

revista de

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA

editorial

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

María del Carmen Ainaga Vargas CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VERACRUZ (MÉXICO). **Eliseo Aja Fernández** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE BARCELONA. **Pilar Charro Baena** PROFESORA TEU DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS. **Luis Fernández Arévalo** FISCAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. **Javier Galparsoro García** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VIZCAYA. **Juan L. Ibarra Robles** MAGISTRADO, PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. **Javier de Lucas Martín** CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **Fernando Mariño Menéndez** CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD CARLOS III. **Karen Musalo** ABOGADA Y PROFESORA DEL HASTINGS COLLEGE OF THE LAW. UNIVERSITY OF CALIFORNIA (USA). **Fernando Oliván López** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. **José Luis Rodríguez Candela** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MÁLAGA. **Eduard Sagarra i Trias** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE BARCELONA. **Francisco Soláns Puyuelo** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VALENCIA. **María Luisa Trinidad García** PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA. **RICARD ZAPATA-BARRERO** PROFESOR TITULAR DE CIENCIA POLÍTICA. UNIVERSIDAD POMPEU FABRA.

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

ABOGADO DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA
PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2007

EDICIÓN

EDITORIAL LEX NOVA, S.A.

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

TELÉFONO

902 457 038

FAX

983 457 224

E-MAIL

clientes@lexnova.es

ISSN

1695-3509

DEPÓSITO LEGAL

VA. 922-2002

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Una aproximación crítica a la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [25] **II. Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería**
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
- [47] **III. Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos. Los informes de Médicos sin Fronteras y Amnistía Internacional**
ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ E INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA
- [61] **IV. El derecho a la educación y a la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales de los migrantes**
YOLANDA GAMARRA CHOPO

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER*: LA ACTUACIÓN COLECTIVA DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA:

- [87] **I. La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [97] **II. Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo. Sevilla del 18 al 20 de mayo de 2006**
- [109] **III. Programa del 17 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo. Pamplona del 17 al 19 de mayo de 2007**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[115] Índice analítico de voces

- [115] **Asilo**
- [123] **Expulsión**
- [130] **Derecho al trabajo**
- [138] **Permiso de trabajo**
- [147] **Derecho Penal**
- [156] **Homologación de títulos**
- [162] **Nacionalidad**
- [169] **Régimen comunitario**
- [176] **Constitucional**

CRÓNICA LEGISLATIVA:

[183] I. Crónica legislativa

- [183] **Fuentes internas**
- [184] **Fuentes internacionales**
- [185] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[197] **Notas bibliográficas**

[207] **I. Libertad y Seguridad, Aspectos básicos del Estado de Derecho.**

La inmigración y la extranjería

PASCUAL AGUELO NAVARRO, INÉS MIRANDA NAVARRO Y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

[225] **II. ¿Los “otros efectos colaterales” del 11 de septiembre?**

LUISA BARRENECHEA

[229] **III. Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España**

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

[241] **IV. Jornadas sobre Extranjería**

[243] **V. Última hora. Notas urgentes sobre el RD 240/2007, de 16 de febrero.**

Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias

PASCUAL AGUELO NAVARRO Y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

EDITORIAL

El primer trimestre del año concluye dejando tras de sí importantes novedades.

En primer lugar, la incorporación, con efectos desde el 1º de enero, de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea. En segundo lugar, las sentencias del Tribunal Supremo sobre la supuesta ilegalidad de diversos preceptos del Reglamento de ejecución que, pese a su contenido desestimatorio, realiza una serie de consideraciones jurídicas coincidentes con los planteamientos de los recurrentes y que tendremos ocasión de comentar más extensamente en el próximo número de la REDMEX. En tercer lugar, la entrada en vigor el día 2 de abril del Real Decreto 240/2007, que incorpora al Derecho interno español la Directiva 2004/38/CE, relativa a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y sus familiares y que es objeto de un urgente análisis en este mismo número de la REDMEX. No olvidamos otras novedades de gran interés, como la exigencia de visado a los nacionales bolivianos a partir del 1º de abril o la aprobación por el Gobierno del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración.

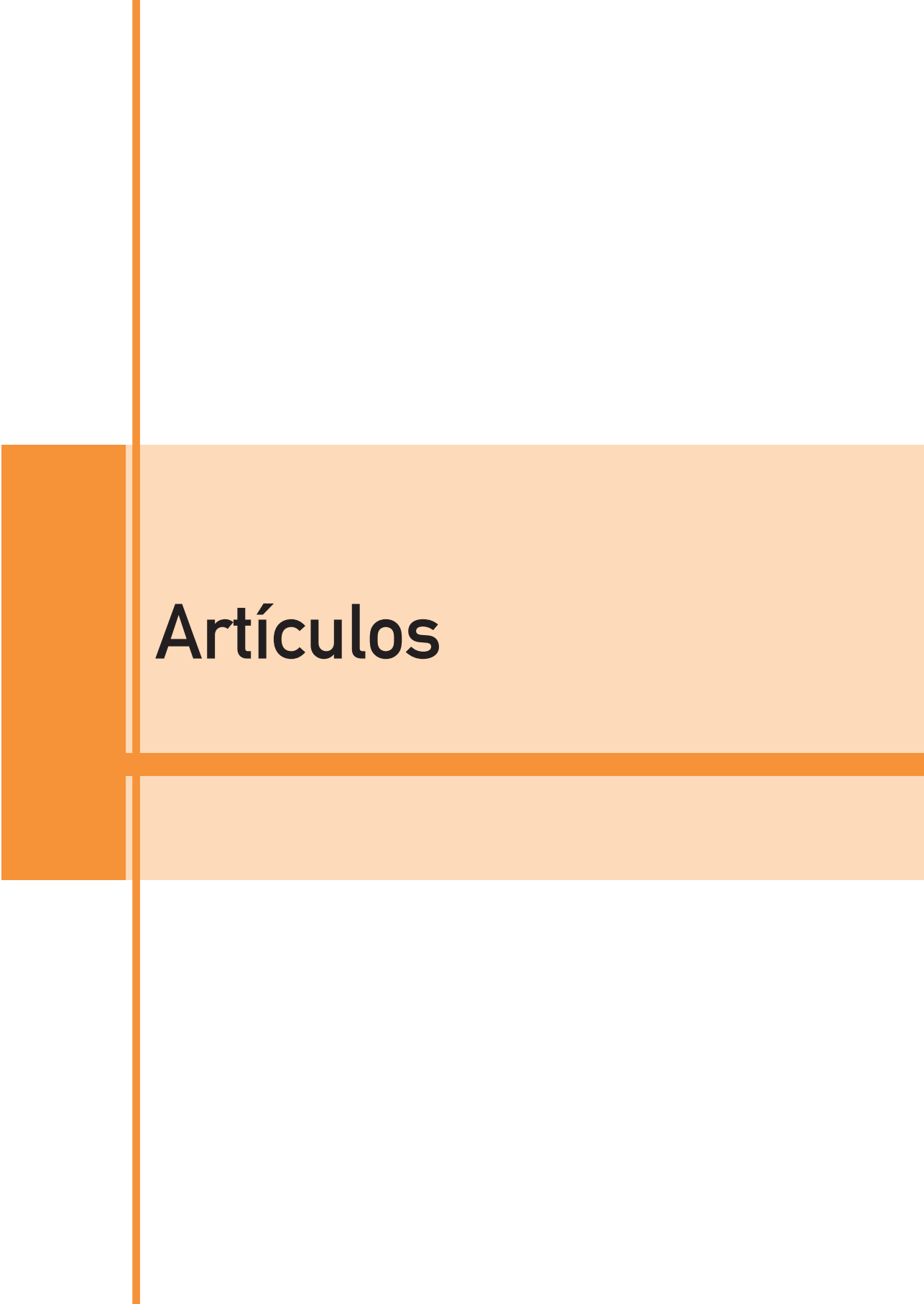
En este mismo mes de marzo ha tenido lugar un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo que reafirma la procedencia de la aplicación del principio de proporcionalidad en los procedimientos sancionadores de expulsión. Este y otros temas, como las inadmisiones a trámite, la justicia cautelar o la problemática de la representación del extranjero por el abogado de oficio son algunas otras cuestiones que, sin duda, centrarán los debates de los próximos meses y también del 17 Encuentro Intercolegial de extranjería y asilo de Pamplona 2007.

En este sentido, destacamos la lectura del artículo del Magistrado César Tolosa sobre “Cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería” y el del Director de la REDMEX acerca de “La Actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería”, así como el texto de la ponencia que será presentada al Congreso Nacional de la Abogacía Española en septiembre de 2007 y que se contiene en el apartado de Notas y Colaboraciones. Resaltamos, asimismo, el apartado “Última Hora”, con un trabajo de gran actualidad que aborda de forma urgente el contenido del reciente Real Decreto 240/2007 que regula el régimen jurídico de los nacionales comunitarios y sus familiares y que completa los trabajos en su vertiente más práctica. A ellos hay que sumar un buen número de artículos y comentarios de análisis sobre temas relacionados con la materia.

Dentro de las habituales secciones, el Dossier bajo el título “La Actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería” sirve de introducción al 17 Encuentro Intercolegial de la Abogacía Española en materia de extranjería y asilo y entre otras cosas contiene las conclusio-

nes del anterior 16 Encuentro en Sevilla. Por su parte, las Crónica de Jurisprudencia y Legislativa, como siempre, nos ofrecen las novedades de mayor interés del trimestre.

Como siempre sólo nos resta desearos una buena y provechosa lectura de la REDMEX cuyo contenido esperamos ayude al desarrollo de las reflexiones y debates de las próximas semanas.



Artículos

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza
y Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@intermigra.info)

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

RESUMEN

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

En marzo de 2007 la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea comenzó a trabajar. El Reglamento 168/2007, que establece la Agencia, incluye determinadas competencias pero se olvida de otras muy importantes. La Agencia actúa a través de un amplio sistema de cooperación con otras instituciones y la estructura orgánica. Para contribuir a la realización de una mejor protección de los Derechos Fundamentales, la Agencia necesitaba más competencias; desgraciadamente es tan sólo un órgano de análisis, opinión y tratamiento de datos personales, que apenas mejora la protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

ABSTRACT

A CRITICAL APPROXIMATION TO THE AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

In March 2007 the Agency for Fundamental Rights of the European Union began to work. The Regulation 168/2007 establishing the Agency, includes certain competences but it forgets other very important ones. The Agency acts through a wide cooperation system with other institutions and the organic structure. To contribute to the realization of a better protection of the Fundamental Rights, the Agency needed more competences; unfortunately it is only an organ for the analysis, opinion and processing of personal data that hardly ameliorates the protection of the Fundamental Rights in the European Union.

SUMARIO

I. Derechos Fundamentales y Unión Europea.

II. La transformación del Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia en Agencia Europea. A) La trascendencia del desaparecido Observatorio. B) El proceso de transformación en Agencia de los DF.

III. La Agencia de Derechos Fundamentales de la UE. A) Su inestable fundamento jurídico. B) Las competencias presentes en el Reglamento creador. C) Las competencias “ausentes” de la Agencia.

IV. La cooperación multidireccional de la Agencia. A) La cooperación intra-UE. B) La cooperación extra-Unión, especialmente con el Consejo de Europa. C) La cooperación con la sociedad civil mediante la Plataforma de los Derechos Fundamentales.

V. A propósito de la estructura orgánica de la Agencia.

VI. ¿Mejora la Agencia la protección de los Derechos Fundamentales?

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y UE

El tema de los Derechos Fundamentales interesa en la UE desde hace al menos cuatro décadas. Este interés no fue correspondido inicialmente por los redactores de los tratados, mucho más atentos a la integración económica que a la protección de tales derechos¹.

A pesar de todo, el Tribunal de Justicia iniciaba su protección “pretoriana” en 1969 (caso Stauder), tras superar una etapa de negación de los DF. El Tribunal de Justicia ejercía su protección desde una base tan etérea como los principios generales del Derecho. Además se apoyaba en dos “fuentes de inspiración”: Las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los tratados internacionales a cuya adopción los Estados hubiesen contribuido.

Pero, desde la entrada en vigor primero del Acta Única Europea (1987) y después del Tratado de Maastricht (1992), el Tratado de la UE y los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas proclaman ya estos derechos.

En la actualidad la norma básica en esta esencial competencia es el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea que, en sus dos primeros párrafos, establece: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado

(1) Consultar mi monografía: *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, 2.ª edic., Bosch, Barcelona, 1999.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Adicionalmente habremos de tener presente que la Unión puede adoptar medidas contra el Estado miembro que viole grave y persistentemente tales derechos².

En una panorámica actual no podemos olvidar la trascendencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, proclamada formal y solemnemente en Niza, en diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea³. La Carta constituye la expresión del consenso político alcanzado democráticamente sobre lo que debe considerarse hoy día como el catálogo de derechos fundamentales garantizados por el orden jurídico comunitario: la Carta forma la II parte del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

La Carta será citada con frecuencia por el Tribunal de Justicia pero por el momento como una fuente de inspiración más; así se deduce, por ejemplo, de la sentencia de dicho Tribunal de 13 de marzo de 2007 en el asunto C-432/05, caso Unibet, cuyo considerando 38 señala:

“Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”

II. LA TRANSFORMACIÓN DEL OBSERVATORIO EUROPEO CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA EN AGENCIA EUROPEA

Veamos ahora el nexo de unión entre el Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia y la actual Agencia de DF de la UE.

A) La trascendencia del desaparecido Observatorio

Ante el ascenso del racismo y la xenofobia en algunos sectores sociales europeos a partir de la década de los ochenta del pasado siglo, el Consejo adoptaba el 2 de junio de 1997 el Reglamento (CE) n.º 1035/97 por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia⁴, con sede en Viena. Creaba pues una Agencia Comunitaria.

(2) Artículo 7, Tratado de la UE.

(3) Texto en DOUE C 364, 181.2.2000, p. 1.

(4) Diario Oficial de las Comunidades Europeas n.º L 151, 10 de junio de 1997, p. 1. Este Reglamento fue modificado por el Reglamento (CE) 1652/2003 (DOUE L 245, 29 de septiembre de 2003, p. 33). Normalmente se utilizaban sus siglas en inglés: EUMC (*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia*).

Pero ¿qué es una Agencia Comunitaria? Según el Glosario⁵ las Agencias de la Unión Europea son organismos de Derecho público europeo con personalidad jurídica propia, creados por un acto comunitario de Derecho derivado para desempeñar una función específica de naturaleza técnica, científica o de gestión. Mientras las instituciones se regulan directamente en los tratados constitutivos, las Agencias se crean mediante un acto de derecho derivado, una Decisión o un Reglamento.

El objetivo de este Observatorio era proporcionar información sobre la evolución del racismo, la xenofobia y el antisemitismo; la intervención del Observatorio se concretaba sobre todo en los medios de comunicación, la educación, la cultura, la política social y el empleo (artículos 1 y 3).

La preocupación del Consejo quedó asimismo patente con la lectura de dos de sus declaraciones, adoptadas el año 1997. Me refiero a la Declaración del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en el ámbito de la juventud⁶ y la Declaración del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 16 de diciembre de 1997, sobre el respeto de la diversidad y la lucha contra el racismo y la xenofobia⁷. En ambos casos se partía de la idea de que “Europa, solidaria y enriquecida por sus distintas culturas, se funda en el respeto de la diversidad y en la tolerancia” y se rechazaban actitudes racistas y xenófobas, que tienen como origen factores de tipo mal llamado cultural y socioeconómico, el desconocimiento de la diversidad, la incompreensión hacia los demás y la manipulación de la sociedad mediante diversos mitos.

El Observatorio, con sede en Viena, tenía como competencias el estudio de la amplitud y la evolución de los fenómenos y manifestaciones de racismo, xenofobia y antisemitismo; por eso analizaba sus causas, consecuencias y efectos y proponía los ejemplos de buenas prácticas. Era asimismo responsable de crear y coordinar una “Red europea de información sobre el racismo y la xenofobia” (RAXEN).

Para evitar todo solapamiento, el Observatorio tenía en cuenta las actividades ya realizadas por las instituciones comunitarias y otras organizaciones internacionales competentes, en particular el Consejo de Europa. Las competencias del Observatorio eran en primer lugar la de reunir, registrar y analizar datos sobre esos fenómenos, desarrollar la cooperación más amplia posible, realizar investigaciones, sobre todo a través de RAXEN, crear un fondo de documentación abierto al público, formular conclusiones y recomendaciones, publicar un informe anual y fomentar la celebración de reuniones y mesas redondas con los interlocutores sociales y centros de investigación⁸.

(5) Ver http://europa.eu/scadplus/glossary/eu_agencies_es.htm.

(6) Texto en DOCE C, 368, 5 de diciembre de 1997, p. 1.

(7) Texto en DOCE C, 1, 3 de enero de 1998, p. 1.

(8) Artículo 2, Reglamento (CE) 1035/97.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

El Observatorio, en el momento de reunir, analizar y registrar datos sobre los fenómenos racistas y xenófobos, prestaba una especial atención a los siguientes ámbitos:

- la libre circulación de personas dentro de la Comunidad;
- los medios de comunicación de todo tipo, incluidos los televisivos;
- la educación, la formación profesional y la juventud;
- la política social, incluido el empleo;
- la libre circulación de mercancías;
- la cultura.

El Observatorio cooperaba con organizaciones de los Estados miembros y con organizaciones internacionales, gubernamentales o no gubernamentales, competentes en materia de fenómenos de racismo o de xenofobia, especialmente el Consejo de Europa.

B) El proceso de transformación en Agencia de los DF

El 31 de diciembre de 2003 los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo decidían transformar el Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia, ampliar su mandato y convertirlo en una Agencia de Derechos Fundamentales. Al año siguiente la Comisión presentaba su Comunicación sobre la misma materia⁹. Esta propuesta sería ampliamente apoyada por el Parlamento Europeo.

La dinámica comenzada entonces condujo a la Comisión a presentar la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se crea una Agencia de Derechos Fundamentales de la UE y la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se faculta a la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE para llevar a cabo sus actividades en los ámbitos contemplados en el Título VI del Tratado de la UE¹⁰. Obsérvese, sin embargo, que hasta el momento el Consejo se ha limitado a actuar en el primer terreno o pilar, el de la Comunidad Europea, no atribuyendo a la Agencia competencias en la cooperación policial y judicial en materia penal.

Precisamente en ese pilar comunitario “El Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”¹¹ observa en sus orientaciones generales que el Consejo Europeo “acoge con satisfacción la comunicación de la Comisión sobre la ampliación del mandato del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia para convertirlo en Organismo de Derechos Humanos”.

Por eso, la Comisión incluirá entre sus diez prioridades para implantar El Programa de La Haya la titulada “Derechos Fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance”; al concretar

(9) COM (2004) 693 final, de 25 de octubre.

(10) Ambas propuestas forman el COM (2005) 280, de 30 de junio de 2006. El Título VI de ese Tratado recoge las Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal.

(11) Aprobado en noviembre de 2004, texto en DOUE C 53, 3 de marzo de 2005, p. 1, cita en p. 2.

esta primera prioridad, la Comisión señala: “Es importante ofrecer a los órganos de decisión unos datos exactos y fiables sobre el respeto de los Derechos Fundamentales en la Unión. La conversión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia de cara al establecimiento de una Agencia de Derechos Fundamentales con entidad propia será otro elemento importante para la promoción y protección de los Derechos Fundamentales”¹².

Lo cierto es que el 1 de marzo de 2007 el Presidente de la Comisión Europea, J.M. DURAO BARROSO inauguraba en Viena la Agencia, dejando de existir el Observatorio. El Presidente declaraba: “La Comisión Europea se halla firmemente resuelta a promover el respeto de los Derechos Fundamentales en la UE... Estoy convencido de que, cuando la Agencia esté plenamente operativa, constituirá un elemento precioso para la Comisión y las restantes instituciones de la UE”¹³.

A la inauguración asistía también (entre otras personalidades) el Comisario europeo de Justicia, Franco FRATTINI. El Comisario indicaba que la Agencia “es mucho más que la sucesora del Observatorio Europeo de Lucha contra el Racismo y la Xenofobia”, la calificaba de “instrumento fresco y vital”. “Una Europa que abandone la defensa y promoción de los derechos fundamentales individuales puede ser una Europa sin cabeza y sin corazón”¹⁴.

III. LA AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE

El Reglamento creador¹⁵ regula en el capítulo 1 el objeto, el objetivo, el ámbito de aplicación, los cometidos y los sectores de competencia. Dedicar el capítulo 2 a los métodos de trabajo y cooperación; norma en el capítulo 3 la organización y en el capítulo 4 el funcionamiento; las disposiciones financieras cubren el capítulo 5, abordando las disposiciones generales en el 6 para incluir en el 7 las disposiciones finales.

La Agencia presenta numerosos ángulos jurídicos de interés ya en estos momentos Y, a mi entender, su Reglamento creador ni ha seguido la mejor de las técnicas jurídicas posibles ni le ha dado a la Agencia las competencias o poderes necesarios para que ayude a mejorar la protección de los DF.

Que no ha seguido la mejor de las técnicas jurídicas posibles se comprueba leyendo el Reglamento; en su artículo 16, 1.º, se dice textualmente: “La Agencia realizará sus cometidos con total independencia”, claro que esta total independencia se transforma inmediatamente en el control que sobre ella ejerce el Defensor del Pueblo; porque el artículo 19 señala a su vez: “Las activida-

(12) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia), COM (2005) 184, 10 de mayo de 2005, p. 7.

(13) Texto en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/266&format=HTML&language=FR&guilanguage=en>.

(14) Texto en http://ec.europa.eu/commission_barroso/frattini/doc/2007/speech_01_03_07_en.pdf consultado el 15 de marzo de 2007.

(15) Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE L 53, 22 de febrero de 2007, p. 1.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

des de la Agencia estarán sujetas a la supervisión del Defensor del Pueblo"... ¿Qué independencia existe cuando todas las actividades son supervisadas por otro órgano?

Que no le ha dado a la Agencia las competencias o poderes necesarios para que ayude a mejorar la protección de los DF podremos comprobarlo asimismo al estudiar esta materia, diferenciando las competencias presentes y ausentes en el Reglamento creador y las ausentes del mismo.

A) Su inestable fundamento jurídico

La denominación oficial de este nuevo organismo es la de "Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", estableciendo así un claro paralelismo con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Se crea la Agencia cumpliendo el mandato expresado en el párrafo 4.º del antes citado artículo 6 del Tratado de la UE, que afirma: "La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas". Pero es necesario observar que el fundamento jurídico de la Agencia no se cifra en esa norma sino tan sólo en el artículo 308 del Tratado de la Comunidad Europea; esa base jurídica condicionará en definitiva sus competencias.

Este artículo 308 del TCE afirma textualmente: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

En esta norma sobresale esa exigencia de la unanimidad; ha de apuntarse también el escaso papel otorgado al Parlamento Europeo, que tan sólo es consultado. Pudiendo pues haber dotado a la Agencia de una base jurídica muy sólida (artículo 6.4.º del TUE, no sólo artículo 6.1.º y 2.º), no se le dotó de tanta firmeza. Se prefirió un fundamento jurídico mucho más modesto y bastante más inestable, como el artículo 308 TCE citado; porque, como señalaba el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre esta propuesta, esta norma "faculta a la Comunidad (*no a la Unión*) a adoptar, por unanimidad las disposiciones pertinentes ... pero el Tratado no prevé ningún poder específico a tal fin"; precisamente por ello el Comité Económico y Social "pide al Consejo que dote a la Agencia de los fundamentos jurídicos más sólidos, de conformidad con el apartado 4 del artículo 6, a fin de garantizar que la Agencia dispone de las competencias necesarias para cumplir sus funciones"¹⁶.

A pesar de ello, la decisión de su establecimiento la adoptaba el Consejo de Justicia e Interior en su reunión de los días 4-5 de diciembre de 2006; según ello, la Agencia comenzaría sus actividades el 1 de enero de 2007. Pero realmente lo hacía y era inaugurada de manera oficial en su sede de Viena el 1 de marzo de dicho año, cumpliendo las previsiones del artículo 32.

(16) El Dictamen es de 14 de febrero de 2006 y puede consultarse en DOUE C 88, 11 de abril de 2006, pp. 37 y ss., citas en apartados 3.1.1. y 3.1.3, (cursiva añadida).

B) Las competencias presentes en el Reglamento creador

Hablaremos de las competencias; pero no podemos limitarnos a las presentes en el Reglamento creador; hemos de adentrarnos asimismo en las ausentes, las que pudieron ser y no fueron, que limitan de modo muy importante la operatividad de la Agencia y su posible incidencia en la realidad.

En tan importante materia interesa recordar inicialmente que la Agencia tiene como objetivo, según el artículo 2 del Reglamento, “proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de Derechos Fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente...”.

Sin embargo, el Comité Económico y Social, en su dictamen ya citado¹⁷, solicita que esa norma se complete atribuyendo a la nueva Agencia la competencia de “formular recomendaciones que puedan ser utilizadas por las instituciones, los organismos, las oficinas y las agencias de la Comunidad y sus Estados miembros”. A su vez el Comité de las Regiones¹⁸ deseaba que esa norma se completase atribuyéndole “la capacidad de dirigir a las instituciones de la Unión recomendaciones positivas y negativas en relación con sus responsabilidades legislativas y jurisdiccionales”. Estamos pues ante una competencia “ausente”.

Si nos centramos ahora en el ámbito de aplicación, podemos diferenciar un ámbito material y otro subjetivo.

El ámbito material incluye los Derechos Fundamentales, sin olvidar la lucha contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia, que debe figurar en el marco plurianual de la actividad de la Agencia [artículo 5.2.b)]. Por tanto, comparando el extinto Observatorio y la actual Agencia, se ha producido un verdadero salto cualitativo a favor de la segunda por razón de la materia.

El ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento (artículo 3) engloba sobre todo a dos tipos de sujetos:

1.º La misma Comunidad Europea, en el marco de las competencias que le atribuye su Tratado constitutivo.

2.º Los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho Comunitario.

Pero digo sobre todo porque cabe también la participación de los países candidatos, con los que se haya celebrado un acuerdo de estabilización y de asociación (artículo 28). Esta participación inicialmente será en calidad de observadores, pero la Agencia podrá abordar cuestiones relacionadas con los Derechos Fundamentales en uno de estos países “en la medida necesaria para una adaptación progresiva al Derecho comunitario del país de que se trate”.

¿Podría haberse ampliado este ámbito de aplicación al segundo y, sobre todo, al tercer pilar? La propuesta de la Comisión solicitaba precisamente que se ampliase al tercer pilar (Cooperación

(17) Apartado 3.2.1.

(18) Dictamen de 6 de julio de 2005, texto en DOUE C31, 7 de febrero de 2006, p. 6, apartado 1.2.6.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

Policial y Judicial en Materia Penal); pero todos estaban de acuerdo en que no se ampliase al segundo (Política Exterior y de Seguridad Común, PESC).

La no ampliación a la PESC era justificada por el Comité de las Regiones señalando que la inclusión de la misma bajo el control de la Agencia “haría perder fuerza a su misión y no ofrece ningún valor añadido en comparación con los dispositivos internacionales existentes, en especial los de Naciones Unidas”¹⁹. Vaga justificación no concorde con la posición de la misma Comunidad Europea que, por ejemplo, en los tratados internacionales de asociación que celebra con terceros Estados, incluye siempre desde hace más de una década la cláusula democrática y la cláusula de protección de Derechos Humanos.

Delimitado el objetivo y el ámbito de aplicación, conviene centrarse ahora en las **competencias** propiamente dichas, que el Reglamento denomina “cometidos” (artículo 4). Éstas son las siguientes:

- Recopilación, registro, análisis y difusión de datos e informaciones pertinentes, objetivos, fiables y comparables sobre esta materia;
- Desarrollo de métodos y normas para mejorar la comparabilidad, la objetividad y la fiabilidad de los datos a escala europea;
- Realización o fomento de investigaciones y trabajos científicos, estudios preparatorios y de viabilidad;
- Formulación y publicación de conclusiones y dictámenes sobre temas concretos;
- Publicación de un informe anual sobre sus actividades, otro sobre cuestiones relativas a los Derechos fundamentales y los correspondientes informes temáticos;
- Creación de una estrategia de comunicación y fomento del diálogo con la sociedad civil.

C) Las competencias “ausentes” de la Agencia

Veamos ahora otras competencias “ausentes”, las que pudieron ser y no fueron. Para nuestro análisis interesa recordar el párrafo 2.º del artículo 4 del Reglamento, que establece tres límites adicionales a tales competencias:

1.º Situémonos en el marco concreto del artículo 250 del TCE; pues bien, según la norma citada del Reglamento creador, las conclusiones, dictámenes e informes de la Agencia no podrán emitirse sobre las propuestas que presente la Comisión o sobre los actos del Consejo, salvo que la misma Comisión o el propio Consejo soliciten un pronunciamiento de la Agencia. Por tanto, la Agencia no puede ser crítica, salvo que se lo solicite el órgano que va a ser criticado. Ante ello cabe preguntarse si se mantendrá la predicada independencia de la Agencia o se verá quebrada la escasamente existente.

2.º Los actos de la Agencia no podrán abordar las cuestiones de legalidad, que susciten los actos de las instituciones de la UE (incluidos los actos del Banco Central Europeo), porque la

(19) Apartado 1.2.8.

legalidad solamente la controla el Tribunal de Justicia (artículo 230 del TCE). Pero cabría preguntarse si, antes de que decidiese el Tribunal de Justicia, no sería conveniente (al menos en ciertas situaciones) que la Agencia se pronunciase o acudiese ante el Tribunal al menos como *amicus curiae*.

3.º Finalmente la Agencia tampoco abordará la cuestión de si un Estado miembro ha incumplido el Derecho Comunitario (artículo 226 del TCE), tarea que le corresponde inicialmente a la Comisión y, en su momento, al Tribunal de Justicia. Pero, ¿ni siquiera podrá la Agencia señalar ese incumplimiento antes de que la Comisión inicie el procedimiento del citado artículo 226, aunque un Estado miembro viole los Derechos Fundamentales?

Teniendo en cuenta su naturaleza no judicial y sin pretender convertir a la Agencia en un tribunal o en un órgano similar al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (pues de ninguna manera está facultado para recibir denuncias individuales), sí resaltaré otras dos competencias “ausentes”:

1.ª La competencia para evaluar la compatibilidad entre la Carta de los Derechos Fundamentales y cualquier nueva propuesta de legislación de la UE o cualquier nueva política europea. La posibilidad de esta competencia la suscitaba el Comité Económico y Social que, en su Dictamen, la dotaba de un carácter tímido, muy limitado: Solamente se produciría dicha evaluación a solicitud del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión²⁰. En la misma dirección se pronunciaba el Comité de las Regiones, señalando que la Agencia “debe dedicarse a la aplicación del Derecho de la Unión, de la Carta de los Derechos Fundamentales, integrada en el Tratado constitucional, y de las disposiciones de aplicación que ahí se recogen...”²¹.

Esta ausencia resulta por lo menos chocante, porque (según el considerando 9 del Reglamento creador), en el ejercicio de sus funciones la Agencia deberá referirse a los Derechos Fundamentales en el sentido del artículo 6.2.º del TUE, del Convenio Europeo de Derechos Humanos “y como se reflejan, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales, teniendo presente su estatuto jurídico y las explicaciones que la acompañan. Su estrecha vinculación con la Carta debe reflejarse en el propio nombre de la Agencia”. Con todos estos pronunciamientos favorables, ¿por qué no convertir a la Agencia en “guardiana de la Carta de los Derechos Fundamentales”?

2.ª Por otra parte, el Comité de las Regiones señalaba que “no se opondría a que se recurriera a la Agencia para un estudio en el marco de la aplicación del artículo 7 del TUE, recogido en el artículo I.59 del Tratado Constitucional, es decir, en caso de que un Estado miembro violara de forma grave y persistente los principios en los que se basa la Unión Europea, puesto que tal estudio estaría subordinado a una petición expresa del Consejo, del Parlamento Europeo o de la Comisión Europea y no debería dejarse a iniciativa de la Agencia”²². El propio Consejo de Eu-

(20) Apartado 3.2.2.

(21) Apartado 1.2.3.

(22) Apartado 1.2.11 de su Dictamen.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

ropa apoyaba esta ausente competencia en 2004²³ y la propuesta de Reglamento de la Comisión Europea la incluía de modo inequívoco²⁴.

Esta competencia hubiera sido muy importante para, en su caso, detectar tempranamente o de modo precoz cualquier violación que pudiera derivar en una situación tan extremadamente grave como la violación del artículo 7 del TUE. Y no hemos de olvidar que la posibilidad de tal situación aparece en algún Estado miembro actual²⁵.

Pero en el mínimo común denominador pactado por los Estados miembros tampoco cabía esta competencia; seguramente no cabía por dos razones: Porque superaba el marco estrictamente comunitario, insertándose en el marco general del TUE, y porque los Estados no quieren que nadie pueda sonrojarlos ni siquiera cuando violan de modo grave y persistente los Derechos Fundamentales.

IV. LA COOPERACIÓN MULTIDIRECCIONAL DE LA AGENCIA

El capítulo 2 del Reglamento creador regula los métodos de trabajo y de cooperación, dedicando el artículo 6 al primero de dichos aspectos y los artículos 7-10 al segundo. En realidad, bien analizado, todo este capítulo se dedica a la cooperación de la Agencia, que pretende establecer de manera multidireccional. Claro que, dado el escaso desarrollo de la Agencia en medios y personal, seguramente la única vía válida para que pueda cumplir sus limitadas competencias sea la cooperación.

El artículo 6 se titula precisamente “métodos de trabajo”; en él se prevén diversas medidas “para lograr la complementariedad y garantizar un uso óptimo de los recursos”. Pues bien, de su lectura se desprende la voluntad (firmemente anclada en la escasez de medios) de la de la Agencia de colaborar. Por eso señala que la Agencia establecerá y coordinará redes de información, organizará reuniones de expertos exteriores e incluso podrá establecer grupos de trabajo *ad hoc*.

