de la separación judicial sin que el recurrente solicitara un permiso de residencia propio con lo que en este caso no hay diez años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud.

Nacionalidad

“En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, Ministerio de Justicia, de 28 de marzo de 2005 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 23 de septiembre de 2004 denegatoria de la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia.

La denegación tiene su base que la residencia de diez años en España no ha cumplido el requisito de la continuidad e inmediatez a la solicitud ya que consta que la validez de la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario cesó tras la Sentencia de separación de 31 de julio de 2000 sin que se estableciera una nueva situación legal.

En la demanda se defiende la existencia de residencia legal manteniendo la plena integración de la recurrente.

(...).

De acuerdo con lo razonado, ha de entenderse que el recurrente, nacional de la República Democrática del Congo, según los datos que figuran en el expediente administrativo y no son discutidos no cumple con el requisito de diez años de residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud, ya que la misma quedó interrumpida durante los dos años inmediatamente anteriores a su petición, que es de fecha 12 de junio de 2002.

Si bien es cierto que inició su residencia legal en España el 21 de noviembre de 1990, y que dicha situación se fue renovando conforme a ley hasta el 16 de enero de 1997, también ha de tenerse en cuenta que el hoy recurrente dejó transcurrir sobradamente los tres meses posibles para una renovación de los permisos anteriores una vez caducados (es posible instar la renovación de los permisos de residencia tres meses después de la fecha de caducidad surtiendo efectos la renovación si esta se concede desde la fecha de caducidad del permiso anterior—artículo 43.3 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real

Decreto 864/2001, de 20 de julio y artículo 37.5 del Reglamento de Extranjería aprobado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre—) y sobre la base de que había contraído matrimonio el 15 de julio de 1997, el 15 de octubre de 1997 solicitó una tarjeta de familiar de residente comunitario que le fue concedida y que extendía su validez hasta el 2 de julio de 2003, siendo su última concesión anterior a la Sentencia de separación (31 de julio de 2000).

Es por ello que debió comunicar el hecho de la separación de su cónyuge español y obtener el permiso de residencia que correspondiera a su nueva situación, sin que la mera tolerancia de la Administración en la no aplicación de las sanciones previstas normativamente suponga reconocer un derecho a ostentar un tipo de permiso de residencia específico, que desaparece cuando no subsiste la causa que motivó su concesión. Así el artículo 2 del Real Decreto 766/1992, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, normativa aplicable al caso por razones temporales, regula en su artículo 2 el ámbito de aplicación, que se extiende a los familiares de los españoles y de los nacionales de los otros Estados miembros, cualquiera que sea su nacionalidad y, entre ellos, menciona al cónyuge, «siempre que no estén separados de derecho», con lo cual el derecho a disfrutar de ese tipo de permiso de residencia se mantiene mientras subsista la causa que motivó su concesión, como claramente se dispone en el artículo 7.1 del propio Real Decreto («1. Salvo lo dispuesto en los números siguientes de este artículo, la vigencia de las tarjetas y su renovación quedará condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención») y los titulares de la tarjeta correspondiente están obligados a comunicar la modificación de las circunstancias que motivaron su concesión y obtener el permiso que corresponda a su nueva situación. Esta situación es similar a la que se contempla en el actualmente en vigor artículo 9 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, de entrada y permanencia en España de na-

Nacionalidad

cionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

No puede ser obstáculo a la referida conclusión que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en sus redacciones vigentes al tiempo que la recurrente solicitó la nacionalidad, sólo impusieran a los ciudadanos extranjeros la obligación de comunicar a la Administración los cambios de nacionalidad y domicilio –no los cambios en su estado civil–, y no recogieran expresamente la revocación automática de los permisos por no comunicar estos cambios, ya que de conformidad con la disposición final primera del Real Decreto 766/1992 las normas de carácter general, relativas a la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de extranjeros, sólo eran aplicables de forma supletoria a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del propio Real Decreto 766/1992, y el artículo 7.1 del citado Real Decreto condicionaba de manera clara y patente la validez de la vigencia de las tarjetas, y su renovación, al mantenimiento de los presupuestos que daban derecho a su obtención.

En resumen en el caso de autos, la residencia legal iniciada con la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario no es continuidad de la anterior residencia legal ya que se dejaron pasar nueve meses para restablecer la situación de residencia en España conforme a ley, y el permiso de residencia que la amparaba desde la concesión de la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario ocurrida el 15 de octubre de 1997, se extinguió por razón de la separación judicial sin que el recurrente solicitara un permiso de residencia propio con lo que en este caso no hay diez años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. Por todo ello la demanda ha de desestimarse sin prejuzgar el derecho del recurrente (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 8 de marzo de 2007.

Recurso de Casación: 6625/2002.

Ponente: Doña Margarita Robles Fernández.

Voz: Denegación de nacionalidad española.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Ni se ha acreditado la efectiva convivencia con la ciudadana española con la que había contraído matrimonio, a los efectos del plazo de un año de residencia establecido en el artículo 22 del Código Civil, ni cabe apreciar buena conducta cívica.

"En el presente caso, es claro que solicitada la concesión de nacionalidad por razón de residencia durante el período abreviado de matrimonio con española en el reducido plazo de un año, acreditada por sentencia la declaración de disolución del mismo si bien de fecha 24 de noviembre de 1995, es decir durante la tramitación del Expediente ante la Dirección General en su período inicial ello es circunstancia que impide la apreciación de la exigida convivencia matrimonial, amén de la carencia probatoria sobre ello en el período anterior. Siendo, pues, improcedente la concesión solicitada por tal vía, es igualmente patente su inviabilidad, conforme al plazo general de diez años toda vez que la residencia aparece acreditada desde 1991; y la solicitud fue presentada en 4 de julio de 1995; finalmente la existencia de una causa penal, –Procedimiento Abreviado 6642/93– en el que se dictó Sentencia en 7 de diciembre de 1995 condenatoria de nueve años de Prisión por dos delitos de Prostitución, un delito de Lesiones y una falta de Amenazas, que aunque revisada en 14 de junio de 2000 y en la que se impuso una indemnización de dos millones por daños morales a Alicia, esposa del recurrente. Amén de la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal n.º 13 de los de Madrid de 8 de junio de 1996. Todo lo que indudablemente evidencia la no concurrencia en el recurrente del requisito de buena conducta cívica y al reconocerlo así la Resolución recurrida ha de estimarse conforme a Derecho y por ende ha de ser mantenida.

(...).

Nacionalidad

El recurrente se limita a decir, sin más consideraciones que «la sentencia infringe normas del ordenamiento jurídico» olvidando consiguientemente el carácter extraordinario del recurso de casación y el principio de especialidad de los motivos, y ante esa ausencia total de precisión, tanto en relación a las concretas normas jurídicas o doctrina jurisprudencial que pudieran considerarse vulneradas, como al alcance de la infracción que postula, lo que no puede sustituirse por argumentaciones en abstracto sobre su matrimonio con española y su supuesta buena conducta, resulta ello suficiente para que en el presente momento procesal el motivo de recurso deba ser desestimado, no sin antes precisar que como bien razona el Tribunal *a quo* no concurren en el actor los supuestos exigidos en el artículo 22 del Código Civil para la concesión de la nacionalidad española, ya que ni se ha acreditado la efectiva convivencia con la ciudadana española con la que había contraído matrimonio, a los efectos del plazo de un año de residencia establecido en aquel precepto, ni cabe apreciar buena conducta cívica en quien realiza conductas como las que se citan en la sentencia de instancia, que además de la reprobación penal que merecieron, aun cuando los antecedentes penales fuesen posteriormente cancelados, son claramente atentatorias contra los valores básicos de convivencia, circunstancia esta última de especial relevancia para la denegación de la nacionalidad solicitada.

Por todo lo expuesto, ha de reiterarse la desestimación del motivo de recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 12 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 778/2004.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente en quien concurre el presupuesto de buena conducta cívica, ya que ha mantenido una conducta conforme con el estándar medio durante un largo período de permanencia

en España y aunque se vio incurso en unas diligencias penales por un delito contra los derechos de los trabajadores, las referidas actuaciones penales fueron sobreesididas.

“Para el correcto enjuiciamiento del recurso contencioso-administrativo que examinamos, debemos tener en cuenta los siguientes presupuestos fácticos:

1.º Con fecha 25 de febrero de 2002, la recurrente, nacional de Marruecos, solicitó la nacionalidad española por residencia.

2.º Tramitado el correspondiente expediente administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, dictó resolución con fecha 25 de mayo de 2004 desestimando la petición de la recurrente por no haber justificado «suficientemente buena conducta cívica».

Según la indicada resolución, a la vista de la documentación obrante en el expediente administrativo la recurrente tenía «antecedentes de fecha 10 de diciembre de 1998, por un posible delito contra los derechos de los trabajadores» y el sobreesimiento provisional de las indicadas actuaciones no justificaba positivamente la buena conducta cívica exigida a la recurrente por el artículo 22.4 del Código Civil.

3.º Contra esta resolución se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

Interpuesto el citado recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta Audiencia Nacional y repartido a esta sección, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la recurrente para que formalizara la demanda.

En el escrito de demanda se sostienen, en síntesis, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

Nacionalidad

1.º La recurrente no tuvo nada que ver con el delito que se le imputó, acordando el Juez de Instrucción n.º 1 de Melilla el sobreseimiento del procedimiento, no siendo procedente que la sola detención de la recurrente, finalmente declarada inocente, desvirtúe su trayectoria en el país de acogida vulnerando su derecho a la presunción de inocencia.

2.º No puede atribuirse a una acusación de delito con resultado de sobreseimiento, es decir, sin declaración de responsabilidad, una relevancia negativa determinante del comportamiento cívico de la recurrente, existiendo suficientes elementos positivos para justificar el desenvolvimiento de la recurrente dentro de los valores de la convivencia cívica que, ponderados con la expresada circunstancia negativa, llevan a entender justificado el requisito de la buena conducta cívica.

Por lo anteriormente expuesto, la demanda concluye con la súplica de que se dicte sentencia acordando la nulidad de la resolución recurrida y la concesión de la nacionalidad española a la recurrente.

(...) de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que la recurrente viene residiendo legalmente en España desde el 20 de agosto de 1991, está casada con un ciudadano marroquí y tiene dos hijos. La recurrente trabaja como cosedora textil, percibiendo unos ingresos de 600 euros mensuales, y su marido como pintor, percibiendo algo más de 600 euros mensuales. La familia habita en una vivienda de alquiler. Durante su larga permanencia en España, la recurrente ha trabajado en diversas empresas y ha permanecido dada de alta en al Seguridad Social durante más de 2.000 días.

Pues bien, frente a los referidos presupuestos, de los que puede razonablemente presumirse que la recurrente ha llevado una vida ajustada al «estándar medio de conducta» durante su permanencia en España, la resolución recurrida deniega la nacionalidad española a la recurrente por unos antecedentes judiciales de fecha 10 de febrero de 1998,

relacionados con «un posible delito contra los derechos de los trabajadores». Sin embargo, ha quedado acreditado en el expediente administrativo que las referidas diligencias se archivaron por auto de sobreseimiento provisional de 20 de diciembre de 1999.

Consecuentemente, parece lógico concluir que la recurrente no tuvo responsabilidad alguna en las indicadas actuaciones penales, no siendo razonable que por el solo hecho de figurar inicialmente en las mismas pueda negársele la nacionalidad española, cuando ha mantenido una conducta cívica ajustada a los estándares medios durante el largo período que ha residido en España.

Consideramos por ello que en el supuesto enjuiciado la recurrente ha acreditado una buena conducta cívica suficiente para el reconocimiento de la nacionalidad española, por lo que debemos reputar no ajustada a Derecho la resolución recurrida, y como la Administración no recoge en la resolución impugnada otra causa denegatoria de la nacionalidad, reconocer el derecho de la recurrente a la adquisición de la nacionalidad española.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 21 de marzo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 367/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia; buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente. A fecha de la solicitud se carecían de antecedentes penales, y los avatares penales de la recurrente además de aparecer alejados en el tiempo de su solicitud de nacionalidad, constituyen un hecho aislado dentro de su amplia permanencia legal en España y aunque aparentemente de inicio eran por hechos de gravedad (tráfico de drogas) posteriormente las actuaciones penales quedaron limitadas a la supuesta alteración de un pasaporte colombiano que resultó auténtico.

Nacionalidad

“En el presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 23 de mayo de 2005 en la que se denegaba al recurrente la concesión de la nacionalidad, sobre la base de no haber justificado suficiente 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.

(...).

Nada tiene que ver, como indica el TS, el concepto jurídico indeterminado, buena conducta cívica, a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales a que se refiere en último término la norma invocada, ya en la Sentencia de 16 de marzo de 1999 se decía que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de «justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica» (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo y permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales.

De contrario los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son mera-

mente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española (Sentencia TS de 5 de noviembre de 2001 Rec. casación n.º 5912/1997).

(...).

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 24 de septiembre de 2003, siendo la recurrente nacional de Perú, está casada con español el 21 de septiembre de 2001 con el que tiene un hijo. El expediente refleja que fue detenida el 17 de octubre de 1994, en Madrid, por tráfico de drogas. Al efecto se ha aportado por la actora un auto de sobreseimiento provisional dictado el 3 de marzo de 1995 por el Juzgado de Instrucción n.º 9 de los de Madrid, D. Previas 5322/94-C.

Por ello, a fecha de la solicitud se carecían de antecedentes penales, y los avatares penales de la recurrente además de aparecer alejados en el tiempo de su solicitud de nacionalidad, constituyen un hecho aislado dentro de su amplia permanencia legal en España (la recurrente goza de permiso de residencia y trabajo desde 4 de febrero de 1991) y aunque aparentemente de inicio eran por hechos de gravedad –tráfico de drogas– posteriormente las actuaciones penales quedaron limitadas a la supuesta alteración de un pasaporte colombiano que resultó auténtico.

Nacionalidad

Por todo ello, ha de entenderse desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procediendo estimar el recurso y, anular dicha resolución por ser disconforme al ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de abril de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 196/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Solicitud de nacionalidad por residencia: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia. Se aprecian en el interesado circunstancias favorables de arraigo personal, económico y laboral en España como son el hecho de disponer de un trabajo estable, cotizar a la Seguridad Social y haber adquirido una casa en la que vive con su esposa sin que consten problemas de adaptación en su entorno.

“El presente recurso impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 1 de febrero de 2005 por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión tener arraigo suficiente en España, al estar casado con española y tener dos hijas también españolas, y haber acreditado durante su tiempo de estancia una buena conducta cívica tanto a nivel personal como profesional, tiene un trabajo estable, cotiza a la Seguridad Social y ha comprado una casa, sin que el hecho de haber sido condenado por una falta de lesiones imprudentes como consecuencia de un accidente de circulación pueda ser considerado como una mala conducta cívica a los efectos de obtener la nacionalidad española.

(...) el recurrente durante su estancia en España, desde mayo de 2000, reside amparado por tarjeta de

residente comunitario al estar casado con española aunque residía en España desde varios años antes, sin que se consten durante ese tiempo antecedentes desfavorables ni mala conducta cívica a excepción de un accidente de circulación en el que estuvo implicado, ocurrido el día 14 de junio de 1996, al invadir su vehículo el carril contrario causando lesiones y daños al conductor del vehículo contrario con el que colisionó, hecho que se encuentra muy alejado en el tiempo, pues el accidente tuvo lugar ocho años antes de solicitar la nacionalidad que nos ocupa, y que pese a tener la consideración de un acto imprudente, debe considerarse como un acto aislado que se ve compensado por las circunstancias favorables de arraigo personal, económico y laboral en nuestro territorio acreditadas, como son el hecho de disponer de un trabajo estable, cotizar a la Seguridad Social haber adquirido una casa en la que convive con su esposa sin que consten problemas de adaptación en su entorno. Es por ello que este Tribunal ponderando conjuntamente todas las circunstancias concurrentes aprecia que el recurrente cumple con el requisito de buena conducta cívica que le ha sido negado en la resolución administrativa impugnada a los efectos de obtener la nacionalidad española por residencia.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de abril de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 151/2005.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad: residencia legal.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente. La carencia de la documentación acreditativa de su residencia legal durante el período de tiempo a que alude la resolución recurrida no obedece a una falta de diligencia debida por parte del interesado sino a la realización de una serie de trámites administrativos necesarios para la renovación de la autorización de residencia de su hijo.

“El recurrente –natural de Perú– nació el 1 de agosto de 1987, habiendo estado representado en el expe-

Nacionalidad

diente administrativo y en la presente causa por su madre al ser menor de edad.

La solicitud de nacionalidad se presentó el 3 de julio de 2003.

El acto recurrido denegó la concesión de nacionalidad por no estar documentado con autorización de residencia el interesado desde el 1 de junio de 2001 hasta el 14 de agosto de 2002. Es de observar que –según resulta del expediente administrativo– el recurrente solicitó un permiso de residencia inicial el 27 de abril de 2000, que le fue concedido el 2 de junio de 2000, venciendo su plazo de validez el 1 de junio de 2001. El siguiente permiso de residencia temporal fue solicitado el 14 de agosto de 2002, siéndole concedido el 19 de noviembre de 2002 con validez hasta el 18 de septiembre de 2004.

La demanda rectora del proceso no niega los hechos en que se basa la resolución combatida, si bien se argumenta en la misma que aquel lapso temporal sin autorización de residencia fue motivado por la circunstancia de que la madre del demandante estaba tramitando la renovación de su permiso de trabajo y residencia, de la que dependía el permiso del recurrente. Se alega en la demanda que según la información recibida tanto de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales como de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Madrid la madre del demandante tenía que renovar primero su permiso de trabajo y residencia y solo después el de su hijo, siendo así que en enero de 2002 la madre recibió su permiso de residencia, por lo que entonces trató de renovar el permiso del aquí actor, si bien al intentarlo le informaron de que no era posible porque el plazo había vencido el 1 de septiembre de 2001, por lo que debería solicitar la exención de visado y luego la residencia. Siguiendo tales indicaciones –se aduce en la demanda– fue solicitada la exención de visado el 16 de enero de 2002, que fue concedido el 25 de abril de 2002. Posteriormente –se continúa alegando en la demanda– la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Ma-

drid citó al interesado para el 18 de agosto de 2002 a efectos de poder solicitar el permiso de residencia. El escrito de demanda concluye que el referido lapso temporal sin estar documentado de forma regular no se debió a falta de interés del recurrente, sino al seguimiento de los trámites administrativos que la propia Administración indicó en la información suministrada a su madre, resaltando que lleva viviendo en España con sus padres desde el año 2000, ha estado siempre escolarizado y se encuentra integrado en la sociedad española. Termina suplicando el reconocimiento del derecho a la concesión de la nacionalidad tras citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005.

Entre los documentos presentados con la demanda figura un oficio de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2001 emplazando a la madre del aquí recurrente «para su impresión dactilar en la documentación solicitada» (que era el permiso de trabajo y residencia), así como la solicitud de la exención de visado para el actor presentada el 16 de enero de 2002. No se ha presentado, en cambio, la correspondiente documentación acreditativa de la renovación del permiso de la madre (que, según se alega, fue recibido en enero de 2002) y de la concesión de la referida exención de visado (que, según se dice, fue concedido el 25 de abril de 2002), cuya presentación no hubiera estado de más, si bien la Sala entiende –como vamos a ver– que la diligencia probatoria desarrollada por la parte actora es suficiente para hacer fidedigna la razonable versión de los hechos que ofrece en la demanda, cuya estimación podemos ya adelantar.

La sucesiva normativa (Reales Decretos 864/2001 y 2393/2004) que se ha producido en la materia ha vinculado la autorización de residencia de los extranjeros menores de edad a la vigencia del permiso de residencia de sus padres o tutores, dependiendo aquella autorización de este último permiso. Con abstracción de que la madre del ahora demandante actuase o no conforme a las

Nacionalidad

previsiones reglamentarias a la hora de renovar la autorización de residencia del actor, y con independencia de que sobre el particular fuese inducida o no a error por la información que alega le suministró la Administración, lo cierto es que la versión de los hechos en que se apoya el escrito de demanda es razonable y cuenta con suficiente apoyo probatorio, de tal forma que es de reconocer que, cual se defiende en la demanda, la carencia de la documentación acreditativa de la residencia legal durante el período de tiempo a que alude la resolución recurrida no obedece a una falta de la diligencia debida por parte del interesado, sino a la realización de una serie de trámites administrativos que la representante del aquí actor entendía necesarios para la renovación de la autorización de residencia de su hijo. Considerando lo anterior y las circunstancias del caso, amén de la concesión al interesado en 19 de noviembre de 2002 del permiso temporal, cuya validez se prolongaba hasta el 18 de septiembre de 2004, llegamos a la conclusión de que la residencia del mismo fue legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, por lo que cumple el requisito que la resolución impugnada echaba en falta, de tal forma que, cual ya habíamos adelantado, procede la estimación del actual recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 25 de abril de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 273/2005.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad por residencia: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. La condena penal por una falta, consistente en carecer del seguro obligatorio de responsabilidad civil de un negocio abierto al público, hecho ocurrido hace cinco años antes de su solicitud, no impide adquirir la nacionalidad por falta de buena conducta cívica.

“El presente recurso impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 29 de marzo de 2005,

por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica «ya que según consta en la documentación que obra en el expediente fue condenado en Sentencia de fecha 30 de abril de 1998 por una falta contra el orden público».

El recurrente, de nacionalidad vietnamita, aduce en apoyo de su pretensión que tiene un contrato laboral fijo como cocinero, la condición de asilado en vigor hasta el 1 de octubre de 2006, está casado y tiene cuatro hijos nacidos en España, y su esposa tiene la condición de refugiada y tienen una vivienda en propiedad. Aduce, también, que no ha tenido problemas de convivencia en la sociedad española, tan solo consta que fue condenado por una falta contra el orden público, por Sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 26 de Madrid el 30 de abril de 1998, consistente en no mostrar el seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubriera la actividad como propietario de un restaurante en Madrid, hecho aislado cuyos antecedentes están cancelados y que no puede impedir que se considere que su estancia en España se ha desarrollado conforme a un estándar medio de buena conducta.

(...).

En el presente caso, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...).

Este tribunal considera que durante su larga estancia en España en su condición de asilado, ha demostrado una perfecta integración personal y laboral en nuestro país, pues está casado y tiene cuatro hijos, dispone de una vivienda en propiedad y un contra-

Nacionalidad

to laboral a tiempo completo e indefinido por cuenta ajena para el trabajo de cocinero, y su conducta durante este tiempo ha de considerarse correcta y acomodada al comportamiento normal de un ciudadano medio.