La Agencia debe por tanto trabajar en red; incluso el Comité de las Regiones propone que “sea considerada una red de redes capaz de desarrollar una cultura activa de los derechos fundamentales, tanto en el seno de la Unión como en sus Estados miembros y sus entes locales y regionales”²⁶.

(23) SG/Inf (2004) 34, 16 de diciembre de 2004, L'Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne-La perspectiva du Conseil de l'Europe (Contribution du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, pp. 7-8

(24) COM (2005) 280 final, p. 15, artículo 4.1.e). Por cierto, la propuesta de la Comisión habla de “tareas” y el Reglamento habla en este artículo 4 de “cometidos”; ninguno de los dos documentos habla de “competencias”.

(25) Me refiero a Polonia, donde sus gobernantes afirman que debe restablecerse la pena de muerte o que debe impedirse enseñar en escuelas, institutos y universidades polacas a los homosexuales.

(26) Apartado 2.2.3.

A) La cooperación intra-UE

En primer lugar recordaremos el artículo 6.2.º, que obliga a la Agencia a lograr la complementariedad y a garantizar “un uso óptimo de los recursos”. Por eso tendrá en cuenta las informaciones recopiladas y las actividades de la Unión, de los órganos, organismos y agencias de la Comunidad y la Unión y de los Estados miembros. Parece como si este artículo 6.2.º introdujera a la Agencia plenamente en la vida de la UE pero estamos ante un puro espejismo.

Porque, al hablar de la cooperación intra-UE, el artículo 7 del Reglamento creador nos obliga a volver a la realidad, al señalar: “La Agencia garantizará una coordinación adecuada con los órganos, organismos y agencias de la Comunidad. Las condiciones de esta cooperación se establecerán, en su caso, en memorandos de acuerdo”. Se establece por tanto la obligación de la Agencia (no queda claro si es coordinar o cooperar, porque el primer inciso afirma la coordinación, el segundo la cooperación) y se fija el modo de llevarla a cabo (los memorandos). Pero sólo ya en el terreno de la Comunidad Europea.

Además esta cooperación se realiza con las organizaciones gubernamentales y los organismos públicos de los Estados miembros, que tengan competencias en materia de Derechos Fundamentales [artículo 8.2.a)]. Precisamente para lograr tal cooperación cada Estado miembro nombrará “un funcionario de enlace nacional, principal punto de contacto Agencia-Estado miembro (artículo 8.1.º); la Agencia les informa y ellos a su vez pueden presentar al Director de la misma “sus opiniones sobre el proyecto de programa de trabajo anual”.

B) La cooperación extra-Unión, especialmente con el Consejo de Europa

La cooperación extra-UE se dirige sobre todo a las Organizaciones Internacionales. Ya el artículo 6.2.b) y c) afirma que la Agencia tendrá presentes las informaciones del Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales.

Además de tener presentes esos datos, el artículo 8.2.b) obliga a la Agencia a cooperar con la OSCE (sobre todo la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos, OIDDH), las Naciones Unidas y otras Organizaciones. Aun cuando no se prevea expresamente, dicha cooperación habrá de estructurarse en algún acuerdo internacional.

Pero sin duda la Organización más importante para la Agencia es el Consejo de Europa, reiteradamente citado en el Reglamento creador. Ello es así porque ambos comparten valores comunes y objetivos comunes en materia de Derechos Fundamentales o Humanos.

El artículo 9 del Reglamento señala en primer lugar que tal cooperación tiene por fin “evitar duplicaciones” y “garantizar la complementariedad y el valor añadido”. La misma norma advierte que la Agencia y el Consejo de Europa coordinarán sus actividades especialmente en lo que se refiere a su programa de trabajo anual. Para ello la Comunidad celebrará con esa Organización un acuerdo, siguiendo el procedimiento del artículo 300 del TCE. Aunque el Reglamento creador no lo cita, parece que este acuerdo plasmará una de las facetas previstas en el artículo 303 del TCE²⁷.

(27) Que señala: “La Comunidad establecerá todo tipo de cooperación adecuada con el Consejo de Europa”. El Reglamento podía haber citado ambas normas, pero al Consejo le interesaron tan sólo los aspectos procedimentales.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

De esta forma se potenciarán las sinergias existentes y la complementariedad entre el Consejo de Europa y la Agencia. Porque no se trata de que las dos instituciones compitan entre sí, sino de que cooperen lo más estrechamente posible como ya hicieron en el pasado el Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia, por parte de la LUE, y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) por parte del Consejo de Europa.

El artículo 9 del Reglamento creador añade algo más: En virtud de ese acuerdo, el Consejo de Europa “designará a una persona independiente para formar parte del Consejo de Administración de la Agencia y de su Consejo de Administración, tal como disponen los artículos 12 y 13”. Si seguimos leyendo el Reglamento, comprobaremos que existe ahí una errata, pues se cita dos veces al mismo órgano y el artículo 13 regula al Consejo Ejecutivo.

C) La cooperación con la sociedad civil mediante la Plataforma de los Derechos Fundamentales

La Agencia debe cooperar asimismo con la sociedad civil, como recuerda sobre todo el artículo 10. Ha de incluirse en esta cooperación a las ONG's y otras instituciones activas en el ámbito de los Derechos Fundamentales que trabajen a escala nacional, europea o internacional. Por eso la Agencia debe crear la Plataforma de los DF, que es una red de cooperación.

Esta Plataforma tendrá una multicolor composición: Representantes de ONG's de DF, sindicatos, empresarios, organizaciones sociales y profesionales, iglesias, organizaciones religiosas, filosóficas y no confesionales, Universidades y otros expertos.

La Plataforma, coordinada bajo la autoridad del Director de la Agencia, debe servir de mecanismo de intercambio de información. La Agencia invitará a la Plataforma a presentar sugerencias sobre el programa de trabajo anual, a transmitir información y a comunicar los resultados de conferencias, seminarios y reuniones sobre las tareas de la Agencia.

Existen en esta materia tres diferencias entre la propuesta de la Comisión y el Reglamento; las dos primeras son sustanciales, la tercera es menos importante:

1.^a La propuesta hablaba de un Foro de DF y este Foro era uno de los órganos de la Agencia²⁸. El Reglamento habla de una Plataforma, que ya no forma parte de la estructura orgánica de la Agencia.

2.^a La propuesta cifraba en 100 el número máximo de miembros del Foro, mientras que el Reglamento no fija el número máximo de entes a participar en dicha red.

3.^a La propuesta señalaba la obligación de la Agencia de prestar al Foro el apoyo logístico y técnico necesario, mientras el Reglamento nada dice al respecto.

El Comité Económico y Social señalaba en su Dictamen lo siguiente: “El Comité está muy preocupado porque la propuesta no promueve ni apoya una representación más amplia de la sociedad civil organizada ni en el Consejo de Administración ni en el Foro de los DF (en lo sucesivo “el Foro”) de la nueva Agencia”²⁹. Pues bien, si este Comité examinara ahora la misma cuestión,

(28) Artículos 11 y 14 de la propuesta (COM (2005) 280, pp. 18-19 y 22.

(29) Apartados 2.4 y 2.5.

aún debería mostrarse más preocupado porque el Reglamento todavía recorta más el papel de la sociedad civil en algo tan esencial para todos como los DF.

V. A PROPÓSITO DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA AGENCIA

En general la estructura de las Agencias Europeas es muy similar. En este caso hablamos de una estructura orgánica cuatrilateral, en la que nos encontramos el Consejo de Administración, el Consejo Ejecutivo, el Comité Científico y el Director.

Regulado en el artículo 12, por sus competencias, el Consejo de Administración es el órgano más importante. Este Consejo “velará por que la Agencia ejecute los cometidos que le hayan sido confiados”; además es “el órgano de programación y de vigilancia de la Agencia”³⁰.

Está formado por una persona independiente designada por cada Estado miembro, una persona independiente designada por el Consejo de Europa y dos representantes de la Comisión, pudiendo existir igual número de suplentes. Estas personas tendrán un mandato no renovable de cinco años.

Entre sus competencias destaca en primer término la elección de los miembros del Consejo Ejecutivo; por otro lado, designa y, en su caso, destituye al Director y también nombra y, en su caso, destituye a los miembros del Comité Científico. Además adopta el programa de trabajo anual, aprueba los informes anuales, adopta el presupuesto y aprueba el reglamento interno de la Agencia.

Según el párrafo 6 del artículo 12, el Consejo de Administración decide por mayoría simple de los votos emitidos en algunos casos, por mayoría cualificada de dos tercios de todos sus miembros o por unanimidad cuando se trate del régimen lingüístico dentro de la Agencia; el Presidente dispone de voto de calidad. A su vez la persona designada por el Consejo de Europa sólo participa en la votación cuando se trate de adoptar el programa de trabajo anual, aprobar los informes anuales y nombrar y destituir a los miembros del Comité Científico.

Normado en el artículo 13, el Consejo Ejecutivo emana del Consejo de Administración. El Consejo Ejecutivo está formado por cinco miembros, todos ellos miembros del Consejo de Administración³¹. Este órgano asiste al Consejo de Administración, prepara las decisiones de aquél, ayuda y asesora al Director de la Agencia.

La creación del Comité Científico (artículo 14) ha suscitado más polémica, sobre todo en dos ámbitos:

– En primer lugar, la propuesta de la Comisión no lo preveía³². Estamos pues ante una adición del Consejo de la UE.

(30) Párrafo 6 del artículo 12.

(31) El Presidente y el Vicepresidente del Consejo de Administración, otros miembros elegidos por él y uno de los representantes de la Comisión. Además podrá participar la persona designada por el Consejo de Europa y asiste el Director con voz pero sin voto.

(32) Artículo 14, COM (2005) 280, pp. 18-19.

Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE

– En segundo término, por su composición. En esta materia se pretendía que la Red de Expertos Independientes sobre Derechos Humanos (creada en 2002 por la Comisión Europea y formada por tantos expertos como Estados miembros) se transformase en Comité Científico; pero el Reglamento crea un Comité Científico sólo de 11 miembros, que garantizará la calidad científica de los trabajos de la Agencia (artículo 14).

Finalmente se encuentra el Director (artículo 15), designado por el Consejo de Administración. El Director estará encargado de la ejecución de los cometidos que se le encomienden, de la preparación y ejecución del programa de trabajo anual, de las cuestiones de personal y de los asuntos de administración ordinaria, entre otras materias.

VI. ¿MEJORA LA AGENCIA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Por su naturaleza jurídica la Agencia se sitúa entre las instituciones de promoción de los Derechos Fundamentales, evidentemente con carácter no judicial. Este tipo de instituciones, que existen en numerosos Estados e incluso en la misma UE (pensemos en el Defensor del Pueblo de la UE), ha surgido a su vez en algunas Organizaciones Internacionales, como el Consejo de Europa³³.

En el caso concreto ahora estudiado, sus competencias indican que la Agencia se limita a ser un organismo de análisis, opinión y tratamiento de datos en Derechos Fundamentales; sus competencias ha sido limitadas y sólo constituyen el mínimo común denominador al que estaban dispuestos los Estados miembros.

Como escribe J. ENÉRIZ OLAECHEA: “Desde el inicio de la idea, la Agencia no ha pasado de concebirse como un *organismo asesor* en materia de derechos fundamentales, a la que competiría promoverlos y hacer un seguimiento sobre su situación en la Unión y en los Estados miembros. Si algo caracteriza, pues, a la Agencia es su limitadísimo campo de actuación tanto material como geográficamente”³⁴.

¿Por qué razón se le atribuyeron a esta Agencia tan escasos poderes operativos? Seguramente ello obedece al inestable fundamento jurídico elegido y al modo de decisión en la misma UE; como ya señalaba antes, ese fundamento estaba lastrado por la exigencia de establecer una Agencia solamente comunitaria, que no extendiera sus acciones a los otros dos pilares de la UE.

Por otro lado, el modo de decisión, la unanimidad, resulta ser casi siempre un principio paralizante para la toma de decisiones; este modo de decisión traslada a las normas adoptadas las tensiones existentes entre los Estados miembros; para la superación de las tensiones se opta por el mínimo común denominador posible. Obviamente esa opción entraña graves riesgos, sobre todo el riesgo de la inoperatividad de las Agencias así creadas, de su escasa incidencia en la realidad social que se pretende mejorar.

(33) Me refiero al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

(34) *La Agencia Europea de Derechos Fundamentales*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n.º 14-2006, p. 5 (estudio publicado antes de la aparición del Reglamento creador de esta Agencia).

Sin duda la iniciativa de crear esta Agencia resultaba interesante; pero el Consejo de la UE ha adoptado un Reglamento que no parece que vaya a permitir incrementar la protección de los DF en la Unión.

Tres datos avalan esta conclusión:

- 1.º La independencia de la Agencia no existe, pues su tarea será supervisada por el Defensor del Pueblo.
- 2.º Las competencias presentes en el Reglamento son de escasa importancia.
- 3.º Las competencias “ausentes” del Reglamento son, por el contrario, de un gran peso específico.

La labor del Observatorio Europeo contra el Racismo y la Intolerancia fue interferida por los Estados en numerosas ocasiones; la labor de la Agencia (de por sí demasiado alicortada) puede ser además cortocircuitada.

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Presidente del TSJ de Cantabria
(c.tolosa@justicia.mju.es)

II

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

RESUMEN

ALGUNAS CUESTIONES DE ACTUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

La materia referente a la aplicación práctica de la normativa jurídica sobre la regulación de los derechos y deberes de los extranjeros en España, provoca un gran número de procedimientos en los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, los cuales vienen adoptando sucesivas resoluciones, no siempre uniformes en cuanto al criterio aplicado, cuyo conocimiento y estudio se hacen necesarios para complementar el conocimiento teórico de este conflictivo sector del ordenamiento jurídico. El presente trabajo trata de efectuar un recorrido por las principales decisiones adoptadas por los órganos judiciales en materia de extranjería, tanto en lo que afecta a cuestiones sustantivas como procesales, alguna de las cuales, como la representación en juicio, siguen provocando un intenso debate doctrinal. Consecuentemente el trabajo se circunscribe al análisis de decisiones recientes de los Tribunales afectantes a materias tan variadas como la motivación de las resoluciones de expulsión del territorio nacional, la adopción de medidas cautelares en el proceso, los problemas relativos a la solicitud de empadronamiento, en el marco del proceso de normalización regulado en la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004, etc.

ABSTRACT

SOME ACTUAL QUESTIONS IN THE JURISPRUDENCE IN THE MATTER OF ALIENAGE

The matter referred to the practical application of the juridical normative on the regulation of the rights and duties of the foreigners in Spain, causes a great number of procedures in the Courts and Tribunals of the contentious-administrative jurisdiction, which come adopting successive resolutions, not always standardize about the applied criterion, whose knowledge and study become necessary to supplement the theoretical knowledge of this unstable sector

César Tolosa Tribiño

II

of the juridical norms. The present work tries to effectuate a journey for the main decisions adopted by the judicial organs as regards alienage, so much in what affects to substantive matters as procedural, some of which, as the representation in trial, are still causing an intense doctrinal debate. Consequently the work is circumscribed to the analysis of recent decisions of the Tribunals affecting to matters so different as the motivation of the resolutions of expulsion from the national territory, the adoption of cautelar cautions in the lawsuit, the problems with the census application, in the scope of the normalization process regulated in the Third Transitory Disposition of the RD 2393/2004, etc.

SUMARIO

I. Medidas cautelares en materia de extranjería.

II. De nuevo sobre la motivación de las órdenes de expulsión.

III. Nulidad de norma sobre solicitud de permisos de trabajo en caso de incumplimiento del requisito de gestión previa de la oferta.

IV. La polémica del empadronamiento por omisión.

V. El silencio administrativo y la caducidad de los procedimientos en materia de extranjería: especial referencia a la expulsión. A) Procedimientos iniciados a solicitud del interesado. B) Procedimientos iniciados de oficio.

VI. La representación en juicio en los procesos en materia de extranjería.

I. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Con carácter general, conviene recordar que la STC 218/1994 señaló que la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la “justicia cautelar” tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales.

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

De forma sintética pueden citarse los criterios generales que para la adopción de las medidas cautelares vienen exigiendo nuestros Tribunales, criterios que posteriormente encuentran su plasmación en los supuestos de procesos de extranjería. Los citados criterios son los siguientes:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto.

c) El carácter prevalente del criterio del *periculum in mora*. Conforme al artículo 130.1 de la LJCA “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

d) El criterio de la ponderación de intereses, tanto generales como de terceros. Conforme al artículo 130.2 de la LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

e) La aplicación de la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), doctrina que permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

Respecto de la concreta aplicación de estos criterios a los supuestos de extranjería, ha de señalarse que:

a) Se declara con carácter general que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general.

Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción.

b) Las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario,

la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa.

c) Según la STS de 24 de noviembre de 2004: “Salvo casos singulares, en los que fundadamente quepa apreciar que el estado o grado de vinculación existente al tiempo de decidir sobre la medida cautelar es el natural o lógico desarrollo o evolución del ya existente al tiempo de dictarse la resolución administrativa impugnada, salvo tales casos, repetimos, es este último, el existente al tiempo de dictarse tal resolución, el estado de vinculación que debe valorarse para hacer aquella ponderación del conflicto de intereses o para decidir sobre la subsunción del supuesto en ese concepto jurídico indeterminado antes aludido, pues lo contrario, esto es, la valoración en todo caso del estado o grado de vinculación existente al tiempo de decidir sobre la medida cautelar, desconecta ésta del supuesto enjuiciado y favorece la creación artificial de aquellos vínculos”. En definitiva, lo determinante es el arraigo o situación existente en el momento de dictarse la resolución administrativa y no la existente en el momento de producirse la resolución judicial.

d) Según la STS de 30 de octubre de 2005 “sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar datos, documentos, elementos de juicio, en suma, que estando a su disposición puedan ser valorados, cuando menos, como indicios de aquello que alega (en este caso, del hipotético arraigo en nuestro país por causas de índole familiar o social o económicas).

Sólo si así lo hace, podrá el órgano judicial proceder a una circunstanciada valoración de todos los intereses en conflicto, tal y como le exige el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción. Y si no lo hace, estará de más hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues es su actitud y no una situación de indefensión a él no achacable, la que habrá determinado la decisión judicial”.

Una cuestión importante es la relativa a la posibilidad de ejecución de los actos administrativos en materia de extranjería, en los supuestos en los que la parte interesada ha solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional.

En efecto, con carácter general son muchos los problemas que ha planteado la compatibilidad de la ejecutoriedad de los actos administrativos sancionadores con el principio de tutela judicial efectiva. La STC 66/1984 señalaba que la ejecución de los actos administrativos exigía su previa firmeza, pues en otro caso, si se ejecutase antes de tal firmeza, la tutela judicial efectiva ya no sería plena, real y efectiva. Hecha esta salvedad, la sentencia concluía afirmando que “la ejecutividad de los actos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva”, para terminar señalando que “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”.

En el mismo sentido se pronuncia la STC 341/1993, de 8 de noviembre, cuando en relación con el artículo 38 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana afirma que dicho pre-

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

cepto “se limita a afirmar la ejecutividad de las sanciones impuestas en aplicación de la propia Ley, una vez sean firmes en vía administrativa, y es del todo claro que esta previsión legal en nada impide, dificulta o condiciona el posible recurso jurisdiccional contra el acto de sanción ni en nada menoscaba, tampoco, la posibilidad de solicitar y de obtener de los Tribunales la suspensión cautelar del acto impugnado” concluyendo que la ejecutividad no es contraria a la Constitución “orientada como ha de estar la actuación administrativa por el principio, entre otros de eficacia y que la garantía de una tutela judicial efectiva y de una también plena sujeción de lo actuado por la Administración al control judicial se alcanzan, de modo suficiente y compatible con aquella eficacia, cuando la Ley hace posible que se someta a la consideración de los Tribunales la suspensión del acto impugnado”.

Para concluir la STC 78/1996, de 20 de mayo, señala que “La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición, pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irresponsablemente la decisión del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica”.

Consecuentemente con la doctrina constitucional expuesta puede concluirse en primer lugar que la ejecutoriedad de las sanciones administrativas exige, por un lado su firmeza en vía administrativa y, por otro, que la ejecución no se lleve a efecto si se ha solicitado la suspensión de su ejecutividad, hasta que haya podido recaer un pronunciamiento del órgano judicial competente.

Trasladando esta cuestión al ámbito de la extranjería, es de destacar el contenido de la STS de 28 de febrero de 2006, en la que se sienta una importante doctrina en relación con las resoluciones de denegación de entrada y retorno, al tiempo que, se clarifica la cuestión en lo referente a las órdenes de expulsión.

La citada sentencia afirma que “debe anotarse que a diferencia de los casos de expulsión [en que la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la LO 8/2000, establece en el procedimiento preferente que «la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata», (artículo 63.4), precepto del que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, casación n.º 488/2001, ha derivado la conformidad a Derecho del artículo 112.6 del Reglamento de dicha Ley aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, que dispone la «Imprudencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno» de la resolución de expulsión], repetimos, a diferencia de los casos de expulsión, en los supuestos de denegación de entrada y retorno, lo que el artículo 60.1 de la Ley establece es que el retorno se realizará «en el plazo más breve posible», sin que de aquí pueda ya deducirse que no quepa solicitar la suspensión y que la Administración haya de resolver sobre ella; y, en efecto, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, no la prohíbe, limitándose a repetir en su artículo 137.3 el tenor de la Ley, en lo que aquí importa”.

El “plazo más breve posible” para llevar a cabo el retorno es el de setenta y dos horas (artículos 60.1 de la Ley y 137.3 del Reglamento), ya que una tardanza mayor exige la comunicación al Juez de Instrucción para que determine el lugar de internamiento.

Por lo tanto, podemos deducir de lo dicho que en los casos de denegación de entrada y retorno, cabe la suspensión de su ejecución, pues no existe en las normas sectoriales precepto que la prohíba, y debe acudirse entonces a la regla general del artículo 111.2 de la Ley 30/1992.

Ahora bien, el artículo 137.6 del Reglamento 864/2001, de 20 de julio, dispone que “la resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes”, lo que se reitera en su Disposición Adicional 6.^a

Esta previsión remite al artículo 114.1 de la Ley 30/1992, que prevé, para poner fin a la vía administrativa, la interposición del recurso de alzada, en el plazo de un mes (artículo 115.1).

El establecimiento del plazo de un mes para recurrir en alzada la denegación de entrada y retorno y para pedir en él la suspensión (artículo 111.2 de la Ley 30/1992), es contrario a la ejecución del retorno en “el plazo más breve posible”, como ordena el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 8/2000, (y obstaculiza el acceso inmediato a los Jueces y Tribunales para solicitar la suspensión judicial de la resolución administrativa, aspecto este sobre el que nada dice la parte recurrente).

Y la única manera de compaginar ambos preceptos es interpretándolos en el sentido de que si antes de ejecutarse el retorno el interesado solicita la suspensión del acto administrativo interponiendo recurso de alzada, no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión.

Interpretándolos así, tales preceptos permiten compaginar la urgencia del retorno con la posibilidad de que se solicite la suspensión y se decida sobre ella.

II. DE NUEVO SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN

En un artículo publicado en esta misma revista, afrontaba el problema de la exigencia de motivación en las decisiones adoptadas por la Administración en aplicación del artículo 57.1 de la LOEX, cuando señala que en los casos de infracciones muy graves o graves de las previstas en el apartado a) del artículo 53, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005 inició el camino de una nueva doctrina que ayudaba a clarificar el debate existente para las diferentes interpretaciones sustentadas por los distintos Tribunales, procediendo a aclarar en primer lugar que “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».”

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

Sentado lo anterior, esto es, que la sanción principal es la multa, se realizaba una segunda afirmación de gran trascendencia, al señalar que “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 la 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”.

Esta doctrina acababa con las posibles dudas existentes acerca de la discrecionalidad de la Administración para optar entre los dos tipos de sanciones, al tiempo que negaba la irrelevancia jurídica de dicha opción. En efecto la sentencia impone el deber de motivación en todo caso, no bastando consecuentemente que ante la mera estancia ilegal pueda defenderse la opción a favor de la expulsión, por cuanto de no concurrir otras circunstancias, la Administración viene compelida a la imposición de la sanción pecuniaria.

Ahora bien, la novedad más importante de este pronunciamiento judicial, se encontraba en la modulación, ciertamente flexible que realizaba de la aplicación a estos supuestos de la doctrina general sobre el deber de motivación. En efecto, la sentencia afirmaba que “Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo”.

Consecuentemente la sentencia planteaba la posible existencia de dos hipótesis diferentes:

“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 una 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 aquel estudio de la referida sentencia, ya manifesté mi opinión, en cuanto que la misma relevaba a la Administración de su deber de motivar en la resolución administrativa, siempre que, y la precisión es importante, en el conjunto del expediente administrativo aparezcan datos fácticos que permitan entender concurrente una especial gravedad en la conducta del interesado, esto es, la motivación ya no aparece en vía administrativa, sino que se exteriorizará, en su caso, en vía jurisdiccional, una vez que la Sala o el Juzgado efectúen una labor de depuración del expediente a la búsqueda de circunstancias agravatorias que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión, lo que a mi juicio contradice la finalidad de la motivación de dar a cono-

cer al administrado el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa.

Sin embargo mayores críticas suscitaba el hecho de que se admitiera como criterio de graduación la existencia de una detención policial, de la que se desconocen sus consecuencias.

Este criterio fue mantenido en una posterior Sentencia de 31 de enero de 2006, pero, sin embargo, dando muestras de que el tema sigue abierto, ha sido objeto de rectificación expresa en la Sentencia de 29 de septiembre de 2006, que, a mi juicio, avanza en el camino correcto en cuanto refuerza las garantías del interesado.

Según la citada sentencia:

“Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales, 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”.

En definitiva, la mera referencia a detenciones, antecedentes policiales o procesos judiciales pendientes, carecen de eficacia, en cuanto se desconozca su resultado, para justificar la medida de expulsión, que debe ser sustituida por la imposición de una sanción pecuniaria.

III. NULIDAD DE NORMA SOBRE SOLICITUD DE PERMISOS DE TRABAJO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE GESTIÓN PREVIA DE LA OFERTA

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza sometió a la consideración del Tribunal Supremo la posible disconformidad a Derecho del inciso “previo a la solicitud del permiso de trabajo” que se contiene en el párrafo 3.º del apartado 1.1.B) del artículo 70 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 aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que dispone: “b) Que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo. A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta.

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

No obstante, a los efectos de este párrafo b), la autoridad competente para resolver sobre el permiso de trabajo podrá sustituir la exigencia de este certificado individual por una certificación genérica del servicio público de empleo, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores. Dicha certificación tendrá validez durante dos meses.

Corresponde al empleador o empresario acreditar que, previo a la solicitud de permiso de trabajo inicial, ha instado la gestión de la oferta”.

Se fundamentaba la expresada ilegalidad en la contradicción existente entre tal precepto reglamentario y el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), que dispone, tras su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la LRJCA (LMRJPA), que “Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42”.

La sentencia del Tribunal Supremo se ve en la obligación de reproducir los mismos fundamentos que ya fueron utilizados en la STS de 21 de octubre de 2004, dictada en relación con el artículo 84.5 del mismo 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, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

El núcleo central de la argumentación sostiene que: “En síntesis, se mantiene, la subsanación devendría inútil si la gestión de tal requisito no se hubiera llevado a cabo con carácter previo a la solicitud del permiso. Sin duda, nos encontramos en presencia de una norma reglamentaria, que nos vemos obligados a anular, por cuanto (1) está limitando los derechos o situaciones jurídicas favorables al administrado establecidos por una ley –en este caso, la posibilidad procedimental de subsanar la no aportación inicial de un documento preceptivo para evitar una declaración de inadmisión–, y porque, también (2) está rompiendo la coherencia interna del ordenamiento que, cual directriz interna, viene predeterminada por la anterior norma con rango de ley, pues ambas normas –ley y reglamento– constituyen dos instrumentos normativos pero que se integran en único cuerpo dotado de unidad interna; esto es, no sólo por su subordinación de rango, sino por su necesaria coherencia con el sistema establecidos en la norma legal, el reglamento ha de respetar el denominado programa normativo substancial diseñado en la ley debiendo responder a sus mismos criterios y principios inspiradores.

Pues bien, al igual que en el STS de 21 de octubre de 2004 declaramos la ilegalidad del apartado 5 del artículo 84 del mismo Reglamento, ahora lo debemos hacer con el inciso propuesto, pues con la exigencia de la gestión previa a la solicitud del requisito, la norma reglamentaria está

limitando temporalmente de forma ilógica, arbitraria y sin apoyo legal –como veremos– el ejercicio de los derechos de los extranjeros que con la solicitud se activan.

Por ello, todo lo anteriormente señalado en relación con la subsanación devendría inútil por la limitación temporal impuesta para el expresado requisito y exigida por el inciso de referencia. En consecuencia, la determinación anulatoria que establecimos en la citada STS de 21 de octubre de 2004 –declarando la ilegalidad del apartado 5 del artículo 84 del mismo Reglamento– y derivada del mencionado ámbito de la subsanación, hemos de proyectarla también sobre el citado aspecto temporal del propio requisito, que por ello ha de ser anulado”.

La sentencia concluye afirmando que “Por todo lo expresado la norma reglamentaria cuestionada [inciso «previo a la solicitud del permiso de trabajo» que se contiene en el párrafo 3.º del apartado 1.1.B) del artículo 70 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, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio], al exigir e imponer el mencionado carácter previo a la gestión del requisito que regula (oferta negativa de empleo público), permitiendo, por otra parte, la declaración de inadmisión sin el previo trámite de subsanación, vulnera la exigencia de constituir un simple complemento indispensable –en el concreto ámbito del procedimiento para la obtención del permiso de trabajo– de la norma legal de referencia (38.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), procede, como hemos dicho declarar nulidad”.

IV. LA POLÉMICA DEL EMPADRONAMIENTO POR OMISIÓN

La solicitud de empadronamiento, a la que vamos a referirnos, se enmarca en el proceso de normalización regulado en la Disposición Transitoria 3.ª del RD 2393/2004, regulación que se desarrolla y complementa con la Orden PRE 140/2005.

En tales normas se establecen los requisitos para acogerse al proceso de normalización y obtener la correspondiente autorización inicial de residencia y trabajo; y, entre estos requisitos, el que aquí interesa es el que se establece en el apartado a) de la DT 3ª del RD 2393/2004 y el artículo segundo, apartado a), de la Orden PRE 140/2005, requisito que consiste en que el trabajador figure empadronado en un municipio español con al menos seis meses de antelación a la fecha de entrada en vigor del citado RD, es decir, antes del 8 de agosto de 2004.

Comenzado el proceso de normalización y a la vista de la posibilidad de que hubiese extranjeros que estuviesen en España antes de la referida fecha pero que no se hubiesen empadronado o lo hubiese hecho con posterioridad, se articuló un sistema que permite el empadronamiento de esos extranjeros siguiendo el procedimiento del llamado empadronamiento por omisión, regulado en la Resolución conjunta de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Territorial, de fecha de 1 de abril de 1997. Tal articulación se contiene en la Resolución de 14 de abril de 2004, dictada por dichos órganos.

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

El apartado II de dicha resolución dice:

“Documentos públicos que acreditan la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004. Los documentos públicos que se tendrán en cuenta para acreditar la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 serán los siguientes:

- Copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada, debidamente registrada en el municipio.
- Tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud en la que conste la fecha del alta, o, en su caso, certificación en la que conste la fecha de antigüedad del alta.
- Copia de la solicitud de escolarización de menores debidamente registrada.
- Copia de la solicitud debidamente registrada, certificación del informe de los Servicios Sociales o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales.
- Documento de alta laboral o certificación de la misma expedida por la Seguridad Social.
- Copia de la solicitud de asilo debidamente registrada.
- Notificación de Resoluciones derivadas de la Normativa de Extranjería emitidas por el Ministerio del Interior.

Todos estos documentos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Haber sido emitidos y/o registrados por una Administración Pública Española.
- Ser documentos originales o copia debidamente compulsada.
- Contener los datos de identificación del interesado.
- Estar expedidos, registrados o referidos a actos o documentos de fecha anterior al 8 de agosto de 2004.”

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Santander de 4 de noviembre de 2005, resultó ser, en este sentido, muy comentada. Para este Juzgado la anterior regulación indica con claridad que la lista de documentos, es una lista cerrada, es decir, que establece un *numerus clausus*, de tal manera que excluye no sólo cualquier otro medio de prueba que no sea la documental pública, sino todos los documentos distintos a los del listado o que no cumplan los requisitos que se fijan.

A partir de la anterior consideración se concluye que:

a) Tal limitación es del todo contraria al derecho fundamental a la prueba, pues deja fuera con carácter general medios de prueba legítimos y hábiles en abstracto para acreditar los presupuestos de los derechos, y, con ello, restringe en gran medida el derecho de defensa y el acceso de las personas a una tutela jurídica eficaz de sus derechos e intereses (tutela que han de suministrar tanto la Administración como los Tribunales, cada cual en su momento según la ley), y lo hace sin justificación suficiente, pues ni se expresan (falta de motivación) ni se pueden apreciar razones vinculadas a otros valores constitucionales que necesiten de un sacrificio tan radical del derecho a la prueba, y mucho menos se ha justificado la proporcionalidad de tal sacrificio.

b) La norma vulnera, además, la reserva del ley del artículo 53.1 de la CE, pues las limitaciones generales y abstractas de los medios de prueba han de estar en una norma con fuerza de ley, sin que el reglamento pueda intervenir a falta de una ley que regule el núcleo de esas limitaciones y le habilite a hacerlo con la necesaria sujeción.

c) En definitiva, deben admitirse como pertinentes y útiles en abstracto medios tanto documentales como no documentales y acudir, si es preciso, al método de las presunciones y así, poder deducir de la prueba de hechos circunstanciales.

La anterior sentencia (y otras del mismo tenor) y los criterios en ella expuestos fueron objeto de recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, que procedió a revocar la misma, basándose, entre otras en la Sentencia de 21 de febrero de 2006, en los siguientes argumentos:

a) Debe concluirse que la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y consiguiente denegación de alguno o algunos medios de prueba propuestos por el interesado sólo puede ser invocada cuando la misma se ha producido en el ámbito del proceso ante los Tribunales, no pudiendo por tanto apreciarse un vicio de inconstitucionalidad cuando aquélla se enmarca en el seno de un procedimiento administrativo no sancionador.

b) En consecuencia, en cuanto que el artículo 24.1 de la Constitución acota su ámbito de operatividad al proceso ante los Tribunales de Justicia, situando “extra muros” del mismo al procedimiento administrativo, los vicios de forma que pudieran apreciarse por posible merma o restricción de las pruebas a esgrimir en el mismo no entrañan vulneración del derecho constitucional recogido en artículo 24.1.

c) Ello supone que las resoluciones administrativas que pudieran haber generado indefensión al administrado por la inadmisión de determinados medios de prueba son susceptibles de control en el seno del proceso ante los Tribunales, donde ya desde la perspectiva de la legalidad ordinaria se analizará si fue indebidamente admitida la prueba o pruebas solicitadas, pudiendo el interesado esgrimir en plenitud los medios de ataque y defensa que estime necesarios y sean admitidos por el Tribunal, materializándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva y uno de sus corolarios: el derecho a la prueba.

No obstante y una vez resueltas estas cuestiones procedimentales, el meollo de la sentencia se contrae a determinar si los Tribunales del orden contencioso-administrativo, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y su corolario, el derecho a la prueba, pueden admitir otros documentos distintos de los que expresamente exige la Resolución de 14 de abril de 2005.

Según la referida sentencia “la acotación de los documentos a presentar en orden a acreditar la residencia y obtener la certificación de empadronamiento, no han sido elegidos aleatoria y arbitrariamente por el legislador sino que, por el contrario, al enumerar los mismos en el Anexo

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

II, se exige que tales documentos tengan el carácter de públicos, enumerando cuáles deben ser los mismos...

La Resolución de 14 de abril de 2005 no sólo enumera dichos documentos sino que exige que todos ellos hayan sido emitidos o registrados por una Administración Pública, esto es, que se trate de documentos oficiales procedentes de aquéllas y, lógicamente estar expedidos, registrados o referidos a documentos de fecha anterior a 8 de agosto de 2004.

Finalmente debe indicarse que dicha discriminación entre los documentos expresamente aceptados y aquellos cuya aportación no se estima susceptible de probar el hecho de la residencia no es arbitraria, ya que la restricción de aquéllos a documentos oficiales y públicos ofrece garantías de la autenticidad del documento a aportar y consiguiente virtualidad probatoria de la residencia, cerrando el paso a la aportación de certificaciones de complacencia que pudieran proceder de particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, amén de garantizar el principio de seguridad jurídica.

Dicha quiebra de la seguridad jurídica se produciría si, obviándose el *numerus clausus* de la Resolución de 14 de abril de 2005 en orden a la aportación de documentos, fueran los Tribunales de Justicia los que de forma absolutamente casuística pudieran otorgar o no virtualidad probatoria a documentos que no reúnen los requisitos reglamentariamente exigidos, valorándolos conforme a las reglas de la sana crítica, lo que se encuentra proscrito en el supuesto de autos, ya que si partimos de la premisa de que determinados documentos no encajan en ninguno de los contemplados por la Resolución de 14 de abril de 2005 difícilmente puede otorgárseles el valor probatorio pretendido, lo que igualmente conculcaría el derecho a la igualdad entre el colectivo de extranjeros que deseen acogerse al procedimiento de regularización, ya que podrían sufrir un trato desigual en función del órgano jurisdiccional con competencia para apreciar y valorar dicha prueba documental, frente a la seguridad jurídica que supone el previo conocimiento de los documentos que resultan válidos en orden a acreditar la residencia anterior a 8 de agosto de 2004”.

Para la STSJ de Baleares de 7 de abril de 2006, ha de mantenerse un criterio amplio, de forma tal que resulta válido cualquier otro documento que acredite la identidad fehaciente del interesado y que se hubiere emitido con anterioridad al 8 de agosto de 2004, siempre que además estuvieren expedidos por una Administración pública para obtener el empadronamiento.

En la referida sentencia la Sala debía pronunciarse sobre la validez del sello de entrada en España –Madrid-Barajas–, que figura en el pasaporte del actor, resolviendo que “Ahora es momento de concluir si el sello de entrada en territorio español inscrito por una autoridad pública española (las policiales existentes en el control de fronteras del país) sirve para acreditar un supuesto de empadronamiento por omisión. La respuesta del tribunal es positiva, lo que asentamos sobre estos razonamientos:...”

Una posición mucho más radical es la mantenida por la Sala del TSJ de Navarra en sus Sentencias de 24 de febrero y 3 de marzo de 2006, cuando afirma que “Sentado lo antecedente, no ne-

garemos que la Administración, en su afán de que pudieran acogerse al proceso de normalización el mayor número posible de interesados, vino a introducir cierta confusión –más aparente que real, sin duda– y puede que a generar infundadas expectativas al publicar la Resolución de 14 de abril de 2005 relacionando qué documentos son los que pueden los Ayuntamientos reputar acreditativos de la «residencia» en España antes del 8 de agosto de 2004 y con base a tal acreditación empadronar a quienes los presenten con efectos desde dicha fecha. Pero es claro que ello no modifica lo dispuesto en el Real Decreto –sería un absurdo tan siquiera sugerirlo– sino que tiende a facilitar la acreditación de la residencia como presupuesto para el empadronamiento, no como presupuesto para acogerse directamente, sin empadronamiento, al proceso en cuestión. Tal fue sin ninguna duda (los medios de comunicación dieron cuenta de ello en su momento) la intención administrativa como, además, se desprende claramente de la propia Resolución; y tal es la única interpretación posible de la meritada Resolución que no puede tener el alcance que parece darle la sentencia apelada que, si la entendemos bien, viene a razonar diciendo que si la Administración misma entiende que es la residencia lo que determina el derecho al empadronamiento y éste el de acogerse al proceso de regularización, bien pueden los órganos jurisdiccionales, *per saltum* y sin que para ello sea obstáculo el hoy relativizado carácter revisor de esta jurisdicción, prescindir del empadronamiento, que no es más que una forma de acreditarla y atender sólo a la realidad de la residencia para valorar si concurre o no en cada interesado el derecho a acogerse a tan repetido proceso.

Este razonamiento sería, ciertamente, aceptable si fuese cierto que lo que el Real Decreto quiso exigir era la residencia y así se pudiese colegir de su letra y/o de su espíritu. Pero aquí es donde surge nuestra discrepancia por las razones ya expresadas en los anteriores fundamentos: que no es eso lo que literal y manifiestamente se exige; que, en definitiva, lo exigido está tan claro que no es posible, sin violentar la norma, entender cosa distinta. E insistiremos: tampoco la Administración cuando publicó la Resolución comentada parece estar queriendo o pretendiendo otra cosa que la que el RD dice, sino al contrario: porque estima ineludible lo exigido en éste, facilita los medios para obtenerlo.

Dando por sentada la conclusión que de todo ello se obtiene, lo que sí sería quizá planteable es si habiendo el recurrente acreditado su derecho a empadronarse con efectos desde determinada fecha (anterior al 8 de agosto de 2004) y habiéndosele denegado indebidamente la certificación correspondiente, podría el órgano judicial resolver en un proceso como el que nos ocupa tal cuestión y, soslayando la ya aludida naturaleza revisora de sus resoluciones, declararle empadronado y, subsiguientemente, con derecho a acogerse al proceso de normalización. Pero en este caso, si lo pretendido por la parte demandante en la instancia era acreditar su derecho a ser empadronado el objeto del proceso hubiera sido la resolución del Ayuntamiento que le denegaba el empadronamiento y la sentencia hubiera tenido que declarar si tenía o no tal derecho en función de los hechos acreditados.

Evidentemente en este proceso no se trata de eso sino de analizar si la resolución del Delegado del Gobierno es conforme o no a Derecho y evidentemente lo es pues no cumple con el requisito, esencial e insustituible, del empadronamiento exigido por la Disposición Transitoria 3.^a del RD 2393/2004”.

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPULSIÓN

El artículo 42 de la LRJPAC establece como principio de carácter general el de la obligación de resolver por parte de la Administración, obligación que, tras la reforma introducida por la Ley 4/1999 se extiende a la totalidad de los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación, cuando afirma que “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”.

No obstante ha de distinguirse entre los efectos que la falta de resolución producen, dependiendo de que nos encontremos ante procedimientos iniciados a solicitud del interesado o procedimientos iniciados de oficio.

A) Procedimientos iniciados a solicitud del interesado

Según el artículo 43 de la LRJPAC el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo. Ello queda además corroborado con lo dispuesto en el apartado 5, pues los actos administrativos producidos por silencio administrativo producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido.

Alude la Ley consecuentemente a la doble caracterización ya tradicional en nuestro Derecho del silencio positivo o estimatorio de lo solicitado y al silencio negativo o desestimatorio de lo solicitado, debiendo empezar por aclarar que la nueva regulación introducida por la Ley 4/1999, supuso un reforzamiento de los efectos del silencio administrativo positivo, entendiendo, además, que la estimación de la pretensión del interesado tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

Consecuentemente, en el caso del silencio positivo, se da lugar a un auténtico acto presunto estimatorio, mientras que en el del silencio negativo surge un acto ficticio con los solos efectos de posibilitar el acceso a los recursos administrativos o jurisdiccionales, según proceda (STS de 16 de enero de 1996 y 7 de mayo de 1993), así se desprende, por lo demás, del apartado 3 del artículo 43, cuando señala que “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”.

Esta doble configuración del silencio administrativo, se desprende, por lo demás, del contenido del apartado 4 del referido artículo 43, cuando señala que, en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, mientras que en los casos de desestimación por silencio admi-

nistrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

B) Procedimientos iniciados de oficio

La obligación de la Administración de dictar resolución expresa, como antes se ha señalado, afecta no sólo a los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, sino también, a los procedimientos iniciados de oficio.

Esta regla general se ve confirmada por el contenido del artículo 44 de la LRJPAC cuando señala que “el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver”.

No obstante esta declaración general, la Ley regula dos supuestos diferentes dependiendo de los efectos que pudieran derivarse del procedimiento de que se trate, estableciendo efectos diferentes en cada uno de los casos.

En el primer caso, la Ley hace referencia a los procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, supuesto en el que el efecto del silencio es desestimatorio. Dentro de la normativa sectorial encontramos ejemplos claros de silencio administrativo negativo en supuestos de falta de respuesta expresa, así en materia de concesión de subvenciones públicas (artículo 6.4 del RD 2225/1993, de 17 de diciembre) y en materia de responsabilidad patrimonial (artículo 13 del RD 429/1993, de 26 de marzo).

El segundo supuesto se refiere a los casos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. La consecuencia de la falta de respuesta de la Administración, resulta ser, en este caso, la caducidad del procedimiento.

Según dispone el artículo 121.1 RLOEX, dentro de la regulación de las Normas Comunes al Procedimiento Sancionador “El plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de seis meses desde que se acordó su iniciación, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento simplificado en el artículo 135.

Transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados, o en aquellos supuestos en que se hubiese acordado su suspensión”. Consecuentemente en toda materia sancionadora, recordemos que la expulsión participa de tal naturaleza,

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

al encontrarnos ante un procedimiento de oficio, el transcurso del plazo máximo para dictar resolución, da lugar siempre a la caducidad del procedimiento y no al silencio o a la inactividad, cuestión que resulta de gran importancia a la hora de establecer los plazos aplicables para la posterior impugnación jurisdiccional de la decisión administrativa.

LA STS 31 de enero de 2006 afirma en este sentido que

“Parece igualmente obligado recordar, para comprender la razón que asiste a la Sala de instancia cuando decidió como lo hizo, que en un procedimiento administrativo como el que nos ocupa, que se inicia de oficio y en el que se ejercitan potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para el ciudadano, el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver, sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa, y aun el silencio frente a las alegaciones realizadas en dicho procedimiento, no producen como efecto el surgimiento por silencio de una resolución presunta; lo que produce es, en su caso, la caducidad del procedimiento, siendo suficiente el examen del artículo 44 de la Ley 30/1992, y en concreto su número 2, para comprender que ello es así, pues los efectos que allí se contemplan respecto del vencimiento del plazo son bien distintos de los que prevé el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3; pues mientras que en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, (los contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992), el vencimiento del plazo de resolución permite a los interesados, la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, por el contrario en los procedimientos de naturaleza sancionadora y en general en todos aquellos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables e iniciados de oficio, el vencimiento del plazo de resolución el único efecto que produce no es el silencio, en el sentido del artículo 43.3, sino la caducidad del expediente que opera previa denuncia; sin que pueda discutirse la naturaleza sancionadora del procedimiento que nos ocupa y por consiguiente su integración en la disciplina del artículo 44 de la LRJPAC y su exclusión del régimen contemplado en su artículo 43.”

Otro problema que suele plantearse es el de la correcta identificación de la actividad administrativa impugnada en aquellos supuestos en los que la parte solicita la caducidad del procedimiento en vía administrativa. En tales supuestos la denegación por silencio de la solicitud de declaración de caducidad en sede administrativa sí resulta ser un acto susceptible de impugnación en vía jurisdiccional, pero siempre que tal solicitud, cuando la misma integra el único objeto del proceso, se hubiera instado previamente en vía administrativa y no de forma novedosa en sede jurisdiccional. Como afirma la STS de 12 de enero de 2006 la petición de caducidad del procedimiento “será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad.”

VI. LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO EN LOS PROCESOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Un problema importante desde el punto de vista práctico es el que hace referencia a la representación del extranjero en el proceso contencioso-administrativo, problema agravado desde el momento en que la LJCA no exige para pleitear ante los órganos unipersonales la presencia de Procurador, resultando posible que el Abogado asuma junto con la asistencia la representación

de la parte. Han de tenerse en cuenta tres factores fundamentales en el momento de plantearse el origen del problema, de una parte que en la gran mayoría de las ocasiones los litigantes carecen de medios para litigar, de otra que, suele ser frecuente la designación de Abogado de oficio durante la sustanciación del procedimiento administrativo, el cual suele continuar su asesoramiento en el posterior proceso jurisdiccional y, por último que, en ocasiones, resulta dificultoso localizar al extranjero, parte del proceso, bien por no encontrarse en territorio español, bien porque trata de eludir la ejecución de la orden de expulsión.

El panorama de división de las decisiones de nuestros Tribunales acerca de este problema, exterioriza, a mi juicio, la imperiosa necesidad de contar con mecanismos de unificación por la vía de los recursos que permitan dotar a las posiciones de los Tribunales de certeza y seguridad jurídica, algo que ha desaparecido del ámbito de la extranjería tras la atribución de la competencia a los órganos unipersonales tras la reforma de la LJCA y la imposibilidad consecuente de acceso al recurso de casación.

Haciendo referencia a las distintas resoluciones por orden cronológico, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso n.º 2 de Santander de 20 de diciembre 2005, se plantea el problema con carácter previo y sienta una de las tesis que posteriormente va a ser defendida por otros órganos judiciales. El supuesto examinado partía de la resolución de una causa de inadmisibilidad planteada por la Administración del Estado, dado que el demandante había obtenido el beneficio de justicia gratuita y se le había designado un letrado, que es el que presentó la demanda, no habiéndosele designado procurador por no ser éste preceptivo.

Según la sentencia, la causa de inadmisibilidad no podía prosperar en cuanto “teniendo en cuenta que el beneficio de justicia gratuita se concede para posibilitar la tutela judicial efectiva a quienes no tienen medios para litigar y que su contenido principal es la puesta a disposición del beneficiario de los profesionales necesarios, según la ley, para cubrir las funciones de representación y defensa, lo que implica que aquél queda exonerado de entablar relación jurídica ninguna de mandato con profesionales a los efectos de su defensa y representación. Teniendo esto en cuenta, decíamos, es jurídicamente rechazable, por contraria al sentido del beneficio de justicia gratuita y al propio derecho a la tutela judicial efectiva, toda interpretación que cierre el acceso a los tribunales al beneficiario de justicia gratuita por no haber nombrado un procurador o haber otorgado la función representativa al letrado, mediante el correspondiente apoderamiento.

Y, en casos como el presente, en que la función representativa puede atribuirse al letrado (artículo 23.1 de la LJCA) y no se ha nombrado procurador de oficio, para evitar el resultado antedicho y no cargar al demandante con una actuación (constitución de un mandato representativo) de la que la concesión del beneficio de justicia gratuita le exonera, debe entenderse que la designación de letrado de oficio por el Colegio correspondiente incluye la atribución al mismo de las funciones de dirección y de representación.

A lo que precede no obsta el que se haya dado al recurrente un plazo de subsanación respecto de la falta de poder; pues esto se hizo antes de decidir sobre la procedencia de la citada causa de

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

inadmisión y en una consideración *ad cautelam*, para apurar las posibilidades de ejercicio de derecho al acceso inicial a los tribunales”.

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de diciembre de 2005 se pronuncia en el mismo sentido, afirmando que “La cuestión que ha de dilucidarse es si se ha subsanado o no el defecto en la acreditación de la representación del recurrente por su Letrado, tal como exigió el Juzgado. Así las cosas, parece más adecuado interpretar, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), que el extranjero quiere ser representado y defendido por Letrado, al menos hasta el momento en que manifieste que es otra su voluntad. Y esa representación debe ser válida, al menos también, hasta el momento en que la norma procesal exija el nombramiento y actuación de un Procurador, lo que no es el caso en las actuaciones seguidas ante el Juzgado.

Nos hallamos, pues, con unas actuaciones en las que el Colegio asume que el Letrado actúa en esa doble condición.

Hay que tener en cuenta que conforme a la Ley de asistencia jurídica gratuita, artículo 27, «el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio». Siendo claro que no es precisa la designación preceptiva de Procurador (artículo 23.1 de la LJCA) para las actuaciones ante los órganos unipersonales, hemos de concluir que el Letrado designado puede actuar así ante el órgano judicial sin que le sea exigible al recurrente el apoderamiento *apud acta* o el otorgamiento de otro poder”.

Más llamativa, si cabe, es la existencia de una clara contradicción entre las distintas Secciones de la Sala del TSJ de Madrid. En efecto, para la STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2006 “el elemental requisito de la postulación impone a los litigantes el deber de actuar ante los órganos jurisdiccionales unipersonales representados por Procurador o por Letrado (artículo 23.1 de la LJ), y que la representación ha de otorgarse mediante poder autorizado por notario o conferido ante el Secretario Judicial (artículo 24 de la LEC). Obviamente, en este caso no existe tal apoderamiento, por lo que la exigencia de postulación es incumplida.

Ante esta constatación, la designación del Colegio de Abogados del Letrado aquí interviniente no implica un poder de representación, acto personalísimo que únicamente puede otorgar el representado. En todo caso, en la designación consta que la misma tiene por objeto «la defensa», que no la representación procesal del interesado, como no puede dejar de ser. Aparte de que la representación procesal corresponde por regla general al Procurador y no al Abogado, resulta que el nombramiento de Procurador de oficio intenta suplir la ausencia de designación de un Procurador concreto, pero parte de la voluntad del litigante de valerse de dicho profesional, o bien la ley impone preceptivamente su intervención y la condición de parte del representado no es potestativa, tal como acontece en el proceso penal. En este caso no hay indicio alguno de que el interesado pretendiera valerse de representante, pues incluso la solicitud de asistencia letrada no implica necesariamente la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo. Y es evidente que el Juzgado no puede suplir la ausencia de voluntad del poderdante y solicitar del Colegio de Procuradores el nombramiento, sin que concurran tampoco en el presente caso las especiales condiciones o urgencia establecidas en el artículo 21 de la Ley 1/1996,

de Justicia Gratuita, porque ante el Juzgado no es imprescindible la asistencia de Procurador. Además, la circunstancia de que el interesado hubiese conferido su representación al Letrado para las actuaciones desarrolladas ante la Administración no permite entender cumplido el requisito de la postulación procesal ante la jurisdicción, auténtico presupuesto del proceso, y que debe efectuarse en la forma prevista por las leyes procesales, esto es, mediante un acto de atribución expresa de la representación, bien mediante poder notarial, bien mediante comparecencia *apud acta* (artículo 24 de la LEC), requisitos estos que rigen, tanto cuando asume la representación un Letrado de libre designación como cuando la asume uno designado de oficio.

Téngase en cuenta, además, que el otorgamiento de poder de representación no exige en absoluto la presencia en España del otorgante. La representación puede conferirse durante el tiempo en que el interesado permanece sometido al procedimiento sancionador y, después de la resolución de expulsión, antes de que la misma se ejecute o bien, ya expulsado, desde el extranjero (artículo 65 de la Ley Orgánica de Extranjería”).

Por el contrario, la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2006 considera que de existir un defecto, resultaría subsanable: “...por lo que se refiere en concreto a los defectos advertidos en el requisito de postulación o representación procesal de las partes, que es el tema planteado en el presente recurso de amparo, ese Tribunal ha mantenido siempre de forma indubitada que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esta mera formalidad, y siempre que tal subsanación sea posible, de modo que en tales supuestos debe conferirse a las partes la posibilidad de subsanación antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto”. No obstante la sentencia termina por resolver el fondo del asunto afirmando que “a este respecto ha de señalarse que el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa sólo permite comparecer por sí mismos a los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios. Fuera de este supuesto la representación ha de conferirse como regla general a un Procurador y el artículo 23 permite que la representación sea conferida a un Letrado. Pudiera entenderse que el Letrado no puede asumir la representación de la parte, en cuyo caso el artículo 21 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita establece que si conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté conociendo del proceso estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad. Pudiera utilizarse dicha prerrogativa pero si no lo que no puede optarse es por archivar las actuaciones tras un requerimiento innecesario pues como hemos dicho lo que no puede exigirse en estos casos es el otorgamiento de la representación mediante poder o comparecencia *apud acta*. Pero el artículo 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita establece que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio. En el caso presente no resulta precisa la designación de Procurador, no existiendo inconveniente para que el Letrado asuma la representación de la parte pues la designación de oficio no limita la misma a la defensa y el propio artículo 8 del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001,

Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería

II

de 22 de junio, establece que el abogado podrá ostentar la representación del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones. Por otra parte el artículo 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita establece que los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición. Es decir, debe garantizarse el ejercicio de los Derechos y además los principios rectores son el de funcionalidad y eficiencia en la aplicación de los fondos públicos. Estos principios propugnan que si no es imprescindible la representación por Procurador pueda asumir la misma el Letrado y evidentemente ello es menos gravoso para el erario público pues no se han de abonar los honorarios de dos profesionales y más operativo pues no se precisan múltiples designaciones. Por ello acreditada la designación del Abogado por el turno de oficio no existe inconveniente para admitir la representación del Letrado debiendo pues estimarse el recurso de apelación, revocar la resolución impugnada y ordenar al Juzgado de Instancia que tenga por parte al Letrado en representación del recurrente siguiéndose las actuaciones correspondientes determinando la admisión a trámite de la demanda de no concurrir otra causa de inadmisibilidad, como por ejemplo, la falta de actividad administrativa susceptible de recurso, en cuyo caso tras el traslado correspondiente se ha de adoptar la resolución que en derecho corresponda”.

Independientemente de esta polémica, lo que sí resulta claro es la existencia del defecto de postulación en los supuestos en que al Letrado ni se le ha conferido expresamente la representación, ni ha sido designado de oficio. En este sentido, la STSJ de Canarias de 20 de enero de 2006 afirma que las formas de conferir el poder de postulación, no pueden ser otras que la exteriorización de la voluntad del interesado, o la concesión de beneficio de asistencia jurídica gratuita para aquellos que carezcan de recursos económicos suficientes, concluyendo que “... a partir de aquí, resulta que, en el caso examinado, ni consta designación del Letrado que dice asumir la representación y defensa del actor, ni consta que éste solicitase en vía administrativa o judicial el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que la conclusión es que el Letrado carece de poder de postulación y, por tanto, no podía asumir la representación y defensa”.

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ

Catedrático de Derecho Internacional, Cátedra *Jean Monnet* "Inmigración y Fronteras" de Derecho de la UE, Universidad de Cádiz
(alejandro.delvalle@uca.es)

INMACULADA GONZÁLEZ GARCÍA

Profesora Asociada Doctora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz.

III

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos. Los informes de Médicos Sin Fronteras y Amnistía Internacional*

RESUMEN

LAS ONGs ANTE LA INMIGRACIÓN SUBSAHARIANA EN MARRUECOS. LOS INFORMES DE MÉDICOS SIN FRONTERAS Y AMNISTÍA INTERNACIONAL

Las dramáticas avalanchas a las vallas fronterizas de Ceuta y de Melilla revelaron los graves problemas de Marruecos y España en la detención, internamiento y expulsión de extranjeros de sus territorios. Las ONGs desempeñaron un importante papel durante y después de esta crisis, pues desvelaron la situación real de los inmigrantes subsaharianos, haciendo ver a la opinión pública y organismos internacionales que la gestión de las corrientes migratorias en África era una compleja cuestión que requiere un tratamiento de conjunto. Los Informes analizados constituyen un excelente caso práctico de cumplimiento por ONGs de importantes funciones en la Sociedad Internacional, como asesoramiento, información, vigilancia al Estado y a entes públicos y privados, presión política sobre los Estados, ayuda humanitaria, prevención de conflictos o prestación de servicios sociales públicos, y que desarrollan con plena independencia. En particular los Informes revelan cómo las ONGs cumplen insustituibles funciones de constatación de crisis humanitarias, como en este caso las realidades de la tragedia migratoria en un Estado de gran opacidad decisional y débil sociedad civil.

ABSTRACT

THE NGOS IN THE SUB-SAHARAN IMMIGRATION IN MOROCCO, THE REPORTS OF DOCTORS WITHOUT BORDERS AND INTERNATIONAL AMNESTY

The dramatic avalanches to the border fences of Ceuta and of Melilla revealed the serious problems of Morocco and Spain in the detention, internation and expulsion of foreigners of their territories. The NGOs played an important role during and after this crisis, because they revealed the real situation of the sub-Saharan immigrants, showing to the public opinion and international organisms that the administration of the migratory currents in Africa was a com-

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación de I+D 2005 SEJ2005-08136/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y los fondos FEDER de la CE/UE.

plex question that requires a treatment in its entirety. The analyzed Reports constitute an excellent practical case of fulfilment by NGOs of important functions in the International Society, as advice, information, vigilance to the State and public and private entities, political pressure on the States, humanitarian help, prevention of conflicts or contribution to public social services, that develop with full independence. In particular the Reports reveal how the NGOs fulfill irreplaceable functions of verification of humanitarian crisis, like in this case the realities of the migratory tragedy in a State of great decisional opacity and weak civil society.

SUMARIO

I. Marruecos, país de tránsito. La inmigración hacia Ceuta y Melilla.

II. Los Informes de Médicos Sin Fronteras y Amnistía Internacional.

III. Recomendaciones de los Informes y valoración final.

En pocos años Marruecos se ha convertido en un país claramente de tránsito de la inmigración subsahariana hacia Europa¹. Característicamente, fue durante 2005, con ocasión de las dramáticas avalanchas a las vallas fronterizas de Ceuta y de Melilla, el momento en que tanto España como también Marruecos tomaron conciencia de la nueva situación en que se encontraba el reino aluíta respecto a la inmigración subsahariana, y los nuevos problemas que se le planteaban como país de tránsito de las fuertes corrientes migratorias. Y además que, ante el problema planteado, el simple refuerzo del control fronterizo en las plazas españolas en África no era una solución viable ni aceptable, pues tanto Marruecos como España se toparon con graves problemas posteriormente en la detención, internamiento y expulsión de extranjeros de sus territorios.

Precisamente, las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) desempeñaron un importante papel durante y después de esta crisis, pues desvelaron el trasfondo de los hechos y, en general, la situación real de los inmigrantes subsaharianos en Marruecos y España, haciendo ver a la opinión pública internacional y a los organismos internacionales que la gestión de las corrientes migratorias en África era un compleja y dramática cuestión que requería de un especial seguimiento y tratamiento de conjunto.

(1) Puede verse el estudio de KHACHANI, M.: *La Emigración Subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito*, CIDOB, Serie Migraciones n.º 10, 2006.

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos

III

Analizaremos en esta contribución dos de los principales Informes emitidos por las ONGs durante esta crisis migratoria en 2005 y 2006: el Informe de Amnistía Internacional “*España y Marruecos – Falla la protección de los derechos de las personas migrantes. Ceuta y Melilla un año después*”² (Informe AI, en adelante), y el Informe de Médicos Sin Fronteras “*Violencia e Inmigración – Informe sobre la Inmigración de origen subsahariano (ISS) en situación irregular en Marruecos*”³ (Informe MSF, en adelante). Ambos Informes resultan especialmente relevantes por su fiabilidad y por tratarse de las ONGs de reconocida trayectoria, objetividad e independencia.

I. MARRUECOS, PAÍS DE TRÁNSITO. LA INMIGRACIÓN HACIA CEUTA Y MELILLA

Probablemente, el aldobonazo mediático que sacó a la luz y motivó la preocupación internacional por la situación de la inmigración subsahariana en Marruecos fueron los asaltos a las vallas fronterizas de Ceuta y, principalmente, de Melilla, cometidos por inmigrantes subsaharianos durante el verano y otoño de 2005, así como posteriormente las expulsiones, devoluciones o repatriaciones que de los mismos realizaron los Gobiernos de España y Marruecos⁴.

Estos hechos plantearon de manera especialmente vívida el intenso drama humano que subyace actualmente en las impresionantes corrientes migratorias africanas hacia Europa. Pero además también implican múltiples cuestiones prácticas, como el control de las fronteras exteriores europeas y marroquíes, el respeto de los derechos humanos, los derechos de los inmigrantes clandestinos o irregulares, los derechos de asilo y refugio, la devolución y expulsión de inmigrantes por España a Marruecos, en aplicación del acuerdo de readmisión de 1992⁵, y la expulsión de inmigrantes por Marruecos hacia sus fronteras terrestres del sur. Esta crisis migratoria ha puesto de relieve cómo la inmigración subsahariana, aparte de ser un delicado asunto para las relaciones bilaterales España-Marruecos⁶, ha convertido a Marruecos en un país de tránsito y acogida de los flujos migratorios africanos, lo que demanda un tratamiento mucho más amplio, a nivel regional (europeo y africano), así como universal, no limitado únicamente a cuestiones de seguridad, en un problema de muy largo alcance de cara al futuro⁷.

(2) Informe de octubre de 2006, EUR 41/009/2006, en www.amnesty.org.

(3) Informe de septiembre de 2005, MSF-E, en www.msf.es.

(4) Puede verse respecto a los incidentes en las vallas de Ceuta y Melilla del año 2005, GONZÁLEZ GARCÍA, I.: “Los asaltos a las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla: Inmigración y Derechos Humanos”, *Ateneo*, 2006, n.º 6, pp. 255-261.

(5) *Vid. BOE* n.º 100 de 25 de abril de 1992, pp. 13969-13970, y corrección de erratas en *BOE* n.º 130, de 30 de mayo de 1992, p. 18417.

(6) DEL PINO, D.: “La inmigración y las relaciones hispano-marroquíes”, en *Política Exterior*, n.º 108, 2005, pp. 55-69.

(7) SANDELL, R.: “¿Saltaron o les empujaron? El aumento de la inmigración subsahariana”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, n.º 133/2005, de 19 de enero de 2006. También, SODDU, V.: “Ceuta y Melilla: gestión fronteriza, derechos humanos y seguridad”, en *Med. 2006-Anuario del Mediterráneo*, pp. 216-218.

En particular, las sucesivas avalanchas de miles de inmigrantes clandestinos en los vallados fronterizos metálicos de las dos ciudades –vallados dobles de alturas hasta 6 metros con completos sistemas de vigilancia–, tuvo como resultado una serie de muertes, detenciones y expulsiones que se produjeron con posterioridad tanto desde España como desde Marruecos. La crisis motivó o fue coetánea a la aparición de una serie de informes institucionales y de las ONGs, como los de la Comisión Europea⁸, entre otros⁹.

II. LOS INFORMES DE MÉDICOS SIN FRONTERAS Y AMNISTÍA INTERNACIONAL

El Informe de Médicos Sin Fronteras –que trabaja con la inmigración en Marruecos desde 2003 para mejorar su acceso a la atención médica y sanitaria– destaca por la crudeza de la evidencia de los hechos denunciados, principalmente las consecuencias físicas de la violencia y la general desprotección de los inmigrantes. Por su parte, el de Amnistía Internacional, igualmente documentado y contundente, está más centrado en los aspectos legales y de procedimiento sobre expulsiones y cuestiones de asilo.

Pero, aunque con diferente enfoque, ambos Informes se apoyan sólidamente en numerosos relatos, testimonios y fotografías, y tratan de parecidos aspectos: el de Médicos sin Fronteras sobre la violencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad españoles y marroquíes; las irregularidades legales-administrativas y las condiciones de detención durante el proceso de devolución, con especial hincapié en los grupos vulnerables (menores, mujeres embarazadas, enfermos, heridos). Por su parte, el de Amnistía Internacional analiza las muertes y lesiones en la frontera; las expulsiones ilegales inmediatas y colectivas; las irregularidades en los procedimientos de devolución/expulsión, como la falta de información, de asistencia letrada y de intérprete; la especial situación de los solicitantes de asilo y refugio; y las expulsiones legales de inmigrantes y su traslado a la península o a las fronteras del Sahara.

Exponiendo sucintamente los principales aspectos de estos Informes, en primer lugar, los Informes ponen de relieve la existencia de muertes, lesiones y de un más que riguroso comportamiento de las fuerzas de seguridad marroquíes y españolas con los inmigrantes clandestinos subsaharianos, a veces con aplicación de medidas disuasorias extremadamente violentas, cuando no con la práctica de torturas y de tratos inhumanos y degradantes. Abundantes testimonios recogidos por los equipos médicos de MSF sobre el terreno (en el norte de Marruecos, Rabat y en la frontera argelina) plasman patrones de violencia extrema, como traumatismos, heridas de bala, muerte, violencia sexual o palizas, realizados en muchos casos por agentes

(8) *Vid. Technical Mission to Morocco. Visit to Ceuta and Melilla on illegal immigration. 7th October-11th October 2005. Mission Report.* Comisión Europea, 18 de octubre de 2005.