Es cierto que fue condenado por sentencia penal firme del Juzgado de Instrucción n.º 26 de Madrid, de fecha 30 de abril de 1998, como autor de una falta contra el orden público a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de 2000 pts., al resultar acreditado que el recurrente venía ejerciendo una actividad de restaurante careciendo del seguro obligatorio de responsabilidad civil y aunque posteriormente aportó un seguro, se constató que éste era de cobertura posterior al momento de la inspección, referidos al mes de abril de 1997.

Ahora bien, este hecho que tiene hoy en día la consideración de una mera infracción administrativa, no reviste una especial gravedad que le pueda impedir de forma indefinida acceder a la nacionalidad española pretendida, y debe valorarse de forma positiva que él intentó remediar esta infracción suscribiendo inmediatamente un seguro. Así mismo, debe ponderarse que los hechos que motivaron esta condena ocurrieron cinco años antes de la presentación de su solicitud de nacionalidad, por lo que han de considerarse suficientemente alejados en el tiempo a tenor de la gravedad de la conducta y del plazo de tres años que nuestro ordenamiento establece para las condenas por falta penales (artículo 2 de la Ley 68/1980, de 1 de diciembre), cuando se trata de expedir certificados e informes sobre conducta ciudadana.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que concurre en el recurrente elementos suficientes para entender que cumple con el requisito de buena conducta cívica y al desaparecer el único motivo en el que se basó la resolución administrativa para denegarle la nacionalidad pretendida, procede acceder a su petición.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 27 de abril de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 250/2005.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad: residencia legal en España.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente. De la documentación incorporada a la solicitud de nacionalidad se desprende que venía residiendo legalmente en España desde el año 1991, cumpliendo el período de cotización de diez años de residencia.

“En el particular recurso que enjuiciamos, de la certificación expedida por la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Ceuta obrante en el expediente administrativo (...), se desprende que la recurrente obtuvo permiso de residencia legal inicial el día 8 de octubre de 1991, con validez de un año; posteriormente, tras casarse con un ciudadano español, la recurrente solicitó la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario con fecha 8 de octubre de 1992, obteniendo la referida Tarjeta el día 5 de noviembre de 1992, con validez de cinco años; y solicitada una primera renovación de la Tarjeta con fecha 14 de noviembre de 1997, obtuvo la renovación el día 18 de mayo de 1998, con igual validez.

Ahora bien, la recurrente se separó legalmente de su marido español por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ceuta de 31 de octubre de 2000.

Consecuentemente, cuando la recurrente solicitó la nacionalidad española, el 16 de abril de 2002, había desaparecido el presupuesto que condicionaba la vigencia de su Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, ya que artículo 9.1 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (y en parecidos términos, el artículo 7.1 del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas) establece que la vigencia y la renovación de las Tarjeta de Fa-

Nacionalidad

miliar de Residente Comunitario está condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención.

No puede oponerse al referido argumento el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya que el apartado primero del artículo 61 de la indicada norma reglamentaria prevenía que los extranjeros titulares de permiso o tarjeta vendrían obligados, en el plazo de un mes, a poner en conocimiento de la Oficina de Extranjeros o Comisaría de Policía correspondiente al lugar donde residieran, los cambios de nacionalidad y de domicilio habitual, así como, cuando fuera procedente, las modificaciones de las circunstancias familiares o de aquellas otras establecidas legal o reglamentariamente para la obtención de los permisos correspondientes, comunicación que debía ir acompañada de los documentos que acreditaran dichos cambios.

Además, y en cualquier caso, de conformidad con la disposición final segunda del Real Decreto 178/2003 (disposición final primera del Real Decreto 766/1992), la normativa general en materia de extranjería sólo es aplicable a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 178/2003, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y en su derecho derivado, y el artículo 9.1 del Real Decreto 178/2003 (7.1 del Real Decreto 766/1992) condiciona de manera clara y patente la vigencia y renovación de las TRFC al mantenimiento de los presupuestos que dan lugar a su obtención.

Ello no obstante, las particularidades circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado deben conducirnos a sostener un criterio contrario al mantenido por la Administración en la resolución recurrida.

En efecto, de la documentación incorporada por la recurrente a la solicitud de nacionalidad se desprende que venía residiendo legalmente en España desde el día 8 de octubre de 1991, fecha de la concesión de su primer permiso de trabajo y residencia, por lo que cuando solicitó la nacionalidad española ya había completado sobradamente el período de diez años de residencia en España.

Por otro lado, la sentencia de separación atribuyó a la recurrente la guardia y custodia de los hijos del matrimonio, de nacionalidad española, por lo que la recurrente habría tenido derecho a la TRFC de conformidad con el artículo 2.c) del Real Decreto 178/2003 [artículo 2.c) del Real Decreto 766/1992, tras la modificación operada por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo], debiendo considerarse en situación de residencia legal hasta el 18 de mayo de 2003, fecha de expiración de la última Tarjeta que le fue concedida, según el criterio que viene sosteniendo el Tribunal Supremo en supuestos similares al enjuiciado (STS de 7 de septiembre de 2006).

Atendiendo las expresadas circunstancias, y llevando a cabo una interpretación de las normas en equidad, acorde con su espíritu y finalidad, consideramos que la Administración debió conceder la nacionalidad española a la recurrente, quien habría tenido derecho, en todo caso, según criterio del Tribunal Supremo, al mantenimiento de la vigencia de su TRFC, completando así, no ya el plazo privilegiado de residencia consecuente al disfrute de la referida Tarjeta, sino al más amplio de diez años establecido con carácter general en el Código Civil."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de mayo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 368/2005.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad española: integración en la sociedad española.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la nacio-

Nacionalidad

nalidad española por falta de integración en la sociedad española.

“Para el correcto enjuiciamiento del recurso contencioso-administrativo que examinamos, debemos tener en cuenta los siguientes presupuestos fácticos:

Con fecha 22 de febrero de 2001, el recurrente, nacional de Marruecos, solicitó la nacionalidad española por residencia.

(...) aunque el recurrente no había presentado problema alguno en la comprensión del castellano, e incluso había quedado acreditado que podía escribir y leer en nuestra lengua, el conocimiento de la lengua oficial no era, ni mucho menos, el único elemento a considerar para determinar si concurría o no el requisito de la integración social, sino que éste sólo podía quedar acreditado cuando el solicitante hubiera demostrado un conocimiento de los valores sociales reconocidos en el ordenamiento jurídico español y de las instituciones del Estado español; y del expediente administrativo resultaba que el requisito de la integración social de recurrente había sido informado negativamente por el Encargado del Registro Civil de Ceuta en base al contenido del acta de audiencia personal de 2 de mayo de 2001, no resultando acreditado el arraigo del recurrente en la sociedad española y, por tanto, el requisito de la integración exigido por el artículo 22.4 del Código Civil para la adquisición de nuestra nacionalidad.

(...).

En el escrito de demanda se sostiene, en síntesis, los siguientes argumentos frente a la resolución recurrida:

1.º El recurrente acredita tener más de diez años de residencia en España; conoce perfectamente nuestro idioma, ya que nació en Ceuta; ha cursado estudios en colegios públicos; conoce nuestros valores sociales; tiene arraigo familiar en nuestro país, ya

que sus padres y hermanos residen en territorio español; y está integrado en la sociedad española.

2.º La resolución recurrida carece de suficiente motivación, ya que deniega la solicitud de nacionalidad en función de una apreciación subjetiva, el acta de audiencia personal de Juez Encargado de 2 de mayo de 2001, sin tener en cuenta la circunstancia personal, edad y personalidad, tímida e inmadura, del recurrente.

(...).

Por ello, la mera residencia en España durante un largo período de tiempo tan solo justifica el cumplimiento de uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española –residencia legal y continuada– pero resulta, por sí misma, insuficiente si no va acompañada de una integración real y efectiva en las costumbres y forma de vida española.

La integración social, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado, o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado no ha quedado acreditada la integración del recurrente en la sociedad española.

En efecto, del acta de comparecencia desarrollada ante el Juez Encargado del Registro Civil de Ceuta el 2 de mayo de 2001, se desprende que el recurrente desconoce aspectos institucionales básicos de nuestra sociedad, como la capital de España, el nombre del heredero de la corona, el nombre de los Reyes de España y del Presidente del Gobierno o el día de la

Nacionalidad

Constitución. Además, preguntado por el Juez Encargado sobre por qué deseaba ser español, el recurrente manifestó que «pasaba» de la pregunta.

El desconocimiento de los aspectos básicos de nuestro sistema institucional y la ausencia de interés al contestar una pregunta tan relevante como la razón por la que se solicita la nacionalidad española, deben conducirnos a considerar que el recurrente no se encuentra integrado en nuestra sociedad, y en el mismo sentido concluyó el propio Juez Encargado después de la comparecencia.

La referida falta de integración debe valorarse desde una perspectiva singularmente negativa, ya que el recurrente es una persona joven, nacida en Ceuta y que ha cursado estudios en centros públicos españoles, por lo que debería conocer nuestras instituciones y encontrarse adaptado a nuestra sociedad.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 4 de mayo de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 210/2005.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente en quien concurre el requisito de buena conducta cívica para el reconocimiento de la nacionalidad española.

“(…) es cierto que de la documentación obrante en el expediente administrativo se desprende que el recurrente fue detenido por malos tratos en el año 1997, hecho de especial gravedad y merecedor de la mayor reprobación social, pero no podemos desconocer otras circunstancias relevantes para valorar la conducta cívica del recurrente.

Así es, de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que los hechos que motivaron la detención del recurrente se debieron a su adicción al alcohol, que el recurrente se sometió en el año 1997 a un tratamiento psiquiátrico

de deshabitación, permaneciendo ingresado en un centro durante tres meses, y que desde entonces no ha recaído en su adicción, presentando buena evolución (...). Además, la propia esposa del recurrente manifiesta que desde su ingreso hospitalario el recurrente se ha portado bien, estando de acuerdo con la concesión de la nacionalidad española al mismo (véase documento n.º 36 del expediente administrativo). Y, en todo caso, el recurrente no fue condenado penalmente por los hechos que motivaron su detención en el año 1997.

Conviene tener en cuenta, igualmente, que los hechos por lo que fue detenido el recurrente ocurrieron en el año 1997, es decir, cuatro años antes de que solicitara la nacionalidad española y seis años antes de que se dictara la resolución recurrida.

Por otro lado, frente a los hechos negativos imputados al recurrente, concurren otros presupuestos indicadores de su buena conducta e integración en nuestra sociedad.

En este sentido, de la documentación incorporada al expediente administrativo se desprende que el recurrente ha venido residiendo legalmente en España desde el año 1991, ha trabajado desde entonces con cierta regularidad, cotizando a la Seguridad Social a fecha 13 de septiembre de 2001 durante 1.691 días y ha cumplido con sus obligaciones fiscales.

Finalmente, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez Encargado del Registro Civil informaron favorablemente la concesión de la nacionalidad española al recurrente, reputando acreditados los extremos relativos a su buena conducta cívica.

Consideramos por todo ello que en el supuesto enjuiciado el recurrente ha acreditado suficiente buena conducta cívica a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, ya que su detención por malos tratos constituyó un hecho aislado, alejado de la solicitud de nacionalidad y motivado por una adicción al alcohol de la que, según la información

Régimen comunitario

obran en el expediente administrativo, se ha rehabilitado.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea.

Fecha: 19 de abril de 2007.

Cuestión prejudicial: C-444/05.

Ponente: Sr. Kuris.

Voz: Restricciones a la libre prestación de servicios: reembolso gastos clínicas privadas.

Resumen: El Tribunal señala que el artículo 49 CE se opone a una normativa de un Estado miembro, como la del litigio principal, que excluyen en cualquier caso el reembolso, por las entidades aseguradoras del país, de los gastos de tratamiento de sus asegurados en las clínicas privadas de otro Estado miembro, salvo los correspondientes al tratamiento dispensado a los niños menores de catorce años.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 49 CE, concretamente si dicha disposición es contraria a una normativa nacional que excluye el reembolso por una entidad aseguradora del país de los gastos de tratamiento de uno de sus afiliados mayor de catorce años en una clínica privada extranjera.

Esta petición fue presentada en el marco de un recurso interpuesto por el Sr. Stamatelakis, con domicilio en Grecia, afiliado al Organismo Asfaliseos Eleftheron Epangelmation (Organismo Asegurador de los Profesionales Liberales, «OAE») –entidad que sustituyó al Tameio Asfalisesos Emboron (Caja Aseguradora de los Comerciantes)– para obtener el reembolso de los gastos derivados de su tratamiento en una clínica privada del Reino Unido.

(...).

El Sr. Stamatelakis estuvo ingresado del 18 de mayo al 12 de junio y del 16 al 18 de junio de 1998 en el London Bridge Hospital, clínica privada del Reino Unido. El interesado abonó 13.600 GBP en pago del tratamiento.

Mediante recurso interpuesto ante el Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunal de Primera Instancia de Atenas), el interesado solicitó al OAE el reembolso de esa suma. Dicha solicitud fue denegada el 26 de abril de 2000, al entender que el asunto correspondía a la justicia administrativa.

Una nueva solicitud de reembolso, dirigida al OAE el 8 de septiembre de 2000, dio lugar a una resolución desestimatoria que justificaba dicho rechazo, por una parte, en que las pretensiones del Sr. Stamatelakis habían caducado en virtud de la prescripción anual del artículo 21 del Reglamento de la Rama Sanitaria de dicho organismo y, por otra, en que los gastos de tratamiento en clínicas privadas extranjeras no son reembolsables, salvo en el caso de niños menores de catorce años.

Tras el fallecimiento de su marido, el 29 de agosto de 2000, la Sra. Stamatelaki, su única heredera legal, interpuso un recurso de reposición contra la mencionada resolución desestimatoria, que fue desestimado por los mismos motivos mediante resolución de 18 de septiembre de 2001.

(...) plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1. ¿Constituye una limitación del principio de libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad, garantizado por los artículos 49 CE y siguientes, una normativa nacional que, por un lado, excluye en cualquier caso, salvo en el de los niños menores de catorce años, el reembolso por las entidades aseguradoras del país de los gastos de tratamiento de sus asegurados en una clínica extranjera mientras

Régimen comunitario

que, por otro lado, admite que –mediando previa autorización– se reembolsen esos gastos, si este tratamiento tiene lugar en una clínica extranjera pública, siempre que el asegurado no pueda recibir una atención adecuada inmediata en una clínica concertada con su entidad aseguradora?

2. Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, ¿cabe considerar que dicha limitación se impone por razones imperiosas de interés público, como, en particular, la necesidad de evitar un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social griego o de garantizar una atención hospitalaria y médica equilibrada y accesible a todos?

3. Si la respuesta a la segunda cuestión también fuera afirmativa, ¿cabe estimar que una limitación de este tipo está permitida, en el sentido de que no vulnera el principio de proporcionalidad, por no exceder lo objetivamente requerido para conseguir el fin que se propone y porque tal resultado no se obtendría con normas menos coercitivas?»

(...).

El Tribunal de Justicia ha precisado también que la mencionada disposición del Tratado CE permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población (sentencias antes citadas Kohll, apartado 51; Smits y Peerbooms, apartado 74, y Müller-Fauré y van Riet, apartado 67).

En efecto, debe señalarse que las clínicas privadas de otros Estados miembros también se hallan sometidas a controles de calidad en dichos Estados y que los médicos establecidos en ellos que intervienen en esas clínicas ofrecen garantías profesionales equivalentes a las de los médicos establecidos en Grecia, especialmente tras la adopción y la aplica-

ción de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165, p. 1).

A la vista de las consideraciones que preceden, ha de responderse a las cuestiones planteadas que el artículo 49 CE se opone a una normativa de un Estado miembro como la del litigio principal, que excluye en cualquier caso el reembolso por las entidades aseguradoras del país, de los gastos de tratamiento de sus asegurados en clínicas privadas de otro Estado miembro, salvo los correspondientes al tratamiento dispensado a los niños menores de catorce años.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea.

Fecha: 7 de junio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-50/06.

Ponente: Sr. Rosas.

Voz: Incumplimiento de Estado: expulsión. Condena penal.

Resumen: El Tribunal declara que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, al no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la citada Directiva, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio.

“Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964,

Régimen comunitario

56, p. 850; EE 05/01, p. 36), al no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la citada Directiva, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio.

(...).

Varios ciudadanos de la Unión que habían sido condenados a distintas penas de prisión en los Países Bajos presentaron denuncias a la Comisión contra las medidas que habían adoptado con respecto a ellos las autoridades neerlandesas en las cuales se les declaraban personas no gratas por razones de orden público. A raíz del examen de tales denuncias, la Comisión señaló que la legislación general neerlandesa sobre los extranjeros, aplicable asimismo a los nacionales de otros Estados miembros, no se ajustaba a la Directiva 64/221 por lo que se refiere a los ciudadanos de la Unión, en la medida en que permitía establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio. En consecuencia, la Comisión dirigió al Reino de los Países Bajos un escrito de requerimiento, el 19 de diciembre de 2002, en el cual le instaba a presentar sus observaciones.

(...).

Según el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario se opone también a las disposiciones nacionales que partan de una presunción según la cual los nacionales de los demás Estados miembros que hayan sido condenados a una determinada pena por delitos concretos deban ser expulsados (véase la Sentencia Orfanopoulos y Oliveri, antes citada, apartado 93).

Si bien no puede acreditarse que exista, en el caso de autos, en la legislación general neerlandesa sobre los extranjeros, un automatismo absoluto entre, por un lado, una condena penal y, por otro lado,

una medida de expulsión del territorio, no es menos cierto que esta legislación permite expulsar del territorio del Reino de los Países Bajos, sin observar las garantías materiales y procesales previstas en la Directiva 64/221, a los ciudadanos de la Unión que hayan sido objeto de una condena penal. Efectivamente, no cabe excluir que se dicten decisiones de expulsión contra dichas personas, a pesar de haberse tenido en cuenta consideraciones de índole familiar, sin valorar su comportamiento personal ni la existencia o inexistencia de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público.

De esta forma, procede constatar que la legislación general neerlandesa sobre los extranjeros permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio por lo que se refiere a los ciudadanos de la Unión.

(...).

A este respecto, basta con recordar que la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las Sentencias de 27 de noviembre de 1990, Comisión/Grecia, C-200/88, Rec. p. I-4299, apartado 13; de 14 de abril de 2005, Comisión/Grecia, C-22/04, no publicada en la Recopilación, apartado 19, y de 14 de julio de 2005, Comisión/Alemania, C-433/03, Rec. p. I-6985, apartado 32).

Pues bien, en el presente caso, consta que, al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, el Reino de los Países Bajos no había adoptado las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento reprochado.

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, el recurso interpuesto por la Comisión está fundado.

Régimen comunitario

Procede, pues, declarar que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 64/221, al no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la citada Directiva, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea.

Fecha: 14 de junio de 2007.

Cuestión prejudicial: C-127/05.

Ponente: Sr. Rosas.

Voz: Incumplimiento de Estado: expulsión. Condena penal.

Resumen: El Tribunal declara que la Comisión Europea no ha demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que, al circunscribir a los límites de lo razonablemente viable la obligación empresarial de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, el Reino Unido haya incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5 de la Directiva 89/391.

“Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, p. 1), al limitar la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo a una obligación de hacerlo sólo «en la medida en que sea razonablemente viable».

(...).

En lo que se refiere a la responsabilidad del empresario, el Reino Unido observa que ningún elemento de la Directiva 89/391 ni, en particular, de su

artículo 5, apartado 1, apunta a que el empresario deba estar sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva. En primer lugar, entiende que esta disposición sólo establece la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y no, además, la de indemnizar los daños derivados de accidentes de trabajo. En segundo lugar, el Reino Unido alega que la Directiva 89/391 permite a los Estados miembros decidir libremente qué forma de responsabilidad, civil o penal, procede imponer al empresario. En tercer lugar, sostiene que la cuestión de quién —el propio empresario, todos los empresarios como categoría o bien la comunidad— debe soportar los costes derivados de los accidentes laborales se ha confiado igualmente a los Estados miembros.

El Reino Unido considera que su régimen de responsabilidad, que impone una responsabilidad penal «automática» a todos los empresarios, salvo en caso de que se trate de la excepción basada en lo que es «razonablemente viable», interpretada de forma estricta, permite dar un efecto útil al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 89/391.

Según este Estado miembro, un empresario sólo puede sustraerse de esta forma de responsabilidad si demuestra que ha hecho todo lo que fuera razonablemente viable para evitar que se produjeran riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. A tal efecto, el empresario tiene que demostrar que existía una desproporción manifiesta entre, por una parte, el riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores y, por otra, el sacrificio en términos de costes, tiempo u otras dificultades que la adopción de las medidas necesarias para evitar dicho riesgo hubiera entrañado y que este último era insignificante con respecto a tal sacrificio.

El Reino Unido añade que la aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales de la cláusula controvertida implica una evaluación puramente objetiva de las situaciones, en la que no se toma en consideración la capacidad económica del empresario.

Régimen comunitario

(...) la Comisión alega que la obligación que incumbe al empresario tiene carácter absoluto, pero reconoce explícitamente que esta obligación no implica que el empresario tenga el deber de garantizar un entorno laboral exento de cualquier riesgo. En su réplica, la Comisión reconoce también que, después de haber evaluado los riesgos, el empresario puede concluir que éstos son tan mínimos que no debe tomarse ninguna medida preventiva. La Comisión entiende que, en tal situación, lo fundamental es que el empresario siga siendo responsable en caso de accidente.

Ahora bien, si, como resulta del apartado 51 de la presente sentencia, la Comisión no ha demostrado que la cláusula controvertida, al excluir una forma de responsabilidad objetiva, limite la responsabilidad de los empresarios, en contra de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391, tampoco ha logrado probar por qué la cláusula controvertida, que se refiere a una responsabilidad penal del empresario, puede incidir en el alcance de la obligación general de seguridad que incumbe al empresario, tal como esta obligación resulta de esas disposiciones.