(9) Informe *Specific Groups and Individuals –Migrant Workers– Visit to Morocco*, de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes Dña. Gabriela Rodríguez Pizarro sobre su visita a Marruecos, del 19 al 31 de octubre de 2003, Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/2004/76/Add.3, de 15 de enero de 2004. Puede verse también el Informe presentado por dicha Relatora Especial, sobre su visita a España, del 15 al 27 de septiembre de 2003 (Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, de 14 de enero de 2004).

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos

III

institucionales o gubernamentales de ambos países¹⁰; esta violencia conlleva el acoso y destrucción de bienes en zonas de concentración de inmigrantes, a veces un deterioro de su salud mental, incluso la práctica de violencia sexual en menores o sobre la mujer por redes de tráfico ilegal y delincuencia común¹¹. Llama la atención la denuncia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad Marroquíes que utilizan la violencia como estrategia contra la inmigración (acoso, persecuciones, hostigamiento, redadas, detenciones masivas, obstrucciones y controles en medios de transporte), lo que para MSF supone una clara violación de Tratados de Derechos Humanos firmados por Marruecos.

El comportamiento violento de las Fuerzas de Seguridad marroquíes y españolas en las zonas fronterizas de Ceuta y Melilla es también objeto de denuncia: tanto por MSF, que describe persecuciones y agresiones en torno a y en las vallas, incluyendo condiciones estrictas en la devolución inmediata y en las expulsiones¹²; como especialmente por AI, que analiza las muertes y lesiones producidas en torno a las vallas fronterizas, con un detenido recuento de hechos y de la violencia utilizada por las fuerzas españolas¹³. El balance que presenta AI es bastante brutal: constatación de uso excesivo de fuerza, con 13 muertos y centenares de heridos; falta de información sobre las 5 investigaciones abiertas respecto a las muertes producidas en territorio español, y la inexistencia de avance alguno en las investigaciones sobre las muertes de 2006¹⁴.

En segundo lugar, las condiciones de detención y de devolución de subsaharianos por Marruecos y España son tratadas en ambos Informes. Desde luego, el Informe MSF deja claro el problema que plantea Marruecos al no contar con centros administrativos no penitenciarios, en contra de lo previsto en su legislación, lo que provoca que cuando las detenciones superan las 24 horas, los inmigrantes sean retenidos en las celdas de las comisarias, donde permanecen hacinados hasta ser reconducidos a la frontera¹⁵.

Pero el Informe de AI es más detallado y centrado en España a este respecto¹⁶, pues pone de relieve que, pese a la diferencia en la legislación española entre devolución y expulsión¹⁷, se pro-

(10) Informe MSF, pp. 6-8.

(11) Informe MSF, pp. 18-24.

(12) Informe MSF, pp. 15 y 17.

(13) Informe AI, pp. 5-ss.

(14) Informe AI, p. 12.

(15) Informe MSF, pp. 12-13.

(16) Vid. también el Informe de AI "España- Frontera Sur – El Estado da la espalda a los derechos humanos de los refugiados e inmigrantes", EUR 41/008/2005, 2005.

(17) Nuestro ordenamiento jurídico interno diferencia por una parte la *expulsión*, que se aplica a los supuestos en los que el extranjero se encuentra ya dentro del territorio español y supone la salida forzosa del territorio del Estado, por otra parte, de la *devolución*, cuando son interceptados extranjeros en la frontera pretendiendo entrar de forma ilegal en el territorio nacional, lo que implica la prohibición de entrar al territorio español y el consiguiente retorno al territorio del que proceda o del que es nacional. En relación con los inmigrantes marroquíes, puede verse: M.L. TRINIDAD GARCÍA "Marco jurídico español para ordenar la inmigración marroquí", *Paralelo 37*.^o *Revista de estudios geográficos*, n.º 18, 2003,

ducen devoluciones inmediatas, incluso cuando los inmigrantes han entrado ya en territorio español, y expulsiones individuales ilegales¹⁸; incluso también se constata la existencia de expulsiones colectivas¹⁹. Particularmente preocupa a AI el estatuto jurídico del espacio entre las dos vallas fronterizas de cada ciudad española y la falta de claridad jurídica y responsabilidad en la zona entre las vallas y del lado de la valla a Marruecos, alarmante en los casos de expulsiones inmediatas de España por una puerta interna existente entre las vallas²⁰.

El Informe de AI confirma además que España no cumplió con las debidas garantías procesales durante la expulsión/devolución (derecho de acceso a la información, a la asistencia jurídica y a los servicios de traducción e interpretación; resolución individualizada de los casos y derecho a recurrir las órdenes de repatriación) de un grupo de 73 inmigrantes subsaharianos que fueron devueltos por España a Marruecos²¹. Respecto al procedimiento de devolución a Marruecos de los subsaharianos que lograron saltar la valla fronteriza de Ceuta y Melilla, las autoridades españolas cometieron también irregularidades²². En realidad, se han incumplido los términos del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, ya que dicho Acuerdo prevé expresamente su devolución por Marruecos al país de origen o al Estado donde hubiera comenzado su viaje²³.

En tercer lugar, un especial interés suscitan las cuestiones relativas al asilo y refugio de los inmigrantes subsaharianos. Los inmigrantes clandestinos o irregulares son, en efecto, un colec-

pp. 69-79. Igualmente, *vid.* Informe de D. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a España, 10-19 de marzo de 2005, a la atención del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria, Office of the Commissioner for Human Rights/Bureau du Commissaire aux Droits de l'Homme, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2005, CommDH(2005)8, que recoge los asaltos a las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla en el verano de 2005 (pfs. 119 a 136 en pp. 45-50), en concreto, el pfo. 132 en pp. 48-49.

(18) Informe AI, pp. 13-17.

(19) Informe AI, pp. 19-22.

(20) Informe AI, pp. 2, 12 y 22-25. Para AGUELO P. y CHUECA, A., la franja situada en el perímetro existente entre ambas vallas se ha considerado una "zona de nadie", con el fin de rebajar los mecanismos internos de protección de los derechos de los inmigrantes entrados de forma ilegal en territorio español. Una crítica sobre las llamadas "zonas de nadie" o "territorios sin dueño", puede verse en el estudio: "Ceuta y Melilla. Los derechos de los inmigrantes en situación irregular", *Abogacía Española*, n.º 36, enero, 2006, pp. 14-17, en concreto, pp. 14-15.

(21) Informe AI, pp. 19-22. *Vid.* el comentario de DOMÍNGUEZ, J.F.: "Asalto a la valla y quiebra del Derecho", noviembre de 2005, en el dossier sobre Ceuta y Melilla publicado por la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior -FRIDE-, <http://www.fride.org>, y el Informe de Human Rights Watch, julio 2002, vol. 14, n.º 6 (D), *España. Discrecionalidad sin límites: La aplicación arbitraria de la ley española de inmigración*.

(22) *Vid.* "Devoluciones irregulares", de 19 de octubre de 2005, en *Andalucía Acoge*, <http://www.acoge.org/bodyopinion.php?modo=desarrollo&id=2005102101>.

(23) Acuerdo cit. Nota 5. Al respecto, GONZÁLEZ GARCÍA, I.: "El Acuerdo España-Marruecos de Readmisión de Inmigrantes y su problemática aplicación: Las avalanchas de Ceuta y Melilla", *Anuario de Derecho Internacional*, 2006, en prensa.

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos

III

tivo especialmente desamparado para ser asistidos del derecho a solicitar asilo y a la no devolución del extranjero a su país de origen o a un tercero en el que pudiera correr peligro su vida²⁴.

Aunque MSF revela la práctica marroquí de expulsión a Argelia, y la española de devolución automática a Marruecos, sin aplicación de la normativa de asilo y refugio²⁵, es el Informe de AI el más detallado a este respecto. No sólo pone de relieve la inexistencia de legislación marroquí sobre asilo²⁶, sino la extendida práctica de inadecuada información y asesoramiento sobre asilo en España y en Marruecos²⁷.

Se trata además de un derecho reconocido por Tratados internacionales de los que España es Estado parte (Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado, modificada por un Protocolo de 1967²⁸, así como Marruecos²⁹, y regulada por el Derecho comunitario europeo³⁰). Es por ello que la entrada ilegal en territorio español no puede ser sancionada, según nuestro ordenamiento jurídico interno en materia de asilo y extranjería, cuando hubiera sido realizada por extranjeros que reúnan los requisitos para acogerse al estatuto de los refugiados, siempre y cuando se presenten sin demora ante las autoridades³¹. En este sentido, la medida de expulsión o devolución se suspendería, desde el momento en que el extranjero solicitara la protección que le confiere el asilo hasta que se resolviera su solicitud³². Por lo que respecta a España, sin

(24) Vid. GIL BAZO, M.T.: "La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho Internacional de los Derechos humanos", en MARINO MENÉNDEZ F.M. (dir.): *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, segunda edición, Madrid, 2003, pp. 681-704.

(25) Informe MSF, p. 17.

(26) Informe AI, p. 13.

(27) Informe AI, pp. 30-33.

(28) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, en vigor desde 1954, y para España desde 1978, BOE n.º 252 de 21 de octubre de 1978. Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, en vigor desde 1967, y para España desde 1978, BOE n.º 21 de octubre de 1978 y BOE n.º 272 de 14 de noviembre de 1978.

(29) También Marruecos es Estado parte de la Convención de Ginebra desde 1956. De hecho, el Informe de la Misión Técnica sobre inmigración ilegal, realizado tras la visita de la Misión a Ceuta y Melilla en octubre de 2005, señala la necesidad de que la UE ofrezca apoyo a Marruecos para que aplique la Convención de Ginebra de 1951. Vid. *Technical Mission to Morocco. Visit to Ceuta and Melilla on illegal immigration*, cit., p. 10.

(30) Pueden destacarse: Directiva 2003/9/CE, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros, DO L 31 de 6 de febrero de 2003; Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, DO L 304 de 30 de septiembre de 2004; Directiva 2005/85/CE, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DO L 326 de 13 de diciembre de 2005.

(31) Artículos 4 y 5.1 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, de 19 de mayo.

(32) En los términos del artículo 157, apartado 6, del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (Reglamento de extranjería), BOE n.º 6, de 7 de enero de 2005: "Aun cuando se haya adoptado

embargo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha denunciado junto a otras Organizaciones, que España procedió a la devolución de inmigrantes³³, sin atención individualizada y sin las debidas garantías legales, impidiendo así que los inmigrantes que lo desearan pudieran solicitar en España la condición de refugiado, con el fin de obtener la protección territorial que confiere el asilo³⁴.

En cuarto lugar, los Informes constatan las expulsiones masivas de inmigrantes realizadas por ambos Estados. Y en especial las expulsiones colectivas y el abandono de inmigrantes en las zonas desérticas del sur de Marruecos o en la frontera con Argelia³⁵, o incluso mediante vía aérea³⁶. En este aspecto, el Informe de MSF subraya la reconducción a frontera de colectivos de inmigrantes especialmente vulnerables, como heridos, enfermos, menores y mujeres embarazadas, con testimonios directos del traslado y abandono en la frontera desértica con Argelia, en condiciones climáticas extremas y al albur de delincuentes y bandas criminales³⁷. Muchos de estos inmigrantes originariamente habían sido detenidos en las vallas fronterizas o en las mismas ciudades de Ceuta y Melilla por España.

En efecto, Médicos sin Fronteras y Amnistía Internacional denunciaron inmediata y públicamente por diversas vías el abandono de centenares de inmigrantes subsaharianos, entre quienes se contaban mujeres, niños y enfermos, en la frontera con Argelia³⁸ y en el desierto al sur de Marruecos³⁹, lo que tuvo importante impacto en los medios de comunicación⁴⁰. Como consta

una orden de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando: a) Se trate de mujeres embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; b) Se formalice una solicitud de asilo, hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, o bien su admisión a trámite, que llevará aparejada la autorización de la entrada y permanencia provisional del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo”.

(33) En el grupo de setenta y tres subsaharianos que fueron devueltos por España a Marruecos tras saltar la valla fronteriza de Melilla, se encontraban varios demandantes de asilo. *Vid.* el citado Informe, CommDH(2005)8, pfo. 123, p. 45.

(34) Artículo 2.1 de la citada Ley 5/1984.

(35) Informe AI, pp. 25-29.

(36) Informe AI, pp. 29-30.

(37) Informe MSF, pp. 13 y ss.

(38) Informe MSF, pp. 13-15. También AI ha denunciado el abandono de subsaharianos en la frontera de Marruecos y Argelia (*vid.* Misión de AI a Ceuta, Melilla y Marruecos, *La Revista*, n.º 76, diciembre 2005-enero 2006, y el comunicado de prensa EUR 41/016/2005 (Público), Servicio de Noticias n.º 288, de 26 de octubre de 2005: “España/Marruecos: Las autoridades deben rendir cuentas por la violación de los derechos de las personas migrantes”, en <http://www.amnistiainternacional.org/>).

(39) Puede verse: “Marruecos: MSF prosigue su labor para conocer la situación de los inmigrantes subsaharianos trasladados al sur del país”; “Marruecos: MSF localiza a más de 500 inmigrantes abandonados a su suerte en el desierto del sur de Marruecos. La organización denuncia la expulsión de estas personas a una zona sin posibilidad de recibir atención médica y humanitaria, tras ser expulsadas de Ceuta y Melilla” en <http://www.msf.es/noticias/>.

(40) Como ejemplo de las noticias de prensa, puede verse *El País*, 7 de octubre de 2005: “Médicos Sin Fronteras localiza a 800 inmigrantes abandonados por Marruecos en el desierto—La ONG denuncia que Marruecos deporta al desierto a los detenidos cerca de Ceuta y Melilla”; *El Mundo*, 8 de octubre de 2005: “Médicos Sin Fronteras localiza a cientos de inmi-

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos

III

en el Informe MSF, la ley marroquí en materia de inmigración irregular contempla que, tras su detención, el inmigrante subsahariano será reconducido para su devolución a la frontera a través de la cual hubiera penetrado en el territorio de Marruecos. De no ser posible, se recurrirá al país del que posea un título de viaje y, en último lugar, a un tercero que acepte legalmente su recepción⁴¹.

Hay que recordar que la salvaguarda de los derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física o moral y a la legalidad de los extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, tiene que garantizarse en los procedimientos de expulsión/devolución, según ha señalado la jurisprudencia del TEDH⁴² y las Líneas Directrices sobre retornos forzosos del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que prohíben las órdenes de expulsión colectivas, obligando a un examen individualizado de cada caso y a la adopción de decisiones de devolución también individuales⁴³.

Un derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes⁴⁴ que tendría que ser garantizado, con mayor razón, por los Estados partes del Acuerdo de readmisión de 1992 (España y Marruecos)⁴⁵, lo que contrasta con la demanda presentada el 21 de octubre de 2005 contra el Gobierno español ante el TEDH, por violación del artículo 3 del Convenio de Roma⁴⁶ y con las muchas denuncias hechas públicas por las ONGs sobre el trato dispensado

grantes llevados al desierto por Marruecos"; "Marruecos abandona en el Sáhara a los inmigrantes que no saltan la valla", <http://www.elmundo.es/diario/espana/1871873.html>; *El País*, 8 de octubre de 2005: "Rabat abandona en el desierto a cientos de inmigrantes que intentaban entrar en España" y "Los inmigrantes abandonados por Marruecos en el desierto serán repatriados a sus países de origen".

(41) *Vid.* el referido informe de MSF, pp. 13-14.

(42) Sobre la irrelevancia de las razones que justificarían la medida de devolución/expulsión ante la existencia de un riesgo real de exposición a un maltrato, *vid.* las sentencias del TEDH referidas en la demanda contra el Gobierno español, de 21 de octubre de 2005, presentada por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y el Comité René Cassin ante el TEDH (el texto de la misma está disponible en <http://www.fride.org/File/ViewFile.aspx?FileId=816>), por la devolución a Marruecos de los setenta y tres subsaharianos: *as. Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989; *Velvarajah c. Reino Unido*, de 30 de octubre de 1991 y *Chahal c. Reino Unido*, de 15 de noviembre de 1996; *as. Cruz Varas c. Suecia*, de 20 de marzo de 1991; *Sakopoulos c. Grecia*, de 15 de enero de 2004; *Koval c. Ucrania*, de 30 de marzo de 2004; *Biç c. Turquía*, de 2 de diciembre de 2004 y *Azinas c. Chipre*, de 28 de abril de 2004. Una referencia a la sentencia del TEDH, *as. Chahal contra Reino Unido*, puede verse en L. PERAL: "Vida, libertad y presión migratoria. Aproximación jurídica al problema de la devolución de personas en las fronteras de Ceuta y Melilla", *Comentario FRIDE*, noviembre de 2005, pp. 1-2, y del mismo autor: "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: *Non refoulement*, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 11 (2006), en concreto, el epígrafe segundo sobre "Inderogabilidad de la norma de no devolución y supuestos de incumplimiento en frontera", pp. 5-8.

(43) *Vid.* el citado informe, CommDH(2005)8, pfo. 123 en pp. 45-46.

(44) Artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

(45) Y ello de conformidad con el principio de "Respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de las personas" que convinieron ambos países en el Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, adoptado en Rabat, el 4 de julio de 1991, en vigor, desde el 28 de enero de 1993 (*BOE* de 26 de febrero de 1993).

(46) Demanda cit. en Nota 42.

por las autoridades marroquíes a los inmigrantes subsaharianos que fueron abandonados en el desierto del Sáhara y en la frontera con Argelia⁴⁷. De hecho todas las irregularidades denunciadas por las ONGs en los procedimientos de devolución/expulsión por parte de España de los inmigrantes irregulares y el abandono por Marruecos de los inmigrantes en las desérticas fronteras del sur revelan, entre otros aspectos, la muy problemática aplicación real del Acuerdo hispano-marroquí de 1992.

Señalamos, finalmente, que el Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales⁴⁸ admite que, en ejercicio de un derecho soberano, los Estados de la Comunidad Internacional pueden determinar quién y bajo qué condiciones será admitido en, o expulsado de, su territorio. Pero el ejercicio de este derecho tiene un límite: la garantía de la protección de los derechos humanos, incluido el derecho de los extranjeros a buscar asilo⁴⁹. Quiere ello decir que el control de la frontera y el retorno de los inmigrantes a sus países de origen son elementos de la política de inmigración que deben conjugarse con la obligación universal de respeto de los derechos humanos fundamentales.

III. RECOMENDACIONES DE LOS INFORMES Y VALORACIÓN FINAL

Desde luego, expresamente el Informe de MSF declara que no tiene pretensión alguna de exhaustividad, ya que los casos recogidos “no son más que una muestra representativa de los diferentes patrones inherentes a estas formas de violencia, que se repiten constantemente en el entorno de nuestro quehacer diario”⁵⁰. Además MSF reconoce el carácter indicativo de los datos; porque junto a los exámenes físicos de las víctimas, MSF recibió testimonios, documentación y signos clínicos de los servicios médicos detallando las circunstancias en que se produjeron las lesiones, por lo que la ONG establece una “presunción de veracidad entre las lesiones y signos clínicos observados y los hechos narrados”⁵¹. Además, MSF no entra a valorar la conveniencia

(47) Vid. el citado Informe de MSF de septiembre de 2005, así como otras publicaciones disponibles en su página web (<http://www.msf.es/>). Otras denuncias han sido realizadas por Amnistía Internacional (vid. el citado comunicado de prensa EUR 41/016/2005), así como por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: “Derechos humanos en la Frontera Sur 2006. Informe sobre la inmigración clandestina durante el año 2005”, enero de 2006, en <http://www.apdha.org/>. También, puede verse el Documento de CIMADE (Association des amis et familles des victimes de l’immigration clandestine) de 12 de octubre de 2005 “Refoulements et expulsions massives de migrants et demandeurs d’asile”, (www.cimade.org).

(48) El texto de dicho Informe, que fue presentado en octubre de 2005 bajo el título “Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar”, puede verse en <http://www.gcim.org/en/finalreport.html>. Vid. sobre dicho Informe los siguientes estudios de PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “El Informe de Naciones Unidas sobre Migraciones Internacionales: ¿nuevas? directrices para la acción de los Estados”, *Comentario FRIDE*, noviembre de 2005 y “Aportaciones del Informe de la Comisión Global de las Naciones Unidas sobre las migraciones internacionales a la cooperación institucionalizada”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 11, 2006.

(49) En el ámbito de las Naciones Unidas se celebró del 14 al 15 de septiembre de 2006 el *Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo*. Vid. el documento A/60/864, de 26 de mayo de 2006, sobre *Organización del Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo*, párrafo 15 en p. 3, y resolución 60/227 de 7 de abril de 2006, sobre *Migración internacional y desarrollo*, párrafo 10 en p. 2.

(50) Informe MSF, p. 9.

(51) Informe MSF, p. 9.

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos

III

de normas reguladoras para los flujos migratorios, ni la eficacia y estrategias de las políticas migratorias, pero partiendo de la experiencia diaria sobre el terreno, traducida en los datos y testimonios recogidos en el Informe: “MSF considera que el resultado de la aplicación de estas políticas y estrategias, principalmente por los Estados marroquí y español, representa un atentado contra la salud, la vida y la dignidad del colectivo de los inmigrantes subsaharianos, agravando la ya de por sí precaria situación humanitaria en la que se encuentra”⁵².

Con este planteamiento de partida, resultan de gran interés las Recomendaciones de MSF⁵³. A Marruecos: la adopción de medidas de asistencia médica y sanitaria específicas, sobre todo para las víctimas de explotación, prostitución y trata de seres humanos. También el cese de la violencia, en especial en las zonas fronterizas de Ceuta y Melilla, y en la frontera argelina, aplicando los mecanismos de protección necesarios durante las redadas, detenciones y devoluciones a frontera, incluyendo los aspectos de asilo y refugio antes de la reconducción a la frontera. Pero también a España se recomienda evitar todo acto de violencia directa o la omisión del deber de socorro; no realizar devoluciones automáticas sin previo examen individualizado, y la no expulsión de personas que no pueden serlo y que requieren especiales medidas de protección (menores no acompañados y mujeres embarazadas).

Por su parte, AI recomienda poner a disposición la información solicitada sobre las circunstancias de las muertes producidas e impulsar las investigaciones y el seguimiento de los procedimientos de expulsión abiertos⁵⁴, recomendando tanto a España como a Marruecos la adopción y aplicación de normas y reglas sobre el uso de la fuerza, investigaciones con publicidad, el acceso a la representación letrada y las reparaciones convenientes⁵⁵. En materia de asilo se insta también a ambos Estados⁵⁶ a respetar el principio de no devolución e informar a las personas de sus derechos, garantizando la disponibilidad de información y asesoramiento jurídico, con formación del personal policial en las zonas fronterizas. Se recomienda también el examen individual y con proceso de toda decisión de expulsión, que debe hacerse respetando la dignidad y la seguridad y los derechos humanos, así como garantizar la idoneidad de los centros de acogida y el acceso a la atención médica.

AI tras instar a España a ratificar convenios en la materia⁵⁷ y a garantizar el derecho a recurrir las decisiones de expulsión⁵⁸, recomienda a la Unión Europea⁵⁹ que la política sobre inmigración y asilo y los acuerdos de readmisión respeten y protejan los derechos de las personas migrantes,

(52) Informe MSF, p. 25.

(53) Informe MSF, pp. 25-26.

(54) Informe AI, p. 2.

(55) Informe AI, p. 34.

(56) Informe AI, pp. 35-36.

(57) Informe AI, p. 36.

(58) Informe AI, p. 35.

(59) Informe AI, pp. 36-37.

solicitantes de asilo y refugiadas, a que estas personas tengan acceso a procedimientos justos y efectivos, a no ser detenidas de forma arbitraria o innecesaria y a no ser expulsadas de forma colectiva, planteando como necesaria la elaboración de una estrategia concreta sobre las causas de la migración. En concreto, AI incide en que se lleven a cabo en España⁶⁰ las investigaciones necesarias, debiendo ser éstas “inmediatas, exhaustivas, independientes e imparciales”, de conformidad con las obligaciones de procedimiento que se exponen en sentencias recientes del TEDH. Y que España disponga de un código de conducta sobre las actividades de las patrullas fronterizas en relación con el uso de la fuerza.

En general, los Informes demuestran un profundo conocimiento de la realidad migratoria –caso del excelente análisis de AI sobre el progresivo desvío de la inmigración en búsqueda de rutas migratorias alternativas⁶¹– y de los instrumentos jurídicos internacionales de aplicación deficiente por Marruecos y España. Como señala MSF: “Aun siendo la mayoría de los instrumentos de protección de los derechos humanos aplicables a los inmigrantes subsaharianos, no son respetados ni puestos en práctica, mostrando el vacío existente entre el marco jurídico teórico y la realidad que documentamos”⁶².

Estas ONGs con su actuación han revelado la real magnitud de una crisis migratoria concreta y las carencias e incumplimientos estatales que han comportado violaciones masivas de derechos fundamentales en un colectivo especialmente desprotegido. En particular, es de destacar la labor de estas ONGs al realizar un urgente llamamiento a la opinión pública internacional ante el drama del abandono en zonas fronterizas desérticas de grupos de inmigrantes expulsados, lo que obligó al propio Gobierno marroquí primero a negar a la ONG sus denuncias⁶³, y luego a replantear su comportamiento⁶⁴. Y a España a tomar conciencia de un problema de profundo calado y de su responsabilidad directa o indirecta en estas dramáticas expulsiones de inmigrantes que en muchos casos, primero, habían sido detenidos en las vallas fronterizas o en las mismas ciudades de Ceuta y Melilla, luego devueltos a Marruecos, y finalmente expulsados a las fronteras argelinas o del Sáhara.

Y en general parece claro el vínculo de estas crisis migratorias y su impacto internacional con la toma de conciencia en Marruecos y en Europa de la necesidad de plantear un enfoque multilateral a la cuestión de los flujos migratorios, asociando a países de destino, tránsito y origen migratorio en la búsqueda de soluciones, que deben indefectiblemente pasar por asociar las

(60) Informe AI, p. 37.

(61) Informe AI, pp. 3-4.

(62) Informe MSF, p. 3.

(63) *El País*, 7 de octubre de 2005: “Marruecos responde a MSF que respeta la «dignidad humana» y las leyes internacionales. El portavoz del Gobierno marroquí ha afirmado que cumplen las «reglas internacionales en materia de inmigración clandestina»”.

(64) *El País*, 9 de octubre de 2005: “Rabat cede a la presión internacional y recoge a los inmigrantes que abandonó en el desierto”.

Las ONGs ante la inmigración subsahariana en Marruecos

III

Migraciones al Desarrollo⁶⁵. Por esto no es casual que Marruecos y España convocaran a los pocos meses la Conferencia de Rabat sobre Migración y Desarrollo⁶⁶.

Estos Informes rezuman por los cuatro costados los espantos del drama migratorio y el descomunal sufrimiento de un colectivo muy vulnerable. Se trata de un excelente caso práctico de cumplimiento por ONGs de importantes funciones en la Sociedad Internacional –como asesoramiento, información, vigilancia al Estado y a entes públicos y privados, presión política sobre los Estados, ayuda humanitaria o prevención de conflictos, prestación de servicios sociales públicos, entre otros⁶⁷–, y que desarrollan con plena independencia⁶⁸. En concreto, los Informes revelan cómo las ONGs cumplen importantes e insustituibles funciones de constatación de crisis humanitarias –lo que se ha llamado “sistema de alerta avanzada”⁶⁹–, como en este caso las realidades de la tragedia migratoria en un Estado de gran opacidad decisional y débil sociedad civil. Pero también muestran funciones de seguimiento⁷⁰ y verificación de los incumplimientos de la normativa estatal e internacional, ya que para las personas y colectivos más débiles la única defensa es el Derecho que los Estados se resisten a aplicar. Igualmente, las carencias de infraestructuras apropiadas a la crisis y realidades de la inmigración, y, en general las consecuencias prácticas reales, en seres humanos especialmente desprotegidos, de la miopía de las políticas migratorias.

(65) Parece bastante clara la conexión entre los sucesos de las vallas de Ceuta y Melilla, la crisis de las expulsiones de inmigrantes por Marruecos a sus fronteras del sur, y la convocatoria de una cumbre euroafricana para estudiar el problema de la inmigración, *vid.* la “Crónica de Política Exterior Española (julio-diciembre 2005)”, en la *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005 -2 pp. 1071 y 1093, elaborada por CASTAÑO GARCÍA, M. I.; RODRÍGUEZ MANZANO, I. y SOTILLO LORENZO J.A.

(66) Conferencia sobre Migración y desarrollo de Rabat (10-11 de julio de 2006), ver Nota de Prensa n.º 117 del MAEC. Puede verse sobre la misma, FAJARDO DEL CASTILLO, T.: “La Conferencia Ministerial Euro-Africana de Rabat sobre la inmigración y el desarrollo. Algunas reflexiones sobre la política de inmigración de España y de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2006, n.º 25, pp. 924-929.

(67) *Id.* a este respecto, el Cap. II de M. ABAD CASTELOS: *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? – Las ONGs en la nueva sociedad global*, Cideal, Madrid, 2004. También, C. TEIJO GARCÍA: *Organizaciones Internacionales No Gubernamentales y Derecho Internacional*, Dilex, Madrid, 2005.

(68) Rasgo característico en la definición de Organización No Gubernamental, *vid.* PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, pp. 65 y ss.

(69) *Id.*, BARBE, E.: *Relaciones Internacionales*, 2.ª ed. Tecnos, Madrid 2003, p. 2001.

(70) *Id.*, por ejemplo, la reunión de AI con el Ministro del Interior español, en relación con la investigación de las muertes producidas en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, que se relata en el Informe AI, p. 2.

YOLANDA GAMARRA CHOPO

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Zaragoza.

Perteneciente al Grupo de Investigación S63 reconocido por el Gobierno de Aragón.

IV

El derecho a la educación y a la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales de los migrantes

“3. La Comunidad Iberoamericana comparte el valor del respeto a la dignidad humana en todas las circunstancias por lo que cualquiera que sea la situación de los inmigrantes se les debe garantizar el respeto de todos los derechos que como seres humanos le reconocen los principales instrumentos jurídicos internacionales. Entre esos derechos que deben ser respetados en toda circunstancia, cualquiera que sea la calificación jurídica que merezca su forma de entrada y la permanencia en un Estado, están el derecho a la salud, el derecho a la educación de los menores y el derecho de acceso a la tutela jurisdiccional.”

(Declaración de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de las II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional,

Montevideo, 27 de octubre de 2006)

RESUMEN

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y A LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA DIVERSIDAD DE EXPRESIONES CULTURALES DE LOS MIGRANTES

La madurez del fenómeno de la inmigración en España favorece vivos y ricos debates acerca de la necesidad de facilitar el acceso a la educación a todos (nacionales y extranjeros) en igualdad de condiciones y sin discriminación. Estudiar cómo se sitúan los inmigrantes en relación a los

Yolanda Gamarra Chopo

IV

estudios es, cuando menos, fundamental para poder valorar sus posibilidades de inserción en el mercado laboral, en particular, y en la sociedad, en general. Con el análisis de los instrumentos internacionales que promocionan y protegen los derechos y libertades de los inmigrantes y de cómo se refleja en la normativa española se pretende garantizar un correcto tratamiento del fenómeno migratorio y su proyección futura.

ABSTRACT

THE RIGHT TO THE EDUCATION AND TO THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS OF THE MIGRANTS

The long-standing phenomenon of immigration into Spain makes for lively extensive discussion about the need to provide access to education for all (nationals and foreigners) under equal conditions and without discrimination. An examination of how immigrants stand with regard to education is, at the very least, essential in order to be able to assess their opportunities for entry into the labour market in particular, and into society in general. By analysing the international instruments that promote and protect immigrants' rights and freedoms, and how this is reflected in Spanish laws, the aim is to ensure that the phenomenon of migration and its future profile is properly addressed.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El derecho humano a la educación. A) Igualdad y no discriminación. B) Vertiente social y económica del derecho a la educación.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

III. Diversidad de expresiones culturales y desarrollo humano. A) Globalización, movimientos migratorios y diversidades culturales. B) La diversidad de expresiones culturales como un derecho fundamental.

IV. Medidas protectoras de los derechos y libertades de los inmigrantes en el sistema jurídico español. A) Regulación de los derechos y libertades de los inmigrantes: un proceso ambiguo e inacabado. B) Soporte institucional de protección. C) El derecho a la educación de los inmigrantes, el derecho de los irregulares.

V. Conclusiones.

VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La afluencia masiva e imparable de inmigrantes a las costas españolas está generando una serie de estudios e interrogantes acerca del papel de España¹, y los Estados miembros de la Unión Europea (UE), en la gestión de la inmigración (ir)regular². De un lado, son numerosos los esfuerzos de las autoridades del Gobierno de España por implicar a todos los Estados miembros de la UE y a la propia UE en articular alternativas a una realidad que le afecta de modo especial y, de otro, tímidas las respuestas de unos y otra. En efecto, ni todos los Estados miembros de la UE mantienen las mismas posiciones, ni todos se implican en acciones conjuntas, ni las instituciones europeas abordan el problema desde la misma perspectiva³. No obstante, no ha lugar a

(1) Las polémicas actuaciones de las autoridades españolas han contribuido a alimentar el debate de la universalidad e inderogabilidad de los derechos humanos. Así y por ejemplo, entre finales de septiembre y primeros de octubre de 2005, se produjo el número más grande de avalanchas de inmigrantes de origen subsahariano, en el que cuatro personas murieron cuando trataban de entrar en España saltando la valla que delimita la frontera de Ceuta y cientos o tal vez miles que intentaban hacer lo mismo en esa ciudad o en Melilla fueron abandonados por Marruecos en medio del desierto, a más de quinientos kilómetros del primer núcleo habitado. Cientos de personas en el intento de alcanzar el territorio español fueron violentamente contenidos por las policías marroquíes y española; y un importante número de personas subsaharianas fueron devueltas expeditivamente a territorio marroquí o sin el cumplimiento de las mínimas garantías jurídicas. Esa tragedia humana es síntoma de uno de los más graves problemas de nuestro tiempo: la inmigración ilegal. No se trató de una simple disputa entre Estados sino más bien de hechos que afectan directamente a personas concretas cuyos derechos fueron violados. Más ampliamente denunciadas estas actuaciones en PERAL, L.: "Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: *non refoulement*, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas", REEI, 2006, n.º 11, <http://www.reei.org>.