En efecto, si bien la cláusula controvertida establece una reserva a la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo por cuanto sea «razonablemente viable», el significado de esta reserva depende del contenido preciso de esta obligación. Con respecto a las alegaciones de la Comisión, recordadas en el apartado 53 de la presente sentencia, la Comisión no ha precisado suficientemente su interpretación del contenido de esta obligación, a excepción de la responsabilidad civil o penal en caso de accidente, e independientemente de las obligaciones que resultan de los artículos 5, apartados 2 y 3, y 6 a 12 de la Directiva 89/391. Por consiguiente, la Comisión no ha demostrado de qué

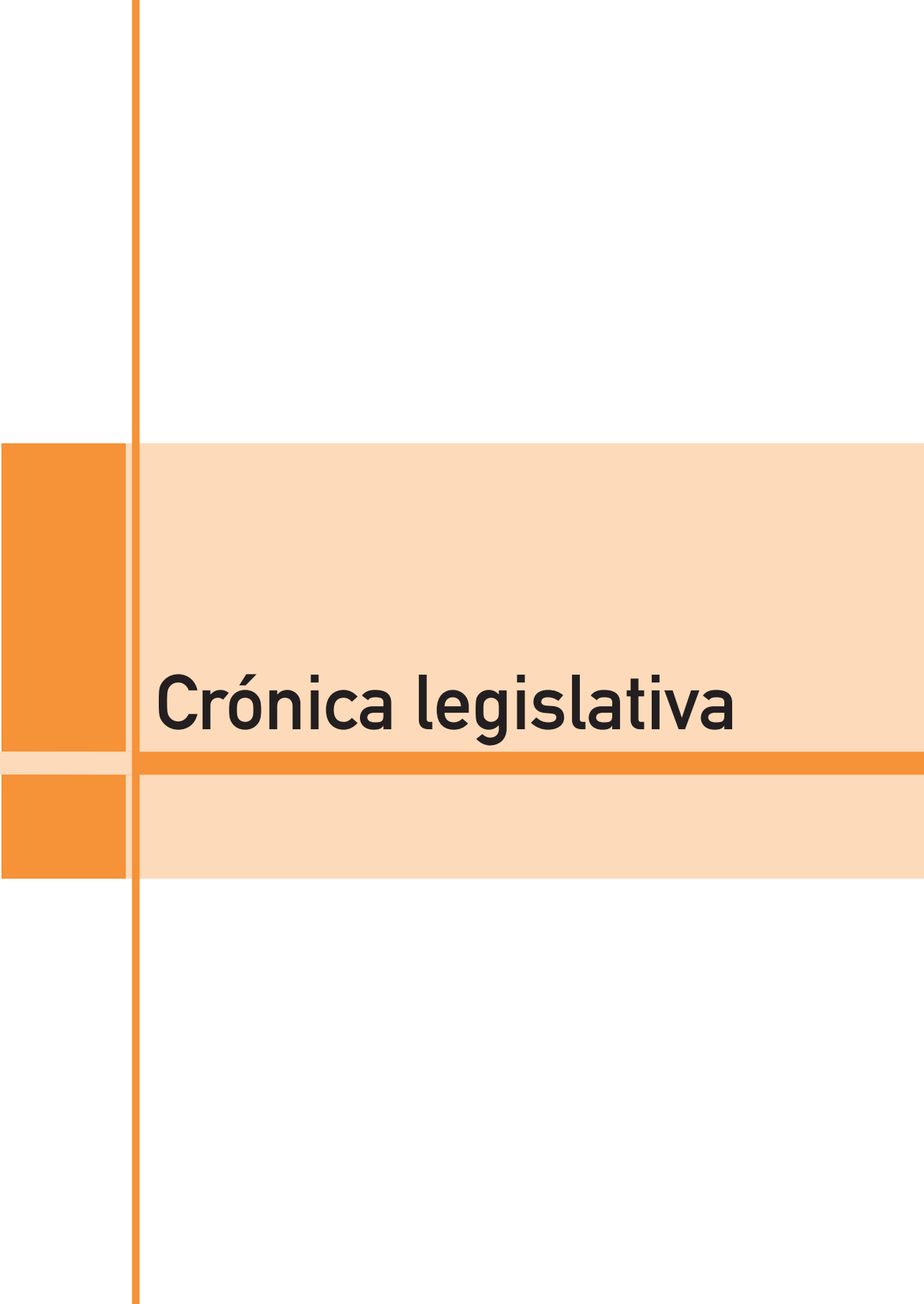
manera la cláusula controvertida, analizada a la luz de la jurisprudencia nacional recordada por las dos partes, infringe el artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391.

En este contexto, procede recordar que, en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, corresponde a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin que la Comisión pueda basarse en cualquier presunción (véanse las Sentencias de 12 de mayo de 2005, Comisión/Bélgica, C-287/03, Rec. p. I-3761, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 6 de abril de 2006, Comisión/Austria, C-428/04, Rec. p. I-3325, apartado 98).

Por consiguiente, procede declarar que la Comisión no ha demostrado que la cláusula controvertida limite, en contra de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 89/391, la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. En consecuencia, es preciso declarar que, en lo que se refiere a la segunda parte de la imputación, tampoco se ha cometido ningún incumplimiento.

A la luz de las consideraciones anteriores, procede concluir que la Comisión no ha demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que, al circunscribir a los límites de lo razonablemente viable la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, el Reino Unido haya incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391.

Por consiguiente, procede desestimar el recurso interpuesto por la Comisión.”

A decorative graphic consisting of a vertical orange line on the left side of the page. Two horizontal orange bands intersect this line: 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 wider, lighter orange band.

Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Real Decreto 367/2007, de 16 de marzo, por el que se crea y regula la Comisión Nacional para el Fomento y Promoción del Diálogo Intercultural (*BOE* n.º 72, del 24).
- 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).
- Providencia de 16 de marzo de 2007, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Almería, sobre el artículo 75.1, párrafo primero, del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en el particular relativo a que “la vigencia de las autorizaciones de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo” (*BOE* n.º 85, de 9 de abril 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 presunción (*BOE* n.º 86, de 10 de abril de 2007).
- Resolución de 26 de marzo de 2007, de la Secretaría General Técnica, relativa a la Objeción de España a las reservas formuladas por el Sultanato de Omán al Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 69, de 21 de marzo de 1984), hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (*BOE* n.º 87, de 11 de abril de 2007).

Crónica legislativa

- 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, del 19).
- 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, del 11).
- 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, del 11).
- Providencia de 13 de abril de 2007, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha con sede en Albacete, en relación con determinados preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE n.º 117, de 16 de mayo).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- 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).
- Instrumento de ratificación del Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Popular China, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE n.º 75, de 28 de marzo de 2007).
- Instrumento de ratificación del Convenio sobre traslado de personas condenadas entre la República Popular China y el Reino de España, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE n.º 76, de 29 de marzo de 2007).
- 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).
- Instrumento de ratificación del Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Guatemala, hecho *ad referendum* en Madrid el 26 de marzo de 1996 (BOE n.º 107, de 4 de mayo de 2007).
- Decisión del Canje de Notas de 26 de marzo de 1962 entre España y Bolivia por el que se supri-

Crónica legislativa

men 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).

- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Albania sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho en Tirana el 6 de febrero de 2006 (*BOE* n.º 137, de 8 de junio de 2007).
- Resolución de 31 de mayo de 2007, de la Dirección General de Emigración, por la que se establecen las normas para la designación de miembros del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (*BOE* n.º 138, de 9 de junio de 2007).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (CE) n.º 311/2007 de la Comisión, de 19 de marzo de 2007, que modifica el Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad (*DOUE* L 82, de 23 de marzo de 2007).
- Decisión del Consejo de 19 de abril de 2007 por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Derechos fundamentales y ciudadanía”, integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia” (*DOUE* L 110, del 27).
- 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 Ucrania, por otra, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía al ACC (*DOUE* L 110, de 27 de abril).
- Decisión del Consejo de 19 de abril de 2007 relativa a la firma y la aplicación provisional de un Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo de 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 118, de 8 de mayo de 2007).
- Decisión del Consejo de 23 de abril de 2007 relativa a la firma y aplicación provisional 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 Rumanía a la Unión Europea (*DOUE* L 119, de 9 de mayo de 2007).

Crónica legislativa

- 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 (*DOUE* L 129, de 17 de mayo de 2007).
- Decisión del Consejo, de 19 de abril de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre readmisión (*DOUE* L 129, de 17 de mayo de 2007).
- 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 (*DOUE* L 144, de 6 de junio de 2007).
- 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* L 144, de 6 de junio de 2007).
- 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” (*DOUE* L 144, de 6 de junio de 2007).
- Decisión del Consejo de 25 de junio de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007-2013 como parte del Programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios” (*DOUE* L 168, de 28 de junio de 2007).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

España ante el TJCE por no transponer Directiva sobre residentes larga duración

La Comisión Europea ha denunciado a España (con fecha de 7 de febrero de 2007) ante el TJCE (Asunto C-59/07) por no haber incorporado al Derecho interno la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (publicación en el DOUE: C 69/12 de 24.3.07). La Directiva otorga un estatuto europeo a los residentes de países terceros en situación de estancia legal e ininterrumpida durante cinco años en el territorio de los Estados miembros. Asimismo, aproxima las legislaciones nacionales sobre concesión del estatuto y fija las condiciones de estancia en un Estado miembro distinto del que les haya concedido tal estatuto. El plazo de transposición de la directiva finalizó el 23 de enero de 2006. Por otro lado, la Comisión ha denunciado a España por no transponer la Directiva 2003/110/CE sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, que define medidas de asistencia entre las autoridades competentes de los aeropuertos de tránsito de los Estados miembros en relación con las repatriaciones (Asunto C-58/07) (DOUE C 69/28 de 24 de marzo de 2007). (26 de marzo de 2007).

Inauguración de las nuevas instalaciones de Frontex

El Vicepresidente de la Comisión Europea y comisario de Libertad, Seguridad y Justicia, Franco Frattini, ha inaugurado las nuevas instalaciones de la Agencia Europea de Fronteras Exteriores (Frontex) en Varsovia. Frattini ha subrayado que el control de las costas europeas es un desafío común para toda Europa y no solamente para algunos Estados Miembros y ha puesto como ejemplo la interceptación por un barco español e italiano de un barco que se dirigía supuestamente a Reino Unido. El comisario europeo ha anunciado la adopción en un futuro de dos propuestas importantes: El desarrollo de sistemas de entrada y salida y viajeros registrados en las fronteras exteriores, empleando datos biométricos y otras nuevas tecnologías y el futuro Sistema Europeo de Vigilancia (EUROSUR) para todas las fronteras exteriores, tanto marítimas como terrestres.

(26 de marzo de 2007).

Dossier informativo sobre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Comisión Europea ha publicado un dossier informativo sobre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Agencia está operativa desde el 1 de marzo de 2007.

(*) 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

El objetivo es proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales cuando apliquen el Derecho comunitario, con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas. El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia amplió su mandato a fin de convertirse en una Agencia de Derechos Humanos. La sede de la Agencia permanece en Viena.

(2 de abril de 2007).

LA CE miembro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

La Comunidad Europea se ha convertido en miembro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, reafirmando así su importante papel internacional en materia de justicia civil. El vicepresidente de la Comisión Europea y comisario de Justicia, Libertad y Seguridad, Franco Frattini, ha declarado que el objetivo es facilitar la vida a los ciudadanos europeos, estableciendo normas claras y precisas en relación con la competencia jurisdiccional, el derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, no sólo en el ámbito comunitario sino también en el ámbito internacional. La adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia de la Haya, ha añadido, garantizará una mayor coherencia del derecho internacional privado y simplificará la vida de las personas que decidan establecerse en el extranjero.

(2 de abril de 2007).

El Tratado de Prüm sobre cooperación judicial y policial penal y la protección de datos

El Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), Peter Hustinx, se ha pronunciado sobre la transposición al marco jurídico de la UE del Tratado de Prüm sobre cooperación judicial y policial en asuntos penales. El SEPD ha valorado el enfoque prudente y progresivo de la iniciativa pero ha lamentado que no armonice los elementos esenciales en relación con la recogida e intercambio de datos. Hustinx ha precisado que si bien la protección de datos juega un papel importante en este Tratado, se trata, sin embargo, de disposiciones específicas destinadas a completar un marco general sobre protección de datos que, por desgracia, no existe todavía. Este marco general, ha añadido, es necesario para garantizar al ciudadano una protección adecuada ya que la aplicación del Tratado a toda la UE facilitará de manera considerable el intercambio de información de datos de ADN o huellas dactilares.

(9 de abril de 2007).

El Parlamento Europeo y los Derechos Humanos

La Subcomisión de Derechos Humanos ha organizado un seminario con expertos procedentes de las instituciones europeas, parlamentarios de Alemania (país que ostenta la Presidencia de la UE) y antiguos premios Sájarov. En la reunión se han expuesto las conclusiones de un estudio del Centro Interuniversitario Europeo para los Derechos Humanos y la Democratización (EUIC) sobre el impacto de las actividades del Parlamento en el campo de los derechos humanos. El in-

Europa en breve

II

forme enumera aspectos positivos como la presión ejercida sobre terceros países, la protección a individuos, el apoyo moral a las víctimas, el ser una referencia para otras organizaciones o la visibilidad que da a la problemática relacionada con violaciones de los derechos humanos. Sin embargo, en el estudio se recalca la necesidad de una mayor y más visible presencia de estas actividades en los medios de comunicación, así como una mejor coordinación entre las distintas instituciones.

(9 de abril de 2007).

Equipos de intervención rápida en las fronteras

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo ha aprobado un informe sobre el Reglamento por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras. El Reglamento establece un mecanismo destinado a proporcionar durante un período limitado una asistencia operativa rápida al Estado miembro que lo solicite ante la llegada a determinados puntos de las fronteras exteriores de un gran número de nacionales de países terceros que intenten entrar ilegalmente en el territorio del Estado miembro. Define también las funciones y competencias de los miembros de los equipos de intervención rápida en las fronteras durante las operaciones realizadas en un Estado miembro distinto del propio. El texto se votará en la plenaria de este mes de abril.

(16 de abril de 2007).

Notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

El Consejo de Justicia e Interior de la UE ha confirmado el acuerdo alcanzado en junio de 2006 en relación con la modificación del Reglamento 1348/2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. La propuesta busca mejorar y acelerar la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de su notificación o traslado, simplificar la aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n° 1348/2000 y mejorar la seguridad jurídica del requirente y del destinatario. La Posición Común del Consejo se adoptará una vez que el texto haya sido revisado por los juristas lingüistas.

(23 de abril de 2007).

Tramitación de cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia

Los ministros de Justicia e Interior han aprobado el envío de una Carta al Presidente del TJCE en relación con la tramitación de las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia. El Consejo acoge con satisfacción la intención del TJCE de presentar propuestas para la introducción de un procedimiento prejudicial de urgencia. El Consejo comparte la opinión del Tribunal de Justicia de que tal procedimiento prejudicial de urgencia debe ser aplicable en el espacio de libertad, seguridad y justicia en su conjunto los criterios de urgencia que deberán definirse con mayor precisión.

(30 de abril de 2007).

Garantías procesales en procesos penales en la Unión Europea

Los ministros de Justicia de la UE, reunidos en Luxemburgo en el marco del Consejo de la UE, han decidido posponer los trabajos relativos a la propuesta sobre las garantías procesales en procesos penales en la Unión Europea, con vistas a alcanzar un acuerdo en junio de 2007. Las tres opciones estudiadas para alcanzar un acuerdo son: a) un mecanismo de *opt in*, b) un mecanismo de *opt out* y c) una cooperación reforzada. El 1 y 2 de junio de 2006, el Consejo de la UE alcanzó un acuerdo sobre los principios que debían guiar los futuros debates sobre esta propuesta. Se llegó a la conclusión de que el ámbito de la propuesta de decisión marco se limitaría al derecho a ser informado, a la asistencia jurídica, a la justicia gratuita, a la interpretación y a la traducción de documentos del proceso.

(30 de abril de 2007).

Programas de financiación “Derechos fundamentales y justicia”

El Consejo de Justicia e Interior de la UE ha adoptado la Decisión por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Derechos fundamentales y ciudadanía”, integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”. Asimismo, los ministros de Justicia e Interior de la UE han alcanzado un acuerdo político en relación con la propuesta de Decisión por la que se establece para el período 2007-2013 el Programa específico de justicia civil en el marco del mismo Programa general de derechos fundamentales y justicia. El Consejo debe adoptar ahora su posición común y remitirla al Parlamento Europeo para una segunda lectura en el marco del procedimiento de codecisión. Por último, y dentro de este mismo programa general, se ha aprobado un acuerdo político sobre el programa relativo a la prevención contra las drogas, que deberá también pasar una segunda lectura en el Parlamento.

(30 de abril de 2007).

Ampliar competencias del TJCE en materia de asilo e inmigración

El Parlamento Europeo ha mostrado su apoyo, en el marco del procedimiento de consulta, a la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se adaptan las disposiciones relativas al Tribunal de Justicia en los ámbitos cubiertos por el título IV (visados, asilo, inmigración y otras políticas relativas a la libertad de circulación de las personas) del Tratado CE. Actualmente, en los litigios nacionales relativos a derechos subjetivos creados por la legislación adoptada en virtud del título IV, los jueces nacionales de primera instancia y de apelación no pueden plantear una cuestión prejudicial y por tanto solicitar al TJCE que interprete el Derecho comunitario aplicable. Así pues, las personas afectadas pueden verse obligadas a agotar todas las vías jurisdiccionales nacionales para conseguir una remisión prejudicial que pueda aclarar sus derechos. Si se aprueba la propuesta, incluso los órganos jurisdiccionales nacionales de primera instancia podrán plantear una cuestión prejudicial.

(7 de mayo de 2007).

Europa en breve

II

Equipos de intervención rápida en las fronteras

El Parlamento Europeo ha aprobado, en primera lectura de codecisión, la propuesta de Reglamento por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras. El Reglamento establece un mecanismo destinado a proporcionar una asistencia operativa rápida al Estado miembro que lo solicite, en particular, en caso de afluencia 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. El texto define también las funciones y competencias de los miembros de los equipos de intervención rápida en las fronteras durante las operaciones realizadas en un Estado miembro distinto del propio.

(7 de mayo de 2007).

Resolución sobre el Informe anual sobre los Derechos Humanos en el mundo (2006)

El Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre el Informe anual sobre los Derechos Humanos en el mundo (2006) y la política de la UE a este respecto, que proporciona una descripción general de las actividades de las instituciones de la UE en materia de derechos humanos dentro y fuera de la UE. La Resolución pretende examinar, evaluar y, en algunos casos concretos, realizar una crítica constructiva de las actividades en materia de derechos humanos de la Comisión y el Consejo y de las actividades generales del Parlamento, en particular llamando la atención sobre los temas obviados en dichas actividades.

(7 de mayo de 2007).

Segunda edición del Manual para integración de inmigrantes

El Vicepresidente de la Comisión Europea y responsable de las políticas de Justicia, Libertad y Seguridad, Franco Frattini, ha presentado, en el marco de un encuentro informal organizado por la Presidencia alemana de la UE en Potsdam los días 10 y 11 de mayo de 2007, la segunda edición del manual para la integración de los inmigrantes. Este manual está destinado a ayudar a las personas que trabajan en este campo, tanto en el ámbito local como europeo, con consejos prácticos e ideas. En el documento, se exponen las buenas prácticas y enseñanzas resultantes de la experiencia de los responsables tanto de adoptar decisiones políticas como de ponerlas en práctica.

(14 de mayo de 2007).

Nota informativa sobre la política de inmigración europea

La Comisión Europea ha publicado una nota informativa sobre la política de inmigración europea. La política europea en este ámbito pretende cubrir el conjunto de aspectos relacionados con la inmigración, desde la integración de los inmigrantes legales a la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. En la nota se abordan cuestiones como los acuerdos con terceros países, la integración de los inmigrantes, el control de las fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal o la política común de asilo. Asimismo, el texto contiene enlaces a las notas de prensa sobre la política de inmigración europea.

(14 de mayo de 2007).

Sistema de Información de Visados

La Comisión de Libertades, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo ha aprobado el informe relativo al Reglamento que establece el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros. Esta base de datos permitirá el intercambio de información entre Estados miembros en relación con las solicitudes de visados por parte de ciudadanos de terceros países que deseen entrar en el espacio Schengen. El texto es el resultado de un acuerdo con el Consejo por lo que el reglamento podrá aprobarse en una sola lectura una vez que la plenaria del Parlamento Europeo se pronuncie en junio.

(14 de mayo de 2007).

Sanciones para empresarios que empleen a inmigrantes de manera irregular

La Comisión Europea, con el objetivo de combatir la oferta de empleo ilegal para inmigrantes, ha presentado una propuesta de directiva que prevé sanciones para los empresarios que empleen a inmigrantes de manera irregular. Los Estados miembros estarán obligados a aplicar sanciones penales para cuatro tipos de delitos graves: infracciones repetidas, el empleo de un número significativo de inmigrantes de países terceros en situación irregular, condiciones de trabajo y empleo especialmente abusivas o el empleo, con conocimiento de causa, de una persona víctima de la trata de seres humanos. Asimismo, la Directiva obliga a los Estados miembros a someter a inspecciones al menos a un 10% de las empresas al año.

(21 de mayo de 2007).

Comunicaciones sobre la dimensión externa de la inmigración

La Comisión Europea ha publicado dos comunicaciones relativas a la dimensión externa de la inmigración. La Comunicación relativa a la inmigración circular y al partenariado para la movilidad entre la UE y terceros países propone partenariados entre la UE y aquellos terceros países interesados en establecer una colaboración para combatir la inmigración ilegal. Los nacionales de los países concernidos podrían obtener oportunidades para inmigrar de manera legal, como por ejemplo, visados de corta duración. Asimismo, en la Comunicación se fomenta la inmigración circular, a fin de ayudar a la UE a cubrir sus necesidades en mano de obra y contribuir al desarrollo de los países de origen evitando la fuga de cerebros. En cuanto a la otra Comunicación, pretende extender la aplicación del enfoque global en materia de inmigración a Turquía, los Balcanes Occidentales y los países de Oriente y Oriente medio.

(21 de mayo de 2007).

Dossier informativo sobre la integración de los inmigrantes en la UE

La Comisión Europea ha publicado un dossier informativo sobre la integración de los inmigrantes en la UE. El dossier incluye notas de prensa y notas informativas o documentos como la primera y la segunda edición del manual sobre integración.

Europa en breve

II

Asimismo, se puede acceder a información sobre la financiación europea destinada a la integración de inmigrantes y a la lista de proyectos seleccionados.

(21 de mayo de 2007).

Programa solidaridad y gestión de flujos migratorios

El Consejo de la UE ha aprobado tres decisiones en materia de financiación comunitaria por las que establece como parte del Programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”, el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013, el Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 y el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013. Estos Fondos están destinados a apoyar los esfuerzos de los Estados miembros en materia de recepción de refugiados, de gestión de fronteras exteriores y de gestión de retorno de inmigrantes.

(21 de mayo de 2007).

Organización y coordinación red europea de libre circulación de trabajadores en la UE

La Comisión Europea ha publicado una licitación para la organización y coordinación de una red europea de libre circulación de trabajadores en la Unión Europea (Ref. 2007/S 93-113588). La red tendrá la misión de vigilar los desarrollos en materia de legislación, puesta en práctica y aplicación por los tribunales nacionales de las leyes comunitarias sobre libre circulación de trabajadores. El Plazo de recepción de ofertas y solicitudes de participación finaliza el 27 de junio de 2007

(21 de mayo de 2007).

Legislación comunitaria en materia de estadísticas relativas a la migración y el asilo

La Oficina de Estadísticas Europea Eurostat ha publicado una licitación para el apoyo a la aplicación de la legislación comunitaria en materia de estadísticas relativas a la migración y el asilo. Ref. 2007/S 100-122418. El objetivo es prestar apoyo metodológico documentado a las instituciones de los Estados miembros (incluidos los institutos nacionales de estadística, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia, las autoridades de inmigración) para la aplicación de la legislación en materia de estadísticas relativas a la migración y el asilo. El Plazo de recepción de solicitudes finaliza el 13 de julio de 2007.

(28 de mayo de 2007).

Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de 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.

(11 de junio de 2007).

Informe evaluación Sistema de Dublín para determinar responsable examen solicitud asilo

La Comisión Europea ha publicado un Informe sobre la evaluación del sistema de Dublín. El sistema de Dublín se propone determinar el Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas por nacionales de terceros países en el territorio de uno de los Estados miembros de la UE. El informe concluye que, en general, los objetivos del sistema de Dublín, sobre todo en lo que respecta al establecimiento de un mecanismo claro y factible para determinar la responsabilidad de las solicitudes de asilo, se han alcanzado en gran medida. Sin embargo, persisten algunas reservas, tanto en la aplicación práctica como en la eficacia del sistema. Por consiguiente, la Comisión propondrá las medidas necesarias para resolver estos problemas y seguir mejorando su eficacia.

(11 de junio de 2007).

Aplicación del Sistema de Información de Schengen

El Parlamento Europeo ha aprobado un informe que da el visto bueno al proyecto del Consejo de extender las disposiciones del Sistema de Información de Schengen (SIS) a la República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca. Schengen es un sistema de información común que permite a las autoridades de los Estados cooperar e intercambiar información sobre personas. El SIS es uno de los instrumentos de cooperación policial y judicial más importantes de la UE. Este sistema de información se aplica contra la delincuencia y para controlar a las personas en las fronteras exteriores o en territorio nacional, así como para expedir visados y permisos de residencia.

(11 de junio de 2007).

Estatuto residente larga duración para los refugiados

La Comisión Europea ha presentado una Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional. Los refugiados y beneficiarios de protección internacional no pueden actualmente beneficiarse del estatuto de residente de larga duración en virtud de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. La propuesta pretende incluirles en el ámbito de aplicación de esta directiva 2003/109/CE.

(11 de junio de 2007).

Estadísticas comunitarias sobre inmigración

El Consejo de la UE ha aprobado un Reglamento relativo a las estadísticas comunitarias sobre inmigración y protección internacional (asilo). El Parlamento Europeo ya aprobó este texto en marzo en el marco del procedimiento de codecisión. El reglamento define las normas comunes para recopilar estadísticas de los flujos migratorios internacionales, la población extranjera, la

Europa en breve

adquisición de la nacionalidad, las solicitudes de asilo, medidas preventivas contra la entrada y estancia irregular o permisos de residencia otorgados.

(11 de junio de 2007).

Reglamento sobre el Sistema de Información de Visados

El Parlamento Europeo ha aprobado, en primera lectura, un reglamento cuyo objetivo es mejorar la gestión de la información sobre visados. Los eurodiputados han pedido que estos datos sólo se transmitan a terceros países para evitar delitos de terrorismo y exigen que se garantice el respeto a la privacidad de los titulares de los visados. Por su parte, los ministros de Justicia e Interior han alcanzado un acuerdo político en relación con este reglamento. El texto aprobado por el Parlamento es el resultado de un acuerdo con el Consejo de la UE, por lo que el procedimiento legislativo concluirá en primera lectura.

(11 de junio de 2007).

Programa Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios

En el marco del Programa general “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”, se han publicado tres decisiones por las que se establecen el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013, el Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007-2013 y el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013. El Fondo Europeo para los Refugiados incluye apoyo a los Estados miembros en la gestión de situaciones de presión excepcional resultantes de la llegada repentina de un elevado número de personas eventualmente necesitadas de protección internacional. Por otra parte, entre los objetivos del Fondo para las Fronteras Exteriores figura la aplicación uniforme por los guardias de fronteras de las disposiciones del Derecho comunitario en materia de cruce de fronteras exteriores. Por último, el objetivo del Fondo Europeo para el Retorno es promover el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en el marco de unas normas comunes.

(11 de junio de 2007).

Acuerdos con Ucrania para repatriación de inmigrantes ilegales y expedición de visados

El Consejo de la UE ha adoptado dos decisiones para la firma de dos acuerdos con Ucrania: uno sobre la facilitación de la expedición de visados de corta duración y otro sobre readmisión de personas. El primero tiene por objeto facilitar la expedición de visados a los ciudadanos de Ucrania para estancias cuya duración prevista no exceda de los 90 días por periodo de 180 días. El segundo, establece procedimientos rápidos y eficaces de identificación y repatriación segura y ordenada de las personas que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada y estancia. Los acuerdos se han firmado el 18 de junio en el marco del Consejo de Cooperación UE-Ucrania.

(18 de junio de 2007).

Equipos de intervención rápida en las fronteras

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han aprobado el Reglamento que establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y regula las funciones y competencias de los agentes invitados. El Reglamento establece un mecanismo destinado a proporcionar durante un período limitado una asistencia operativa rápida, en forma de equipos de intervención rápida en las fronteras, al Estado miembro que lo solicite por encontrarse 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.

(18 de junio de 2007).

Sistema de Información de Schengen de segunda generación

El Consejo de la UE ha adoptado la Decisión relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II). El SIS II constituye un sistema de información único que garantiza un alto nivel de seguridad en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE mediante la asistencia operativa a la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales. 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.

(18 de junio de 2007).

Protección de datos personales en la cooperación policial y judicial penal

El Consejo de Justicia e Interior de la UE ha aprobado una serie de conclusiones en relación con la Decisión marco del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Los ministros de Justicia e Interior han llegado a la conclusión de que la decisión marco debe apoyarse en los principios mínimos de protección de datos personales del Consejo de Europa. Asimismo, han anunciado que examinarán todas las soluciones propuestas por el Parlamento Europeo y que tendrán en cuenta su opinión. Finalmente, han anunciado la intención de obtener un acuerdo político sobre la decisión marco en cuanto sea posible y a más tardar antes de finales de 2007.

(18 de junio de 2007).

Inclusión de identificadores biométricos en el permiso de residencia

El Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución legislativa, en el marco del procedimiento de consulta, en relación con la propuesta modificada de Reglamento sobre un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. La inclusión de identificadores biométricos constituye un paso importante hacia la utilización de nuevos elementos que esta-

Europa en breve

blecen un vínculo más fiable entre el modelo uniforme de permiso de residencia y su titular, lo que contribuye sensiblemente a garantizar que el modelo uniforme de residencia quede protegido contra una utilización fraudulenta.

(25 de junio de 2007).

Conclusiones del Consejo Europeo en materia de justicia y asuntos de interior

Los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE, reunidos en Bruselas los días 21 y 22 de junio en el marco del Consejo Europeo, han adoptado una serie de conclusiones en materia de justicia y asuntos de Interior. Entre las cuestiones abordadas están la inmigración y la protección de los derechos del ciudadano. El Consejo Europeo ha subrayado la necesidad de avanzar con rapidez en la definición de una política global europea de migración y ha hecho un llamamiento para que los equipos de intervención rápida en las fronteras comiencen a operar lo antes posible y se aprovechen al máximo las nuevas posibilidades que brinda la Red de patrullas costeras. Por otro lado, se ha destacado que la protección de los derechos del ciudadano es esencial y se ha pedido al Consejo que antes de finalizar el año alcance un acuerdo sobre la Decisión marco relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y que continúen los trabajos sobre los derechos procesales en los procesos penales.

(25 de junio de 2007).

Integrar los derechos fundamentales en los instrumentos comunitarios

El Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Estrategia para la dimensión exterior - Plan de acción para la realización del programa de La Haya, instando al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros a que garanticen que los derechos fundamentales forman parte integrante de todo instrumento, programa o medida operativa relacionada con la lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada, la migración, el asilo y la gestión de las fronteras. Asimismo, ha expresado su preocupación por el cumplimiento de las normas básicas sobre derechos humanos por la propia UE, con especial referencia al reciente ejemplo de los programas de entregas extraordinarias de la CIA.

(25 de junio de 2007).

Protección de datos personales en la cooperación policial y judicial en materia penal

Tras la propuesta revisada presentada por la Presidencia alemana de la UE en enero de 2007, el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) ha emitido un nuevo dictamen (el tercero) sobre la propuesta de Decisión Marco relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Para el SEPD, el texto disminuye la protección del ciudadano y queda incluso por debajo del nivel de protección establecido en el Convenio del Consejo de Europa. El SEPD subraya que el procedimiento de toma de decisiones no puede justificar que se adopte un planteamiento de mínimo común denominador que vaya

Europa en breve

en menoscabo de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y reste eficiencia a la aplicación de la ley.

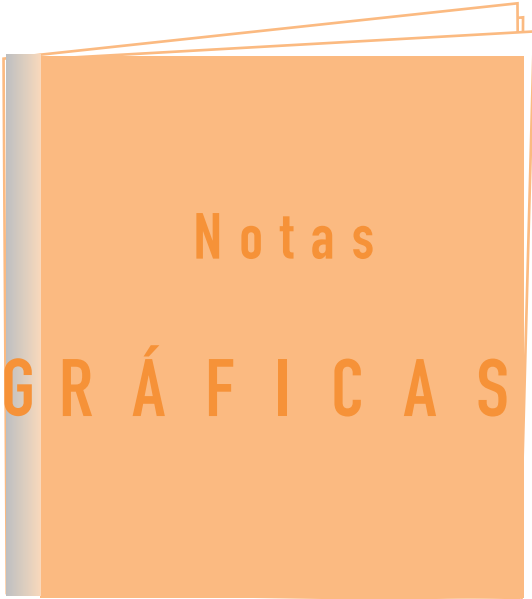
(25 de junio de 2007).

Intercambio de información de los registros de antecedentes penales

El Parlamento Europeo ha votado a favor de la Decisión marco para mejorar el intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros. El texto solicita el respeto a la protección de los datos personales de las personas condenadas y defiende que sea el Estado de nacionalidad el responsable de conservar la información relativa a las condenas contra sus nacionales. La propuesta de decisión marco relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros obliga a los Estados miembros a intercambiar información regularmente, y no sólo una vez al año, sobre las condenas y los cambios posteriores que impliquen una modificación o una cancelación de la información contenida en los registros de antecedentes penales.

(25 de junio de 2007).

**Notas bibliográficas,
apuntes y
convocatorias desde
las dos orillas**



Notas

BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUR: *La Situación de los Refugiados en el Mundo 2006 (Desplazamientos humanos en el nuevo milenio)*, Madrid 2007, 238 pp.
- BARQUERO J.D. y ARBÓS BERTRÁN, A.: *Cómo evitar el choque de culturas y civilizaciones*, Ediciones Libertarias, Barcelona 2007, 382 pp.
- BONET PÉREZ, J.: *La mundialización y el régimen jurídico internacional del trabajo (La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal)*, Atelier, Barcelona 2007, 356 pp.
- CALVO BUEZAS, T. (Ed.): *Hispanos en Estados Unidos, inmigrantes en España: ¿Amenaza o nueva civilización?*, La Catarata, Madrid 2006, 414 pp.
- CASA ÁRABE: *Musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e Islamofobia (Extractos de los Informes del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia Dic. 2006)*, <http://www.casaarabe-ieam.es/pdf/es/Libro%20Islamofobia.pdf>, 96 pp.
- COLOMER VIADEL, A.: *Inmigrantes y emigrantes*, Universidad Politécnica de Valencia, 2006, 261 pp.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.): *Regulación de la adopción internacional (Nuevos problemas, nuevas soluciones)*, Aranzadi, Pamplona 2007, 477 pp.
- FAIST, T. y ETTE, A.: *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration (Between Autonomy and the Europ)*, Palgrave MacMillan, Hampshire 2007, 296 pp.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ BENOT, V. (coord.): *Estudios sobre Adopción Internacional*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=145>, 389 pp. LAMBERT-H: *La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 3.^a edición, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, 78 pp.
- LE COURT GRANDMAISON, O.; LHUILLIER, G. y VALLUY, J. (dir.): *Le retour des camps? Sangatte, Lampedusa, Guantánamo...*, Autrement, París 2007, 300 pp.
- LEMA TORNÉ, M.: *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2007, 437 pp.
- MUCHAL BODERMANN, Y. y YURDAKUL, G.: *Migration, Citizenship, Ethos*, Palgrave Macmillan, Hampshire 2007, 272 pp.

Notas bibliográficas

- NOIRIEL, G.: *Immigration, antisémitisme et racisme en France (XIXe-XXe siècle)- Discours publiques, humiliations privées*, Fayard, París 2007, 715 pp.
- PHELAN, M. y GILLESPIE, J.: *Immigration Law Handbook*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2007, 1.232 pp.
- RIPOL CARULLA, S.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho Español (La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el ordenamiento español)*, Atelier, Barcelona 2007, 232 pp.
- RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I. y CEBOLLA BOADO, H.: *Origen y causas de la emigración de África a España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, 60 pp.
- SOLOMOS, J.: *Race and Racism in Britain*, Palgrave MacMillan, Hampshire 2007, 320 pp.
- TAIBO, C.: *Movimientos antiglobalización (¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?)*, La Catarata, Madrid 2007, 174 pp.
- WELLER, M.: *The Rights of Minorities in Europe (A Commentary on the European Convention for the Protection of National Minorities)*, Oxford University Press, 2006, 405 pp.
- ZAPATA, R. y VAN DIJK, T.A.: *Discursos sobre la inmigración en España: los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Fundació CIDOB, Barcelona 2007, 272 pp.

Notas bibliográficas

Informe 2007 de CEAR: La situación de los refugiados en España

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ UGARTE (Director)
MARIO AMORÓS, MARTHA ARROYO y
MAURICIO VALIENTE (Coordinadores)

Ed. Enfiteria
Madrid, junio 2007

POR:

MAURICIO VALIENTE OTS
Coordinador del Servicio Jurídico de CEAR
Profesor asociado de la UC3M

CEAR publica su quinto informe anual, que introduce como novedad un completo apéndice estadístico con 63 cuadros y gráficos sobre los principales datos que caracterizan la política de asilo española, principalmente en 2006, pero con atención también a su evolución en la última década y también en los últimos 25 años. Esta continuidad en el tiempo y el énfasis en los datos aportan un valor añadido, ya que permiten realizar un seguimiento detenido a las políticas de asilo en España y la UE.

En 2006, 5.297 personas solicitaron el estatuto de refugiado en España, frente a las 5.257 de 2005; las 5.553 de 2004; las 5.918 de 2003; las 6.309 de 2002; y las 9.490 de 2001. En 2006, en Francia solicitaron asilo 30.690 personas; en Reino Unido, 27.850; en Suecia, 24.320; en Alemania 21.030 y en Holanda, 14.470.

Colombia volvió a ser el país de origen de un mayor número de solicitantes de asilo en España: 2.239

(frente a los 1.655 de 2005 y los 648 de 2004), un 42,27% del total. Por continentes, en 2006 el 46,14% (2.444) de los solicitantes de asilo procedieron de América y el 39,29% (2.081) de África.

El aeropuerto de Barajas se ha convertido en uno de los lugares donde se formalizan más solicitudes de asilo en España. El Informe analiza a fondo la preocupante distorsión que realizan las mafias, lo que dificulta la labor de asesoramiento y, en definitiva, la protección efectiva de una parte de los ciudadanos colombianos que solicitan el estatuto de refugiado en el aeropuerto madrileño.

En 2006 se mantuvo un sostenido incremento en el porcentaje de solicitantes de asilo admitidos a trámite, que alcanzó el 58,28% (frente al 42,93% de 2005), un dato esperanzador que reconduce la práctica de la OAR a las previsiones legales, que contemplan la inadmisión como un mecanismo excepcional. No obstante, según el análisis desarrollado en el Informe, el porcentaje de inadmisiones sigue siendo muy elevado, ya que se utiliza de forma automática en situaciones que exigen un estudio más detenido.

En 2006, el porcentaje de estatutos de protección internacional concedidos en España sobre el total de solicitudes resueltas por el ministro del interior siguió siendo muy reducido (el 7,88%), aunque ligeramente superior al de 2005, que fue de 6,77%. Sin embargo, el número de estatutos de refugiado se redujo de 201 en 2005 a 168 personas (el 3,72%), mientras que los de protección complementaria aumentaron hasta el 4,16% del total de las resoluciones firmadas. En cambio, al 87,05% (3.930 personas) España denegó toda protección, bien porque la OAR los inadmitió a trámite, bien porque les denegó finalmente el estatuto de refugiado. Los expedientes de 229 personas se archivaron (5,07%).

Pero no todo son datos en el informe, en el mismo podemos encontrar análisis de las causas que generan y caracterizan los grandes flujos de refu-

Notas bibliográficas

giados en nuestros días, como la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales, y la situación del pueblo palestino, que es el que tiene más población refugiada en el mundo (cerca de cinco millones). Como no podía ser de otra forma se presta una especial atención a la llegada de casi 32.000 inmigrantes a Canarias en 2006 a bordo de cayucos, con un énfasis en las motivaciones de este éxodo (el imparable empobrecimiento de África, con una responsabilidad importante de las transnacionales y de los gobiernos occidentales; el crecimiento demográfico; el avance de la desertificación...).

Otro aspecto que, desde un punto de vista jurídico tiene una enorme relevancia, es el análisis de las dificultades para el acceso al procedimiento de asilo en España, con apartados dedicados a los polizones, los centros de internamiento en Canarias, Ceuta, Melilla y otras zonas fronterizas.

Uno de los sucesos más impactantes de 2006 que refleja este informe es la odisea del pesquero *Francisco y Catalina*, que en julio del año pasado rescató a 51 naufragos en el Mediterráneo, cien millas al sur del archipiélago de Malta. Durante siete días los gobiernos de Malta, Italia y España, así como la Unión Europea, se vieron envueltos en un conflicto político y humanitario que concluyó con un verdadero “reparto” de estas personas, una solución improvisada y que sienta un peligroso precedente en opinión de CEAR. A España llegaron 19 de los 51 naufragos.

La segunda parte de esta obra ofrece una amplia visión de la evolución del sistema de acogida en

España, como las dificultades para encontrar un alojamiento adecuado debido a la inseguridad del estatuto jurídico de la mayoría de estas personas, la ausencia de mecanismos apropiados para los refugiados víctimas de la tortura y el acceso al mercado laboral en condiciones de igualdad es un aspecto central para la integración de los refugiados y los solicitantes de asilo en nuestra sociedad, aunque la realidad social impone muchos obstáculos.

Cabe destacar la atención que presta el informe a los menores extranjeros no acompañados, en especial por su referencia a las repatriaciones, al subrayar el incumplimiento sistemático de las condiciones mínimas para que pueda hablarse de procesos de reunificación familiar y no de expulsiones coactivas: recabar toda la información sobre la familia y aplicar siempre el interés superior del menor.

Por último, CEAR recoge en su informe tres propuestas para avanzar hacia un mayor compromiso de España con los refugiados: la protección temporal ante las crisis humanitarias; la concesión de autorización de residencia y trabajo a las personas a las que se ha denegado el estatuto de refugiado y pueden probar un arraigo laboral en España; el derecho al voto de los refugiados y los inmigrantes.

El *Informe 2007 de CEAR: La situación de los refugiados en España* no sólo constituye un instrumento imprescindible para todos los que se dedican a esta materia, ya desde el punto de vista profesional, académico o del movimiento asociativo, sino que también ofrece una visión global para todas las personas que se acercan a una realidad cada vez más relevante en nuestras sociedades.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza
y Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@intermigra.info)

La Carta de Derechos Fundamentales, la inmigración y el asilo en la reforma del Tratado de la Unión Europea: un breve apunte

SUMARIO

I. La nueva conferencia intergubernamental de la Unión Europea.

II. La debilitada positivación de la Carta de los Derechos Fundamentales. A) La Declaración unilateral polaca. B) El protocolo británico.

III. Las modificaciones que afectan al espacio de libertad, seguridad y justicia.

IV. Trascendencia de la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia.

V. Conclusión: ¿demasiados retos y poca voluntad común?

I. LA NUEVA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El fracaso del Tratado por el que se establece (se establecía, más exactamente) una Constitución para Europa¹ suponía sin duda un gran avance en la integración. Pero su rechazo en los referendos francés y holandés implicaba primero una grave enfermedad y posteriormente su defunción.

Para salir de la parálisis subsiguiente, la reunión del Consejo Europeo (celebrada en Bruselas los días 21 y 22 de junio de 2007) elaboraba un Proyecto de Mandato de la Conferencia Intergubernamental (en adelante CIG), que debe regir las actuaciones de dicha Conferencia, a inaugurar “antes del final de julio” de 2007² y parece que a finalizar antes de que termine el presente año.

(1) Este Tratado fue adoptado por consenso por la denominada Convención Europea en junio-julio de 2003 y presentado al Consejo Europeo en su reunión celebrada en Roma el 18 de julio de 2003.

(2) Ver Conclusiones de la Presidencia, apartado 10; el texto puede verse en <http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?id=429&lang=es&mode=g>.

Lejos debe quedar la polémica sobre si este texto era o no era una Constitución³, polémica ciertamente magnificada por los medios de comunicación social; desde la perspectiva jurídica sin duda nos encontrábamos ante un tratado internacional, cuya denominación para nada cambiaba la naturaleza de la Unión Europea; desde luego la denominación de “Constitución” que tiene el tratado creador de la Organización Internacional para las Migraciones o la UNESCO o la FAO para nada modifican su naturaleza de Organizaciones Internacionales.

Según el mandato adoptado por el Consejo Europeo, la CIG debe elaborar un Tratado de Reforma del Tratado de la Unión Europea. Este Tratado de Reforma modificará el Tratado de la UE (que conservará intacta su denominación) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que pasará a denominarse “Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea”; además se realizarán algunas modificaciones técnicas, sobre todo del Tratado de la EURATOM y de algunos protocolos, mediante la adopción de protocolos anejos al Tratado de Reforma.

La Historia nos demuestra que la UE, además de caracterizarse como una Unión de Estados y de ciudadanos, debe calificarse como una Unión en negociación permanente; cuando esa negociación afecta a las normas constitutivas, el problema se complica enormemente. Pues bien, en este orden de ideas en los últimos quince años se han adoptado el Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Niza y el Tratado por el que se establecía una Constitución; por si todo ello fuera poco, ahora se negocia el Tratado de Reforma.