(2) Vid. SINN, H.-W.: "EU Enlargement, Migration and the New Constitution", *CESifo Working Paper*, n.º 137, diciembre de 2004, y WOLF, M.: "Europe Must Integrate Its Labour Markets and Welfare", *Financial Times*, 6 de abril de 2005.

(3) Mientras la Comisión Europea utiliza un lenguaje pragmático, el Parlamento Europeo mantiene una posición más moderada en la que se afirma la necesidad de proteger los derechos de los inmigrantes. Sobre la necesidad de incorporar la dimensión de los derechos humanos en la gestión de la inmigración, BOGUSZ, B. et al.: *Irregular migration and human rights: theoretical european and international perspectives*, Martines Nijhoff, Leiden, 2004.

dudas de que las actuales avalanchas humanas se generan como consecuencia de las desigualdades socioeconómicas, de bienestar y de derechos humanos⁴.

Ante esta particular situación, el estudio trata de analizar hasta qué punto la posición laboral y recursos de que dispone un individuo y su integración social dependen del tipo y calidad de la educación, formación y cultura recibida por una persona a lo largo de los años y de cómo el Derecho favorece la educación y la diversidad de expresiones culturales⁵. Tal y como apuntó la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas (NU), los perfiles de escolaridad de los trabajadores y las trabajadoras migrantes son muy diferentes, dado que unos cuentan con educación superior, otros sólo educación básica y otros son analfabetos⁶.

La forma de acceso a la educación como puente a la participación en la diversidad de expresiones culturales está ligada a condicionantes estructurales de la sociedad. No se limita, así las cosas, únicamente a situaciones subjetivas o particulares, sino en gran medida a las condiciones objetivas de acceso al sistema educativo abiertas a los hijos de los inmigrantes, e integración en el mercado laboral. Considerar cómo se sitúan los hijos de inmigrantes de “segunda generación” en relación a los estudios es, cuando menos, fundamental para poder valorar sus posibilidades de inserción en el mercado laboral, en particular, y en la sociedad, en general. La incorporación exitosa en el sistema educativo y los logros en los estudios han sido considerados como uno de los principales recursos para la inserción de todos los individuos en las sociedades occidentales modernas (interculturales). Pero tal recurso sería excepcionalmente valioso en el caso de los hijos de inmigrantes si tenemos en cuenta su doble pertenencia al país de residencia y su procedencia como “hijos de la inmigración”, realidad que les situaría normalmente, al menos inicialmente, en los niveles más bajos de la sociedad. La incorporación en el sistema educativo es un requisito básico en la actual “sociedad del conocimiento” para quienes quieren entrar con éxito en el mundo del trabajo. En el caso de España, según datos del Censo de 2001⁷, la tasa de actividad de los españoles aumentaría progresivamente con el nivel de estudios alcanzado siendo notables las diferencias entre los niveles más bajos y más altos. El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007/2010⁸, aprobado por el Gobierno español el 16 de febrero de 2007, tiene muy en cuenta este factor y una de las medidas que potencia es, precisamente, la educativa.

Desde una aproximación inductiva, se pretende abundar en el análisis de los instrumentos internacionales que promocionan y protegen los derechos básicos para la inclusión social de los

(4) La Organización Mundial de las Migraciones está gestionando e investigando en este fenómeno, <http://www.iml.iom.int>.

(5) MILLÁN MORO, L.: “El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 921 y ss.

(6) Informe presentado por la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, Grupos e Individuos Específicos, 12 de enero de 2004. Doc. E/CN.4/2004/76.

(7) Instituto Nacional de Estadística de España (INE), <http://www.ine.es>.

(8) Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007/2010, aprobado por el Gobierno español el 16 de febrero de 2007, disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/>.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

inmigrantes. Se analizan las disposiciones relativas al derecho a la educación y participación en la vida cultural contemplados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convenio sobre los derechos del Niño de 1989, y Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias de 1990⁹, así como todos aquellos instrumentos internacionales factibles de ser analizados para alcanzar los objetivos propuestos. En todos ellos se contempla el derecho a la educación de toda persona sin ningún tipo de limitación, ni condición. Se analiza, asimismo, cómo el derecho a la educación se erige en el factor *bisagra* para promocionar y proteger la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades, al mismo tiempo que para facilitar la interacción equitativa de las diversas culturas tal y como queda recogido en la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, de la UNESCO, de octubre de 2005 (en adelante, Convención de la UNESCO de 2005). En el nivel interno, se trata de ver cómo el ordenamiento jurídico español reconoce estos derechos a los inmigrantes, o si se advierte en la normativa algún tipo de contradicción o política discriminatoria contra la inclusión social. Estas cuestiones sirven para articular el apartado en torno a una serie de problemas como la regulación de los derechos y libertades del inmigrante y la evolución experimentada desde mediados de los años ochenta del siglo XX hasta el momento presente, las iniciativas promovidas por el Gobierno español para integrar socialmente a los inmigrantes, y los derechos de toda persona a la educación. A modo de conclusión, se reflexiona sobre los problemas planteados a los inmigrantes en el territorio español en materia de educación.

II. EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN

A) Igualdad y no discriminación

El creciente flujo migratorio hacia España genera un debate esencial en el campo de la protección de los derechos humanos como es la existencia de derechos que protegen universalmente a las personas con independencia del territorio en el que se encuentren¹⁰. Los Estados están obligados a respetar y exigir conocer el grado de protección de los derechos humanos de los inmigrantes en el espacio europeo, y la compatibilidad de ese estado de protección (en buen número de casos *desprotección*) con las obligaciones internacionales de los Estados¹¹.

(9) Este instrumento sigue sin ser ratificado por España afectada por la migración regular e irregular.

(10) BOGUSZ, B. et al.: *Irregular migration and human rights: theoretical european and international perspectives*, Martines Nijhoff, Leiden, 2004.

(11) CHECA, F.; CHECA, J.C. y ARJONA, A. (eds.): *Inmigración y derechos humanos: la integración como participación social*, Icaria, Barcelona, 2004.

Interesa abundar, en particular, en la incidencia del derecho a la educación en las sociedades modernas¹². De entre los derechos humanos protegidos y promocionados por el Derecho internacional de los derechos humanos se reconoce el derecho a la educación y a la promoción y protección de la diversidad de las expresiones culturales tanto en instrumentos de carácter general como específicos. La universalidad del derecho a la educación se proclama en los instrumentos internacionales de promoción, protección y definición de los derechos humanos. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 26, párrafo 1, establece que toda persona tiene derecho a la educación y que ésta debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental, y de carácter obligatorio. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada y el acceso a los estudios superiores igual para todos, en función de los méritos respectivos. En ese mismo artículo en su párrafo 2, se hace referencia al valor esencial de la educación para el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, y vía para favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos.

En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en el artículo 18, párrafo 4, se reconoce la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones. Mientras, en el artículo 24, párrafo 1, de este instrumento se reconoce que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, entre ellas, claro está, el derecho a la educación. No crea nuevos derechos, mas todo lo contrario, reafirma los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollados en los principales y ampliamente ratificados tratados de derechos humanos adoptados por Naciones Unidas.

De otro lado, y más específicamente, el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, los Estados partes deberán implantar la enseñanza primaria y gratuita para todos. En segundo, fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que disponga de ella y tengan acceso a ella todos los niños, así como adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad. Se reconoce, a su vez, el acceso a la enseñanza superior de todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados, disponer de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales, así como el acceso a ellas, y fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

(12) CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

En el ámbito regional europeo, el derecho a la educación se incluye en el artículo 2 del Protocolo adicional 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 1950¹³. De acuerdo con el estudio realizado por L. MILLÁN MORO, la redacción de este artículo puede desglosarse en tres partes¹⁴. En primer lugar, el derecho a la educación se ha formulado en sentido negativo: “(a) nadie se puede negar el derecho a la instrucción”. En segundo, el precepto se refiere a las competencias y obligaciones del Estado: “(e)l Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá en el campo de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres...”. Y, en tercer lugar, se contempla cómo debe impartirse la instrucción: “(e)l Estado (...) respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, y reenvía a los artículos 8, relativo al derecho a la vida privada y familiar, y 9, sobre el derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión del CEDH.

La inclusión del derecho a la educación en los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se refiere a toda persona sin ningún tipo de limitación, ni discriminación. La protección de los derechos humanos es una obligación que compete a todos los Estados por igual, de ahí que sea considerada una obligación *erga omnes*, al mismo tiempo que debe ser respetada por cada Estado individualmente al ser considerada una norma de *ius cogens*.

B) Vertiente social y económica del derecho a la educación

El derecho a la educación tiene una vertiente social y económica tal y como se infiere de su inclusión en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Dicho artículo recoge, en su párrafo 1, una formulación positiva de tal derecho en la medida en que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la educación. Se conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Más aun, se establece que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, tolerancia y amistad entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos. Mientras, en el párrafo 2 del citado artículo, se establece que para lograr el pleno ejercicio de este derecho la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. Se contempla, además, una sustancial diferencia con la enseñanza secundaria y superior que si bien debe ser generalizada y accesible a todos no se reconoce su gratuidad explícitamente, a salvo de recomendar la implantación progresiva de la enseñanza gratuita¹⁵.

(13) Cuyo articulado dice: “(a) nadie se puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones asumirá en el campo de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

(14) MILLÁN MORO, L.: “El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, op. cit., pp. 924 a 926.

(15) Artículo 13, párrafo 2, apartados a), b) y c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

Más claramente, la vertiente social de este derecho se proyecta en el artículo 30 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003. En esta Convención se estipula que todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado en cuestión. El acceso de los hijos de los trabajadores inmigrantes a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo. Este Convenio, por cierto sin ratificar por España, presenta un enfoque distinto a los anteriores instrumentos dado que a lo largo de su articulado se refiere al trabajador migrante como entidad social con familia y reconoce el papel decisivo que desempeña en la campaña global, no sin desconocer que se trata de un grupo altamente desprotegido. No obstante, dicha Convención se refiere únicamente al derecho a la educación en igualdad de condiciones y tratamiento para niños y niñas migrantes¹⁶, aun cuando la Declaración Mundial sobre Educación para Todos establece que la educación básica debería ser también facilitada a los adultos¹⁷, así como a los niños, niñas y adolescentes.

En el plano regional europeo, la Convención sobre el Estatus Legal del Trabajador Migrante de 1977¹⁸, en su artículo 14 recoge el derecho a la educación y a la integración social del trabajador migrante, mientras que en su artículo 15 dispone que los poderes públicos deberán organizar cursos especiales para los hijos de los trabajadores inmigrantes destinados a enseñarles la lengua materna. Se constata, así, la importancia de la enseñanza de la lengua materna, en especial por las mejoras que introduce en el núcleo familiar, y por la autoestima que proporciona al alumno.

En el ámbito de la UE, las instituciones comunitarias, sobre todo el Parlamento Europeo, han incidido en la necesidad de enseñar la lengua de los inmigrantes extracomunitarios que residan legalmente en la UE, si bien se reconoce la imposibilidad de enseñar todas las lenguas de los inmigrantes. Se solicita, empero, a los Estados miembros que teniendo en cuenta sus circunstancias y sistemas legales ofrezcan una formación integrada en los planes de estudio de la lengua del país de acogida y una enseñanza complementaria en la lengua del país de origen para una óptima integración social y laboral¹⁹.

(16) PÉCOUD, A. Y GUCHTENEIRE, P.: "Migration, Human Rights and the United Nations; an investigation of the Obstacles to the UN Convention on Migrant Workers" Rights", *Global Migration Perspectives*, n.º 3, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, UNESCO, agosto de 2004.

(17) Sin discriminación a los trabajadores migrantes.

(18) Convención sobre el Estatus Legal del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977, y en vigor para España desde el 1 de mayo de 1983. Consejo de Europa, ETS 93.

(19) Resolución del Parlamento Europeo sobre la preservación y el fomento de la diversidad cultural: el cometido de las regiones europeas y organizaciones internacionales como la UNESCO y el Consejo de Europa. Doc. 200272269(INI). P5, TA-PROV (2004) 0022.

III. DIVERSIDAD DE EXPRESIONES CULTURALES Y DESARROLLO HUMANO

A) Globalización, movimientos migratorios y diversidades culturales

La globalización favorece, sin duda, el aumento de los flujos migratorios y cambios sociales, económicos y culturales en las sociedades de los Estados cada vez más y más plurales²⁰. Respetar las diversidades culturales y establecer cauces de cooperación entre unas y otras se erigen en requisitos esenciales para la estabilidad de las sociedades modernas. La relevancia de la educación, en ese marco, se manifiesta en la importancia para la promoción y protección de la diversidad de expresiones culturales y la convivencia pacífica entre las diversas culturas. La integración de los migrantes en los países de acogida facilita la reunificación familiar y promueve un ambiente de armonía y tolerancia. No obstante, los flujos migratorios del Centro y Este de Europa, del Sur del Mediterráneo, Asia, América del Sur u otras áreas del mundo crean situaciones de tensión e inestabilidad en las esferas internacional e interna de los Estados. Ante esta realidad migratoria hay que adaptar las figuras e instrumentos jurídicos para dar solución a los problemas que se plantean a los Estados.

Abordar la problemática de la creciente llegada de inmigrantes genera, obviamente, polémica y posiciones encontradas. De un lado, los flujos migratorios se interpretan como una provocación para la cultura política, liberal y democrática de Occidente, así como para la cultura laica que se siente amenazada por la influencia de los fundamentalismos religiosos y nacionalistas que tienden a ahondar las diferencias culturales en el interior de los Estados. De otro y frente a esta idea, los instrumentos internacionales nos abren una senda integradora y equitativa²¹. En efecto, la Convención de la UNESCO de 2005 destaca la importancia de la cultura y diversidad de las expresiones culturales para la cohesión social en general y, en particular, las posibilidades que encierra para la mejora de la condición de la mujer y su papel en la sociedad. La diversidad de las expresiones culturales constituye una de las mayores riquezas de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos. El diálogo cultural promueve, a su vez, el entendimiento mutuo entre los pueblos en beneficio de la paz al mismo tiempo que constituye un instrumento adecuado para luchar eficazmente contra el racismo y la xenofobia. En modo alguno debe limitarse el derecho de las personas a su lengua o a su cultura, tal y como reclaman los diversos instrumentos protectores de los derechos de los migrantes²², y en este empeño la educación desempeña un papel fundamental en la protección y promoción de las expresiones culturales.

(20) BECK, U.: *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 1998, o RIBAS MATEOS, N.: *Una invitación a la sociología de las migraciones*, Bellaterra, Barcelona, 2004.

(21) El Derecho internacional como expresión de culturas y pluralismo ideológico en WEERAMANTRY, C.G.: "Cultural and Ideological Pluralism in Public International Law", *Universalising International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 1-31.

(22) Además de los ya citados, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Asamblea General de Naciones Unidas AGNU, Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

B) La diversidad de expresiones culturales como un derecho fundamental

En el marco institucional de la UNESCO, se aprobó el 21 de octubre de 2005, la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales subrayando la importancia de la diversidad cultural, como característica esencial de la humanidad, para la realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y otros instrumentos de protección de los derechos humanos, tal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ese mismo año, o la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001. En esta Declaración, en su artículo 5, se reconoce que los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos. Más aun, el desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se proclama, a su vez, que toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y, en particular, en su lengua materna; acceder a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; y participar en la vida cultural que elija en función de las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En esta línea, la Convención de la UNESCO de 2005, resulta ser un instrumento oportuno y clarificador en cuanto que contribuye a la consolidación del principio de diversidad cultural como un derecho fundamental. En su artículo 4, se define positivamente la «diversidad cultural» como

“la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados.”

Del análisis de este artículo se infieren tres planos diferenciados. Se reconoce, de un lado, la pluralidad de expresiones culturales de grupos y sociedades y la riqueza de tal diversidad. De otro, se diferencian las relaciones *dentro* y *entre* los grupos y sociedades. Y en un tercer plano, se incide tanto en las formas de expresión de las culturas como en los distintos modos de creación artística, producción, difusión y disfrute de las expresiones culturales. Se plantea, así, una visión intercultural de la riqueza de las diversidades culturales ligada al principio de desarrollo cultural que comprende el intercambio y el diálogo. Se trata de un instrumento, en definitiva, necesario para consolidar los derechos culturales, favorecer el desarrollo de las políticas culturales de cada Estado, implicar a las partes en la cooperación internacional, crear un foro de debate sobre políticas culturales y proceder a un seguimiento global sobre la situación de la diversidad cultural en todo el mundo.

(23) El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconoce que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

El contenido cultural se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan. Esas expresiones culturales son las resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural. Para hacer posible la protección de la diversidad de «expresiones culturales» se requiere la adopción de medidas protectoras encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad cultural. La presencia e interacción equitativa de las diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo, favorecen la interculturalidad²⁴.

Para facilitar la interacción equitativa de las diversas culturas, y generar expresiones culturales compartidas, la Convención de la UNESCO de 2005 establece ocho principios rectores, a saber: respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, soberanía de los Estados, igual dignidad y respeto de todas las culturas, solidaridad y cooperación internacionales, complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo, desarrollo sostenible, acceso equitativo y apertura y equilibrio²⁵. La educación de los más jóvenes en una correcta interpretación en la aplicación de los principios rectores de la promoción y protección de las expresiones culturales es esencial para la integración de los inmigrantes en las sociedades crecientemente multiculturales. De manera que si se facilita a los inmigrantes el acceso a la educación en la diversidad de las expresiones culturales cuanto mejor para proteger y promocionar las distintas realidades culturales y lograr la convivencia entre todas ellas. El artículo 31, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, establece explícitamente que los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento. En esta senda hay que educar y orientar las acciones de integración de los Gobiernos de los distintos Estados.

IV. MEDIDAS PROTECTORAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

A) Regulación de los derechos y libertades de los inmigrantes: un proceso ambiguo e inacabado

La política migratoria en España pasa por distintas fases con la promulgación de toda una serie de leyes orgánicas, reales decretos y reglamentos, además de una serie de planes, programas, información y servicios para los inmigrantes en general que recogen todas las circunstancias

(24) NAIR, R.: "International Human Rights: Universality in Cultural Diversity", *Indian Journal of International Law*, 1994, pp. 129 y ss.

(25) Principios rectores de la protección y promoción de la diversidad cultural contemplados en el artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 2005.

y condiciones que pueden afectar a esta categoría de personas²⁶. De entre la normativa estatal sobre la condición jurídica del inmigrante citar la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre²⁷, Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre²⁸ y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre²⁹, además del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento recogido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos de los inmigrantes en España y su integración social³⁰. La jurisprudencia, a su vez, juega un papel realmente importante al interpretar y concretar una normativa vaga y, en ciertos puntos, imprecisa. Sin dejar de citar los acuerdos internacionales que obligan a España en esta materia ya mencionados³¹.

Desde mediados de la década de los sesenta del siglo XX hasta nuestros días se distingue una serie de etapas en la regulación del fenómeno migratorio. En la primera fase, de 1968 a 1985, la normativa se limitó a una colección de Decretos-Leyes y dispersas disposiciones emanadas de la Dirección General de Seguridad del Estado dependiente del Ministerio del Interior³². Esta etapa se caracterizó por no disponer de una ley de inmigración, ni organismo específico del Estado dedicado a ello, mas todo lo contrario, la Dirección General de Seguridad del Estado era la encargada, de modo exclusivo, de la gestión y control de los movimientos migratorios. Esta situación produjo cierta incoherencia normativa y cierta insuficiencia para resolver los problemas generados por el incremento de los flujos migratorios. En un principio, la situación de ilegalidad del porcentaje de extranjeros en España se estimaba en torno al 70%. Igualmente, la inmigración se contemplaba en exclusiva como un problema de orden público al depender del Ministerio del Interior³³. Las distintas directivas y circulares que de él emanaban en muchos casos contenían elementos que eran inconstitucionales, al abordarse con criterios puramente

(26) Normativa y jurisprudencia específica sobre la materia objeto del estudio en <http://www.mtas.es/migraciones/default.htm>.

(27) Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE n.º 307, de 23 de diciembre de 2000, pp. 45508 y ss.

(28) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE, n.º 234, de 30 de septiembre de 2003, pp. 35398 y ss.

(29) Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

(30) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, n.º 6, de 7 de enero de 2005, pp. 485 y ss.

(31) AJA, E.: "La evaluación de la normativa sobre inmigración", en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 17 y ss.

(32) LUCAS, J. de: *Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España*, 2003.

(33) Se hizo palpable la falta de agilidad y la gran demora en la tramitación de los expedientes.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

policiales. Se producían entonces situaciones de conflicto entre el inmigrante y la policía, con incumplimiento de la orden de expulsión lo cual se tipificaba como un delito de desacato a la autoridad con la posible encarcelación del inmigrante.

Para corregir esta situación se redactó la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio³⁴, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Dicha ley presentaba una serie de limitaciones, entre ellas, la no definición de una política de inmigración activa, ni se proclamaba el derecho al trabajo, ni se garantizaba la estabilidad legal, ni existía el derecho de residencia permanente, ni se facilitaba la reagrupación familiar. Se puede decir que esta ley no representaba realmente una política de integración sino más bien de orden público, amén de las continuas disputas que generaba entre las Comunidades Autónomas y el Estado, así como entre las distintas Comunidades Autónomas³⁵. Como uno de los efectos negativos más claros cabe citar las situaciones repetitivas de ilegalidad con las que se encontraban los inmigrantes durante los seis años subsiguientes.

En esta etapa también fue aprobada la Ley 5/1984, de 26 de marzo³⁶, que regula el derecho al asilo y el estatuto del refugiado modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo³⁷. Con estas normas se cubría una laguna y se rectificaban ciertos errores al mismo tiempo que se contribuía a dar cierta uniformidad a este tipo de regulación.

De 1990 a 1992, se pretendió avanzar hacia la consecución de una verdadera política de inmigración. Se presentó entonces la proposición no de ley de 9 abril de 1991, con la que se quiso hacer extensiva la igualdad de derechos de los inmigrantes con los españoles, de acuerdo con la Constitución Española de 1978 (CE) y la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Se debe significar que ello fue de la mano de continuas presiones y reivindicaciones sociales llevando al Gobierno español a remitir al Parlamento el 2 de diciembre de 1990 el informe llamado "Situación de los extranjeros en España. Líneas básicas de la política española de extranjería", estableciéndose a partir de él las líneas básicas de actuación de cara al futuro. Fruto de esta situación fue la utilización del visado como instrumento de orientación de la política migratoria. Con ello se quiso potenciar la iniciativa de los poderes públicos en la canalización de la organización de los flujos de inmigración legal y en función de las necesidades de mano de obra de la economía española. Surge, en ese momento, el llamado proceso excepcional de regularización, de junio a diciembre de 1991, con la aceptación de España como país de inmigración, reconocimiento y necesidad de tratamiento de la inmigración clandestina.

(34) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *BOE*, n.º 158, de 3 de julio de 1985, pp. 20824 y ss.

(35) Todo ello hace necesaria una política de refundición y de simplificación del marco normativo sobre extranjería, que es un cuerpo legal complejo y disperso. Así se infiere del estudio de GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas, Madrid, 2004.

(36) Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. *BOE*, n.º 74, de 27 de marzo de 1984, pp. 8389 y ss.

(37) Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. *BOE*, n.º 122, de 23 de mayo de 1994, pp. 15796 y ss.

A ésta le siguió la fase de búsqueda de estabilidad e integración social con el intento por parte del Gobierno español de desarrollar el concepto de política activa de inmigración mediante la creación de órganos de competencia específica y control de los flujos³⁸. Se abordó el tema de la reagrupación familiar por las consecuencias directas sobre la estructura social española. Se aplicó el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo³⁹, de reagrupación familiar, así como la normativa establecida en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985 relativa a las condiciones para solicitar el visado por causa de reagrupación familiar, concretamente se especificaba que lo podía solicitar el cónyuge de un español o de un extranjero residente en España. De igual modo podían solicitarlo los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, si dependían económica y legalmente de un español o de un extranjero residente en España. A ello, se unían las peticiones de los extranjeros que eran ascendientes o descendientes de un español o extranjero residente en España, con el requisito de que los solicitantes debían probar el grado de parentesco, así como la dependencia económica de familiares y pupilos que pretendían reagrupar. De nuevo, entre el 1992 y 1993, las asociaciones sociales desarrollaron una campaña de presión a favor del derecho a vivir en familia, y estas presiones llevaron a adoptar diversas medidas tendentes a incrementar el número de inmigrantes en nuestro país. Entre las reivindicaciones de las organizaciones sociales con respecto al tema se encontraba el derecho de los familiares reagrupados de poder gozar, una vez llegados a España, de un estatuto equivalente al trabajador inmigrante.

Como resultado de esa situación, el 12 de noviembre de 1993, el Gobierno reunido en Consejo de Ministros acordó modificar el procedimiento de reagrupación familiar, manteniendo el procedimiento de solicitud de visado. Los beneficiarios serían los mismos que establecía el artículo 7, párrafo 2, del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, y en el que se mantenía la discriminación de los hijos mayores de edad con respecto a los descendientes sin vínculo paterno-filial, a los que tan sólo se le exigía la demostración de grado de parentesco y la dependencia económica, pero no la legal.

Con el Reglamento recogido en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero⁴⁰, se pretendió eliminar los conflictos de competencias entre las Comisiones Delegadas y adecuar la normativa interna con las obligaciones internacionales contraídas por España tales como los acuerdos de readmisión de personas en situación irregular, los celebrados con los países de origen de los inmigrantes, los de asociación y cooperación, acuerdos de nacionalidad o convenios relativos a aspectos migratorios y de trabajo. Dicho Reglamento también estableció novedades en la regulación y correspondientes garantías de protección de los derechos y libertades de los extranjeros, así

(38) Con posterioridad, en diciembre de 2004, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, aprobó el Real Decreto 2393/2004 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. En su Disposición Adicional 3.ª se preveía un proceso de regularización de inmigrantes en situación irregular.

(39) Real Decreto 1119, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *BOE*, n.º 140, de 12 de junio de 1986, pp. 21388 y ss.

(40) Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. *BOE*, n.º 47, de 23 de febrero de 1996, pp. 6949 y ss.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

como la protección de los menores extranjeros en educación, salud y prestaciones sociales⁴¹. Se simplificaron con ello los trámites de obtención de permisos de residencia y de trabajo, el establecimiento del permiso de residencia permanente, el establecimiento de contingentes, la regulación del derecho de reagrupación familiar y el derecho de arraigo. No obstante, el Reglamento adolece de ciertas limitaciones como son el imposibilitar el desarrollo de una política activa de inmigración mediante la simplificación de trámites. De igual modo, el visado se convierte en el elemento regulador fundamental de los flujos migratorios. En aplicación del artículo 27, párrafo 2, del Reglamento, existe una gran discrecionalidad en mano de los cónsules, que con la no aceptación por parte de los mismos, por ejemplo, en países de mayoría islámica, de la prueba de matrimonio entre reagrupado y reagrupante, celebrado de forma islámica, sin tener en cuenta el Derecho internacional, al afirmar que la prueba de matrimonio celebrado ante autoridades extranjeras debe someterse a la ley rectora de su celebración. Tampoco se reconoce la doctrina de la Dirección General de Registros y de Notarías que establece que las pruebas se deben aceptar siempre que reflejen la realidad del hecho e identidad de esposos, ni se aceptan los convenios suscritos por el Estado español que prevén la posibilidad de matrimonios de forma islámica.

El sistema normativo se completa con la regulación del estatus de las personas sin nacionalidad recogido en el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio⁴². En este Decreto se establece el procedimiento a seguir para determinar el estatuto de aquellas personas que se encuentran en situación especial, tales como los apátridas.

B) Soporte institucional de protección

El intento por parte del Gobierno, a partir de 1992, de desarrollar el concepto de política activa de inmigración se materializó en la creación de órganos de competencia específica y control de los flujos. Se creó, así, la Comisión Interministerial de Extranjería mediante el Real Decreto 551/1992, de 14 de mayo⁴³, con el objetivo de establecer una política coherente de extranjería, integrada por los Subsecretarios de Interior, Asuntos Exteriores, Justicia, Trabajo y Asuntos Sociales. Se propuso, además, la creación de Comisiones Delegadas, como la Política de Visados, Régimen de Extranjería, Empleo y Flujos Migratorios y la Promoción e Integración social de inmigrantes y refugiados. La misión genérica fue la de elaborar proyectos de agilización y simplificación de trámites para la obtención de diversos permisos. Si bien supuso un claro avance en materia de legislación sobre inmigración, se produjeron defectos tales como los conflictos de competencias entre Departamentos Provinciales de los Ministerios, las Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales, las Brigadas de Extranjería y los Grupos Operativos de la Policía. El problema fundamental fue que no se garantizó la unidad de criterios en el conjun-

(41) ZAPATA, B.: *Estructuras institucionales y redes de actores en las políticas de acomodación de los inmigrantes en España: cultura de acomodación y cambio estructural*, Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales, 2002.

(42) Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. *BOE*, n.º 174, de 21 de julio de 2001, pp. 26603 y ss.

(43) Real Decreto 511/1992, de 14 de mayo, por el que crea la Comisión Interministerial de Extranjería. *BOE*, n.º 134, de 4 de junio de 1992, pp. 18935 y ss.

to del Estado dado que se transfirieron las competencias a los Delegados del Gobierno en las diferentes Comunidades Autónomas facilitando actuaciones dispares en el procedimiento de tramitación de la documentación. En cuanto al tratamiento de contingentes de inmigrantes, ya en 1997, se comprobó la falta de solución a la regulación de mano de obra extranjera sin documentación. Más aún, la idea de dar prioridad a la asignación de plazas en el servicio doméstico originó la feminización de muchas comunidades autónomas.

Asimismo, se puso en marcha el Plan para la integración social de los inmigrantes, aprobado por el Consejo de Ministros el 2 de diciembre de 1994⁴⁴, estableciéndose las orientaciones, ámbitos de actuación y las medidas concretas. Este Plan para la integración social de los inmigrantes se fundamentó en la necesidad de establecer una política de inmigración eficaz y establecimiento de medidas de coordinación con los países de origen de los emigrantes. Dicho plan también estableció diversas medidas para controlar la inmigración dentro de unos niveles aceptables, así como las medidas para fortalecer las políticas a favor de inmigrantes legales. Por último, con este Plan se pretendió eliminar la discriminación injustificada, promover las actitudes tolerantes y garantizar una situación legal y socialmente estable. A su vez, trata de combatir las barreras que dificultan la integración, y luchar contra la explotación de trabajadores extranjeros movilizándolo a la sociedad en contra de la explotación y la xenofobia.

Se creó, de otro lado, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes recogido en el Real Decreto 490/1995, de 7 de abril⁴⁵, y se desarrolló mediante la Orden Ministerial de 15 de octubre de 1995⁴⁶, asignando el rango de vocales a las Asociaciones de Inmigrantes y refugiados y ONGs de apoyo. El Real Decreto 490/1995, definió la naturaleza jurídica del Foro para la integración social de los inmigrantes, como órgano consultivo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Este Foro pretende establecer cauces de diálogo e intercambio de información entre el colectivo inmigrante y la sociedad de acogida. Asimismo, promueve la integración social de inmigrantes y refugiados, recibe información sobre programas y actividades que acometen las distintas Administraciones públicas, y canaliza y recoge las iniciativas de asociaciones y organizaciones sociales. Por último, promueve estudios y proyectos de integración de inmigrantes y establece contactos con organismos internacionales, autonómicos y locales.

De entre las iniciativas destaca la puesta en marcha del Observatorio Permanente de la Inmigración centrado en el estudio de la realidad migratoria. Este Observatorio está al servicio del Plan de Integración y de la Política migratoria, con el objeto de diagnosticar la realidad migratoria y su impacto en la sociedad española. Diversos colectivos y partidos políticos presionan a favor de obtener una política educacional de los inmigrantes fundamentalmente de «segun-

(44) SANTAMARÍA, E.: *La incógnita del extraño: una aproximación a la significación sociológica de la "inmigración no comunitaria"*, Barcelona, Anthropos, 2002.

(45) Real Decreto 490/1995, de 7 de abril, por el que se crea el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. *BOE*, n.º 87, de 12 de abril de 1995, pp. 10976 y ss.

(46) Orden de 19 de octubre de 1995 por la que se designa a las asociaciones de inmigrantes y refugiados y organizaciones no gubernamentales de apoyo a dichos colectivos para formar parte como vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. *BOE*, n.º 251, de 20 de octubre de 1995, pp. 30723 y ss.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

da generación» y abogan por una educación integrada e integradora con el fin de eliminar la discriminación y aceptar el multiculturalismo criticando el monoculturalismo etnocéntrico y nacionalista⁴⁷. Esta reivindicación va calando cada vez más profundamente en el sistema educativo español, fundamentalmente en el sector público y pretende influir de modo progresivo en el privado y concertado. La finalidad que pretenden estos grupos y partidos es transformar la sociedad para equiparar plenamente a los ciudadanos con independencia de su origen y norma de acceso a la ciudadanía.

En relación con las posibles ocupaciones de los inmigrantes está la Resolución de 8 de febrero de 2005 del Servicio Público de Empleo Estatal en la que se establece el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. El capítulo de subvenciones viene reflejado en la Orden TAS/893/2005, de 17 de marzo de 2005, en la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general del área de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad del MTAS y del IMSERSO. Este conjunto normativo viene acompañado del estudio y seguimiento que tanto a nivel estatal como autonómico se viene haciendo sobre la población inmigrante con numerosos estudios sobre discriminación de colectivos, las condiciones de vida y expectativas de los mismos.