El mandato del Consejo Europeo contiene dos Anexos, el primero sobre las modificaciones a introducir en el Tratado de la UE y el segundo sobre las que afectarán al futuro Tratado sobre el funcionamiento de la UE, o sea al actual Tratado de la Comunidad Europea. Pero no vamos a examinar ahora todos los problemas que este mandato suscita, sino que nos centraremos en los que afectan a la Carta de los Derechos Fundamentales y al espacio de libertad, seguridad y justicia; el eje de este pequeño análisis será por tanto el formado por las migraciones internacionales y el derecho de asilo.

II. LA DEBILITADA POSITIVACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este eterno proceso negociador interesa preguntarnos cuál será el valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales tras la modificación de los tratados. Recordaremos que existe una primera versión de la Carta (adoptada o proclamada en Niza en 2000) y otra versión modificada por la CIG en 2004, que es la que se introdujo como Parte II del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa; esta segunda versión tiene además unas Explicaciones que forman parte de la misma Carta.

(3) Ver P. AGUELO NAVARRO y Á.G. CHUECA SANCHO: *La Constitución Europea y... los extranjeros*, INTERMIGRA, Valladolid-Zaragoza 2005, pp. 3-5.

La Carta de Derechos Fundamentales

Pues bien, el mandato del Consejo Europeo de junio de 2007 prevé que exista un artículo relativo a los derechos fundamentales en el Tratado de la UE y que dicha norma contenga “una referencia cruzada a la Carta de los Derechos Fundamentales, tal como se aprobó en la CIG de 2004 (con sus Explicaciones), que le conferirá un carácter jurídico vinculante y establecerá su ámbito de aplicación” (párr. 9 del mandato)⁴.

Por tanto, como el propio mandato deja claro, no se incluirá en el futuro Tratado de la UE ni en el Tratado sobre el funcionamiento de la UE el texto de la Carta, no se “constitucionalizará” (podemos usar este término si su uso no suscita otro escándalo mediático) dicha Carta. Prevé sin embargo que sea publicada en el Diario Oficial de la UE; su publicación completa parece exigir asimismo la publicación de sus Explicaciones, que en diversas ocasiones limitan los derechos proclamados en la Carta.

Aun cuando no es la mejor de las soluciones posibles (sino el amargo fruto de la imposición sobre todo británica y polaca), mejorará su situación; porque hasta el momento la Carta, “proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000... pese a no tener fuerza jurídica vinculante, es una prueba de la importancia, en el ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos que enuncia”, como señala el Tribunal de Justicia⁵. Además –parece que también por imposición británica y polaca– la CIG adoptará una Declaración, en virtud de la cual la Carta ni amplía ni modifica las competencias de la UE en materia de Derechos Fundamentales⁶.

La Carta sufrió asimismo dos serios recortes en su posible aplicación por parte de los británicos y los polacos, que estudiamos a continuación.

A) La Declaración unilateral polaca

En la reunión del Consejo Europeo Polonia formulaba una Declaración unilateral⁷ de formulación casi lapidaria pero gran calado en esta cuestión. Afirma textualmente tal Declaración que “la Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, el derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y el respeto de la identidad física y moral humana”. Obsérvese sobre todo en primer término el carácter rotundo, absoluto, de la afirmación (“no afecta en modo alguno”); repárese en segundo lugar que el ámbito cubierto por esta Declaración (moral pública, derecho de familia, dignidad humana...) se halla en el mismo corazón de los Derechos Fundamentales.

(4) Se supone que la “referencia cruzada” será una referencia directa, nominativa.

(5) Sentencia de 12 de diciembre de 2006, caso *Reynolds Tobacco*, párr. 122.

(6) Ver nota 17 del mandato.

(7) Nota 18 del mandato.

Ciertamente Polonia puede conseguir, a través de esta Declaración, la ruptura del principio de igualdad y no discriminación; tal vez intente lograr que no se aplique en materia tan trascendente como los Derechos Fundamentales ni a los polacos ni a los ciudadanos de la UE que residen en Polonia sin tener esa nacionalidad ni a los nacionales de Estados no miembros⁸.

Pero la Declaración polaca plantea al menos tres cuestiones de fondo:

– Por un lado, se permite que un Estado miembro establezca estatutos diferenciados más bajos en Derechos Fundamentales que los vigentes en los restantes Estados miembros; se rompe pues la unidad del Derecho de la UE en esta trascendental materia.

– En segundo término, conviene no olvidar que el vigente Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 13, señala que el Consejo de la Unión, “por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. ¿No podría implicar tal Declaración unilateral una violación de este artículo? ¿No conducirá al bloqueo sistemático por parte de Polonia de la aplicación de esta norma, pues desafortunadamente se lo permite la unanimidad? ¿No planteará Polonia en la CIG la simple y pura desaparición de esta norma en el futuro Tratado sobre el funcionamiento de la UE?

– Descendiendo al Derecho Derivado, tampoco debemos olvidar que la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluye un artículo 1 que afirma textualmente: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Por otro lado, el artículo 2.5.º, de la misma Directiva afirma: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Pues bien, habrá que preguntarse si la Declaración unilateral polaca no viola ya esta Directiva, no choca ya frontalmente con la misma; la respuesta afirmativa parece muy clara y haría incurrir a Polonia en violación del Derecho de la UE, por incumplimiento (artículo 226 del actual TCE).

(8) Con las informaciones actuales, parece claro que, tras esta Declaración, se encuentra (entre otros objetivos) el intento del actual Gobierno polaco de perseguir a los homosexuales.

La Carta de Derechos Fundamentales

B) El protocolo británico

El Reino Unido logró que se adoptase un Protocolo, como anexo al Tratado de la UE⁹ que ofrece asimismo diversos ángulos de interés. El protocolo afirma en uno de sus considerandos que “la Carta contiene tanto principios como derechos”; tras esta aparente inofensiva afirmación se encuentra la tesis “neocon” que atribuye el carácter de Derechos Humanos tan sólo a los civiles y políticos y no a los restantes.

Por otro lado, el Reino Unido “desea” que “se precisen determinados aspectos de aplicación de la Carta”. Reafirmando una vez más la excepción británica, señala que este Protocolo “no afecta a la aplicación de la Carta a otros Estados miembros”.

El Protocolo contiene tres importantes limitaciones en la aplicación de la Carta:

a) La Carta no amplía las competencias del Tribunal de Justicia ni de ningún tribunal británico para apreciar que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, acciones y prácticas del Reino Unido “no son coherentes con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma”. En otras palabras, el Reino Unido queda por tanto no sometido a la Carta, salvo en cuanto ya lo esté por otros medios.

b) En particular “y a fin de no dejar lugar a dudas” –afirmará textualmente el artículo 2 del Protocolo– nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta (Solidaridad, artículos 27 a 38, ambos incluidos) crea derechos defendibles ante los tribunales británicos, “salvo en la medida en que el Reino Unido haya contemplado dichos derechos en su legislación nacional”. Recorta de esta forma las posibles obligaciones británicas en materias tan importantes como el derecho a la negociación colectiva, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil, el derecho a la seguridad social y a la ayuda social, la protección del medio ambiente y la protección de la salud, entre otros derechos, salvo que antes hayan sido legislados en su Derecho interno.

c) También se lee en el artículo 2 de este Protocolo que, cuando la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, “sólo se aplicará en el Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas del Reino Unido”. De esta forma resulta evidente la conclusión que afirma que el Reino Unido se ha cortado un traje a su medida.

El Tratado de Reforma incluirá asimismo la obligación de la UE de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, obligación ya presente en el artículo 7 del fenecido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. A su vez la consideración de los derechos protegidos en tal Convenio Europeo y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como “parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales” se hallaba en el mismo artículo 7 del mismo desaparecido Tratado.

(9) Nota 19 del mandato.

Pero globalmente ha de destacarse que la positivación de la Carta ha quedado muy debilitada al menos en dos Estados, Gran Bretaña y Polonia. Se ha debilitado sobre todo el principio de igualdad y no discriminación, que es el cimiento imprescindible de todo el Derecho de la UE.

Las consecuencias de esta debilitada positivación de la Carta no le auguran demasiado éxito. Menos mal que –frente al debilitamiento de tales Derechos– todavía tenemos la Convención Europea de los Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo.

III. LAS MODIFICACIONES QUE AFECTAN AL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El Anexo 1, relativo a las modificaciones del Tratado de la UE, introduce en el preámbulo como segundo considerando el siguiente párrafo: “INSPIRÁNDOSE en las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, a partir de las cuales se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho”. Se sigue de esta manera el preámbulo por el que se establecía una Constitución para Europa¹⁰.

Por otro lado, el actual artículo 2 del Tratado de la UE (TUE), que se transformará en el futuro artículo 3, debe decir:

“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia.”

Obsérvese que tal espacio de libertad, seguridad y justicia se ofrece solamente a los ciudadanos de la Unión, no a todas las personas. Para los no ciudadanos, para los extranjeros en sentido propio, se prevé la adopción de “medidas adecuadas” en fronteras exteriores, asilo, inmigración y delincuencia. La simple enumeración permite comprobar que los no ciudadanos carecerán del derecho a la libre circulación y estarán sujetos a controles; por si ello fuera poco, el mero hecho de unir asilo, inmigración y delincuencia deja traslucir un subconsciente demasiado próximo a una xenofobia, que puede transformarse en paneuropea.

El Anexo 2, relativo a las modificaciones del Tratado CE, introduce novedades significativas en la regulación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Como se había decidido ya en 2004, el actual Título IV del Tratado CE (denominado “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”) será sustituido por otro denominado “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, dividido en cinco capítulos:

1.º Disposiciones generales.

2.º Políticas sobre controles fronterizos, asilo e inmigración.

(10) No es esta la única referencia al tema, porque el Tratado de funcionamiento de la UE incluirá una norma sobre el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales (presente en el artículo 51 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa).

La Carta de Derechos Fundamentales

- 3.º Cooperación judicial en materia civil.
- 4.º Cooperación judicial en materia penal, y
- 5.º Cooperación policial.

Este Anexo prevé que se inserte una norma según la cual los Estados miembros podrán cooperar y coordinarse entre ellos, en concreto en materia de seguridad nacional.

Nada dice el Anexo 2 sobre el capítulo 2 de este nuevo Título. Pero resulta significativa su denominación, que incluye los controles fronterizos en primer lugar. A estas alturas de la evolución del fenómeno migratorio internacional, los partidarios de la Europa “fortaleza” todavía parecen pensar en fronteras impermeables...

Finalmente el mandato tiene una importante laguna en esta materia pues no plantea de un modo claro la posible modificación actual del recurso prejudicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Recordaremos que, según el artículo 68.1.º, del vigente TCE en visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, cuando se plantee una cuestión prejudicial sólo la formularán los órganos jurisdiccionales estatales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el derecho estatal correspondiente. No pueden formularla pues otros órganos jurisdiccionales estatales, como sucede en general con el recurso prejudicial.

Pero además el Tribunal de Justicia en este terreno sufre la reserva de orden público y seguridad interior (artículo 68, 2.º); según esta norma, el Tribunal de Justicia “no tendrá en ningún caso competencia alguna” sobre medidas o decisiones adoptadas en materia de orden público o seguridad interior de los Estados miembros. La limitación resulta especialmente importante porque numerosos Estados caen en la tentación de considerar a los inmigrantes en situación irregular como un problema de orden público, tanto en su situación interna como en su modo de proceder a la expulsión de los mismos.

Esta última cuestión podría solucionarse con el establecimiento de un procedimiento prejudicial de urgencia, como el propio Tribunal de Justicia sugería el 25 de septiembre de 2006¹¹; este procedimiento prejudicial de urgencia ofrecería rapidez en la tramitación de los asuntos y la salvaguardia de determinado número de garantías procesales, aportando una protección jurisdiccional más efectiva. Desgraciadamente la sugerencia del Tribunal de Justicia se enfrenta al temor de bastantes Estados de que las migraciones se jurisdiccionalicen demasiado.

IV. TRASCENDENCIA DE LA DIMENSIÓN EXTERIOR DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Hablamos de la dimensión interior del espacio de libertad, seguridad y justicia, o en concreto de la inmigración y el asilo no en términos estatales sino de la UE; la dimensión interior implicará

(11) Texto en <http://curia.europa.eu/es/instit/txtdocfr/documents/o6208.pdf>.

el trato a los inmigrantes, sobre todo la denominada “integración” de los mismos. Si nos referimos a la dimensión exterior, nos situamos en el plano de la gestión de las migraciones, de sus causas, del subdesarrollo, etc., pero siempre fuera de la UE.

El mismo 21 de junio de 2007 –mientras el Consejo Europeo examinaba la materia– el Parlamento Europeo adoptaba una Resolución sobre la Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Entre otras aportaciones, en ella el Parlamento Europeo “recomienda que la Agencia Frontex desempeñe un papel operativo en la gestión de las fronteras exteriores mediante el aumento de sus capacidades operativas y la atribución de medios financieros, humanos y técnicos suficientes, de acuerdo con el principio de solidaridad y de ayuda mutua entre Estados miembros, que deberían compartir los costes derivados de la gestión de las fronteras exteriores de la Unión y pide un mayor apoyo para los esfuerzos incesantes de los nuevos Estados miembros con miras a la protección de las nuevas fronteras exteriores orientales de la UE”¹².

En la misma Resolución el Parlamento Europeo pone algunos problemas urgentes sobre el tapete, cuando señala:

“53. Pide la instauración, sin retraso excesivo, de un sistema europeo común de asilo, y exhorta al Consejo a que suprima todo obstáculo a su creación;

54. Considera la conclusión de los acuerdos de readmisión como una prioridad que se inscribe en el marco más amplio de la estrategia de lucha contra la inmigración ilegal; recuerda la necesidad de disponer de normas comunes claras, transparentes y equitativas sobre el retorno; manifiesta su preocupación de que los acuerdos de readmisión firmados en nombre de la UE no excluyen explícitamente a los solicitantes de asilo de su ámbito de aplicación y pueden, por lo tanto, implicar la readmisión de solicitantes de asilo cuyas solicitudes aún no hayan sido objeto de una decisión sobre el fondo o cuyas solicitudes se hayan rechazado o juzgado inadmisibles tras la aplicación del concepto de “tercer país seguro”; pide garantías con el fin de velar por el respeto del principio de no devolución.”

Esta dimensión exterior se halla por tanto de plena actualidad; la UE negocia tratados de readmisión y sobre la concesión de visados con todos los Estados posibles, amplía el papel de Frontex, conecta indudablemente cooperación al desarrollo y represión de la inmigración irregular en los Estados de origen, etc.

La lectura de las conclusiones del Consejo Europeo, antes citadas, y del pronunciamiento del Parlamento Europeo suscita sin duda diversas cuestiones hoy esenciales en la UE, que podemos sintetizar en tres:

1.^a Se habla constantemente de un enfoque global sobre la gestión de flujos migratorios, el desarrollo y la cooperación con los países de origen, pero resulta todavía difícil admitir la existencia de una política global europea de migración; más bien nos encontramos con 27 políticas estatales, a las que se va superponiendo poco a poco otra política que pretende ser común. Este

(12) Apartados 46-47.

La Carta de Derechos Fundamentales

pretendido enfoque global incluye actualmente, entre otros aspectos, el examen de las migraciones circulares y profundiza en la cuestión de la trascendencia de la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia.

2.^a Se pretende establecer antes de 2010 el denominado sistema europeo común de asilo (SECA). Además de las oportunas modificaciones legislativas, la Comisión Europea lanzaba en junio de 2007 su Libro Verde sobre el futuro sistema europeo común de asilo¹³. El SECA debe suponer al menos el establecimiento de un procedimiento común de concesión del asilo y la adopción de un estatuto uniforme de los asilados, válido en todo el territorio de los Estados miembros de la UE. Sin embargo, hoy por hoy no resulta fácil llegar al SECA con 27 Estados miembros que defienden en la materia intereses tan encontrados.

3.^a Adquiere especial relevancia la denominada política de readmisión que la UE intenta establecer ya desde hace años. La celebración de acuerdos de readmisión va avanzando, entre dificultades y demoras¹⁴. El 23 de mayo de 2007 el Consejo de la UE adoptaba unas conclusiones sobre la evaluación de los progresos y resultados de las negociaciones de acuerdos de readmisión de la Comunidad con terceros países¹⁵, documento que recoge la actual posición de la UE en esta materia.

V. CONCLUSIÓN: ¿DEMASIADOS RETOS Y POCA VOLUNTAD COMÚN?

Las cuestiones surgidas en materia de inmigración y asilo resultan sin duda complejas por su propia naturaleza. En el caso de la UE se entremezclan además con la soberanía de los Estados y con el control por los mismos de su territorio. Territorialidad y soberanía tienen connotaciones imprescindibles para los Estados, pero no parece que en el ámbito europeo hoy tales connotaciones deban interpretarse y trasladarse a la realidad de modo individual y diferenciado, como lo fueron por ejemplo en la primera mitad del s. xx; por el contrario, resulta necesario adoptar al menos un marco jurídico común y actuar conjuntamente.

Parece claro que la UE afronta diversos retos en estos momentos en esta materia. Y para afrontarlos, de momento no se ha dotado de los medios necesarios, ni siquiera de la coherencia interna necesaria en Derechos Fundamentales (como demuestra la debilitada positivación de la Carta).

Hoy por hoy no es tan claro que exista una voluntad común para afrontar los mencionados retos. Por eso en visados, asilo, inmigración y otras políticas relativas a la libre circulación de personas los plazos se amplían, los acuerdos se difuminan en su concreción, los problemas persisten, las individualidades estatales destacan.

(13) COM (2007) 301 final, 6 de junio de 2007.

(14) El último celebrado fue con Ucrania en 2007.

(15) 9850/07 MIGR 42.

Precisamente por todas estas circunstancias resulta presumible que en el futuro –como en la actualidad– sigan jugando un papel destacado las cooperaciones reforzadas. Estas cooperaciones, si por un lado pueden ser el origen de un futuro más común (el caso Schengen lo demuestra), por otra rompen el grado mínimo que la realidad migratoria y del asilo exige actualmente.

ENCARNACIÓN LA SPINA

Becaria de investigación del Programa
de Formación del profesorado Universitario
del Ministerio de Educación y Ciencia.
Instituto Universitario de Derechos Humanos.
Universitat de València

II

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia. ¿Hacia la armonización legislativa de la reagrupación familiar?

SUMARIO

I. Notas preliminares a la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

II. La configuración legal de la reagrupación familiar en Italia.

III. La transposición tardía de la Directiva 2003/86/CE en Italia.

IV. Valoraciones a modo de conclusión.

V. Referencias bibliográficas.

I. NOTAS PRELIMINARES A LA DIRECTIVA 2003/86/CE DEL CONSEJO DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2003 SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

El complejo *iter* legislativo que ha precedido la aprobación de la Directiva 2003/86/CE, explica en buena parte su relevancia en el conjunto de las políticas migratorias de la Unión Europea.

Inicialmente, las causas remotas del derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados fueron recogidas en la Resolución de 1 de junio de 1993 adoptada durante las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Copenhague¹, y poco después, por la Resolución del Parlamento Europeo sobre la política europea de inmigración de 15 de julio de 1993².

(1) Documento SN 282/1/93 WGI 1497 Rev. 1. Según SANTOLAYA, P. (2004): *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Institut de Dret Públic, Tirant Lo Blanc, Valencia, vid. p. 121 “es un instrumento de *soft law*, no vinculante al ser un compromiso político”.

(2) DOCE C 225 de 20 de septiembre de 1993, pp. 184 y ss. En especial el punto 1.f) y 12 de dicha resolución. QUIRÓS FONS, A. (2003): “Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho

Encarnación La Spina

II

A continuación, en la etapa formal, por así decirlo, a partir de 1999, hay dos momentos claves a escala comunitaria para el reconocimiento al extranjero extracomunitario de una serie de derechos, entre ellos la reunificación de la familia en el país de acogida. Con anterioridad, desde los años setenta, las normativas específicas referentes a la reagrupación familiar³ elaboradas por las instituciones europeas, venían afectando únicamente a los extranjeros familiares de un ciudadano de la Unión Europea que ejerce su derecho a la libre circulación y fija su residencia en un país del que no es nacional.

El primer momento es determinado por la aprobación del Tratado de Ámsterdam⁴, es decir, la base jurídica suficiente para la adopción de medidas destinadas a garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea.

Y de forma paralela, su concreción también fue resultado de las directrices marcadas en la cumbre o reunión del Consejo celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, donde se apuntó la integración de los nacionales de terceros países residentes como pilar base de la política migratoria de la Unión Europea. Para ello, se destacó la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales relativas a las condiciones de admisión y estancia de los nacionales de terceros países.

Así, esencialmente, en virtud de la habilitación del artículo 63.3 del Tratado de Ámsterdam, se daría paso a la aprobación de una futura Directiva sobre reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados Miembros y un peculiar estatuto del reagrupante-refugiado.

interno español", *Anales de Derecho*, n.º 21, Murcia, pp. 383-415, en concreto, p. 386 apunta que "la razón de esta petición se ajustaba a una preocupación de peligro de discriminación e incertidumbre del respeto de la vida privada y familiar a la luz de lo previsto en los Tratados internacionales".

(3) Reglamento CEE n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968; Reglamento CEE n.º 1251/70 de la Comisión 29 de junio de 1970; Directiva 73/148/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1973; Directiva 74/123/CEE del Consejo de 17 de diciembre de 1974; Directiva 90/364/CEE del Consejo de 28 de junio de 1990; Directiva 90/365/CEE del Consejo de 28 de junio de 1990; Directiva 93/96/CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993. Actualmente, dichas disposiciones normativas quedan derogadas por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158 de 30 de abril de 2004). Dicha Directiva ha sido objeto de transposición en Italia con el Decreto Legislativo di attuazione della direttiva 2004/38/CE que será publicado en la Gazzetta Ufficiale 27 de marzo de 2007, entra en vigor el 11 de abril de 2007, y en España con el Real Decreto 240/2007 BOE n.º 51 de 28 de febrero de 2007, entrada en vigor el 1 de abril.

(4) Con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, la Comunidad Europea no había tenido competencias con respecto a la situación jurídica de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en el territorio comunitario, sino que eran las distintas leyes de extranjería estatales las que exclusivamente configuraban su estatus. De hecho, El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en el artículo K.1.3.b), incluía la reagrupación familiar de los nacionales de los terceros Estados entre los ámbitos considerados de *interés común* para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas. Así, una primera extensión del sujeto protegido se produce en el marco de los Acuerdos de Asociación con terceros países, ampliándose por tanto a trabajadores no comunitarios y sus familias. Entre ellos destaca especialmente la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía relativa al desarrollo del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad económica de 1963.

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia

II

Sin embargo, en su praxis operativa, el texto definitivo de la Directiva 2003/86 vino precedido por la sucesión de diversos proyectos, corolario de un conflicto de concepciones, presupuestos e intereses entre la Comisión y el Parlamento Europeo, pero también entre las instituciones europeas de carácter consultivo⁵.

El primero de ellos, la Propuesta de Directiva del Consejo sobre reagrupación familiar⁶, se presentó el 1 de diciembre de 1999 por la Comisión. En ella, quedaban regulados el ámbito de aplicación, la determinación de los familiares reagrupables, así como, cuestiones procedimentales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar⁷. Posteriormente, a dicho proyecto inicial, le siguieron varias modificaciones de diciembre de 1999⁸, octubre de 2000⁹ y mayo de 2002¹⁰ con ocasión de las conclusiones de Laeken, claro referente normativo para la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003¹¹. Precisamente sobre esta propuesta modificada, el Consejo sustancialmente adoptó un acuerdo político, en la línea de un procedimiento de carácter eminentemente intergubernamental de derecho internacional¹². Ahora bien, no fue su última modificación ya que hubo una cuarta y definitiva versión, cuyo aprobación se llevo a cabo sin debate en la Sesión n.º 2525 del 22 de septiembre de 2003¹³.

Tras esta larga fase de gestación, como resultado de los acuerdos logrados y las negociaciones, se fijaron dos etapas de armonización. Por una parte, el 3 de octubre de 2005, como plazo para la puesta en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva. Y, por otro lado, un plazo de revisión del con-

(5) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, en DO C 204 de 18 de julio de 2000 y Dictamen del Comité de las Regiones, en DO C 73 de 26 de marzo de 2003, p. 16

(6) COM (2000) 624 final-1999/0258 (CNS). La misma preveía su aplicación también para los ciudadanos de la unión que no ejerzan su derecho a la libre circulación.

(7) Vid. BOELES, P. (2001): "Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración", *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 53, Barcelona, (Ejemplar dedicado a la Ciudadanía europea e inmigración), pp. 125-138. En concreto, vid. 131-133 BOELES auguraba que "no hay ninguna seguridad de que el Consejo adopte esta propuesta de la Comisión tal y como es ahora. Existe la posibilidad de que los elementos principales de la propuesta se sacrifiquen en el proceso de toma de decisiones venideras". FERNÁNDEZ, P.A. (2006): *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, vid. p. 254, considera, en cambio, que dicha regulación supone claramente una armonización legislativa.

(8) COM 1999 638 de 1 de diciembre de 1999. DOCE C 116 E de 26 de abril de 2000, p. 66.

(9) COM (2000) 624 de 10 de octubre de 2000. DOCE C 62 E de 27 de febrero de 2001, p. 99.

(10) COM (2002) 225 de 2 de mayo de 2002. DOCE C 203 E de 27 de agosto de 2002, p. 136.

(11) DOCE L 251 de 3 de octubre de 2003.

(12) Acuerdo político del Consejo Sesión n.º 2489, 27 y 28 de febrero de 2003 Boletín UE, 1 de febrero de 2003, punto 1.4.16. QUIRÓS, A. (2003): *Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español*, op. cit. 2, p. 398, hace alusión a que "se trataba de una materia de interés común regulada en el artículo K1.3.b) del TUE la califica de *soft law* derivado, puesto que exige unanimidad en el Consejo y el Parlamento Europeo sólo emite un dictamen consultivo, aunque quede irremisiblemente enmarcada en el Derecho Comunitario".

(13) CNS/2001/0074, n.º 6912/03.

junto de disposiciones, a más tardar el 3 de octubre de 2007, con el fin de intentar progresar en el proceso de armonización.

II. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ITALIA

Italia se encuentra entre los llamados Estados positivos¹⁴, tanto por su reciente trayectoria migratoria, como por una regulación relativamente tardía sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados.

La doctrina apunta como principal razón, el incremento de los flujos migratorios. De hecho, la presencia de los extranjeros en Italia ha supuesto la necesidad para el legislador italiano de reglamentar no sólo la inicial preocupación y control de su estancia en el territorio italiano sino que en suborden atender a las posibles solicitudes de reagrupación de los familiares del ciudadano extranjero¹⁵.

La primera disciplina interna sobre la reagrupación familiar, como derecho del trabajador extranjero extracomunitario se encuentra en el artículo 4 de la Legge 30 diciembre 1986 n.º 943¹⁶, con el objeto de adecuar el ordenamiento italiano al Convenio adoptado por la Conferencia General de la OIT, el 24 de junio de 1975¹⁷.

(14) TANDONNET, M. (2001): *Le grand bazar ou l'Europe face à l'immigration*, Paris, L' Harmattan, 2001, pp. 160-171: "la filosofía de los distintos Estados en materia migratoria no siempre coincidente, podría clasificarse en distintas concepciones de Estados: los continentales como Alemania, Austria, los Países Bajos o Bélgica, con un número importante de demandantes de asilo que apuestan por una política de solidaridad europea en materia de asilo e inmigración; los atlánticos como Francia, Reino Unido e Irlanda, fuertemente influidos por una historia colonial, los generosos entre ellos los países escandinavos, con una tradición de respeto al derecho de asilo y de puesta en marcha de mecanismos de integración y por último los positivos como Italia, Grecia, España y Portugal que se encuentran entre los nuevos países de inmigración".

(15) Sobre esta cuestión, la disciplina prevista en el ordenamiento italiano son los artículos 29 y 30 del D. Leg.vo n.º 286 del 1998, texto unico, modificados por la Legge 189/2000 también conocida como Legge "Bossi-Fini" disciplina la materia de la reagrupación familiar para los ciudadanos extracomunitarios. Cabe indicar cómo esta última ha sido reformada con la publicación del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n.º 5 "Attuazione della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare", Gazzetta Ufficiale del 31 gennaio 2007, in vigore dal 15 febbraio 2007.

(16) El artículo 4 Legge n.º 943 del 30 diciembre 1986, Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine. Gazzetta Ufficiale n.º 8 del 12 de enero de 1987 establece que: "i lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia ed occupati hanno diritto al ricongiungimento con il coniuge, nonché con i figli a carico non coniugati, considerati minori dalla legislazione italiana, i quali sono ammessi nel territorio nazionale e possono soggiornarvi per lo stesso periodo per il quale è ammesso il lavoratore e sempre che quest'ultimo sia in grado di assicurare ad essi normali condizioni di vita. Per motivi familiari è consentito l'ingresso ed il soggiorno nello Stato purché non a scopo di lavoro dei genitori a carico". Vid. MELICA, L. (1996): *Lo straniero extracomunitario: valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino, vid. pp. 205 y ss.

(17) Vid artículo 1 del Convenio entrada en vigor el 9 de diciembre de 1978, ratificada por Italia con la Legge de 10 de abril de 1981 n.º 153. Este Convenio se expresa en términos de posibilidad y exhortación a los Estados: "Cada Estado Miembro puede adoptar todas las disposiciones oportunas de su competencia para favorecer la reagrupación familiar de todos los trabajadores inmigrantes que residan legalmente en el territorio". Este Convenio sólo ha sido ratificado en Europa por Portugal, Suecia y Noruega y el número de Estados extraeuropeos es exiguo.

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia

II

La interpretación del legislador italiano del Convenio, confería explícitamente este derecho a los trabajadores inmigrantes legalmente residentes en Italia de reagruparse con el cónyuge, hijos a cargo no casados. Sin perjuicio de la literalidad de esta disposición, la Corte Costituzionale, llevó a cabo una extensión de su ámbito de aplicación, en una primera decisión¹⁸ desvinculándose la reagrupación de la lógica estrictamente laboral y en un segundo pronunciamiento¹⁹ más incisivo alterando la tradicional asimetría de la reagrupación. De este modo, la ley intentaba favorecer la integración del inmigrante, por medio de la protección de la vida familiar, valor universal de la Constitución, aunque paradójicamente quedara subordinada a la apreciación del cumplimiento de ciertos requisitos.

Ahora bien, en puridad, el primer reconocimiento expreso en la legislación de inmigración italiana del derecho a la unidad familiar y por consiguiente, la reagrupación familiar de los extranjeros, como forma de hacer efectiva este derecho es una novedad introducida por la Legge 40/1998 respecto a las normas anteriores²⁰. El espíritu de la modificación legislativa de 1998 en lo que se refiere a la unidad familiar, prevé un procedimiento más simplificado que el previsto por la Legge 1986, introduciendo el *silenzio assenso* y en caso de denegación, permite el recurso al Pretor del lugar de residencia, admitir el recurso en ausencia de *nulla osta*.

Con posterioridad, la reforma hecha por la Legge “Bossi-Fini”, lleva a cabo unas importantes modificaciones en relación al procedimiento, el círculo de familiares reagrupables y por ende a la reagrupación familiar en sí²¹. Así, por una parte, la ley minimiza el derecho a la unidad familiar del que hablaba el artículo 28 del Testo unico de 1998 a una noción de familia restringida. Esta restricción se hace visible en la alteración del número de familiares reagrupables, aunque quedan inalterados los criterios exigibles para poder beneficiarse de la reagrupación familiar. Por último, en relación al procedimiento de reagrupación familiar, el Questore del lugar de residencia es sustituido por la Prefettura y aparece la novedosa institución del *Sportello unico per l’immigrazione* o ventanilla única.

(18) Corte Cost. 19 de enero de 1995, n.º 28, requerido el Alto tribunal por el Tribunal Administrativo Regional de Friuli Venezia Giulia sobre la duda de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 943/86.

(19) Corte Cost. 26 de junio de 1997 n.º 203, cuestión de Constitucionalidad planteada por el TAR del Friuli Venezia Giulia. Vid. TRIPODINA, C. (1998): “Il diritto fondamentale del genitore extracomunitario al ricongiungimento col figlio minorenne”, *Giurisprudenza italiana*, n.º 5, pp. 205-207.

(20) La Legge 39/90, conocida como Legge Martelli, *Conversione in Legge, con modificazioni del decreto Legge 30 dicembre 1989*, n.º 416 no hacía referencia expresa a este derecho. Las líneas fundamentales de la Legge Martelli, y por consiguiente de la nueva política de inmigración son: el estatus y la protección jurídica y social de los refugiados, la reglamentación de las entradas y la prevención en la lucha contra la clandestinidad, la regularización de la estancia de los extranjeros ya presentes, la disciplina del trabajo dependiente y autónomo, la primera acogida, la integración y el acceso a los derechos sociales y culturales de los extranjeros regularizados, la programación de los flujos migratorios y de las nuevas llegadas, la armonización de la política italiana con respecto de los otros países comunitarios. Sobre un estudio detallado de esta normativa: SOLANES, A. (2001): *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*, Dikynson, Madrid; CORSI, C. (2001): *Lo Stato e lo straniero*, CEDAM, Padova, pp. 172-180; MIELE, R. (1999): “La nuova legislazione sugli stranieri”, *Union Printing Edizioni, I quaderni della rivista* 3, Gli Stranieri, Italia, pp. 193-197.

(21) Algunas reflexiones sobre la Legge Bossi-Fini en SOLANES, A. (2002): *Inmigración y extranjería en Italia, Claves de la razón práctica*, n.º 124, Madrid, pp. 58-65, vid. p. 64. Vid. SIRIANNI, G. (2006): “Diritto alla unità familiare e interesse agli affetti dei cittadini extracomunitari secondo la consulta”, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/art20060406-1asp>, pp. 1-5.

Como bien apunta Famiglietti, pese a no ser numerosas las modificaciones introducidas por dicha ley, las diferencias son sensibles desde un punto de vista cualitativo, puesto que *la inserción e integración social estable se reserva a aquellos que realicen actividades económicamente útiles*²².

III. LA TRANSPOSICIÓN TARDÍA DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE EN ITALIA

La adopción de la Directiva 2003/86/CE en Italia se ha llevado a cabo recientemente. Si bien, el plazo marcado por la disposición comunitaria era hasta el 3 de octubre de 2005, muchos países, no sólo Italia, lo han rebasado con creces. Las razones de este consciente retraso, no han trascendido, pero obviamente se intuyen.

La última reforma del Testo unico sull'immigrazione, mediante la aprobación de la Legge Bossi-Fini, data del 21 de julio de 2002. Por ese entonces, la Directiva todavía estaba en fase de gestación, aunque sí se habían elaborado diversas propuestas, la primera en diciembre de 1999 y la última en mayo de 2002. Por lo tanto, a diferencia del legislador español, tales iniciativas y proyectos de reglamentación en el ámbito europeo no tuvieron eco en la ley de extranjería italiana, quizás porque no se consideraran oportunas políticamente. De hecho, un nuevo cambio normativo de la disciplina de inmigración, con un breve margen de un año, habría debilitado una ley, abiertamente criticada y cuestionada por la doctrina²³.

Así, tras un período de espera de más de dos años, el legislador italiano ha encontrado el momento oportuno para hacerlo. Ahora bien, el *modus operandi* seguido no sólo aplica las directrices marcadas por la normativa europea en materia de reagrupación familiar, sino “racionaliza” puntos capitales de la Legge Bossi-Fini de los que se había cuestionado su legitimidad constitucional.

Por ello, quizás no es erróneo pensar, que las motivaciones para la adopción de la Directiva, no se reducían simplemente a éstas. Sino más bien, bajo mi punto de vista, eran un mero pretexto para modificar la legislación de extranjería vigente y retrotraerla a la regulación anterior la Le-

(22) FAMIGLIETTI, G. (2005): “La reagrupación familiar de los inmigrantes en la normativa italiana”, en REVENGA (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España, II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, El Puerto de Santa María 3-4 de octubre de 2003, Tirant Lo Blanc Valencia, pp. 453-461, p. 457 “la consagración a nivel normativo de la reagrupación familiar de los inmigrantes como vía de acceso al mercado laboral”.

(23) Vid. ZORZELLA, n.º (2002): “Modifica e restrizione del diritto all'unità familiare nella nuova Legge 189/2002”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Milano, n.º 3, pp. 58-68. En concreto vid. p. 64 donde califica el derecho a la unidad familiar como “diritto al mantenimento economico familiare dello straniero regolare ed abbiente (...) il che, inevitabilmente, conduce a ravvisare nelle modifiche introdotte dalla Legge 189/2002 un possibile profilo di illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 29 della Costituzione; esprime forti perplessità a proposito della tenuta costituzionale della norma”. Vid. CIANCIO, A. (1999): *Lavoratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali*, *Rassegna Parlamentaria*, n.º 3, Firenze, pp. 561-595, vid. pp. 587 y 588 “el aumento progresivo de las exigencias económicas no está en armonía con los principios constitucionales que el legislador debe respetar”. ALGOSTINO, A. (2003): “La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza”, *Diritto Pubblico Comparato*, Giapichelli, Torino, pp. 622-663, vid. p. 632 “non si tratta tanto di tutelare la famiglia come società naturale o di rispettare la vita privata e familiare quanta di garantire la funzione autarchica della famiglia”.

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia

II

gge Turco-Napolitano. Esto es, como respuesta a ese afán general, de dar un “toque personal” a cada regulación de extranjería por parte de las fuerzas políticas gobernantes.

Así, tras dicha espera, la aprobación se llevó a cabo el 1 de diciembre de 2006 por el Consiglio dei Ministri del *Schema di attuazione della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare*. Con posterioridad, ha sido publicada en la Gazzetta Ufficiale del 31 de enero como Decreto legislativo de 8 de enero de 2007 n.º 5, entrando en vigor finalmente el 15 de febrero de 2007²⁴.

Globalmente, es significativo el particular interés contenido en la nueva reforma por mejorar las condiciones de residencia de los extranjeros extracomunitarios. Es decir, garantizar una mayor tutela para la familia ante el riesgo de expulsión o no denegación de renovación del permiso de residencia. Tal desiderátum se ha articulado con diversas modificaciones del decreto legislativo de 25 de julio de 1998 y con la inclusión de la disciplina concerniente a la reagrupación familiar de los refugiados.

Así, algunas de ellas, si bien, no amplían las categorías de familiares para los cuales es posible solicitar la reagrupación familiar, inciden sobre algunas condiciones objetivas y subjetivas que con anterioridad limitaban el ejercicio del derecho. Otras en cambio, racionalizan y simplifican diversas cuestiones procedimentales que limitaban injustamente el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, como la exigencia de requisitos de difícil acreditación en la práctica.

En primer lugar, en relación a los requisitos subjetivos, la nueva formulación del artículo 29, elimina algunos incisos sobre la condición jurídica de los integrantes de la familia objeto de reagrupación: el cónyuge, los hijos menores de edad, los hijos mayores y los ascendientes de primer grado. Aunque también, en cuanto al titular, el reagrupante extiende el derecho a mantener la unidad familiar también a los extranjeros en posesión de un permiso por motivos familiares²⁵.

En primer lugar, en cuanto al cónyuge, se elimina el inciso “no legalmente separado”, pero se reduce a una modificación de carácter formal, dado que tal estatus jurídico no corresponde a una asunción de la disciplina del derecho matrimonial de los países de origen de los extranjeros. En realidad, la misma, no contempla una flexibilización de la familia objeto de reagrupación, con

(24) El iter legislativo del “Decreto legislativo recante recepimento della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare” es el siguiente: aprobación en vía preliminar por el Consejo de Ministros el 20 de julio de 2006, con dictamen favorable de la I Commissione (Affari Costituzionali), la V Commissione Bilancio y la XIV Commissione Politiche dell’Unione Europea della Camera dei Deputati. En el Senado ha sido presentado por el Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione (Governo Prodi-II) el 4 de agosto anunciado en la sesión n.º 33 del 19 de septiembre de 2006, en dicha fase ha tenido el voto favorable de la Commissione permanente (Lavoro, previdenza sociale), la Commissione permanente (Affari Costituzionali) y la Commissione Affari esteri emigrazione que ha apuntado algunas observaciones a su voto favorable. Por ejemplo, en cuanto a la referencia del “cónyuge”, en el Senado se ha planteado la necesidad de especificar que el cónyuge reagrupable sea quien conviva con él antes de su entrada en Italia.

(25) En este sentido, se recogía en la Circolare n.º 2768/22 del 25 ottobre 2005. La misma se adecua a alguna decisión jurisprudencial anterior que contemplaba su extensión, vid. Sentencia del Tribunale di Bologna ord. 25 ottobre 1999.

podía haber sido la introducción de la pareja de hecho estable como previsto en la legislación comunitaria²⁶. En cambio, si se prevé entre los posibles motivos de denegación de la reagrupación que el matrimonio sea fraudulento, es decir, con el propósito de entrada en el estado de acogida.

De forma similar, para los hijos menores de edad ya no está prevista la condición de familiares a cargo, ya que acertadamente se considera implícito a la condición de menores de edad. Además, se confirma expresamente que el requisito de la minoría de edad se refiere al momento de la presentación de la solicitud de la reagrupación, por lo que es el momento que debe considerarse para comprobar el cumplimiento de tal requisito. Ahora bien, sí perdura la exigencia de ciertos requisitos inexistentes en la legislación comunitaria como es el estado civil de los hijos menores de edad.

En cambio, por lo que respecta a los hijos mayores de edad a cargo del reagrupante, no es requerida la invalidez total, sino la imposibilidad permanente, por motivos de salud, para proveerse de las indispensables necesidades vitales. De este modo, queda superada una vaga definición de la invalidez total, recogida en la legge Bossi-Fini y que la doctrina, había abiertamente criticado básicamente por la ausencia de referencias normativas para definir dicha invalidez²⁷. En este punto, el legislador italiano se ciñe a lo dispuesto en la legislación comunitaria, en cuanto al carácter de la dependencia del hijo mayor de edad. De este modo, al tratarse de una dependencia estrictamente por motivos de salud y no económicos, obvia que la obligación de los padres de mantenimiento de los hijos no cesa automáticamente una vez alcanzada la mayoría de edad²⁸.

Por último, en cuanto a la última categoría de sujetos que se admiten a la reagrupación, me refiero a los progenitores del reagrupante o cónyuge, ha sido eliminada la necesidad de verificar la existencia de otros hijos en el país de origen. En tal sentido, siendo menos condicionada, se limita a requerir para avalar la situación de dependencia, la ausencia de un adecuado “apoyo familiar” en el país de origen. Sin embargo, por el momento no se prevén los parámetros objetivos de referencia para valorar tales condiciones²⁹. Obviamente, sería aconsejable que dicho sostenimiento no sólo comprendiera el aspecto económico sino también el moral y afectivo.

(26) Vid. *Sentenza 203/1997 del 29 giugno 1997 y los comentarios de PASOTTI, L. (1998): “Convivenza more uxorio e diritto dell’extracomunitario al ricongiungimento con i figli”, in Giurisprudenza italiana, n.º 5, pp. 414-416. Vid. GALOPPINI, A. (2000): “Ricongiungimento familiare e poligamia”, Rivista Diritto di famiglia e delle persone, vol. XXIX, Napoli, pp. 739-757.*

(27) Sobre esta cuestión vid. las reflexiones de DE AUGUSTINIS, U.; FERRAJOLO, S.; GENOVESE, F.A.; ROSI, E. y SAN GIORGIO, M.R. (2003): *La nuova legge sull’immigrazione. Commento alla L.n. 189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n.º 195 del 9 settembre 2002*, vid. p. 115.

(28) Vid. MOYA, M. (2001): “Derecho a la reagrupación familiar” (artículos 16, 17, 18 y 19) en MOYA, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, pp. 693 y ss.

(29) *Circolare 16 de febbraio de 2006 del Ministero dell’Interno. Dipartimento per le Libertà civili e l’Immigrazione. Direzione Centrale per le Politiche dell’Immigrazione e dell’asilo*, p. 3 señala que el Ministero degli Affari Esteri está individuando tales parámetros. Este aspecto fue sometido al Alto Tribunal quien considera razonable dicha limitación sólo en los casos en que de ningún modo puede satisfacerse autónomamente las propias exigencias primarias de vida. Vid. *Sentenza n.º 224 de 16 de junio de 2005 sobre la legitimidad constitucional del artículo 29.1, letra c) del Decreto legislativo 25 de julio*

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia

II

En segundo lugar, las novedades introducidas en base a los requisitos objetivos necesarios para el ejercicio de la reagrupación familiar, básicamente son dos. De un lado el requisito del alojamiento puede ser satisfecho atendiendo a los parámetros mínimos previstos por la ley regional de construcción de vivienda pública, pero también por medio de la certificación de la autoridad sanitaria local sobre la idoneidad higiénico sanitaria de la vivienda. De este modo, se adecua la norma primaria a una previsión ya recogida anteriormente en el Reglamento de actuación de la Legge Bossi-Fini. Y, en suma, las normas sobre la idoneidad de la vivienda se flexibilizan, ya que dicho requisito será cumplido con independencia de las medidas establecidas por las leyes regionales en la materia³⁰.