C) El derecho a la educación de los inmigrantes, el derecho de los irregulares

La CE proclama el derecho fundamental a la educación de todos y otorga la máxima protección y eficacia ante poderes públicos y particulares. En la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se reconoce el derecho de todos los menores a la educación en línea con lo estipulado en los instrumentos internacionales⁴⁸. Este respeto radica en la obligación de no discriminación entre españoles y extranjeros y concede a todos el derecho a la educación obligatoria. No obstante, la educación de los inmigrantes, en general, y de los menores de edad, en particular, suscita ciertas dudas y sombras dado que, en buen número de casos, los jóvenes optan por trabajar directamente y menos por educarse y formarse. Esta situación provoca, cuando menos, cierta inquietud entre las organizaciones humanitarias, Gobierno español y administraciones autonómicas por la repercusión futura en el mercado laboral. En un esfuerzo por potenciar la educación tanto entre los autóctonos como entre los inmigrantes, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, de febrero de 2007, está concebido como uno de los cuatro pilares de la política integral de inmigración española. Entre las medidas a tomar en el ámbito de la educación destaca la de transformar de la escuela en espacio de comunicación, convivencia e integración en el entorno, o facilitar el acceso del alumnado inmigrante a etapas no obligatorias⁴⁹.

(47) COLECTIVO IOÉ: *Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad*, Madrid, CIS, 1995.

(48) Un estudio útil e interesante en DIAGO DIAGO, P.: "The Legal Position of Migrants. Public Liberties" (en prensa).

(49) Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007/2010, aprobado por el Gobierno español el 16 de febrero de 2007, cit., p. 4.

De un lado, el artículo 9, párrafo 1, de la Ley Orgánica 4/2000, reconoce el derecho a la educación de todos los extranjeros en las mismas condiciones que a los españoles. Dicho derecho comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Igualmente, los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Y el citado artículo especifica que tendrán derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Este precepto respeta, así, las disposiciones previstas en los tratados internacionales de los derechos humanos.

Así y por ejemplo, y ante el creciente número de alumnos inmigrantes en las escuelas⁵⁰, y como muestra del interés por fomentar la educación e interculturalidad de las expresiones culturales tenemos la actuación de los órganos regionales y locales⁵¹. En el nivel regional español, en particular el Gobierno aragonés, en 2006, convocó una serie de proyectos sobre educación intercultural para centros escolares con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades⁵². Nueve centros escolares aragoneses participan en un proyecto para fomentar la interculturalidad en las aulas por medio de actividades en las que se conozcan las lenguas y culturas tanto de Aragón como de los países de procedencia de los inmigrantes⁵³. El efecto de tales actuaciones sería integración escolar, reducción del fracaso escolar y, por ende, mayor cualificación profesional⁵⁴.

De otro, el artículo 9, párrafo 3, del citado Reglamento, reconoce la enseñanza no obligatoria tan sólo a los extranjeros residentes legalmente. Dado que en relación a los menores de edad tal limitación puede ser contraria a los instrumentos internacionales, por la vía del artículo 10 párrafo 2 de la CE, la limitación estipulada en dicho artículo debería entenderse referida a los mayores de edad⁵⁵. Más aún, esta regulación limita a los extranjeros residentes acceder al

(50) CARABAÑA, J.: "Los alumnos inmigrantes en la escuela española", en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España*, op. cit., pp. 275 y ss.

(51) LARIOS PATERNA, M.ª: "El derecho a la educación de los inmigrantes. Principales normas y políticas públicas del Estado y las comunidades autónomas", en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España*, op. cit., pp. 269 y 270.

(52) Con el propósito de fomentar las lenguas y culturas del país de acogida y de los países de procedencia de los alumnos inmigrantes, proyecto publicado en el *Boletín Oficial de Aragón (BOA)*, 3 de enero de 2007.

(53) Sobre la procedencia de los inmigrantes en Aragón y estudio de los distintos sectores en PINOS QUÍLEZ, M.: "Musulmanes en Zaragoza. Nuestros vecinos desconocidos", en VICENTE, A. (ed.): *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, pp. 17 y ss., y sobre los alumnos musulmanes escolarizados en Zaragoza, ELÓSEGUI ITXASO, M.ª: "Interculturalismo e Islam en los centros escolares de Zaragoza", ídem, pp. 105 y ss.

(54) GÓMEZ BAHILLO, C. (coord.), *La inmigración en Aragón: hacia su inclusión educativa, social y laboral en un mundo globalizado*, Gobierno de Aragón, Departamento de Educación, Cultura y Deporte, Zaragoza, 2004, e IZQUIERDO ESCRIBANO, A. (dir.): *Inmigración: mercado de trabajo y protección social en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

(55) Como recoge M.ª Jesús LARIOS PATERNA, ésta no ha sido la interpretación efectuada por la jurisdicción ordinaria que anuló una norma autonómica, en especial un precepto del Decreto 188/2001, sobre los extranjeros y su integración social en Cataluña, que disponía que la Generalidad de Cataluña fomentaría el acceso de los extranjeros empadronados a la enseñanza no obligatoria. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por su parte, consideró que al no estar reconocido el derecho en la legislación estatal, éste no puede ser ampliado por la comunidad autónoma, LARIOS PATERNA, M.ª: "El de-

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica dejando fuera a los inmigrantes en situación irregular. Este precepto crea problemas porque ¿tienen limitado el acceso a la enseñanza de tercer ciclo, y actividades de investigación aquellas personas que se encuentren en una situación irregular? Se crea un vacío jurídico en cuanto a qué ocurre con los no documentados o insuficientemente documentados. Se priva, en otras palabras, a los inmigrantes en situación irregular a la educación básica⁵⁶. El sentir y contenido de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tales como el CEDH, Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y Convención de Derechos del Niño, de los que España es parte, resultan claros al proclamar la universalidad de la educación y el acceso a la misma de toda persona, sin ningún tipo de exclusión, ni restricción.

Se trabaja por lograr la igualdad y no discriminación entre todos los individuos independientemente de la raza, cultura, o religión. Si bien queda otro interrogante por considerar al examinar la normativa española sobre los inmigrantes: ¿con qué obstáculos se encuentran los inmigrantes, en especial aquéllos en situación irregular, al acceder al sistema de becas estatal, regional o local para financiar la formación de grado superior? La respuesta empaña el precepto legal. En todo caso, España de no respetar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, inclusive en el ámbito de la educación, incurriría en responsabilidad internacional con las consecuencias que dicha institución genera en el sistema jurídico internacional.

V. CONCLUSIONES

El desigual desarrollo entre Estados, fruto de los distintos niveles de industrialización y estados de evolución social, es uno de los factores que explican el fenómeno migratorio, junto a la búsqueda de mayor bienestar social y protección del núcleo duro de los derechos humanos. En realidad, se debe huir de considerar tan sólo el influjo económico como el único o más importante en la movilización y éxodo de miles de personas de países considerados poco desarrollados a los países considerados desarrollados. En el escenario geopolítico en el que se encuentra España, como frontera entre dos continentes con niveles económicos y sociales diferentes, con sistemas políticos y de gobiernos también distintos, distinto grado de protección de los derechos humanos, y en los que la esperanza de vida y la calidad de la misma es más alta⁵⁷, el problema de la inmigración se acentúa todavía más, si cabe, en relación con otros Estados del entorno europeo. Quizás estas particularidades alejen la posición española de la del resto de los Estados de la UE.

Resulta obvio reconocer que con la inmigración se producen unos efectos a corto y a largo plazo en los países de recepción, en especial en cuanto a la integración socioeconómica de los mismos. A corto plazo, se genera un aumento de la inseguridad, así como ciertos conflictos con los

recho a la educación de los inmigrantes. Principales normas y políticas públicas del Estado y las comunidades autónomas”, en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España*, op. cit., p. 253.

(56) CHUECA SANCHO, A.G.: “Aplicación de los tratados internacionales por las comunidades autónomas y ley de extranjería”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2002, n.º 20, pp. 341 y 342.

(57) SOLÉ, C.: *Modernidad y Modernización*, Anthropolos, Barcelona, 1998.

nacionales, formación de guetos en las grandes capitales y aumento de la xenofobia y racismo en los países de acogida. En España, los estudios sociológicos al respecto muestran un aumento del grado de racismo y xenofobia, fundamentalmente hacia los inmigrantes procedentes del MAGREB y del área subsahariana. ONG, sindicatos y demás partidos políticos, tanto a nivel nacional como autonómico, presionan desde hace años para conseguir cada vez mayores y mejores condiciones para los inmigrantes en nuestro país. De igual modo y también desde los poderes públicos se trabaja, apoyándose en el control de los medios de comunicación y el sistema educativo, por crear una cultura de aceptación de esas reformas y del nuevo *statu quo*.

A largo plazo, con la transformación paulatina de la sociedad europea y española, cada vez más envejecida, existen beneficiarios de este fenómeno⁵⁸. Dentro de la concepción más extensa de mercado, y en busca del beneficio de las empresas europeas y españolas se está aprobando toda una serie de normativa reguladora de la inmigración. Tanto la normativa nacional como regional pretende mejorar los derechos y condiciones de los inmigrantes y de la inserción en el mercado laboral. A su vez, las distintas administraciones conceden y diseñan ayudas de índole económica y social para el apoyo a los mismos. E igualmente, de modo directo e indirecto se influye en los organismos privados y entidades de crédito que también ven en ello una oportunidad de aumentar beneficios.

Más con todo, hay que abordar el movimiento migratorio desde una visión holística y con suficiente proyección temporal para analizar más y mejor sus causas y efectos. En esta misma línea, hay crear bases de diálogo que establezcan un marco apropiado para la adopción de políticas migratorias que sitúen a la persona y sus derechos en el centro de su regulación. Hay, asimismo, que propiciar una gestión basada en la responsabilidad compartida de los Estados, en otras palabras, una cooperación y colaboración intergubernamentales en la que los Estados asuman adecuadamente sus obligaciones respecto de los migrantes desempeñando un rol distinto en función de su condición de país de origen, tránsito o destino⁵⁹.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. y ARANGO, J. (eds.) (2006): *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona.

AJA, E.; MONTILLA, J.A.; ROIG, E. (y otros) (2006): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ALARCÓN MOHEDANO, I. et al. (2002): *Derecho de extranjería: práctica administrativa y jurisdiccional*, Dykinson, Madrid.

(58) SOLÉ TURA, J.: *Nacionalidades y nacionalismos en España: autonomías, federalismo, autodeterminación*, Alianza, Madrid, 1985.

(59) Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, AGNU, de 24 de septiembre de 2004. Doc. A/59/377.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

- ALONSO PÉREZ, F. (2004), *Derechos de los extranjeros en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- (2004): *Régimen Jurídico del extranjero en España: comentarios, jurisprudencia, legislación, formularios*, Dykinson, Madrid.
- AMIN, S. (1999): *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona.
- AÑÓN, M.^a J. (ed.) (2004): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo blanch/Universitat de Valencia, Valencia.
- ARGERER VILAR, P. et al. (2005): *El fenómeno de la inmigración en Europa: perspectivas jurídicas y económicas*, Dykinson, Madrid.
- BECK, U. (1998): *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona.
- (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona.
- BIRSI, U. y SOLÉ, C. (coords.) (2004): *Migración e interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*, Anthropos, Barcelona.
- BLÁZQUEZ, I. (2003): *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba.
- BOGUSZ, B. et al. (2004): *Irregular migration and human rights: theoretical european and international perspectives*, Martines Nijhoff, Leiden.
- CASTELLS, M. (2003): *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. El poder de la identidad*, Alianza Editorial, Madrid.
- CRESPO NAVARRO, E. (2005): *Nuevas formas de protección del individuo en derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo blanch, Valencia.
- CHECA, F.; CHECA, J.C. y ARJONA, A. (eds.) (2004): *Inmigración y derechos humanos: la integración como participación social*, Icaria, Barcelona.
- CHUECA SANCHO, A. (1998): *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egado, Zaragoza.
- GARCÍA BALLESTEROS, A. y SANZ BERZAL, B. (coords.) (2004): *Inmigración y sistema productivo en la Comunidad de Madrid*, Comunidad de Madrid, Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, Dirección General de Economía, Madrid.
- GARCÍA CANCLINI, N. (2004): *Diferentes, desiguales, desconectados: mapas de la interculturalidad*, Gedisa, Barcelona.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M. (2004): *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas, Madrid.
- GÓMEZ BAHILLO, C. (coord.) (2004): *La inmigración en Aragón: hacia su inclusión educativa, social y laboral en un mundo globalizado*, Gobierno de Aragón, Departamento de Educación, Cultura y Deporte, Zaragoza.
- GUILLÓN, M. et al. (2003): *L'asile politique entre deux chaises: droits de l'homme et gestion des flux migratoires*, L'Harmattan, París.
- HERRERA FLORES, J. (2005): *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, A. (dir.) (2003): *Inmigración: mercado de trabajo y protección social en España*, Consejo Económico y Social, Madrid.

JORDÁN VILLACAMPA, M.^a L. (dir.) (2003): *Multiculturalismo y movimientos migratorios: las minorías religiosas en la Comunidad Valenciana*, Tirant lo blanch, Valencia.

LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M. (2005): *La nueva ley de extranjería: guía práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid.

LORA DELTORO, P. de (2005): *Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid.

MADAZO RIVAS, E. y TORRE DÍAZ, F. de la (coords.) (2005): *Cooperación internacional y movimientos migratorios*, Dykinson, Madrid.

MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C. (2000): *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Catarata, Madrid.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2002): *La Inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y GIRÓ MIRANDA, J. (coords.) (2003): *Inmigración y ciudadanía: perspectivas socio-jurídicas*, Universidad de La Rioja/Servicio de Publicaciones, Logroño.

MARTÍNEZ VEIGA, U.: *Trabajadores invisibles: precariedad, rotación y pobreza de la inmigración en España*, Los libros de la Catarata, Madrid.

MASSÓ GARROTE, M.F. (2002): *El nuevo régimen de extranjería: procedimientos, formularios, modelos y comentarios al RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LODYLE 4/2000, tras la reforma de la LO 8/2000*, La Ley, Madrid.

MEGÍAS, J.J. (2006): *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor.

MILLÁN MORO, L. (2005): "El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla/Universidad de Málaga, Sevilla.

MIRAUT MARTÍN, L. (ed.) (2004): *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid.

OJINAGA RUIZ, R. (2005): *Emergencias humanitarias y derecho internacional: la asistencia a las víctimas*, Tirant lo blanch, Valencia.

PECES MORATE, J.E. (2003): *Inmigración y derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

PEREIRA, J.C. (2003): *La política exterior de España (1800-2003)*, Ariel, Barcelona.

PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005): *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación ius filosófica*, Dykinson, Madrid.

PRESNO LINERA, M.A. (coord.) (2004): *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo blanch, Valencia.

RALLO, A. Y GUZMÁN, J. (1998): *Estructura económica mundial*, McGraw-Hill, Madrid.

RECIO E. et al. (2002): *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, ESADE/Facultad de Derecho/Bosch, Barcelona.

RIBAS MATEOS, N. (2004): *Una invitación a la sociología de las migraciones*, Barcelona, Bellaterra.

SAMPEDRO, V. y LLERA, M.^a del M. (eds.) (2003): *Interculturalidad: interpretar, gestionar y comunicar*, Edicions Bellaterra, Barcelona.

SOLER CANTALAPIEDRA, M.^a T. (ed.) (2005): *Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Ley Orgánica y Reglamento*, Civitas, Madrid.

El derecho a la educación y a la protección y promoción cultural de los migrantes

IV

TORROJA MATEU, H. (2004): *La asistencia humanitaria en la Organización de las Naciones Unidas: fundamentos y perspectivas actuales*, Atelier, Barcelona.

VV.AA. (2004): *La inmigración y el mercado de trabajo en España: sesión del Pleno de 28 de abril de 2004*, Consejo Económico y Social, Madrid.

VV.AA. (2004): *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux: conventions multilateraux*, Gisti, París.

ZAPATA-BARRERO, R. (2004): *Multiculturalidad e inmigración*, Síntesis, Madrid.

Notas y colaboraciones

*Dossier: La actuación colectiva de
la abogacía española en materia de
extranjería*

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Presidente de la Subcomisión
de Extranjería del Consejo General de la Abogacía
Española
(aguelo@reicaz.com)

La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería

SUMARIO

I. Un poco de historia. Los antecedentes.

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

III. La Ley orgánica 4/2000 original.

IV. La creación de la subcomisión de extranjería del CGAE.

V. Las reformas legislativas del año 2003.

VI. A modo de conclusión.

I. UN POCO DE HISTORIA. LOS ANTECEDENTES

El acercamiento preocupado de la Abogacía española a la extranjería se produce en los albores de la década de los años 90, momento en que el fenómeno migratorio comienza a proyectarse en nuestro país con importante y creciente realidad cuantitativa y cualitativa¹.

La vieja Ley de Extranjería de 1985², de marcado corte represivo y policial, resultaba ya por entonces inadecuada para regular ese importante movimiento de personas y a su vez evidenciaba situaciones difícilmente soportables en un sistema democrático de derecho.

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

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

En el año 1991, se va a producir la primera gran regularización de trabajadores migrantes en nuestro país, básicamente provocada por la entrada en vigor de la Ley de Extranjería, que paradójicamente supuso la ilegalización de la situación residencial perfectamente regular hasta entonces de un amplio colectivo de personas³.

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

Tal era el sombrío panorama con el que la Abogacía Española encara su trabajo defensivo. Parece como si las luces de la Constitución Española se oscurecieran en el ámbito del derecho de extranjería.

Todo aquello sin duda tuvo el mérito de confrontarnos con una realidad a la que resultaba preciso extender los mecanismos protectores de derechos que el legislador constitucional español había querido extender también a las personas extranjeras⁴.

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

Pues bien, el objetivo principal, sino el único que estuvo presente en la creación de los primeros Servicios Colegiales de extranjería, fue precisamente el de ser capaces de crear instrumentos organizativos colegiales en el seno del Turno de Oficio que favorecieran una correcta y eficaz labor de defensa de los derechos e intereses de las personas extranjeras y ello incluso antes que se aprobara en el año 1996 la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y su Reglamento de ejecución

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

(4) El artículo 13 de la CE, objeto de un amplio consenso constitucional extiende a las personas extranjeras, si bien de forma limitada, el conjunto de derechos y libertades del Título I. Sobre este tema resulta imprescindible la consulta del libro de nuestro compañero Eduard SAGARRA I TRÍAS: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Bosch, Madrid 1991.

La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería

que atribuyó a los Colegios de Abogados la competencia en la materia⁵ y fijó las condiciones mínimas para su desempeño⁶.

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

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

Asimismo, es útil recordar que, a pesar del deseo del legislador constitucional, la elaboración del nuevo régimen administrativo y la plasmación del un Régimen Administrativo Común no se haría realidad hasta el año 1992 y que la ley original precisaría de una profunda reforma en el año 1999⁷.

La entrada en vigor de la LPA en el año 1992, supuso la constatación, para muchos de nosotros, de que el viejo régimen administrativo de la extranjería regulado por la LOEX 7/1985 y RGTO de 1986⁸ debía ser derogado y adaptado a los principios constitucionales que la LPA de 1992 pretendió plasmar y resultó ser un instrumento de gran utilidad defensiva para hacer avanzar y provocar una jurisprudencia titubeante, pero que comenzó a reflexionar y pronunciarse acerca de todo ello⁹ y que sin duda generó el ambiente propicio para que en el año 1996, se aprobase un nuevo reglamento de extranjería que, entre otras cosas, trató de forma jurídicamente im-

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

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

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

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

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

propia¹⁰ de adaptar las previsiones de la Ley de 1985 a los principios constitucionales plasmados en la LPA.

En ese mismo año 1996, tiene lugar la aprobación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita¹¹ que vino a reconocer el derecho a la asistencia gratuita a las personas extranjeras carentes de recursos que se encontrasen en territorio español¹². La extensión del derecho a todas las personas independientemente de estatuto jurídico administrativo fue consecuencia del recurso de inconstitucionalidad que planteó el Defensor del Pueblo contra el contenido restrictivo del artículo 2 de la Ley, que entre otros es promovido por el grupo de abogados de extranjería reunidos en el marco del Consejo General de la Abogacía Española¹³.

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

No debe olvidarse que, a partir del Tratado de Ámsterdam, en 1999, la libre circulación y las políticas migratorias se comunitarizan, marcando un plazo de cinco años, ya sobrepasado, para regular tales materias en el ámbito europeo. De esta forma se dictan Directivas y Reglamentos comunitarios que tratan de desarrollar esa voluntad de comunitarización¹⁴.

(10) Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Ejecución de la LOEX 7/1985. Decimos jurídicamente impropia puesto que como bien sabemos el reglamento tiene como función desarrollar la norma legal, en ningún caso es el instrumento adecuado para corregir aspectos no queridos por la Ley.

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

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

(13) En el año 1995, celebramos en Zaragoza el que denominamos I Encuentro Internacional de Abogados sobre derecho de extranjería y asilo, que supuso el arranque de un amplio movimiento intercolegial que desembocará en la creación generalizada de Turnos y Servicios de Extranjería y servirá de marco para próximos encuentros y de decisivo impulso para conformación de la Subcomisión de Extranjería en el seno del CGAE. Unos de los encargos de la Conferencia fue elaborar un dictamen sobre la inconstitucionalidad del artículo 2 de la LAJG que sirvió como documento de Ponencia en el VI Congreso Nacional de la Abogacía, celebrado en A Coruña en el año 1996 y que posteriormente fue remitido al Defensor del Pueblo.

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

La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería

III. LA LEY ORGÁNICA 4/2000 ORIGINAL

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

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

a) El consenso es roto en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular que advierte de su reforma caso de vencer en las elecciones que habrían de celebrarse en la primavera del año 2000. Cosa que posteriormente ocurría dando lugar a un tipo de reformas y contrarreformas continuas y permanentes que convierten el derecho de extranjería en un ordenamiento jurídico sujeto a continuos cambios y vaivenes¹⁵.

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

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

– Una regulación de los derechos y libertades más acorde con el mandato y jurisprudencia constitucional. La equiparación de derechos entre españoles y extranjeros.

— Un tratamiento de la irregularidad desde criterios más garantistas y de justicia (arraigo, procedimiento sancionador).

– Y consagra legalmente el régimen de normalidad administrativa que había comenzado a construirse con el reglamento del año 1996.

– Además introduce en su título el enunciado de “y su integración social” que será el germen del posterior Plan Greco y lo que quizás es más importante de los Planes de Inmigración de las diferentes CCAA que desde entonces comienzan a desarrollar bajo la perspectiva de Derechos de la ciudadanía y que se han concretado en el actual Plan estratégico de integración y ciudadanía.

Asimismo, la LO 4/2000 original extiende el derecho de asistencia jurídica gratuita de las personas extranjeras a los procedimientos administrativos que pudieran conllevar la denegación

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

de la entrada o su repatriación. Lo que motivó la urgente puesta en funcionamiento de servicios *ad hoc* en las fronteras exteriores para poder cumplir eficazmente el mandato legal¹⁶.

IV. LA CREACIÓN DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CGAE

En el año 1999, a solicitud del SAOJI de Zaragoza, asumiendo una iniciativa intercolegial la Comisión de Ordenación Profesional y Colegial del CGAE en su sesión de fecha 26 de febrero, adopta el acuerdo de aceptar la coordinación de los Servicios de Extranjería existentes en los distintos Colegios de Abogados mediante la creación en el seno de la mencionada Comisión, de una Subcomisión de Coordinación de Servicios de Extranjería¹⁷.

Tras el X Encuentro Intercolegial celebrado en Ciudad Real, el mes de junio de 2000, se designa una Comisión del Encuentro para colaborar con la Subcomisión de Extranjería recién creada que quedó definitivamente constituida el día 5 de octubre de 2000 integrándose en el seno de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, aglutinando ya en aquel momento a más de 30 Colegios de Abogados con servicios de extranjería ya en funcionamiento o en vías de constitución.

La creación de la Subcomisión de Extranjería va a permitirnos abordar el estudio del proceso de reforma de la LO 4/2000 desde una perspectiva colectiva y abordar la elaboración de un Dictamen acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero¹⁸.

Los Encuentros Intercolegiales de León (2001) y Alicante (2002), servirán como marcos de debate, confrontación y puesta en común colectiva de los temas más esenciales del derecho de extranjería que se plasmarán en el Informe sobre Asistencia Jurídica en las Fronteras Exteriores presentado en el marco del Encuentro Intercolegial de Mallorca (2003) y que sería el embrión de los Protocolos de actuación en el ámbito de la extranjería aprobados en el Encuentro de Córdoba (2004)¹⁹.

(16) Particularmente modélica fue la puesta en servicio por el ICA de Madrid del Turno de asistencia en el aeropuerto de Barajas.

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

(18) Documento que puede consultarse en la Web del ReICAZ, apartado Subcomisión de Extranjería del CGAE. <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/InfSubcInc82000.pdf>.

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

La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería

Durante todos estos años también nos ha correspondido llevar a nuestras espaldas una buena parte de la tarea de desarrollar teóricamente el Derecho de extranjería²⁰, de tal forma que durante bastante tiempo los “prácticos” hemos tenido que guiar a los “teóricos” ante la ausencia de un trabajo sistematizado de elaboración de nuestras universidades con algunas escasas, pero importante excepciones²¹. Lo que ha facilitado el alto nivel de formación de los abogados de extranjería. Todo ello unido al excelente papel desarrollado por las Webs de Extranjería de los Colegios de Abogados²² nos ha otorgado un prestigio social y profesional del que todavía disfrutamos y somos un referente importante.

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

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

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

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

(20) Es preciso mencionar a J.A MIQUEL CALATAYUD, Registrador de la Propiedad; E. SAGARRA, Abogado; R. M.ª FERRER PEÑA, Administrador Civil del Estado; V. Estrada Carrillo, Abogado, Comisario del CNP, verdaderos pioneros del estudio de la extranjería en nuestro país.

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

(22) Destacadas son las Web de Extranjería del ReICAZ, la Web del Aula de Migraciones del ICAM y la Web de la Subcomisión de extranjería del ICAB.

V. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DEL AÑO 2003

Volviendo la mirada un poco atrás en el tiempo debemos pararnos a reflexionar acerca de lo que supusieron las reformas de la Ley de Extranjería del año 2003²³.

Uno de los aspectos más negativos que introduce la LO 14/2003 de Reforma de la LOEX es el intento de consumación de un Régimen administrativo especial por razón del sujeto administrado en el que las garantías jurídicas y principios básicos del procedimiento administrativo se encuentran debilitados de forma importante y que en buen medida mediatizan la actuación defensiva hasta en algún supuesto provocar una verdadera indefensión.

Por esta causa la Subcomisión de Extranjería del CGAE, en su día ha promovido la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la mencionada ley que finalmente fue instado por el Parlamento Vasco²⁴.

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

- Existencia de resoluciones administrativas inmotivadas, como, por ejemplo, los visados de corta duración.
- Limitación de la capacidad de obrar del administrado tanto español como extranjero en el marco de las relaciones con la administración de extranjería, por ejemplo, en las solicitudes de autorizaciones iniciales de trabajo.
- Catálogo de inadmisiones a trámite que convierten la admisión de una solicitud en excepcional separándose de la naturaleza jurídica que establece la LPA. en su artículo 89.4²⁵.
- Existencia de un procedimiento preferente de expulsión que genera indefensión y limita el derecho de tutela judicial efectiva.
- Exiguos plazos de alegaciones.
- Medidas cautelares que incluyen la posibilidad de privar de libertad a la persona expedientada administrativamente.
- Ejecución forzosa inmediata.

(23) Las reformas de la legislación de extranjería operadas en los años 2001 y 2003 han venido a significar un importante recorte de los derechos y garantías jurídicas de las personas inmigradas. Son diez los recursos de inconstitucionalidad que se encuentran pendientes ante el Tribunal Constitucional por tal motivo.

(24) El Dictamen puede consultarse en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saoji/InformeSubcInc.pdf>.

(25) “(...) solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento.”

La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería

— Olvido del principio de proporcionalidad material y procedimental. Convirtiendo en regla la sanción y procedimiento más grave sin atender al principio.

— *Non bis in idem* debilitado.

— Presunción de inocencia: inversión del principio de mera sospecha.

— Archivo de oficio y sin notificación de los registros padronales.

— Tratamiento de los datos de carácter personal dudosamente constitucional.

El Reglamento 2393/2004, de 30 de diciembre, de desarrollo de la LOEX 4/2000, reformada por la LO 14/2003 en lugar de procurar la vuelta a los principios inspiradores de la LOEX 4/2000, original, profundiza en buena medida en todo ello tratando de consumir ese régimen administrativo especial que constituye el limitado marco gravemente condicionado de nuestra intervención profesional defensiva.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El cambio de dirección de los flujos migratorios marítimos provocó un aluvión imprevisible de llegadas de embarcaciones a Canarias creando situaciones difícilmente abordables por los Colegios más pequeños con dotaciones humanas y profesionales escasas. Fuerteventura fue el ejemplo más llamativo de esto que decimos que provocó una dura intervención de la Oficina del Defensor del Pueblo y la elaboración por la Subcomisión de Extranjería del Informe acerca de la situación de la asistencia letrada en las fronteras exteriores al que nos hemos referido en el anterior párrafo y que supuso un primer intento riguroso por conocer la situación real de la asistencia jurídica a las personas extranjeras que sirvió de documento de reflexión sobre el tema y trató de prevenir situaciones semejantes en otros Colegios con características y circunstancias similares²⁶.

En el otoño del año 2005 se producen los sucesos de las vallas de Ceuta y Melilla que son afrontados de manera bastante eficaz por los respectivos Colegios con la participación activa de la Subcomisión de Extranjería que elabora el Informe sobre los sucesos de Ceuta y Melilla²⁷.

2006 es el año de la llegada masiva de cayucos a Tenerife, situación que es abordada por el ICA de Tenerife con gran diligencia y ejemplaridad. La Subcomisión de Extranjería está también al

(26) También es cierto que hemos sido, no podía ni puede ser de otra manera, un colectivo incómodo que ha promovido con notable éxito recursos de amparo, de inconstitucionalidad, informes e intervenciones críticas que nos han granjeado incomprensiones, cuando no actuaciones a veces muy injustas que conscientemente o no han tenido consecuencias muy negativas para nuestro trabajo.

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

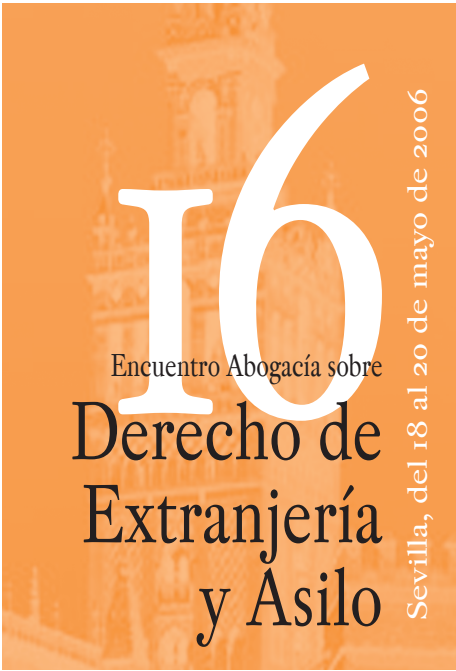
lado del Colegio de Tenerife tratando de apoyar técnicamente el trabajo de las compañeras y compañeros de los Turnos de Oficio.

A lo largo de 2006, la Subcomisión de Extranjería aprovechando el programa de Jornadas que desarrolla en colaboración con la Dirección General de Política Interior va a viajar y compartir intensas jornadas de reflexión en los Colegios de Melilla, Ceuta, Las Palmas, Tenerife, Alicante y Almería.

En todos estos años, la Abogacía Española ha expresado su decidida y clara vocación de defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o estatuto administrativo, por ello y por ser conscientes de que en esta materia estamos defendiendo un verdadero *ius humanitatis*, a su reconocimiento seguiremos dedicando con intensidad nuestro trabajo profesional e intelectual²⁸.

El 17 Encuentro Intercolegial de la Abogacía en materia de extranjería a celebrar los días 17 a 19 de mayo de 2007 en Pamplona debe servir para reflexionar sobre todo ello y fundamentalmente acerca de los dilemas más importantes de que en la actualidad se presentan en el ejercicio cotidiano del derecho de defensa en este campo del derecho.

(28) En este sentido, debo recordar que el CGAE en ejercicio del Derecho de Petición solicitó en el año 2006 ante el Gobierno de la Nación, el Congreso de los Diputados y Senado la ratificación de la mencionada Convención.



CONCLUSIONES

I. Conclusiones mesa de trabajo 1.ª Asilo y denegación de entrada.	
II. Conclusiones mesa de trabajo 2.ª Turnos de extranjería.	
III. Conclusiones mesa de trabajo 3.ª Derecho penal y extranjeros.	
IV. Conclusiones mesa de trabajo 4.ª Administración pública y extranjeros.	
V. Conclusiones mesa de trabajo 5.ª Derecho de familia y extranjeros.	
VI. Conclusiones mesa de trabajo 6.ª Derecho sancionador.	
VII. Conclusiones mesa de trabajo 7.ª Régimen comunitario.	
VIII. Conclusiones mesa de trabajo 8.ª Visados y régimen laboral.	

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

I. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 1.ª ASILO Y DENEGACIÓN DE ENTRADA**A) Asilo**

Exigir de la Administración:

- a) Mejora de la información de los materiales informativos sobre derecho de asilo.
- b) Incrementar información sobre derecho de asilo a quienes entran por puesto no habilitado.
- c) Respeto a la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto a: alegaciones/prueba y exigencia de motivación e individualización.
- d) Mayor transparencia de los criterios de resolución.
- e) Aprovechar la transposición de Directivas UE con el fin incorporar **expresamente** en el concepto de asilo figuras como el agente perseguidor no estatal o incremento de los motivos de persecución.