Por último, el segundo condicionante material, la disposición de medios económicos suficientes, se concreta en el caso de la reagrupación de hijos menores de 14 años, en una cuantía no superior al doble del importe de la asignación pública³¹ e independientemente del número de hijos reagrupables.

Mención aparte merecen las cuestiones procedimentales de la reagrupación familiar, con miras a una racionalización y consiguiente simplificación del procedimiento de solicitud del llamado *nulla osta* para la reagrupación familiar.

De este modo, el anterior órgano competente, Sportello Unico per l'Immigrazione, será el encargado de verificar tanto los requisitos objetivos como subjetivos del reagrupante. Este último se concreta con la autorización de residencia cualificada para la reagrupación familiar³². Así, al igual que en la legge Bossi-Fini se supedita la emisión del certificado requerido *nulla osta* o la resolución denegatoria a la colaboración de la Questura, esto es, la Comisaría de policía competente. De este modo, la novedad se presenta en que un mismo órgano que lleva a cabo la verificación de ambos requisitos, aunque realmente la competencia sea compartida ya que el dictamen favorable de la Questura vincula a la ventanilla única.

En cuanto a la fase consular del procedimiento, la autoridad consular italiana efectuará la comprobación de la autenticidad de la documentación relativa a los requisitos subjetivos (presupuestos de parentela, minoría de edad y estado de salud). Con esta novedad, la norma suaviza el

de 1998, n.º 286 como modificado por el artículo 23 de la legge de 30 de julio de 2002 n.º 189 aprobado con ordenanza del 10 de octubre 2003 del Tribunal de Prato publicado en la Gazzetta Ufficiale della Repubblica n.º 15, primera serie especial, del año 2004.

(30) ALGOSTINO, A. (2003): *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, op. cit. 23, en concreto p. 632 señala como tales parámetros requeridos a la vivienda de la familia reagrupada "ben difficilmente molte abitazioni di autoctoni raggiungerebbero".

(31) Sobre la concreción de dicho requisito, vid. ÁLVAREZ, A. (2000): "La nueva ley española de extranjería ¿ruptura o incumplimiento de Tampere? ¿innovación o seguimiento del modelo italiano?", *Migraciones*, n.º 7, Madrid, pp. 89-135, en concreto pp. 116-119.

(32) Circolare 17 ottobre 2006 Ministero dell'Interno establece al igual que en España "si rende possibile rilasciare il Nulla Osta al ricongiungimento familiare anche ai cittadini stranieri in possesso della ricevuta relativa alla richiesta di rinnovo del suddetto titolo", in *ottemperanza alla Circolare dello stesso Ministero del 5 agosto relativa ai diritti dello straniero in attesa di rinnovo del documento*.

deber de presentar por parte del reagrupante ya desde la solicitud de inicio del procedimiento de reagrupación gran parte de la documentación necesaria. De hecho, tal requisito implicaba necesariamente la obligación de dirigirse al país de origen para obtener la documentación acreditativa del estatus de familia³³.

Dicho esto, evidentemente, son visibles los mecanismos de agilización del procedimiento previsto, pero los mismos no garantizan la inexistencia de complicaciones burocráticas. Una de ellas, las esperas *bíblicas*, no quedarían resueltas porque los plazos no han variado y porque siguen manteniéndose dos fases procedimentales diversas por su naturaleza jurídica y su ubicación geográfica.

Finalmente, cabe destacar una de las novedades más importantes que puede tener mayores repercusiones en la práctica y la interpretación judicial. Se trata de la introducción de la cláusula prevista en el artículo 17 de la Directiva europea “en caso de denegación de renovación del permiso de residencia sean considerados los vínculos familiares del interesado, la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de los lazos familiares, culturales o sociales con su propio país de origen”. De este modo, se introduce una valoración discrecional en el caso de retirada o denegación de renovación, no tan estrictamente vinculada a la falta de requisitos fijados para cualquier renovación. En definitiva, se prevé que la motivación de la denegación, renovación o expulsión se valore de acuerdo a la naturaleza y solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro.

En general, la inclusión de dicha cláusula arroja tanto aspectos positivos como negativos. Los positivos, son la superación del automatismo existente en la denegación, no renovación o expulsión, por falta del cumplimiento de ciertos requisitos. En cambio, podría resultar negativa, la introducción de esta cláusula de estilo, ciertamente vaga “si tiene conto”, por quedar forzosamente supeditada a la efectiva valoración de la misma por parte tanto de la Questura como de la autoridad judicial competente.

IV. VALORACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha afirmado, los objetivos iniciales perseguidos en la adopción de la Directiva 2003/86/CE eran varios. Primeramente, la finalidad central de dicho texto no era otra que garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión europea, que tomara como inspiración las disposiciones del Derecho comunitario en vigor para los ciudadanos comunitarios que ejercen su derecho a la libre circulación.

(33) FAMIGLIETTI, G. (2005): *La reagrupación familiar de los inmigrantes en la normativa italiana*, op. cit. 22, pp. 453-461, vid. en concreto pp. 460 y 461. Sobre la labor de los consulados y misiones diplomáticas italianas en el extranjero, cabe destacar, sentencia del Tribunal de Grosseto ord. 8 enero 2003. Sobre este punto, vid. SCEVI, P. (2003): «La “Loi-Bossi-Fini»: conditions de séjour et de travail, vie familiale et processus d'intégration en Italie», *Migrations Société*, vol. xv, París, pp. 9-18, vid. p. 15.

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia

II

También, era apremiante recoger parte de las medidas adoptadas en reuniones intergubernamentales de conformidad a las peticiones del Consejo Europeo de Tampere, los objetivos del plan de acción de Viena del 3 de diciembre de 1998 y el Consejo europeo de Sevilla en materia de inmigración. Otra pretensión aducida era establecer una serie de criterios comunes en todos los Estados miembros, con vistas a una armonización europea de la materia³⁴, siendo la Directiva el instrumento de armonización elegido. La importancia de esta última se debía, principalmente a que la mayor parte de los países europeos habían operado autónomamente definiendo sus propias orientaciones legislativas en materia de reagrupación familiar, según opciones muy diversas. De un lado, ópticas más garantistas, propias según Fernández Sánchez de países más generosos y de otro, pautas más severas con mayores posibilidades de selección y de graduación de las solicitudes de reagrupación³⁵. Dichas posturas si bien no objetaban el derecho al respeto a la vida en familia de los extranjeros no comunitarios, sí pretendían proyectar sus prácticas nacionales y modelos de gestión del control de la entrada de familiares inmigrantes.

Sin embargo, el cumplimiento de tales objetivos, una vez superado el *iter* legislativo ha quedado en parte condicionado. De hecho, el resultado final ha sufrido dos síntomas. Por una parte, se impregnó de una excesiva prudencia ante el temor a la apertura de otras vías de entrada a nuevos inmigrantes. Y, a su vez, se contagió de una latente preocupación de controlar en exceso la correspondencia entre los ingresos y la efectiva integración socioeconómica del país de acogida³⁶.

Al margen de tales motivaciones iniciales fijadas en el propio texto de la Directiva, también, implícitamente, se traslucen otras pretensiones encubiertas. La pretendida armonización de su regulación, evidencia la voluntad de los Estados miembros de consensuar la máxima restricción del número de familiares reagrupables y legitimar la máxima discrecionalidad de los Estados en la concreción de esta figura.

A la postre, su tardía transposición al derecho interno, ha agotado conscientemente el plazo previsto, ya que su contenido no alteraba de forma significativa y negativa las legislaciones en vigor, esto es ampliaba sujetos o flexibilizaba requisitos en el ejercicio de la reagrupación familiar. Es más, los Estados miembros y la máxima discrecionalidad reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, era una garantía de que la transposición de dicha Directiva, no marcaría un cambio trascendental en las políticas nacionales de inmigración que

(34) Vid. considerandos 17 y 18 de la Directiva 2003/86, en los que se apunta que no participan en la adopción de la Directiva ni están obligados ni sujetos por su aplicación el Reino Unido, Irlanda ni Dinamarca.

(35) Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2001): "El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros", *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, Huelva, pp. 475-394, vid. pp. 383-387.

(36) Un ejemplo de ello es la exigencia del criterio de integración, cuando el hijo menor tenga más de doce años y llegue de forma independiente, antes de autorizar su entrada y su residencia, artículo 4.1 Directiva.

En este sentido, vid. fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, Parlamento europeo-Consejo, Comisión y República Federal de Alemania, (C-540/03). Vid. ÁLVAREZ, A. (2003): "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar). *Revista digital de Derecho de extranjería* <http://www.reicaz.es>, pp 1-30, en concreto pp. 12-13.

ya se estaban siguiendo por los Estados miembros. Por ello, el resultado final ha sido más bien una directiva de consenso, es decir, inocua para los Estados miembros, que dista mucho de una directiva rigurosa para la promoción de un derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros extracomunitarios.

Ahora bien, tras estas consideraciones generales, el antídoto de la Directiva, como catalizador de criterios de armonización legislativa, sí puede inspirar mejoras en las legislaciones nacionales receptoras de sus directrices. Prueba de ello es el resultado de la transposición de la Directiva en Italia, sin perjuicio de posibles efectos secundarios, como la praxis y la interpretación judicial.

En cuanto al ámbito español, la eficacia directa de la Directiva, ante la carencia de transposición de la Directiva por el momento³⁷, podría reportar cambios significativos en aquellos preceptos que no han tenido en consideración las exigencias previstas en la normativa comunitaria³⁸. Aunque a la vista de los preceptos de la Directiva, no es inoportuno señalar que son bastante restrictivos, su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico podría entrañar tanto eventuales mejoras como consecuencias negativas: el recurso y eventual condena por incumplimiento de la mencionada Directiva, como ya se ha verificado con la Directiva 2003/109³⁹.

Dicho esto, en conclusión, cabe plantearse cuáles pueden ser las expectativas futuras para el proceso de reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar a nivel europeo. La Directiva aun siendo un avance importante en la materia, sobre todo por sus motivaciones iniciales, es una fase embrionaria hacia la armonización legislativa. De hecho, la lógica del método de armonización por etapas, prevé a más tardar el 3 de octubre de 2007 un examen de las legislaciones

(37) ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (2006): "La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", *Fundación CIDOB*, n.º 8, Barcelona, pp. 1-122. En concreto, p. 9 señala cómo la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración apuntó que dichos trabajos difícilmente se podrían comenzar durante el proceso de normalización iniciado el 7 de febrero y finalizado el 7 de mayo de 2005. La autora afirma que si bien dichas razones han retrasado tal adaptación desde un punto de vista formal, todas ellas ciertamente válidas, no eluden el cumplimiento de tal obligación comunitaria por más tiempo.

(38) ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (2006): *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, op. cit. 37, pp. 46-52. Señala como posibles mejoras "flexibilizar la familia objeto de reagrupación, con la introducción de los hijos mayores de 18 dependientes, así como a la pareja de hecho estable y del mismo sexo (...) la regulación de la residencia independiente del reagrupado, debería prever una fórmula abierta para la concesión de autorización de residencia autónoma, en caso de concurrencia de circunstancias especialmente difíciles (...). Entre las posibles contradicciones la exigencia de ciertos requisitos inexistentes en la legislación comunitaria como es el estado civil de los hijos menores de edad (...) la falta de nitidez por parte del legislador español en determinar entre los derechos de los familiares reagrupados, el acceso a una actividad laboral por cuenta ajena o propia. (...) la denegación o rechazo de la renovación de la autorización de residencia, no prevé la motivación de la resolución negativa ni atiende a la naturaleza y solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, como se recoge en el artículo 17 de la Directiva".

(39) El recurso por incumplimiento presentado contra España por la Comisión de las Comunidades Europeas 17 de febrero de 2007. En cambio, en Italia la transposición de la Directiva se ha hecho efectiva con el Decreto legislativo 8 gennaio 2007, n.º 3 "Attuazione della Direttiva 2003/109/CE relativa allo status di Cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo", Gazzetta Ufficiale del 31 gennaio 2007, in vigore dal 15 febbraio 2007.

La transposición de la Directiva 2003/86/CE en Italia

II

nacionales en materia de admisión a efectos de reagrupación familiar⁴⁰. Es decir, dos años más tarde de su puesta en vigor, serán sometidas nuevamente a una revisión. Por ello, quizás como bien apunta Vargas Gómez Urrutia el método de armonización seguido lejos de lograr una aproximación ha ahondado la brecha entre las dos esferas comunitarias de libre circulación de personas⁴¹. Es más, ese nuevo método, posiblemente ha fomentado en parte los retrasos en la puesta en vigor de las disposiciones de la Directiva, en puridad el 2007 es la fecha límite para rendir cuenta de los resultados alcanzados por los Estados Miembros.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGOSTINO, A. (2003): "La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza", *Diritto Pubblico Comparato*, Giapichelli, Torino, pp. 622-663.

– (2000): "La nueva ley española de extranjería ¿ruptura o incumplimiento de Tampere? ¿innovación o seguimiento del modelo italiano?", *Migraciones*, n.º 7, Madrid, pp. 89-135.

– (2003): "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar", *Revista digital de Derecho de extranjería* <http://www.reicaz.es>, pp 1-30.

– (2006): *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Fundación CIDOB, n.º 8, Barcelona, pp. 1-122.

BOELES, P. (2001): "Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, n.º 53, Barcelona, (Ejemplar dedicado a la Ciudadanía europea e inmigración), pp. 125-138.

CIANCIO, A. (1999): "Laboratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali", *Rassegna Parlamentaria*, n.º 3, Firenze, pp. 561-595.

CORSI, C. (2001): *Lo stato e lo straniero*, CEDAM, Padova.

DE AUGUSTINIS, U.; FERRAJOLO, S.; GENOVESE, F.A.; ROSI, E. y SAN GIORGIO, M.R. (2003): *La nuova legge sull'immigrazione. Commento alla L.n. 189 del 30 luglio 2002 e al D.L. n.º 195 del 9 settembre 2002*, Giuffrè Editore, Milano.

FAMIGLIETTI, G. (2005): "La reagrupación familiar de los inmigrantes en la normativa italiana", en REVENGA SÁNCHEZ (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España, II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, El Puerto de Santa María 3-4 de octubre de 2003, Tirant Lo Blanc Valencia, pp. 453-461.

(40) La propuesta de Directiva 2002 calificaba el resultado de esta cláusula como el comienzo de una segunda etapa y esta idea se recoge en la Directiva aprobada "periódicamente y por primera vez a más tardar el 3 de octubre de 2007, la Comisión informará al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva y propondrá en su caso, las modificaciones necesarias".

(41) VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2004): "La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho Comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario" en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, pp. 819-843, en concreto p. 826.

Encarnación La Spina

II

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2001): "El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros", *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, Huelva, pp. 475-394.

– (2006): *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona.

GALOPPINI, A.: "Ricongiungimento familiare e poligamia", *Rivista Diritto di famiglia e delle persone*, vol. xxx, Napoli, 2000, pp. 739-757.

MELICA, L. (1996): *Lo straniero extracomunitario: valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino.

MIELE, R. (1999): "La nuova legislazione sugli stranieri", Union Printing Edizioni, I quaderni della rivista 3, Gli Stranieri, Italia.

MOYA ESCUDERO, M. (2001): "Derecho a la reagrupación familiar" (artículos 16, 17, 18 y 19) en MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, pp. 693 y ss.

PASOTTI, L. (1998): "Convivenza more uxorio e diritto dell'extracomunitario al ricongiungimento con i figli", in *Giurisprudenza italiana*, n.º 5, pp. 414-416.

QUIRÓS FONS, A. (2003): "Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español", *Anales de Derecho*, n.º 21, Murcia, pp. 383-415.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (2004): *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Institut de Dret Públic, Tirant Lo Blanc, Valencia.

SCEVI, P. (2003): "La «Loi-Bossi-Fini»: conditions de séjour et de travail, vie familiale et processus d'intégration en Italie", *Migrations Société*, vol. XV, Paris, pp. 9-18.

SIRIANNI, G. (2006): "Diritto alla unità familiare e interesse agli affetti dei cittadini extracomunitari secondo la consulta", www.costituzionalismo.it/articoli/art20060406-1asp, pp. 1-5.

SOLANES CORELLA, A. (2001): *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*, Dikynson, Madrid.

– (2002): "Inmigración y extranjería en Italia", *Claves de la razón práctica*, n.º 124, Madrid, pp. 58-65.

TANDONNET, M. (2001): *Le grand bazar ou l'Europe face à l'immigration*, Paris, L' Harmattan.

TRIPODINA, C. (1998): "Il diritto fondamentale del genitore extracomunitario al ricongiungimento col figlio minorenne", *Giurisprudenza italiana*, n.º 5, pp. 205-207.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2004): "La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho Comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario" en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, pp. 819-843.

ZORZELLA, N. (2002): "Modifica e restrizione del diritto all'unità familiare nella nuova Legge 189/2002", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Milano, pp. 58-68.

JUAN ANTONIO GARCÍA GARCÍA

Doctor. Profesor Colaborador
de la Universidad de La Laguna

III

La doctrina de la DGRN sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padre marroquí nacidos en España. Un viaje de ida y vuelta

SUMARIO

I. Planteamiento inicial.

II. Los sucesivos cambios de doctrina de la DGRN sobre la aplicabilidad del artículo 17.1.c) a los hijos de padre marroquí nacidos en España. A) Etapas en el conocimiento por la DGRN del derecho marroquí. a) Los hijos de padre marroquí nacidos en España, matrimoniales o no, no se encuentran incursos en el supuesto del artículo 17.1.c) del CC. b) Aplicabilidad del artículo 17.1.c) sólo a los hijos no matrimoniales de padre marroquí nacidos en España, o hijos habidos de un matrimonio no reconocido por la ley marroquí. c) Los hijos no matrimoniales de padre marroquí nacidos en España quedan excluidos también de la aplicación del artículo 17.1.c) del CC. B) La prueba del derecho extranjero en los expedientes del Registro Civil.

III. Análisis de la Resolución. DGRN de 7 de diciembre de 2006.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

La introducción en el Código civil del lugar de nacimiento en España, como criterio supletorio de atribución de la nacionalidad española (desde la modificación operada por la Ley 51/1982, de 13 de julio) con la finalidad de evitar situaciones de apatridia de carácter originario, determina que el conocimiento del derecho extranjero adquiera una especial importancia en los razonamientos y argumentaciones de los órganos españoles competentes en materia de nacionalidad. El derecho extranjero aparece desde entonces como uno de los elementos configuradores del supuesto de hecho del artículo 17.1.c) del Código Civil, pues sólo la prueba de que el hijo de extranjeros nacido en España no sigue la nacionalidad de cualquiera de sus progenitores, cuestión ésta eminentemente jurídica y que descansa en un derecho ajeno a la autoridad que resuelve, será la determinante de la atribución al mismo de la nacionalidad española, en tanto que nacionalidad del lugar de nacimiento.

Sin embargo, la alegación y prueba del contenido, vigencia e interpretación de este derecho extranjero por los interesados ante los órganos españoles competentes, a los limitados efectos

de demostrar que el hijo no sigue la nacionalidad extranjera de los padres, y la posible interpretación y aplicación que hacen los órganos españoles de aquella ley extranjera, será lo que motive una especial inseguridad jurídica en la materia, y por qué no decirlo, ciertas dosis de desconfianza ante sus resoluciones. Desconfianza porque en resumidas cuentas no sabemos si el derecho extranjero es tal y como nos dicen las autoridades del foro españolas que es.

A estos efectos, entiendo que la relación de la DGRN española con el derecho marroquí al resolver los recursos formulados contra las resoluciones judiciales de los jueces encargados del Registro Civil en expedientes promovidos al amparo del artículo 96 de la LRC (declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción), constituye un auténtico banco de pruebas sobre las dificultades que en la aplicación del citado artículo 17.1.c) del CC se presentan de manera habitual ante los órganos registrales de nuestro país.

II. LOS SUCESIVOS CAMBIOS DE DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 17.1.c) A LOS HIJOS DE PADRE MARROQUÍ NACIDOS EN ESPAÑA

Como mínimo cabría calificar la relación de la DGRN con el derecho marroquí de “paradójica”, pues el conocimiento de este derecho, y de sus efectos sobre la nacionalidad de los hijos de nacionales marroquíes nacidos en España, ha ido progresivamente perfilándose, para, finalmente, provocar como resultado aquella desconfianza, cuando no perplejidad, a la que anteriormente hacíamos referencia.

A) Etapas en el conocimiento por la DGRN del derecho marroquí

Veamos cuáles han sido los hitos de esta progresión:

a) Los hijos de padre marroquí nacidos en España, matrimoniales o no, no se encuentran incursos en el supuesto del artículo 17.1.c) del CC

Hasta la Res. de 27 de octubre de 1998 la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en relación con los hijos de padre marroquí nacidos en España, y la posible atribución de la nacionalidad española *ius soli* a aquéllos en virtud del artículo 17.1.c) del CC se mantuvo inamovible.

Según se afirmaba en las resoluciones dictadas hasta entonces, el conocimiento adquirido por la DG en relación con la atribución de la nacionalidad marroquí a los hijos de padre marroquí nacidos en el extranjero, fundado en la legislación marroquí aplicable en la materia, específicamente en el artículo 6 del Dahir n.º 250-58-1 de 6 de septiembre de 1958 del Código de la nacionalidad marroquí, según el cual ostentaba la nacionalidad marroquí de origen el nacido de padre marroquí, o de madre marroquí y padre desconocido, determinaba que no se pudiera aplicar a los efectos pretendidos, atribución de la nacionalidad española, el artículo 17.1.c) del CC.

La aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padre marroquí

III

La literalidad de la norma marroquí autorizaba, tal era el razonamiento de la DG, a concluir que la atribución de la nacionalidad se anudaba exclusivamente a la filiación respecto de nacional marroquí, preferentemente a la paterna y a la materna sólo con carácter subsidiario, sin exigencias adicionales relativas al lugar de nacimiento (que bien podría producirse en el extranjero) o a la propia filiación (pues no se discriminaba sobre el carácter matrimonial o no de la misma)¹.

b) Aplicabilidad del artículo 17.1.c) sólo a los hijos no matrimoniales de padre marroquí nacidos en España, o hijos habidos de un matrimonio no reconocido por la ley marroquí

Será la RDGRN de 15 de febrero de 1999 la que inicie un cambio en la doctrina de la DG al respecto, pues en el caso en cuestión, la prueba del derecho extranjero aportada por los promotores del expediente (coincidente con el certificado expedido por el Consulado General de Marruecos) para la declaración con valor simplemente presuntivo de la nacionalidad española llevó al convencimiento del centro directivo de que la literalidad, y aparente claridad, del citado artículo 6 del Código de la nacionalidad marroquí resultaba contradicha por otras normas del derecho interno. Así, se afirmaba en aquella resolución citada, sólo la filiación de naturaleza matrimonial es la que lleva aparejada la atribución de la nacionalidad marroquí, y a estos efectos los requisitos de validez del matrimonio serán exclusivamente los señalados por la propia legislación marroquí. “Por tanto, el matrimonio contraído en el extranjero debe hacerse con arreglo a las normas que correspondan según el estatuto personal del contrayente marroquí”, y, “[e]n consecuencia, los hijos nacidos de una relación no matrimonial o ilegítima no pueden ser considerados marroquíes”. Afirmandose, para el caso enjuiciado, que el matrimonio civil celebrado en España no reunía la condición de matrimonio válido para la legislación marroquí, y, consecuentemente, el hijo, al no seguir la nacionalidad del padre, por tratarse de un hijo no matrimonial, quedaba incurso en el supuesto contemplado en la letra c) del artículo 17.1 del CC, declarándose la nacionalidad española del mismo con valor de simple presunción.

La RDGRN de 16 de enero de 2002 descartó también que el reconocimiento del padre marroquí de su filiación respecto del hijo nacido en España fuera del matrimonio o en un matrimonio no válido para la legislación marroquí, fuera suficiente a estos efectos para que el hijo siguiera la nacionalidad marroquí del padre. Según se argumentó en esta resolución, la legislación marroquí descarta cualquier eficacia de las normas españolas (al no acoger el principio *locus regit actum*) sobre el establecimiento o determinación de la filiación respecto de nacional marroquí, impidiendo de esta manera la atribución originaria de la nacionalidad marroquí al hijo nacido y reconocido por padre marroquí en España, y sin que tenga lugar la aplicación del criterio subsidiario de atribución *iure sanguinis* de la nacionalidad marroquí, la filiación materna, porque esta misma legislación extranjera condiciona la aplicación de este criterio a la circunstancia de que el padre resulte “desconocido”, lo que evidentemente no ocurre en el caso enjuiciado.

(1) Consecuentemente, ello “había permitido a esta DG extraer la consecuencia de que dicha nacionalidad se transmitía al hijo con independencia del tipo de filiación y del estado civil del padre”, RDGRN de 16 de diciembre de 2006 (BOE de 30 de mayo de 2007).

c) Los hijos no matrimoniales de padre marroquí nacidos en España quedan excluidos también de la aplicación del artículo 17.1.c) del CC

Mas en la RDGRN de 5 de febrero de 2002 la DG afirma que la conclusión extraída por la RDGRN de 15 de febrero de 1999 sobre el contenido y aplicación del derecho marroquí resulta errónea, al menos en relación con los hijos de padre marroquí, nacidos de un matrimonio civil celebrado conforme a la legislación española. Se dice que no debe confundirse el contenido de aquella legislación marroquí, que no plantea duda alguna sobre la atribución de la nacionalidad marroquí a los hijos matrimoniales de padre marroquí nacidos en España, con las posibles dificultades *de facto*, que no jurídicas, para el reconocimiento en Marruecos del matrimonio civil celebrado por el padre en España. Afirmación tan tajante que la RDGRN de 16 de septiembre de 2002 se ve obligada a corregir, al menos en lo que se refiere al reconocimiento del matrimonio de dos ciudadanos marroquíes en España, admitiendo que en tal caso el matrimonio carece de eficacia alguna para Marruecos.

La RDGRN de 26 de enero de 2004, da un paso más en la vía iniciada por la anteriormente citada de 5 de febrero de 2002 (y que, recuérdese, negaba que el matrimonio civil del padre marroquí con ciudadana española, contraído en España fuese inválido con arreglo a la legislación marroquí, lo que determinaba la condición matrimonial del hijo y que éste siguiera la nacionalidad marroquí del padre), al negar la condición *iure soli* del hijo no matrimonial de padre marroquí y madre ecuatoriana nacido en España; doctrina que ratifica la reciente RDGRN de 7 de diciembre de 2006, para el caso de hijo no matrimonial, nacido en España, de padre marroquí y madre ecuatoriana, que confirma la doctrina sustentada en la de 10 de febrero de 2006, para el supuesto de hijo no matrimonial de progenitores, ambos, marroquíes.

B) La prueba del derecho extranjero en los expedientes del Registro Civil

Resultan polémicos la naturaleza y el tratamiento que recibe el derecho extranjero ante los órganos judiciales y registrales españoles, decantándose mayoritariamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas, por interpretar que nuestro sistema hasta la pérdida de vigencia del artículo 12.6 del CC –derogado por la disposición derogatoria única de la LEC de 2000–, dispensó al derecho extranjero la misma consideración que dispensaba a los simples hechos, debiendo aquél ser objeto de alegación y prueba por las partes, tanto en su existencia, como en su contenido, aplicación e interpretación, debiendo los órganos españoles aplicar, en otro caso, el derecho del foro.

Mas, ciertamente, el vigente artículo 281 de la LEC parece distanciarse de su precedente normativo (el aludido artículo 12.6 del CC) pues si bien afirma, apdo. 2.º, que “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”, dispone a continuación que en esta prueba puede valerse el tribunal de “cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, y aunque afirma que las pruebas se practicarán a instancia de parte, también establece que el tribunal podrá acordar de oficio que se aporten documentos, dictámenes

La aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padre marroquí

III

u otros medios e instrumentos probatorios “cuando así lo establezca la ley”. Debiendo añadirse además al respecto, que un nueva trascendencia adquiere la alegación y prueba del derecho extranjero, al poder quedar afectados el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la proscripción de indefensión, al existir en nuestro ordenamiento un deber de colaboración del juez con las partes en la averiguación del derecho extranjero (STC 10/2000, de 17 de enero)².

En el ámbito estrictamente registral al amparo del citado artículo 12.6 del CC la DGRN acogió la solución de imponer a la parte interesada la alegación y prueba de la ley extranjera, mas en la RDGRN de 13 de diciembre de 2006, que aparentemente reitera la doctrina tradicional, ya se afirma que la acción combinada del principio de economía procesal (afirmado para el ámbito del RC por el artículo 354-III RRC, “... que obliga a evitar toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado”) y la aplicación del derecho extranjero invocado por el conocimiento privado del juez o autoridad del foro, no está expresamente excluida por el artículo 12.6 del CC, pueden “abrir la vía para que este Centro Directivo que posee un conocimiento oficial de la legislación británica en materia de nacionalidad, entrase a resolver del fondo del asunto”. No obstante, en el caso, la solución más acorde con el derecho de defensa de las partes del procedimiento resulta no la aplicación *ex officio* por la DG del derecho extranjero sino la retroacción de las actuaciones al juez encargado del RC para que se incorporen al expediente las diligencias probatorias solicitadas por el Ministerio Fiscal.

Nada que objetar a esta postura de la DG, a la luz del nuevo artículo 281 de la LEC y aquella interpretación del TC sobre la tutela judicial efectiva. Mas, al menos a mi juicio, lo que más desazón provoca en esta prueba del derecho extranjero es la tendencia, muy acusada en relación con el derecho marroquí, de desautorizar a las autoridades consulares y diplomáticas extranjeras que aportan su parecer sobre el el contenido y aplicación de su derecho, y que esta desautorización se realice invocando el “conocimiento adquirido” por el Alto Centro Directivo, a la vez que se invocan y se reconocen por la propia DG dificultades de hecho, obstáculos prácticos, en la que se ven inmersos los nacionales de los países implicados, en este caso Marruecos, para seguir la interpretación que del derecho extranjero en cuestión realiza la propia DG, ante las autoridades y representantes en España del país de su nacionalidad.

En la Res. de 7 de diciembre de 2006, se afirma (FJ XII) que “no es posible declarar que el nacido ostenta la nacionalidad española, al estar basada la pretensión (declaración de que el hijo ostenta la nacionalidad española en virtud del artículo 17.1.c) y el recurso en un certificado consular que en modo alguno puede servir para fundamentarla, ya que tan sólo recoge parcialmente la legislación marroquí sobre atribución de la nacionalidad, al no producirse en este caso situación alguna de apatridia”.

La RDGRN de 5 de febrero de 2002 en un caso de filiación matrimonial, hijo de padre marroquí y madre extranjera, se desestima el recurso al seguir el hijo, según el análisis del derecho marroquí que realiza la DG, la nacionalidad del padre, y aunque alude a las “dificultades *de facto*” con que se pudiera encontrar el interesado ante el Consulado marroquí para documentarse como

(2) *Derecho Internacional Privado*, ABARCA JUNCO (dir.), vol. I, Madrid, 2004, p. 218.

nacional de su país, o para que el matrimonio de su padre sea reconocido en Marruecos, tales dificultades no constituyen impedimento *de iure* que es el indispensable para la aplicación del artículo 17.1.c), permitiéndose añadir la DG que las dificultades para el reconocimiento civil del matrimonio no eran “insuperables”, extremo éste que luego, en la RDGRN de 16 de septiembre de 2002, como ya sabemos, se vio obligada la DG a matizar.

Aun cuando partamos, efectivamente, de que no corresponde a España resolver los posibles conflictos entre los nacionales de un determinado país residentes en su territorio con las autoridades consulares de aquel país, se nos plantean algunas cuestiones al respecto. ¿No estaríamos en los casos en cuestión ante una apatridia *de facto* de los hijos de estos nacionales marroquíes?, ¿cuánto tiempo pueden permanecer estos menores en un limbo jurídico?, por otra parte ¿cuándo son superables las dificultades fácticas y cuándo insuperables para el efecto de que al hijo se le atribuya una nacionalidad?, ¿las dificultades insuperables se equipararían al supuesto de que la legislación de los padres extranjeros no atribuya al hijo nacido en España una nacionalidad?, y, finalmente, ¿qué grado de acierto, de “conocimiento” debe exigirse, a la vista de la interminable lista de Resoluciones contradictorias, a la DGRN en el conocimiento del derecho extranjero que aplica?, y en relación con esto, ¿con qué seguridad la DGRN puede afirmar que la interpretación del derecho extranjero es la que dice ella que es y no la que afirman los órganos consulares del país en cuestión?

III. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DGRN DE 7 DE DICIEMBRE DE 2006

Nos llama poderosamente la atención el complejo razonamiento de la Res. DGRN de 7 de diciembre de 2006, para llegar a afirmar que el hijo –recordemos no matrimonial, nacido en España, de padre marroquí y madre ecuatoriana– sigue la nacionalidad del padre, y consecuentemente desestimar el recurso, confirmando el Auto apelado que denegaba la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española pretendida por la madre.

1) La DG comienza afirmando que el artículo 6 del Dahir marroquí de 6 de septiembre de 1958 asume el criterio de la transmisión de la nacionalidad *iure sanguinis* como regla preferente, “ello lo hace asumiendo el principio básico propio del Derecho de familia islámico de que el parentesco se transmite por línea masculina, razón por la cual la transmisión de la nacionalidad por vía materna se condiciona a que el padre sea desconocido”, concluyéndose pues que, “la legitimidad de la filiación presupone, en consecuencia, la prueba de la consanguinidad del padre respecto del hijo”.

El requisito pues, exigido por la legislación marroquí para el que hijo siga la nacionalidad del padre, es la filiación paterna y no el carácter matrimonial de la misma.

Y, añade la DGRN, tal filiación paterna puede derivar no sólo de los artículos 152 y 154 de la Mudawana (o Derecho de Familia marroquí), a través de la correspondiente presunción de paternidad, si el hijo nace durante el matrimonio o dentro de un determinado período de tiempo

La aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padre marroquí

III

a partir de la disolución de aquél, sino también, artículo 152 de la Mudawana reformada, del reconocimiento del padre, y especialmente, de la cohabitación de los progenitores, produciendo esta última los mismos efectos de prueba que el matrimonio, ostentando los hijos los mismos derechos y deberes que los hijos matrimoniales (artículo 157 de la Mudawana reformada).

Además, dice la DG, en la actualidad (artículos 14 y 15 de la Mudawana reformada), la legislación marroquí admite la validez de los matrimonios contraídos por ciudadanos marroquíes en el extranjero y conforme a la ley del lugar de celebración siempre que ésta coincida con la ley del lugar de residencia habitual.

En consecuencia, a la vista de las modificaciones introducidas en la legislación marroquí, Dahir n.º 1.04.22, de 3 de febrero de 2004, cabe concluir, a juicio de la DG, que debe extenderse la solución dada al caso de la filiación paterna matrimonial a los casos de matrimonios civiles contraídos en el extranjero y a los supuestos de filiación no matrimonial, cuando quede acreditado el reconocimiento, válido para Marruecos, o la cohabitación.

2) Claro está que, todo el anterior razonamiento descansa en un presupuesto inexcusable, la determinación de que es la legislación marroquí la aplicable, tanto en las reglas para determinar la filiación como en los efectos derivados de tal relación de filiación, entre estos últimos singularmente si el hijo sigue la nacionalidad del padre. Y he aquí que este presupuesto descansa, y así lo reconoce la propia DG, en un argumento jurídico circular, derivado de la aplicación al supuesto de los números 1 y 4 del artículo 9 del CC: “el hijo es nacional marroquí si se establece su filiación respecto de un padre marroquí, pero para determinar esta filiación ha de hacerse aplicación del estatuto personal del hijo que, a su vez, se determina por la nacionalidad del mismo, nacionalidad que no puede afirmarse sin el *prius* de la filiación”³.

¿Cómo superar este círculo vicioso? En la determinación de la filiación, así como el posible contenido y efectos derivados de éste, tres serían, a mi juicio y para el caso concreto considerado por la Resolución comentada, las posibles legislaciones a considerar: la española por ser la correspondiente al lugar de nacimiento tanto como lugar de residencia habitual de los progenitores, la marroquí del padre y la ecuatoriana de la madre. Mas para la DG sólo existen dos legislaciones a considerar, la española y la marroquí, obviando cualquier mención a la legislación ecuatoriana, y omitiendo las posibles razones que excluirían la misma o por las que huelga su posible análisis.

La propia Resolución nos da las pistas por las que la legislación ecuatoriana de la madre no ha sido considerada. De los hechos de la propia resolución resulta que “1. Por escrito presentado en el Registro Civil de M. el 22 de junio de 2004 doña D., nacido (sic) el 5 de septiembre de 1973 en Q. (Ecuador), solicitaba iniciar expediente para que se declarara, con valor de simple pre-

(3) Advierte además la DG de que existe una laguna en el ordenamiento jurídico español pues el artículo 9.4 del CC sólo se refiere a la ley aplicable al carácter y contenido de la relación de filiación, pero no a la ley aplicable para la determinación de la misma, laguna que la doctrina, la propia DGRN y el TS en S. de 22 de marzo de 2000, llenan sometiendo la determinación (títulos de determinación, acreditación de la filiación, medios de prueba y acciones de impugnación y reclamación) a la misma ley aplicable al contenido, esto es, la ley nacional del hijo.

sunción, su (sic) nacionalidad española de su hijo, cuyo padre tiene la nacionalidad marroquí. Adjuntaba al escrito: certificado de empadronamiento, certificación literal de nacimiento, certificado del Consulado de Ecuador, fotocopia del Libro de Familia y del DNI”, mientras que en el fundamento de derecho II se dice “Se pretende por este expediente se declare con valor de simple presunción (cfr. artículo 96.2 de la LRC) que tiene la nacionalidad española de origen una niña nacida en España en 1996, inscrita en el Registro civil español como *hija no matrimonial de padre marroquí y madre marroquí*”. He aquí el error del que parte la Resolución, que ambos progenitores tienen la nacionalidad marroquí, y por ello la legislación marroquí es la única que es objeto de examen. Creo que en esta cuestión la intención de la DG de ratificar la doctrina sustentada en la anterior Resolución de 10 de febrero de 2006 ha jugado hasta el punto de asimilar los supuestos de hecho de ambas, no en vano tanto el criterio y los razonamientos jurídicos son idénticos. Mas esta asimilación de los supuestos de ambas resoluciones, la del 7-12 y 10-02 del 2006 se hace forzando los hechos de la primera, en la que los progenitores –ambos extranjeros–, no comparten la misma nacionalidad (padre marroquí y madre ecuatoriana), mientras en la segunda ambos progenitores son marroquíes, aun cuando la filiación efectivamente sea también como en la primera una filiación no matrimonial.

Pero, continuemos con la argumentación jurídica de la Resolución. La DG considera primeramente la aplicación de la legislación marroquí y opta por descartar la aplicación al supuesto de la misma invocando la excepción de orden público internacional español, pues afirma que la legislación marroquí discrimina a los hijos por razón de filiación, al establecer el artículo 148 de la Mudawana⁴ que la filiación ilegítima no produce los mismos efectos que la filiación legítima respecto del padre. Se afirma en consecuencia que el hijo no seguiría la nacionalidad del padre, dado su carácter de hijo no matrimonial.

Sólo una vez se razona sobre la operatividad de la excepción de orden público pasa la Resolución a argumentar sobre la aplicación de la ley española, y es ahora donde la DG da una sorprendente pirueta jurídica, la ley española, aplicable sólo una vez descartada la aplicación de la ley marroquí, aun con ser a priori más favorable, puesto que equipara jurídicamente a los hijos con independencia de su filiación, provocaría un efecto perverso, el hijo, que no pudo adquirir la nacionalidad marroquí del padre tampoco adquiriría la nacionalidad española, porque de acuerdo con esta última (esto es, conforme a los medios de determinación de la filiación de ésta) sí que adquiriría la nacionalidad marroquí del padre. Debe consecuentemente, afirma la DG, aplicarse la excepción de la excepción y volver a argumentar con la única legislación que nos queda, nuevamente con la marroquí.

Pero entonces, y sólo entonces, sorprendentemente del análisis de la legislación marroquí, la Mudawana reformada en 2004, resulta, al menos para la DG, que la misma no es tan perjudicial para el hijo, ya hemos visto anteriormente la argumentación al respecto, afirmándose, al menos, por la DG que el hijo sigue la nacionalidad marroquí del padre a pesar de no ser matri-

(4) Una versión en francés preparada por el Ministerio de Justicia de Marruecos puede consultarse en: <http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/Codefamille.pdf>; una versión en inglés, preparada por la Human Rights Education Associates, puede ser consultada en <http://www.hrea.org/moudawana.html>.

La aplicabilidad del artículo 17.1.c) del Código civil a los hijos de padre marroquí

III

monial, por tratarse de un hijo fruto de una cohabitación, al que el artículo 157 de la Mudawana equipara en derechos y deberes a los matrimoniales.

3) Mas, en mi opinión, esta complejidad en el razonamiento jurídico es innecesaria, y la invocación de la cláusula de orden público internacional errónea, al menos en cuanto al efecto que produciría la excepción. Aunque coincido con la Resolución en que el primer derecho a examinar, por orden de preferencia, es el correspondiente al de la nacionalidad del padre (descartada por la DGRN la legislación de la madre), pues tal es el orden que entiendo resulta de la lectura conjunta de los artículos 17.1.c) y 9.1 del Código Civil.

Equivoca la Res. comentada el propósito del análisis de la legislación marroquí, su propósito no era considerar si de la misma resulta un contenido de la relación de filiación favorable o no, equivalente o no al que resultaría de aplicar la legislación española, para el concreto caso de un hijo cuya filiación es no matrimonial.

El artículo 148 de la Moudawana no recoge ningún medio de determinación de la filiación, tampoco excluye *per se* que el hijo no siga la nacionalidad del padre, yerra, pues, la DG al invocar este precepto del derecho extranjero como primera opción para el examen del derecho extranjero.

Al menos en un estadio inicial, la única finalidad del examen de la legislación extranjera es poder establecer si el hijo sigue la nacionalidad del padre marroquí, para lo que inexcusablemente debe procederse, porque así resulta de la legislación marroquí y del sistema de adquisición *iure sanguinis* en la que aquélla se fundamenta, a examinar los concretos medios de determinación de la filiación y, en su caso, establecer el carácter (matrimonial o no) de la filiación.

Y en este primer estadio resulta obvio, y así se sigue de la propia argumentación jurídica de la DG sobre la legislación marroquí, que la filiación queda determinada, ciertamente, con el carácter de no matrimonial, pero equiparada en efectos a la matrimonial, y, consecuentemente, que el hijo no matrimonial sigue la nacionalidad marroquí de su padre. Hasta ahí ninguna cláusula de orden público internacional resultaba necesaria. Pero al no haber procedido de manera coherente y lógica la Res. debe realizar una compleja argumentación por la vía de la excepción que es a su vez exceptuada para llegar nuevamente al punto de partida, y encontrarnos con la sorpresa de que no existía motivo alguno para realizar la primera excepción.

Pero es que además, aunque procediera la excepción de orden público internacional respecto de la legislación marroquí, el efecto de la excepción no es aplicar las reglas españolas sobre determinación de la filiación o contenido de la filiación al caso, al menos para este caso y en este expediente sobre atribución de la nacionalidad española, para provocar la consecuencia jurídica de que el hijo sigue la nacionalidad marroquí del padre, con arreglo a las normas marroquíes. Esta desconexión entre ley aplicable a la determinación de la filiación y ley aplicable para determinar la nacionalidad provocaría resultados absurdos, como en el caso comentado. Por ello, la ley española aplicable, una vez constatado que el hijo no sigue la nacionalidad del padre (por aplicación de las normas del derecho extranjero relativas a la determinación y/o contenido de

la filiación) conforme a la ley nacional de éste, no es otra que el artículo 17.1.c), y declarar, como así se solicitaba, la nacionalidad española del hijo.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Jornadas de introducción a la protección internacional en España

10-11 de mayo de 2007. Málaga.
28-29 de junio de 2007. Santa Cruz de la Palma.

- ✓ Jornada de reflexión sobre extranjería y problemática del internamiento

15 de junio de 2007. Figueras.

- ✓ Menores no acompañados. Análisis crítico de las políticas de intervención

20-22 de junio de 2007. Bilbao.

- ✓ La inmigración y sus causas

20-23 de junio de 2007. Salamanca.

- ✓ Inmigración, asilo e integración social

28-30 de agosto de 2007. Jaca (Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza).

NORMAS PARA COLABORACIONES

REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA publicará, en la medida de lo posible, las colaboraciones que se le envíen.

Los estudios deben tener alrededor de 25 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos. El autor adjuntará un resumen, en castellano e inglés o francés, de un máximo de 15 líneas. Y también el soporte informático. Las notas y colaboraciones abarcarán un máximo de 15 páginas.

La Dirección de la Revista decidirá acerca de la inclusión en la revista de cada artículo o reseña, que se enviarán a la dirección: revista@intermigra.info.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También daremos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado *Convocatorias desde las dos orillas*.

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el número de verano el 1 de junio, respectivamente.