B) Protección internacional

- a) Mayor uso de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos para reclamar en supuestos de vulneración de derechos y garantías de los solicitantes de asilo reales o potenciales.

C) Denegación de entrada

- a) Exhortar a las representaciones diplomáticas españolas en los países de origen a ofrecer una información adecuada y completa sobre requisitos de entrada.
- b) Exigir al Estado una regulación expresa sobre el procedimiento de denegación de entrada o al menos respetar las garantías y trámites establecidos en la Ley 30/1992, incluyendo una motivación real en las resoluciones de denegación de entrada.

D) Género

- a) Exhortar al Estado a incluir en los materiales informativos sobre el derecho de asilo una referencia expresa a la perspectiva de género.
- b) Adopción de protocolos de actuación para los profesionales que atienden al colectivo de solicitantes de asilo, incluyendo la perspectiva de género, especialmente para víctimas de agresiones sexuales y/o *shock* postraumático.
- c) Incorporar a la formación de los letrados especializados la perspectiva de género.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

d) En el procedimiento de asilo:

- Solicitudes con entidad propia.
- Concepto de refugiado ampliando los términos de las causas de persecución/agentes no estatales/grupo social, también desde la perspectiva de género.

II. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 2.ª TURNOS DE EXTRANJERÍA

A) Protocolos de actuación

Instar al CGAE para que formalice el seguimiento de la asunción por los diferentes Colegios de Abogados de los Protocolos de actuación en materia de extranjería aprobados en el XIV Encuentro de Abogados de Derecho de Extranjería y asumidos por la III Jornadas de Asistencia Jurídica Gratuita. A tal fin se interesa la actuación de la Comisión Permanente del Consejo para recomendar a los Decanos sobre la necesidad de implementación de estos Protocolos y traslado al CGAE de las dificultades que plantean la asunción de los mismos.

B) Radiografía colegial

Se propone que por la Subcomisión de Extranjería del CGAE se recojan los avances que en esta materia se hayan producido en los diferentes Colegios, a fin y efecto de poder tener una radiografía completa sobre la situación actual y los problemas concretos y poder realizar la propuesta de realizaciones de los diferentes Colegios a la Conferencia Anual de la Abogacía.

C) Protocolos de asilo

Se considera necesario la elaboración de un Protocolo sobre la materia de asilo y protección internacional que recoja un protocolo de relaciones con la DG de Política Interior y ONGs legitimadas para intervenir en estas materias. Se asume la Conclusión alcanzada en las III JAG en el sentido de:

“Los asistentes a las III Jornadas de Asistencia Jurídica Gratuita manifiestan la firme e irrenunciable voluntad de la abogacía institucional de continuar la tradición histórica de participación en el servicio público de la Justicia a través de la Asistencia Jurídica Gratuita en sus diferentes turnos de oficio, así como de los servicios complementarios de orientación jurídica de los Colegios y tramitación de expedientes para la ulterior concesión o denegación del beneficio al solicitante.”

D) Formación y otros Turnos

Dada la transversalidad de la extranjería, que afecta siempre a todos los casos en que hay un elemento extranjero, se reitera la necesidad para que desde los Colegios de Abogados se procure una formación mínima en materia de extranjería en todos los Turnos de Oficio, especialmente: Penal, Familia, Violencia de género y doméstica, Penitenciario y Laboral.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo**II****E) Formación y pasantía**

Se insiste en la necesidad de que los cursos de Formación especializada que se imparten desde los Colegios tengan un contenido eminentemente práctico. Se valorará muy positivamente la canalización, a través de estos cursos, de pasantías en despachos especializados en la materia y en los propios Turnos y Servicios de Extranjería colegiales.

F) Homogeneización administrativa

a) Se menciona expresamente como recomendación la de instar a través de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, la necesaria homogeneización de la actuación de la Administración.

b) Se requerirá a la Administración para que cumpla el compromiso de facilitar al CGAE las instrucciones vigentes en materia de extranjería, así como alcanzar un Protocolo de actuación y relaciones con la Administración.

G) Cooperación y auxilio colegial

En relación a la frecuencia con la que se producen en un mismo asunto la intervención de letrados de diferentes sedes colegiales se impulsará desde el CGAE el Protocolo de cooperación intercolegial y especialmente el relativo al auxilio colegial.

H) Representación

a) Respecto a la falta de reconocimiento por parte de algunos Juzgados de lo contencioso-administrativo de la plena potestad de postulación del letrado designado de Oficio se acuerda trasladar al CGPJ esta disparidad de criterios que provoca una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado constitucionalmente.

b) Se insiste en la necesidad de que ya en la fase administrativa se haga constar la capacidad del letrado para ostentar la representación legal (notificaciones e interposición de recursos). Por la Subcomisión de Extranjería se trabajará en la elaboración de criterios orientativos de sostenibilidad.

I) Normalidad administrativa

Insistir y promover una modificación de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 14/2003, en cuanto al tema de la representación administrativa y obstáculos para la vuelta a la normalidad administrativa. Se hace valer la importancia del letrado en la conformación del derecho judicial de extranjería.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

J) Encuentros organizativos

Se propone la convocatoria de reuniones periódicas por la Subcomisión de Extranjería del CGAE de los responsables de los Turnos de Extranjería de los distintos Colegios para abordar más extensamente las materias y problemáticas.

III. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 3.ª DERECHO PENAL Y EXTRANJEROS

A) La sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión

a) No es automática, ha de valorarse no sólo la naturaleza del delito, sino que hay que hacer un juicio de valor expreso acerca de las circunstancias particulares.

b) Es imprescindible el trámite de audiencia al acusado. No puede convalidarse con la declaración como imputado según el Tribunal Constitucional. Se plantea la necesidad, aunque la ley no lo hace expresamente, de dar audiencia al letrado del interesado.

c) Debe dictarse en sentencia.

d) Si la expulsión no se puede materializar al tener que cumplir la condena íntegra ésta sería susceptible de suspensión (Auto del TC de 4 de abril de 2006).

e) En sentencias de conformidad se exigen los mismos requisitos legales y jurisprudenciales para la sustitución por expulsión.

B) La autorización judicial de salida: artículo 57.7.B)

a) Naturaleza de la misma (provisional o definitiva).

b) Sobreseimiento del procedimiento penal o continuación.

C) El extranjero como víctima del delito

a) Se admite la aplicación extensiva de delito.

b) Competencia de la Secretaría de Estado para la Seguridad.

c) Posibilidad de revocación si el extranjero cesa de colaborar.

IV. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 4.ª ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EXTRANJEROS

A) Recursos

Dotar de más recursos humanos y materiales a las oficinas de extranjeros comenzando con la elaboración de planes de choques dirigidos a la eliminación de retrasos en las tramitaciones. Especialmente se deberá contemplar en los mismos la formación y especialización de los empleados públicos.

B) Coordinación

Exigir que se fomente la coordinación real y efectiva entre las distintas administraciones públicas, así como con ONGs y agentes sociales.

C) Inserción social

Es necesario impulsar la adecuación a la Ley de Extranjería vigente de todas aquellas normas estatales o autonómicas que impidan materialmente la consecución del objetivo esencial de aquélla: la inserción social de los extranjeros en España. Por ejemplo, removiendo los obstáculos legales actualmente vigentes que impiden el acceso de los inmigrantes en situación irregular a cursos de formación profesional ocupacional.

D) Publicidad

Exigir al gobierno la inmediata publicación en el BOE de todas aquellas Instrucciones y Circulares que en lo sucesivo se dicten en materia de extranjería en aras de la necesaria seguridad jurídica. Así mismo exigimos el inmediato desarrollo normativo de todos aquellos aspectos pendientes tal y como promete el reglamento de extranjería.

E) Padrón

Promover las necesarias modificaciones legales que garanticen la no utilización de los datos registrados sobre el padrón o sanitarios en perjuicio de los extranjeros.

F) No arbitrariedad

Revisar las actuaciones de la Administración pública en el exterior (consulados y embajadas) para acabar con la arbitrariedad.

G) Evitar demoras

Instar al gobierno a que arbitre las medidas adecuadas para que se resuelvan los intolerables retrasos que se sufren en los trámites contencioso-administrativos.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

H) Interpretación

Instar a la Administración para que interprete conforme a la ley los supuestos de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales que en ella se contienen: arraigo, razones humanitarias y colaboración con la justicia, no limitándolos a la restrictiva interpretación que realiza el reglamento de los mismos.

I) Vivienda

Suprimir la posibilidad de acudir al notario para realizar los informes sobre habitabilidad de vivienda, a los efectos de solicitudes de reagrupación familiar debiendo ser realizados por las corporaciones locales dotándolas de medios y exigiendo que se emitan en un corto plazo de tiempo.

J) Puestos no habilitados

Dar una respuesta adecuada a las personas que entran por puestos no habilitados y que no llegan a ser expulsados dotándolos, siempre que sea necesario, de las exigibles cédulas de inscripción. Todo ello no quedando únicamente como es en la práctica, en una atención de urgencia, sino posibilitando la futura integración e inclusión social de estas personas.

V. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 5.^a DERECHO DE FAMILIA Y EXTRANJEROS

A) Seguimiento XV encuentro

- a) Denunciar la ilegalidad del artículo 94.2 RD.
- b) Denunciar las faltas de garantías de cumplimiento de artículo 8 CEDH.
- c) Denunciar la disparidad de criterios en la tramitación de procedimientos de RF.
- d) Instamos el desarrollo de las OM a las que se remite el RD 2393/2004.

B) Menores no acompañados

Se constata la necesidad de la preceptividad de la asistencia letrada a los menores no acompañados al entender que la efectividad de los derechos de éstos no se encuentra suficientemente amparada ni por la administración encargada de su tutela ni por el Ministerio Fiscal. Los casos conocidos en las CCAA de Madrid y Cataluña revelan situaciones alarmantes que no deben repetirse: rechazo absoluto a las expulsiones de menores bajo la forma de repatriaciones.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

C) Menores acompañados

Que se retrotraigan los efectos de la residencia regular del menor extranjero nacido en España, hijo de residentes legales, al momento de nacimiento.

No nacidos en España en situación irregular: exigibilidad de regularización inmediata y consecuente con la regularización de alguno de los progenitores.

D) Menores españoles hijos de padres no residentes regulares

Necesidad mínima de la inclusión en el “listado” reglamentario para la obtención de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (artículo 45). Posibilidades reales de obtención de residencia permanente o comunitaria a partir de la Sentencia Chen (TJCE de 19 de octubre de 2005) y de la STSJPV de 10 de marzo de 2006.

E) Reagrupación familiar

Se hace necesaria la desconcentración en la competencia territorial a la hora de instarse recursos contra la denegación de visados por reagrupación familiar por parte de los Consulados.

Arbitrar los mecanismos para acabar con la duplicidad de procedimientos (ante la oficina de extranjeros, primero, y ante las oficinas consulares, después) en los procedimientos de reagrupación familiar.

F) Kafala

Que se le dé a la institución de protección de menores de derecho islámico, kafala, el reconocimiento debido a una figura recogida en la Convención Internacional de Derechos del Niño.

G) Situación en Consulados

Se vuelve a constatar la existencia de diversidad de criterios en los Consulados en la concesión de visado, en especial en casos de ascendientes y relaciones afectivas similares al matrimonio.

VI. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 6.ª DERECHO SANCIONADOR

Primera

El Tribunal Supremo ha dado la razón a los colegios de abogados en la tesis mantenida en los anteriores encuentros de abogacía sobre derecho de extranjería, en cuanto a que la estancia irregular conlleva a una sanción que ha de someterse necesariamente al principio de proporcionalidad, siendo la multa prioritaria respecto de la sanción de expulsión.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

Segunda

Lo anterior nos lleva a los siguientes puntos de inflexión:

- a) Acatamiento por parte del gobierno de esta doctrina.
- b) Su aplicación inmediata en todos los órdenes, tanto jurisprudenciales, administrativos como judiciales.
- c) Relegar el procedimiento preferente y la consecuencia de ejecución inmediata a casos excepcionales y con la exigencia de la fundamentación debida

Tercera

Se hacen necesarios la observancia y el sometimiento, por parte de la autoridad policial, al principio de buena fe en la aplicación de la normativa extranjera, atendiendo a las prácticas reiteradas de abuso de derecho que se vienen produciendo en perjuicio del colectivo inmigrante, concretamente polizones, devoluciones y ejecuciones de expulsión, por la aplicación sistemática de estrategias que quebrantan el derecho a la defensa.

Cuarta

Hacemos un llamamiento a todos los operadores jurídicos a que profundicen en la formación relativa al derecho de extranjería, en aras de garantizar la efectividad y el cumplimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Quinta

Reclamamos la ampliación y mejora de medidas cautelares, tanto negativas como positivas, encaminadas a la realidad fáctica del derecho a la tutela judicial efectiva.

VII. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 7.ª RÉGIMEN COMUNITARIO

A) Directiva 2004/38 CE

– Consideramos como necesidad imperiosa el desarrollar en nuestro ordenamiento la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 que ha de implicar bien la modificación del RD 178/2003, bien la promulgación de una nueva norma, a fin de:

1. Solventar los defectos teóricos y prácticos del RD 178/2003.
2. Actualizar el contenido de éste, en particular, en materia de reagrupación familiar: las parejas de hecho y los matrimonios polígamos [artículo 17.1.a) LEx].
3. Incorporar la más reciente y moderna jurisprudencia del TJCE en la materia.

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

B) Colaboración

Aconsejamos tratar de inculcar en los poderes públicos, en particular en los funcionarios y empleados de las oficinas de extranjeros y de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, el espíritu de interpretación de la normativa de Derecho comunitario de extranjería a favor del inmigrante y en pro del interés de la familia que protegen distintos instrumentos internacionales.

C) Rumanía y Bulgaria

a) Recomendamos valorar la oportunidad de las expulsiones por razones meramente administrativas, de ciudadanos rumanos y búlgaros a la luz del inminente ingreso de estos países en la UE (enero 2007).

b) Aconsejamos reflexionar sobre la oportunidad de establecer un período transitorio a partir del 1 de enero de 2007 de restricción al mercado de trabajo de rumanos y búlgaros a la vista de la experiencia del período transitorio habido por los nuevos países comunitarios ingresados el 1 de mayo de 2004 y del informe de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea.

D) Reagrupaciones

Aconsejamos la revisión de los criterios exigidos por la Administración en las reagrupaciones de cónyuges, descendientes y, en particular, ascendientes que no aparecen justificados ni expresamente previstos en el Derecho comunitario y con los cuales se obstaculiza el derecho a la libre circulación y a la libre residencia reconocidos por el Tratado CE (edad mínima de 65 años o justificación de la razón por la que procede la reagrupación).

E) Ascendientes de menores

a) Recomendamos dar cobertura a situaciones no amparadas expresamente por el RD 178/2003 ni por la LEx respecto a los ascendientes de comunitarios menores de edad, teniendo en cuenta que el no documentar a los ascendientes puede vaciar de contenido el derecho de residencia del precitado ciudadano comunitario.

b) Aconsejamos se valore la modificación del ordenamiento jurídico para otorgar autorización de trabajo y residencia a los ascendientes de menores de nacionalidad española para hacer efectivo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del CC.

F) Visados

a) Aconsejamos que el Ministerio de Asuntos Exteriores considere la oportunidad de publicar las Instrucciones dadas a los Consulados en cuanto a los visados de residencia por Reagrupación Familiar de familiares de españoles y de comunitarios, en orden a otorgar contenido entre otros

Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

II

a los términos “vivir a expensas” y “acreditar fehacientemente la dependencia económica”.

b) Insistimos en la necesidad de motivación de las denegaciones de visado, en cumplimiento de la legislación vigente.

G) TEDH

a) Recomendamos que, si bien no es necesaria la asistencia de un Letrado para dirigir una demanda al Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se valore el aconsejar por el Tribunal dicha asistencia profesional cualificada.

b) Reconocemos el encomiable esfuerzo realizado para la traducción al castellano de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y recomendamos valorar la oportunidad de destinar mayores medios para que dichas Sentencias sean conocidas en nuestro idioma no sólo por los profesionales del Derecho, sino también por cualquier ciudadano.

VIII. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 8.ª VISADOS Y RÉGIMEN LABORAL

1. De las oficinas de extranjeros/Subdelegaciones del Gobierno en los trámites administrativos:

- Solicitudes iniciales: copia del pasaporte completo o sólo página de identificación.
- Citas previas. Respeto del catálogo más favorable.
- Renovaciones de autorizaciones de normalización: supuestos de cotización en otra actividad o provincia. Exigencia de flexibilidad ante descoordinación con las Oficinas de la Seguridad Social.
- Concretar y definir ocupación autorizada: empleada de hogar/doncella.

2. De los Consulados. Exigir elaboración de criterios uniformes y objetivos para los visados: (por países).

- Reagrupación familiar : dependencia económica, edad, conveniencia.
- Estancia.
- Trabajo y Residencia. (potestad revisora?)
- Contenido entrevista. Conocimiento del idioma.
- Legalización de documentos.

3. Exigir trato digno a profesionales y administrados en las representaciones diplomáticas.

4. Canalizar a través del Ministerio de Asuntos Exteriores (Departamento de Visados) por ESCRITO todas las quejas sobre la tramitación de visados ante Consulados, irregularidades del funcionamiento de los Consulados , etc.

17 encuentro abogacía sobre derecho de extranjería y asilo

Pamplona, 17 al 19 de mayo de 2007



CONSEJO GENERAL DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA
Subcomisión de Extranjería



M.I. COLEGIO DE
ABOGADOS DE PAMPLONA
ABOKATUEN ELKARGO T. ARG.
PAMPLONA - IRUÑA



**Gobierno
de Navarra**



DESTINADO A RESPONSABLES DE EXTRANJERÍA, ABOGADOS Y
JURISTAS ESPECIALISTAS EN LA MATERIA DE EXTRANJERÍA Y ASILO

Programa del 17 Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

III

17
jueves

09.00 h.: Entrega de documentación y acreditaciones.

09.30 h.: Apertura del 17 Congreso.

Excmo. Sra. D.ª Consuelo Rumi Ibáñez. Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.

Excmo. Sr. D. Javier Caballero Martínez. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra.

Excmo. Sr. D. Juan Manuel Fernández Martínez. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza. Decano del M.I. Colegio de Abogados de Pamplona.

10.00 h.: **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PROCESO DE NORMALIZACIÓN,
RENOVACIONES Y PROCESO SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.**

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja.

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Coloquio.

PRESIDENTE DE MESA: Ilmo. Sr. D. Joaquín M.ª Miqueleiz Bronte.

Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

RELATORA: D.ª Idoia Zulet Gale. Abogada del M.I. Colegio de Abogados de Pamplona.

11.30 h.: Pausa café.

12.00 h.: **RELACIONES ESTRUCTURALES NACIONALIDAD-LIBRE CIRCULACIÓN
DE NACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA: FÓRMULAS DE EXCLUSIÓN
DE LA NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA.**

D.ª Aurelia Álvarez Rodríguez.

Doctora en Derecho. Profesora Titular del Departamento de
Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.

Coloquio.

PRESIDENTE DE MESA: D.ª M.ª Jesús Vicente Goicochea.

Coordinadora de la Oficina de Atención a la Inmigración del Gobierno de Navarra.

RELATOR: D. Marcelo Belgrano Ledesma. Abogado del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid.

14.00 h.: Comida.

16.00 h.: **DILEMAS ACTUALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE
DEFENSA EN EL ÁMBITO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.**

D. Pascual Aguelo Navarro.

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

D. Julen Fernández Conte. Delegado. Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española.

Coloquio.

PRESIDENTE DE MESA: Ilmo. Sr. D. Joaquín Galve Sauras.

Magistrado-Juez del Decanato de los Juzgados de Pamplona.

19.30 h.: Recepción en el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona.

20.15 h.: Degustación de pinchos en el "Café Iruña".

Programa del 17 Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

III

18
viernes10.00 h.: **EL DERECHO DE EXTRANJERÍA:
UNA INTERPRETACIÓN EN CLAVE DOGMÁTICO-CONSTITUCIONAL.****D.ª Juana Goizueta Bertiz.**

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco.

**ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA EL RECURSO DE AMPARO
CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.****Ilmo. Sr. D. Ignacio de la Cueva Aleu.**

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Letrado del Tribunal Constitucional Adscrito al Vicepresidente desde 1999.

Coloquio.**PRESIDENTE DE MESA: Excmo. Sr. D. Ángel J. Gómez Montoro.**

Catedrático de Derecho Constitucional. Rector de la Universidad de Navarra.

RELATORA: D.ª Blanca Ramos Aránez. Abogada del M.I. Colegio de Abogados de Pamplona.

11.30 h.: Pausa café.

12.00 h.: **EL EXTRANJERO EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL.****D. Julián García García.**

Doctor en Derecho. Psicólogo. Jefe de Área de Colectivos Especiales en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de Madrid.

Coloquio.**PRESIDENTE DE MESA: D.ª Soledad Barber Burusco.**

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad Pública de Navarra.

RELATORA: D.ª Lourdes Etxeberria Zudaire. Abogada del M.I. Colegio de Abogados de Pamplona.

14.00 h.: Comida.

16.00 h.: **EXTRANJERÍA Y EL ART 17 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA:
HABEAS CORPUS E INTERNAMIENTOS.****Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Arévalo.** Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla.**Coloquio.****PRESIDENTE DE MESA: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Cuesta.**

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

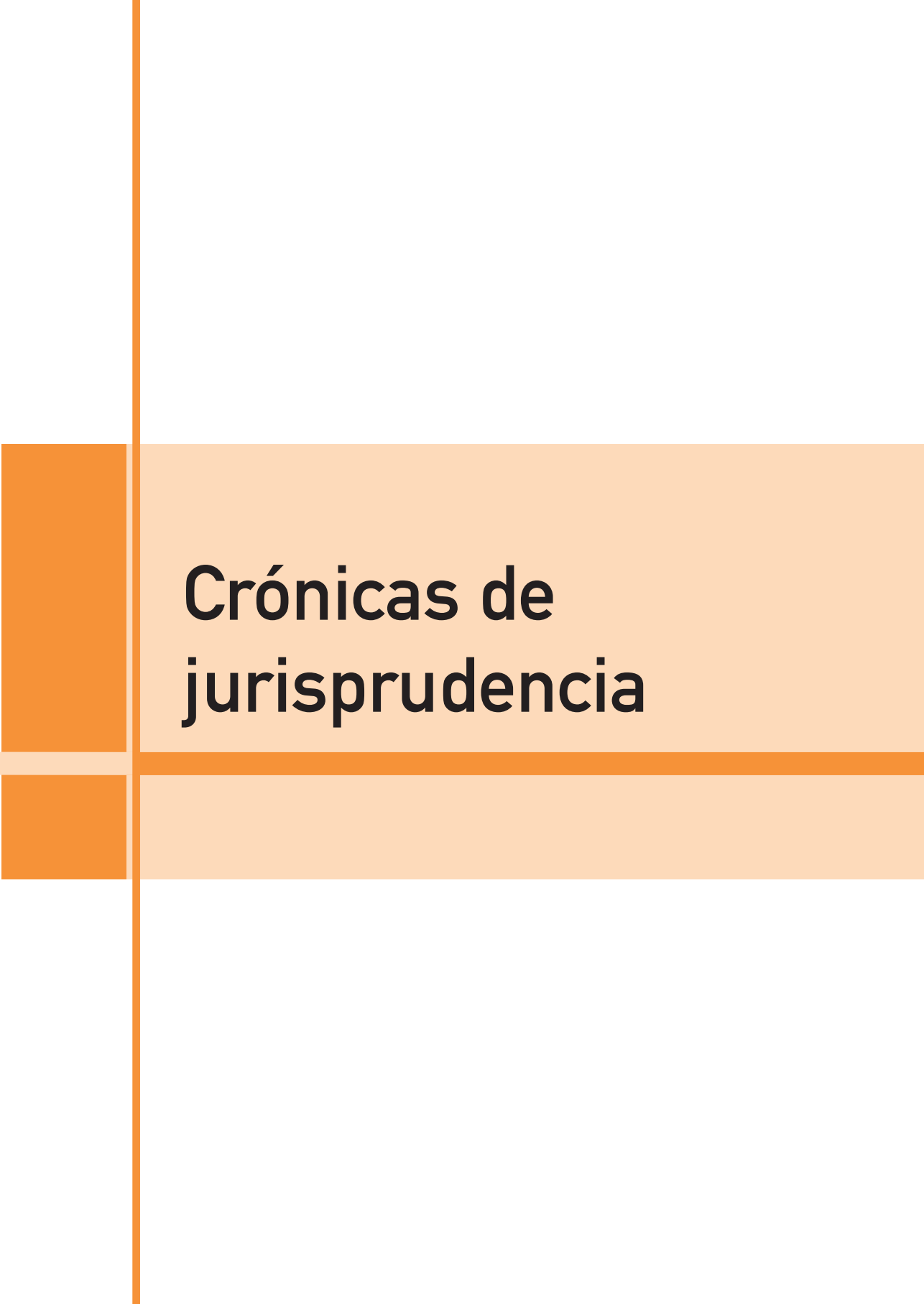
RELATOR: D. José Luis Rodríguez Candela. Abogado del Iltr. Colegio de Abogados de Málaga.19.00 h.: **Acto de clausura.****Excmo. Sra. D.ª María Isabel García Malo.**

Consejera de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra.

Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez. Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.**Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza.** Decano del M.I. Colegio de Abogados de Pamplona.

21.00 h.: Cena de clausura.

19
sábado10.00 h.: **Conclusiones.** Sede de la Caja de Ahorros de Navarra. Avda. del Ejército, s/n.

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

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 8941/2003.

Ponente: Don José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo: Cuba.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La solicitud no se basa en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección.

“La parte recurrente expone que la resolución enjuiciada por la sentencia de instancia «es de inadmisión a trámite por lo que la revisión jurisdiccional debe pronunciarse en el sentido de si la Administración valoró adecuadamente las iniciales alegaciones del recurrente como infundadas o improcedentes». Añade que existe un relato pormenorizado donde se concretan los motivos de la solicitud de asilo, cuya probanza debería efectuarse una vez admitida a trámite la solicitud, e insiste en que «la situación descrita produce en el solicitante de asilo un temor fundado y lógico (...) y por ello merecedora, en el caso de acreditarse tales hechos en el correspondiente expediente, del reconocimiento de la situación de refugiado».

Para la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo se requiere que la causa de inadmisión concorra de forma manifiesta. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que exigen para que la Oficina de Asilo y Refugio pueda proponer la inadmisión a

trámite en el procedimiento ordinario, o para que pueda ser aplicado el procedimiento de inadmisión a trámite en frontera, que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 6 del artículo 5 de la Ley lo sea de modo manifiesto (el primero de dichos preceptos), o de forma manifiesta y terminante (el segundo de ellos).

Pues bien, en el caso ahora examinado no concurre este carácter manifiesto a que acabamos de hacer referencia, por lo que la decisión de inadmitir a trámite la solicitud de asilo no fue correcta.

En efecto, si incorporamos a las presentes actuaciones casacionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción, el relato íntegro del interesado, expuesto en la petición de reexamen (obrante en el expediente, pero no recogido por la sentencia de instancia), podemos constatar que aquél refirió que a raíz de haber abandonado el Partido Comunista y manifestar su desacuerdo hacia el mismo, comenzó a sufrir un hostigamiento constante que repercutió sobre su familia, y que le ha llevado a un postergamiento laboral e incluso a la indigencia.

Este relato describe unos hechos que revisten, en principio, los caracteres de una persecución protegible, aunque luego, una vez tramitado el expediente administrativo, acaso los hechos expuestos se revelen inciertos o insuficientes, con la consiguiente denegación del asilo; pero a efectos de la mera admisión a trámite de una solicitud de asilo, basta, por lo que se refiere a los requisitos de fondo, que se describa una persecución [artículo 5.6.b)] y que la solicitud no se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamenten una necesidad de protección [artículo 5.6.d)]; sin que al

Asilo

tiempo de la admisión a trámite de la solicitud sean exigibles pruebas de los hechos aducidos, según reiterada doctrina jurisprudencial que ha declarado una y otra vez que es sólo una vez admitida a trámite la petición de asilo, y durante la tramitación del procedimiento, cuando se han de comprobar aquellos extremos, en cumplimiento del deber que pesa sobre el interesado de aportar indicios acreditativos de la persecución alegada.

En consecuencia, procede, declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso contencioso-administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho del actor a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 6431/2003.

Ponente: Don José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo: cubana. Reexamen.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. El relato de la solicitante, desarrollado con mayor amplitud al pedir el reexamen de la inicial resolución de inadmisión a trámite de su petición, refiere unos hechos que no dejan de ser concretos, narrando una persecución personal mantenida en el tiempo contra él y su familia, que se ha proyectado o repercutido sobre toda la familia.

“En su solicitud presentada el 13 de septiembre de 2001 la demandante invoca como motivos en los que fundamenta su petición de asilo que salió de su país para reunirse con su marido, mejorar la calidad de vida y tener un futuro.

En su solicitud de reexamen añade que en ocasiones tuvo problemas con la policía, que la empezó a hostigar. La amenazaron sin motivo alguno y la han llegado a multar también sin motivo. La empezaron a ver como contrarrevolucionaria. Solicita alternativamente el derecho a entrar en España por razones humanitarias.

El representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha informado en sentido no discrepante con la propuesta de inadmisión a trámite de la Oficina de Asilo y Refugio.

(...)

La demandante invoca en su solicitud, exclusivamente, y tal y como se recoge en el primer fundamento, sus problemas socioeconómicos en su país de origen. En la petición de reexamen aporta algunos datos más, pero sin describir una persecución personal e individualizada frente a ella y por los motivos derivados de la Convención de Ginebra que se han puesto de manifiesto.

(...)

En el mismo sentido, y respecto de la solicitud de asilo presentada por su marido (don Carlos Daniel), ha sido dictada sentencia desestimatoria, y por ende confirmatoria de la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, con fecha de 31 de octubre de 2002 por la Sección 3.^a de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo en recurso número 698/2001.

Así pues, ha de ser desestimado el presente recurso interpuesto contra la desestimación de la petición de reexamen deducida contra la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo de la recurrente. Desestimación que igualmente procede respecto de la pretensión subsidiaria de permanencia en España por razones humanitarias que asimismo se ejercita por ella, dado que no concurren en el caso las «circunstancias personales del solicitante de suficiente entidad cualitativa para estimar su pretensión por causas humanitarias», requeridas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo para apreciar las mismas.

Contra esa sentencia ha interpuesto la representación de doña Elena recurso de casación, en el cual

Asilo

esgrime un único motivo de impugnación, articulado al amparo del artículo 88.1, apartado d), de la Ley de la Jurisdicción, denunciando la vulneración del artículo 5.6.b) en relación con el artículo 8, ambos de la Ley de Asilo 5/1984, modificada por la Ley 9/1994.

La parte recurrente expone que ha sufrido una persecución personal en su país de origen por no estar de acuerdo con la política de Fidel Castro, máxime tras abandonar su marido Cuba y solicitar asilo político en España.

Estimaremos el motivo de casación.

La recurrente manifiesta como motivo de su petición el hostigamiento que sufría en Cuba por causa de la huida de su marido, quien solicitó asilo en España. Pues bien, en sentencia de esta Sala y Sección de 26 de mayo de 2006 (rec. n.º 145/2003), hemos estimado el recurso de casación interpuesto por el esposo de la actora, don Carlos Daniel, reconociendo su derecho a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite, al apreciar (FJ 5.º), que «el relato del solicitante, desarrollado con mayor amplitud al pedir el reexamen de la inicial resolución de inadmisión a trámite de su petición, refiere unos hechos que no dejan de ser concretos, narrando una persecución personal mantenida en el tiempo contra él y su familia, que se ha proyectado o repercutido sobre toda la familia».

Consiguientemente, a la vista de esta sentencia, es claro que no cabe sino adoptar el mismo criterio respecto de la solicitud de asilo de la ahora recurrente, al estar al fin y al cabo vinculada su petición de asilo a la de su marido.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 9301/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Nigeria.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente quien al solicitar el asilo, invocó una persecución por razones étnicas con grave proyección o repercusión personal contra ella misma.

“Al formular su solicitud de asilo, la interesada alegó que:

«en mi país existen muchos conflictos étnicos y políticos. Yo soy Edo y con frecuencia somos amenazados y matados por miembros de la etnia Yoruba, que es la que actualmente está en el Gobierno. Yo me dedico a la venta ambulante y frecuentemente nos quitan la mercancía y nos pegan y no podemos quejarnos. Lo que hizo que yo no aguante más fue lo que me ocurrió a finales del mes de septiembre, cuando salía temprano a vender me estaban esperando un grupo de hombres, me pegaron, me violaron y se llevaron toda mi mercancía, por lo que desde entonces tengo miedo de salir a la calle y de hablar con nadie, ya que han prometido matarme. Gracias a que me ayudaron pude salir de mi país al que no quiero volver. Eso es un infierno. Tengo miedo por mi vida.»

(...).

La resolución administrativa impugnada en la instancia centró precisamente su decisión en este concreto aspecto, al reprochar a la solicitante que hubiera invocado una persecución por parte de agentes distintos de los estatales, sin constar la pasividad o impotencia de las autoridades de su país para otorgarle protección. Siendo, pues, ésta la razón determinante de la inadmisión a trámite, la sentencia de instancia debería haberse centrado únicamente en esa concreta cuestión.

He aquí, sin embargo, que la sentencia de instancia, excediendo el ámbito legítimo de su análisis, añade como motivo de desestimación del recurso la falta de aportación por parte de la solicitante de pruebas de su relato, cuando esa aportación de pruebas era

Asilo

innecesaria por hallarnos en fase de admisión a trámite de la solicitud de asilo y no de su concesión o denegación.

Ceñido, ahora, el juicio revisor exclusivamente a la única causa de inadmisión contemplada en la resolución administrativa impugnada, desde la perspectiva de análisis correcta, que es la que hemos expuesto, lo cierto es que la interesada, al solicitar asilo, además de invocar una persecución por razones étnicas, con grave proyección o repercusión personal contra ella misma, adujo expresamente que la agresión sufrida había sido llevada a cabo por miembros de la etnia rival, que, decía, es la que ocupa el Gobierno de la nación, y más aun, añadió que no podía quejarse porque las quejas no servían para nada; circunstancia esta, la relativa a que la etnia rival yoruba ocupaba el gobierno al tiempo de los hechos, ha de considerarse probada integrando los hechos que la sentencia da por probados, usando este Alto Tribunal las potestades del artículo 88.3 de la Ley de esta Jurisdicción, por cuanto consta documentalmente en el relato de la solicitud unida al expediente, refiriendo de este modo un contexto de inactividad de las autoridades de su país frente a la violencia étnica expuesta. Carece, por tanto, de fundamento la razón esgrimida por la Administración, y por la propia Sala de instancia, para acordar y confirmar la inadmisión a trámite.

En consecuencia, tanto la Administración como la Sala de instancia aplicaron indebidamente el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984 y procede, por lo tanto, declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso contencioso-administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho de la parte actora a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 8558/2003.

Ponente: Don Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo: ciudadanos de Colombia.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes. Nos hallamos ante un relato coherente y ordenado, en el que se expone con precisión una persecución contra los solicitantes por causa de su condición de empresarios residentes en una zona asolada por la actividad de los grupos terroristas.

“Los solicitantes relatan que son comerciantes. D. Juan María es propietario de un establecimiento dedicado a cajas para pizzas y D.^a Catalina es propietaria de un almacén de víveres y grano. Debido a sus actividades comerciales, tenían que desplazarse a las veredas y poblaciones vecinas del Departamento del Cauca para distribuir las mercancías. Dicha zona se encuentra en la zona de operaciones de la guerrilla y la contraguerrilla, cuyas actividades afectan a la población civil. Como consecuencia de dichos desplazamientos han sido abordados por miembros del ELN y requeridos coactivamente para colaborar económicamente e incluso a dar cobertura en alguna ocasión a algún miembro de dicho grupo. Abonaron en determinadas ocasiones varias sumas de dinero y albergaron en su casa a miembros del ELN, bajo amenazas. Ante dicha situación, decidieron marcharse de su casa y fueron a la de la madre de él, en Popayán. Dejaron a un señor encargado de su casa y éste les contó que esta gente volvió a buscarles e intentaban localizar su paradero. Por ello decidieron salir del país.

Hemos de partir de la base de que la Administración ha mostrado en este asunto una criticable desidia, pues habiendo formulado los solicitantes su petición de asilo el día 6 de agosto de 2001, el día 7 de agosto siguiente informó el ACNUR en sentido favorable a la admisión a trámite de la solicitud, y así se acordó con fecha 8 de agosto de 2001. Pues bien, el día siguiente, 9 de agosto, se dio trámite de audiencia a los interesados a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones pertinentes, y el mismo día éstos comparecieron para presentar documentación en apoyo de su petición, resultan-

Asilo

do que desde entonces la Administración no llevó a cabo trámite alguno. Posteriormente, con fecha 6 de agosto de 2002, los solicitantes presentaron un escrito de ampliación de alegaciones y aportación de nuevos documentos, pero la Administración persistió en su total inactividad, hasta que aquéllos se vieron obligados a interponer el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud.

Este dato es relevante porque frente a la coherencia y detalle del relato de los actores, respaldado por abundante documentación, no consta ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración en su contra. No lo hay en vía administrativa porque no consta en el expediente ningún informe que valore su solicitud, y tampoco lo hay en el recurso contencioso-administrativo, porque la contestación a la demanda es un mero formulario sin referencia circunstanciada alguna al caso examinado, y el escrito de oposición al recurso de casación es otro formulario igual a muchos otros presentados por la Abogacía del Estado ante esta Sala, que tampoco contiene referencias específicas a este caso.

Así las cosas, nos hallamos ante un relato coherente y ordenado, en el que se expone con precisión una persecución contra los solicitantes por causa de su condición de empresarios residentes en una zona asolada por la actividad de los grupos terroristas. Este relato viene acompañado por documentos que acreditan la situación de inestabilidad de la zona y la desprotección de sus habitantes frente a los terroristas. También aportaron copias de denuncias presentadas ante las Autoridades colombianas por causa de las amenazas recibidas por parte de esos grupos terroristas. Valorados conjuntamente todos estos documentos (cuya autenticidad y vigor probatorio no ha sido negada ni discutida por la Administración), hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son «indicios suficien-

tes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que los interesados cumplen los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma.

Razón por la cual procede dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada y, entrando a resolver la cuestión debatida [artículo 95.2.d) de la Ley 29/98], estimar el recurso contencioso administrativo y reconocer al recurrente el derecho de asilo en España.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Apelación: 207/2006.

Ponente: Doña M.^a Lourdes Sanz Calvo.

Voz: Asilo: nacional de Colombia.

Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por el recurrente. No resultando *prima facie* de lo actuado en el expediente administrativo, inverosímiles los hechos narrados sin perjuicio de lo que con posterioridad y en procedimiento se pueda acreditar sobre su certeza, se estima procedente el derecho del recurrente a la admisión a trámite de su solicitud de asilo.

“El solicitante de asilo comienza relatando (...) que el 25 de octubre 2004 el 35 frente de las FARC asesinó a sus hermanos Lucas y Alfredo. Luego dice que se vio amenazado junto con su familia por las AUC, que le tildan de pertenecer a una u otra organización armada por su pertenencia o labor cívica, de la junta de acción vecinal de su vereda, Pájaro de Oro, que le llamaron por teléfono y le amenazaron con matarle si no desocupaba la vereda (...) que después recibió un panfleto de las AUC donde le acusaban de pertenecer a la guerrilla y el 10 de agosto de 2005 entraron por la noche unos encapuchados con prendas militares en su parcela de la vereda, asesinando a su perro cuando trató de detenerlos, él logró escapar siendo perseguido por el monte, denunció los hechos ante la Fiscalía...”

En la petición de reexamen, añade que todos esos hechos han sido puestos en conocimiento de la

Asilo

Embajada española y británica, constando en el expediente documentación al respecto (...).

Es decir, del citado relato se desprende que si bien el solicitante hace referencia a las muertes de sus hermanos a manos de las FARC, sin embargo las amenazas y hechos en los que fundamenta su solicitud de asilo los desvincula de dichas muertes y los conecta con su pertenencia a la junta de acción vecinal de su vereda, añadiendo que le tildan de pertenecer a una u otra organización, por lo que no resulta manifiestamente inverosímil que el solicitante diga que las AUC le amenazan y que las FARC han asesinado a sus hermanos.

No se trata, de un relato incoherente en la descripción de los hechos que motivan la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución.

En cuanto a las contradicciones que genéricamente se le imputan por la sentencia de instancia, obra al expediente una solicitud de protección al Ministerio del Interior del hoy apelante datada el 19 de agosto de 2005, en la que hace referencia a las amenazas sufridas y las vincula con su pertenencia a la acción comunal de la vereda Pájaro de Oro, amenazas que dice viene recibiendo por «sujetos que desconozco».

(...).

Es cierto que en dicho escrito se dice que desconoce los sujetos de quienes proceden las amenazas cuando según su relato se habían identificado como pertenecientes a las AUC, sin embargo dicha circunstancia no se considera suficiente como para calificar el relato como manifiestamente inverosímil a los efectos de su inadmisión a trámite al amparo de la circunstancia d) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, debiendo ante las dudas que puedan surgir, acordarse su admisión a trámite en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta.

Por otra parte, no puede obviarse que el solicitante se dirigió a las Embajadas española y británica en

Bogotá solicitud de asilo, lo que ha acreditado documentalmen- te.

No nos corresponde en este momento, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, valorar las pruebas o indicios sobre la certeza de los hechos alegados, lo que ha de efectuarse *a posteriori*, una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, por lo que tampoco son de recibo los argumentos de la sentencia de instancia sobre la falta de acreditación de la persecución alegada.

Por todo lo cual, no resultando *prima facie* de lo actuado en el expediente administrativo, inverosímiles los hechos narrados y sin perjuicio de lo que con posterioridad y en el procedimiento correspondiente se pueda acreditar sobre su certeza, se estima procedente declarar el derecho del recurrente a la admisión a trámite de su solicitud de asilo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 24 de enero de 2007.

Recurso de Apelación: 227/2006.

Ponente: Doña M.ª Lourdes Sanz Calvo.

Voz: Solicitud de asilo: Mali. Asistencia jurídica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Renuncia por el solicitante de asilo a su derecho a una asistencia jurídica gratuita.

“La sentencia de instancia confirma la resolución del Ministerio del Interior de fecha 13 de octubre de 2005, por la que se inadmite a trámite la solicitud para la concesión de asilo en España formulada por don Vicente, nacional de Mali, al concurrir la circunstancia establecida en la letra b) 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.

(...).

La parte apelante discrepa de dicha sentencia, solicita su revocación, la nulidad del acto recurrido

Asilo

y se ordene retrotraer las actuaciones al momento en que el que se produjo la falta aducida, debiendo ofrecerse al solicitante de asilo, asistencia jurídica de forma gratuita en la fase administrativa del procedimiento.

(...).

En el caso de autos, la diligencia de información de derechos obrante al folio 1.10 del expediente, dice textualmente en relación con la asistencia letrada:

«2. Asistencia de abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado español cuando se carezca de recursos económicos suficientes». «No».

Dicha diligencia ha sido suscrita por el solicitante y su intérprete, además de por el instructor y según consta se hizo entrega de copia de la misma al solicitante.

De su lectura se desprende con toda claridad que se le ofreció la asistencia de abogado gratuito, proporcionado por el Estado español, no de su elección y que el solicitante declinó hacer uso de dicho derecho.

El alegato del apelante, como vemos, parte de un presupuesto erróneo, como se ha constatado de la lectura y examen de la diligencia de información de derechos.

Ahora bien, vista la renuncia efectuada a la asistencia de letrado por el solicitante de asilo, la cuestión que se suscita es si dicha renuncia ampara la falta de asistencia de abogado al solicitante de asilo en vía administrativa, o a pesar de la misma tenía que haberse procedido a la designación para su asistencia al solicitante, al igual que sucede con el detenido o preso.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de noviembre de 2003, compara la situación que ahora se plantea con la del detenido o preso, señalando al

respecto que «Desde luego, según el artículo 520.2, apartado c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un derecho de cualquier persona detenida o presa, y que desarrolla el artículo 45, en sus apartados 2 y 3 del Real Decreto 658/2001, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, y la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, designar abogado y solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales. Derecho que si no es utilizado por el detenido o preso, se procederá a su designación de oficio; ahora bien, esta intervención letrada que *ex lege* es preceptiva y obligatoria, incluso contra la voluntad del denunciado o preso, en las actuaciones policiales y judiciales, pues, como nos recuerda el Tribunal Constitucional, un imputado, o simplemente el mero sospechoso, es también titular del derecho constitucional a la defensa y debe ser advertido de sus derechos y en particular de la posibilidad de hacerse asistir de letrado, antes de que se le tome declaración, en modo alguno es paragonable con el derecho a la asistencia de letrado que, el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, sobre regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado, parcialmente modificada por la Ley 9/1994, de 19 de diciembre, y los artículos 5.2 y 8.4 de su Reglamento ejecutivo, conceden a los extranjeros que encontrándose ya en el territorio español pretendan la formalización de su solicitud, ya que éstos pueden renunciar a la asistencia letrada una vez que hubieran sido informados o instruidos por la autoridad a la que se dirigieran de sus derechos y, en particular, del derecho de asistencia de abogado».

Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, no puede hablarse de vulneración de derecho fundamental a la asistencia de letrado, al haber renunciado el interesado expresamente a dicho derecho.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso interpuesto.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 24 de enero de 2007.

Recurso de Apelación: 258/2006.

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero.

Voz: Solicitud de asilo: medidas cautelares.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. La adopción de la medida cautelar exige determinar si la petición está basada en una situación real de peligro para la vida o integridad física del peticionario de asilo y en este caso el recurrente se limita a exponer la doctrina general aplicable en materia de medidas cautelares, sin especificar en qué consisten los temores fundados de un riesgo para su vida.

“(…) la adopción de la medida cautelar exige determinar si la petición está basada en una situación real de peligro para la vida o integridad física del peticionario de asilo, y en este caso, el recurrente se limita a exponer la doctrina general aplicable en materia de medidas cautelares, manifestando, asimismo, que existen temores fundados de un riesgo para su vida e integridad física, pero sin especificar en qué consisten los mismos ni las razones y contenido de la persecución que los motivaría.

Por tanto, esa falta de concreción impide realizar la necesaria ponderación de los intereses en conflicto y el juicio de relevancia sobre la situación personal del recurrente, a efectos de considerar que su interés personal de permanecer en España es prevalente sobre el interés general representado por el deber, legalmente impuesto, de abandonarlo, pues, sin perjuicio de la doctrina citada por la parte apelante, es también criterio jurisprudencial consolidado el que mantiene (STS de 20 de julio de 2002, entre otras) que «la suspensión cautelar de ese deber en las inadmisiones a trámite o denegaciones de asilo no es automática, sino que, como cualquier otra medida de la misma naturaleza, requiere justificar, al menos, indiciariamente, que los perjuicios que se derivarían para el interesado son irreparables o de difícil reparación», lo que no se ha producido en este caso, en el que, como se ha expuesto,

no se concretan las circunstancias de una supuesta persecución que pudiera poner en peligro la vida o integridad física del apelante en caso de regresar a su país de origen, causándole, por tanto, perjuicios irreparables o de difícil reparación.

Así, la petición de asilo del recurrente ha sido resuelta por la Administración, inadmitiéndola a trámite, y la ejecutividad inmediata del citado deber de abandonar el territorio nacional inherente a la misma no produce esos daños o perjuicios irreparables, ni hace perder su finalidad al recurso o afecta a la tutela judicial efectiva, ya que, el artículo 65.2.º de la Ley 8/2000, 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.

Tal y como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003, «la concesión de la suspensión en función exclusivamente de la obligación de salir de España supondría dejar sin efecto con carácter general las previsiones normativas en la materia, por ello la suspensión sólo procede cuando circunstancias personales específicas así lo aconsejen o cuando la situación del país de origen sea manifiestamente de tal gravedad que *per se* implique una situación de riesgo para la vida, la integridad física o la libertad del recurrente», lo que en el caso de autos no acontece, dada la ausencia de alegaciones específicas al respecto.

Por esta misma razón no puede apreciarse la apariencia de buen derecho invocada por el apelante, dado que, como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2004, para ello sería necesario que el recurrente aportara indicio alguno que permita estimar que las apreciaciones fácticas de la resolución recurrida no se ajustan a la realidad, lo que no ha tenido lugar.

Expulsión

Por todo ello, debe desestimarse el presente recurso de apelación y confirmar el Auto impugnado, sin que, por las razones expuestas, se aprecie vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia por parte del mismo.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 8552/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Expulsión del territorio nacional.

Resumen: Se inadmite el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que acordó la expulsión del recurrente, natural de Ecuador, del territorio nacional por estancia ilegal.

“Se impugna en este recurso de casación n.º 8552/2003 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1.ª) dictó en fecha de 15 de julio de 2003, en su recurso contencioso-administrativo n.º 1786/2001, por medio de la cual se desestimó el formulado por don Jesús Carlos contra la Resolución, de fecha 11 de abril de 2001, del Delegado del Gobierno en Madrid que acordó la expulsión del recurrente, natural de Ecuador, en cuanto incurso en el artículo 53.a) de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por estancia ilegal en España.

(...).

Ante todo, este recurso bien podría haber sido declarado inadmisibile por estar defectuosamente preparado, al no haberse dado cumplimiento a la carga

procesal que establece el artículo 89.2 en relación con el artículo 86.4, ambos de la Ley de la Jurisdicción, y eso porque el recurrente, al preparar el recurso de casación, tan sólo expuso lo siguiente: «Se recurre una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (artículo 89.1 de la nueva LJCA). Se prepara el Recurso dentro del plazo legal ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida (artículo 89.1 de la nueva LJCA). Se funda el presente Recurso en Infracción del Ordenamiento Jurídico y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate [artículo 88.1.d) de la LJCA], en tanto entendemos, dicho sea con los debidos respetos, que el Tribunal *a quo*, no ha tenido en consideración al dictar la Sentencia recurrida, la normativa en materia de infracciones y sanciones contenida en la Ley de Extranjería y en su Reglamento de Ejecución, ni la normativa reguladora del Procedimiento de Retorno Voluntario para ciudadanos ecuatorianos ni la jurisprudencia en materia de expulsiones por estancia irregular sentada por el Tribunal Supremo». Obvio es que ni siquiera se citaron con la indispensable concreción las normas que se reputaban infringidas por la sentencia de instancia, pues no basta a tal efecto la cita genérica de textos legales, como ha declarado esta Sala 3.ª en multitud de resoluciones, de innecesaria cita por su reiteración.

De cualquier forma, aun prescindiendo de la deficiente preparación del recurso de casación, el mismo seguiría sin poder prosperar, por dos razones:

– la primera, porque en su escrito de interposición el recurrente, incumpliendo ahora la tajante regla procesal del artículo 92.1 de la misma Ley de la Jurisdicción, persiste en el error de no concretar qué normas del ordenamiento jurídico considera infringidas por la sentencia. En efecto, tan sólo dice en ese escrito que el Tribunal *a quo*, al dictar la sentencia combatida en casación, «ha vulnerado la normativa de infracciones y sanciones contenida en la Ley de Extranjería y en su Reglamento de Ejecución,

Expulsión

ni la normativa reguladora del Procedimiento de Retorno Voluntario para ciudadanos ecuatorianos ni la jurisprudencia en materia de expulsiones por estancia irregular sentada por el Tribunal Supremo», pero no especifica a qué normas concretas se refiere ni a qué preceptos de dichas normas reconduce su alegación, ni menciona ninguna sentencia de este Tribunal Supremo cuya doctrina pueda considerarse transgredida por la sentencia de instancia;

– y la segunda, porque el escrito de interposición no es más que una reiteración prácticamente literal de la fundamentación jurídica de la demanda. Olvida el recurrente que según consolidada jurisprudencia la transcripción literal de la demanda no puede servir como fundamento del recurso de casación, pues es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que ha declarado que la mera reiteración de los argumentos expuestos en la instancia resulta incompatible con la técnica procesal de la casación, cuyo objeto es la impugnación de la resolución judicial recurrida y no el acto administrativo, y en el que el debate y consiguiente examen del litigio por el Tribunal Supremo queda limitado a la crítica de las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido la resolución judicial que pretende ser casada, y no la resolución administrativa precedente.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 9055/2003.

Ponente: Don José Yagüe Gil.

Voz: Expulsión: certificación de caducidad del procedimiento.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la inactividad de la Administración frente a la solicitud de expedición de certificado de archivo del expediente de expulsión por caducidad del mismo.

“La Sala de instancia, considerando que el acto impugnado en el proceso era un acuerdo de iniciación

del expediente de expulsión, y entendiendo que dicho acuerdo era un mero acto de trámite que no ponía fin a la vía administrativa, dictó providencia con fecha 23 de junio de 2003 acordando oír a las partes sobre la posible inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto impugnante [artículo 51.1.c) de la Ley Jurisdiccional]. Evacuado el trámite mediante auto de 14 de julio de 2003, declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto, al entender que «como ya se ha pronunciado esta Sala y Sección en numerosos Autos, el hecho de que la Administración no haya concluido y resuelto el expediente en plazo no autoriza a impugnar una supuesta caducidad que sólo se produciría si llegase a adoptar la resolución sancionadora fuera del plazo legalmente establecido, y entonces sería, mediante la impugnación de esa Resolución final, cuando cabría instar su anulación por caducidad del procedimiento. Concurriendo, pues, la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 51.c) en relación con el artículo 25 de la LJCA, procede inadmitir *a limine* el recurso».

Frente a esa resolución de inadmisión la parte actora ha formulado recurso de casación, en el cual esgrime dos motivos de impugnación.

En el primer motivo alega esta parte la infracción del artículo 44.2 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y de los artículos 98 y 99.3 del reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, aprobado por RD 864/2001. Alega la parte recurrente que tras la iniciación del expediente administrativo sancionador, y una vez transcurrido su plazo de tramitación, pidió expresamente la declaración de caducidad del procedimiento, no recibiendo respuesta alguna a esta petición, de manera que el acto impugnado en el proceso es la negativa de la Administración a declarar la caducidad del referido expediente sancionador.

El segundo motivo insiste en el hecho de que en el caso examinado la caducidad se solicitó expresamente ante la Administración, y alega que la decisión de la Sala de instancia contradice diversos pro-

Expulsión

nunciamientos de la misma Sala (que cita) que han admitido e incluso estimado recursos similares.

Estimaremos el recurso de casación.

Como se aprecia con toda evidencia a tenor del contenido de la providencia de la Sala de instancia de 23 de junio de 2003, el Tribunal *a quo* incurrió en el error de identificar el acto impugnado en el proceso como «acuerdo de iniciación del expediente de expulsión», pero el acto administrativo que aquí se impugna es otro muy distinto. Es la desestimación por silencio de la siguiente petición del interesado, que se adjuntó como documento n.º 6 al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, en donde aquél solicitó a la Administración lo siguiente:

«Que el mencionado expediente sancionador se inició con fecha 4 de agosto de 2002.

Que habiéndosele dado plazo para presentar las alegaciones correspondientes, las mismas se han presentado en legal plazo y forma, alegando lo que a Derecho conveniere.

Teniendo en cuenta que en la notificación del inicio del expediente ‘se le comunica que si no hubiere recaído resolución transcurridos seis meses desde la notificación del procedimiento sancionador, se estará a lo establecido en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992’, similar precepto que contempla en el artículo 98 del RD 864/2001, de 20 de junio...

Solicito ... se sirva declarar la caducidad del expediente administrativo sancionador iniciado ordenando el archivo del mismo.»

Y ante el silencio de la Administración, se interpuso el recurso contencioso-administrativo, declarado inadmisibles por el auto de fecha 14 de julio de 2003 –confirmado en súplica por el de 1 de octubre de 2003– que ahora se recurre en casación.

Como se ve, en el proceso no se impugnaba el acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, ni la falta de respuesta a las alegaciones de descargo presentadas en el curso del mismo, sino que se impugnó la falta de respuesta a la solicitud de que se declare la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo.

Y ésta es una petición que será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 8735/2003.

Ponente: Don José Yagüe Gil.

Voz: Expulsión del territorio español: caducidad del expediente y proporción de la sanción.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución sobre expulsión y prohibición de entrada.

“Los hechos que la Administración actuante imputa al recurrente, según se colige del acto impugnado, son los siguientes: «fue detenida por carecer de todo tipo de documentación que le habilite su permanencia regular en España», razonándose en los fundamentos de derecho que, de acuerdo con la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sería claramente encuadrable en el elenco de infracciones sancionables con la expulsión el hecho de carecer de cualquier tipo de documento que le habilite para permanecer en España, incardinable, en concreto, en el apartado a) del artículo 53 de dicha Ley. Como quiera que el supuesto sancionable previsto en el apartado a) del artículo 53 de la Ley 8/2000, consiste en «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber

Expulsión

obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente», resulta incuestionable la comisión por la recurrente de dicha infracción, quien lejos de combatir la imputación se limita en la demanda a invocar los defectos procedimentales y la vulneración del principio de proporcionalidad, interesando la sustitución de la sanción de expulsión por multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley citada.

Es cierto que en el precepto invocado se establece una norma especial para la graduación de las sanciones en materia de régimen de extranjería. A su tenor el órgano competente en la imposición de la sanción debe ajustarse 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. En efecto, el recorrido sancionador parte de la sanción de multa de 50.001 hasta 1.000.000 de pesetas y alcanza, sin que pueda imponerse conjuntamente, hasta la sanción de expulsión del territorio español con las medidas accesorias de extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado y de prohibición de entrada en territorio español por un período de tres años y máximo de diez.

Debería acudir a principios de culpabilidad para atender la posible incidencia de la conducta del recurrente en la graduación acogida por la resolución impugnada. Lo cierto es que, inicialmente, debería quedar reservada la sanción de expulsión del territorio español, en el supuesto del apartado a) del artículo 53 de la LO 8/2000, para aquellos supuestos en los cuales la posición antijurídica del extranjero denotara una especial transgresión de la norma. Resulta evidente que en el extranjero recurrente, el hecho constitutivo de la infracción grave denota

un considerable grado de antijuridicidad, dado que es perfectamente conocedor de la inevitable obligación de contar con la oportuna documentación habilitante, recuérdese que no portaba en el momento de la detención documentación alguna. Por otro lado, la imposición de una multa no determinaría la posibilidad de subsanar la protección que dispensa la LO 4/2000 para con los propios extranjeros que llegan en regla a nuestro país como a los propios nacionales, ya que se vería subsanada la inexistencia de documentación, obligatoria para éstos, por las posibilidades económicas del extranjero que se encuentra irregularmente en el país”.

Contra esa sentencia ha formulado el actor recurso de casación, en el que expone dos motivos de casación, denunciando como infringidos, respectivamente, los artículos 55.3, y 62.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, y el artículo 24.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por RD 1398/1993. Examinaremos estos dos motivos siguiendo un orden de lógica jurídica.

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 Sentencia de 27 de febrero de 2006 (RC 189/2003), 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 norma, el plazo de caducidad establecido en el precepto citado por el actor se aplica a los expedientes por falta leve,

Expulsión

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 sólo 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 este, el de seis meses que rige no sólo 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 lógicamente 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 debe ser estimado.

En la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [artículos 49.a), 51.1.b) y 53.1], en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [artículos 53.a), 55.1.b) y 57.1], cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español», 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

Expulsión

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 que «podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa», (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 general 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 no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal del recurrente en territorio español, quien al tiempo de su detención no estaba totalmente indocumentado (portaba pasaporte) sin que conste ningún otro hecho desfavorable al mismo.

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

Expulsión

la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 25 de enero de 2007.

Recurso de Casación: 10559/2006.

Ponente: Don José Manuel Maza Martín.

Voz: Improcedencia de expulsión automática del territorio nacional.

Resumen: Se declara haber lugar a los recursos interpuestos por los recurrentes al considerar indebida la expulsión automática sin haber oído a los afectados antes de su adopción ni valorado las concretas circunstancias concurrentes en el caso.

“Contra los recurrentes, condenados por el Tribunal de instancia como autores de sendos delitos contra la salud pública, se acordó, en la parte dispositiva de la correspondiente sentencia y como sustitutivo automático de las penas impuestas, la expulsión del territorio nacional, con prohibición de retorno por plazo de diez años, en aplicación del artículo 89.1 del Código Penal.

Los Recursos contienen, cada uno de ellos, uno y dos motivos respectivamente que hacen referencia a ese acuerdo de expulsión, por considerarle indebido, a la vista de su carácter automático, sin haberse oído a los afectados antes de su adopción ni valorado las concretas circunstancias concurrentes en el caso, e incluso sin solicitud del Ministerio Público al efecto, lo que iría contra la doctrina sentada en esta materia por SSTs de 8 de julio de 2004, 17 de mayo de 2005 y 24 de julio de 2006, entre otras.

El Fiscal apoya ambos Recursos, con cita de dicha doctrina.

Baste recordar, por tanto, el contenido de las referidas Resoluciones para afirmar la procedencia de

los motivos.

En efecto, la STS de 8 de julio de 2004, entre otros argumentos, ya decía:

«Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona –sea o no inmigrante, ilegal o no– que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado.

Al respecto debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba –y así está en la actualidad– respecto de las concretas circunstancias personales del penado para, ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado ‘...olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir (...)’ y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr

Derecho al trabajo

peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...’.

En efecto, un estudio de la Jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de Derechos Humanos para todos los tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y en su caso prueba, para resolver fundadamente...»

Para concluir afirmando que:

«En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también deben serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión».

Por consiguiente, los Recursos han de estimarse, dando lugar a la segunda sentencia que, a continuación se dictará, con efectos extensivos al resto de condenados respecto de quienes se acordó también, en la misma forma descrita, su expulsión del

territorio nacional, aunque no recurrieron esa decisión, por mandato de lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Fecha: 13 de julio de 2006.

Recurso: recurso de suplicación 2055/2006.

Ponente: Don Luis José Escudero Alonso.

Voz: Trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo: despido: improcedente.

Resumen: “Tercero.– [...] Al objeto de resolver el presente recurso de suplicación se ha de partir de los inmodificados hechos declarados probados de la sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos íntegramente a todos los efectos, y de los que se desprende que el trabajador demandante ha trabajado en la empresa demandada, dedicada a la actividad de restaurante bar, desde el día 1 de octubre de 2003, siendo su categoría profesional la de vigilante portero y su salario bruto con prorrateo de pagas extraordinarias de 1.195,50 euros, según el Convenio Colectivo de trabajo de la industria de hostelería y turismo de Catalunya aplicable, prestando servicios en el Port Olímpic de Barcelona en el local denominado «Jocker», en horario de 11 a 6 horas, suscribiendo posteriormente un contrato de trabajo a tiempo parcial a efectos de conseguir su legalización como trabajador extranjero, lo que fue denegado por la Administración General

Derecho al trabajo

del Estado, extinguiéndose la relación existente entre las partes el día 13 de agosto de 2005 en que se le comunicó verbalmente su despido tras haber sucedido un incidente en el local entre la compañera sentimental del actor y el representante legal de la empresa don José Antonio.

De los anteriores hechos declarados probados se desprende claramente la existencia de una relación laboral, cuyo contenido se concreta pormenorizadamente en la sentencia recurrida, en que se dan los requisitos de ajenidad, dependencia y retribución que establece el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como que dicha relación laboral finalizó por una decisión unilateral de la empresa efectuada de forma verbal, por lo que se estaría en todo caso ante un despido improcedente, por defecto de forma, al no haberlo efectuado mediante carta de despido según requiere el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

Dejado sentado lo anteriormente expuesto, la única cuestión que haría que no hubiera existido la relación laboral antedicha y que, por tanto, su extinción no fuera un despido improcedente, sería el hecho de que el trabajador prestaba sus servicios sin tener el correspondiente permiso de trabajo y de residencia, tal como entendió el Tribunal Supremo en la sentencia referenciada por la empresa de fecha 21 de marzo de 1997, aplicando la Ley de Extranjería vigente entonces de agosto de 1985. Sin embargo, los hechos han sucedido estando vigente la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, siendo aplicable al respecto la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 29 de septiembre y 7 de octubre de 2003 en las que se dice que «por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo», doctrina que ha sido recogida por esta Sala de lo Social en sus sentencias de 4 de julio y 31 de octubre de 2003, ya

que la situación anterior ha quedado modificada radicalmente por lo establecido en el artículo 33.3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, actual artículo 36.3.1 de esta Ley, tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 8/2000, 22 de diciembre, ya que el párrafo primero de este artículo establece una regulación similar a la contenida en el artículo 15 de la anteriormente vigente Ley Orgánica 7/1985, para señalar que los extranjeros mayores de 16 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 introduciendo una sustancial diferencia en su párrafo tercero cuando dice 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 de los derechos del trabajador extranjero».

Por todo lo anteriormente expuesto, y habiendo quedado demostrada la existencia de relación laboral entre las partes en los términos establecidos en el hecho declarado probado primero de la sentencia recurrida, así como que ésta se extinguió unilateralmente por parte de la empresa de modo verbal, se está ante un despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, habiendo optado la empresa por indemnizar al trabajador y extinguir el contrato de trabajo, por lo que procede la confirmación de la sentencia recurrida, previa la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa.”

* * * *

NOTA: La presente Sentencia vuelve a resolver un despido, que es declarado improcedente en instancia y confirmado en suplicación, de un trabajador extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización, confirmando lo que

Derecho al trabajo

ya es doctrina jurisprudencial consolidada que declara que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular es titular de derechos laborales contractuales, y no sólo el derecho a la retribución devengada como ocurría bajo la regla del artículo 9.2 ET, sino que incluye la eventual reclamación por despido.

Dicho lo anterior, seguimos a la espera de que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo se pronuncie acerca de los efectos que produce una eventual declaración de improcedencia del despido, pues en el caso presente, tras declarar el Tribunal que “se está ante un despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración”, el empresario opta por la indemnización, pero ¿qué hubiese ocurrido si el empresario opta por la readmisión?, ésta deviene jurídicamente inviable respecto de unos trabajadores que carecen de autorización de trabajo, por lo que la limitación al pago de la indemnización por despido parece ser la posición mayoritaria entre los tribunales del orden social.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 15 de mayo de 2006.

Recurso: recurso de suplicación 3264/2006.

Ponente: Don Ignacio M.^º Palos Peñarroya.

Voz: Trabajador extranjero. Accidente de trabajo sin la preceptiva autorización de trabajo.

Resumen: “Segundo.— El artículo 33.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, publicada en el BOE al día siguiente y que entró en vigor 20 días después, establecía que «los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos 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». Dicho precepto fue modificado en virtud de la LO 8/2000, pasando a tener la siguiente redacción: «Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajador 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 trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Por último la LO 14/2003, de 20 de noviembre, en relación al citado artículo 33, que ha pasado a ser el 36, viene a decir lo siguiente: «Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado primero del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

Con anterioridad a la LO 4/2000 y bajo la vigencia de la LO 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y aun antes, el Tribunal Supremo sostuvo que la ausencia de autorización administrativa de trabajo y residencia por parte del extranjero impedía la validez del contrato de trabajo y que de existir prestación de servicios por cuenta ajena la relación debía de calificarse de nula (SSTS de 23 de septiembre de 1986 y 21 de marzo de 1997). Después de la entrada en vigor de la Ley 4/2000, con las modificaciones posteriores, en las que se reconoce que la carencia de autorización administrativa para trabajar no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha variado. Así la sentencia de dicho Tribunal de 7 de octubre de 2003, contemplando un supuesto

Derecho al trabajo

de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo sufrido por un extranjero, ocurrido estando en vigor la LO 4/2000, dice lo siguiente: «Bajo la vigencia de la Ley Orgánica de 4/2000, de 11 de enero, la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02), señala que el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos.

Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. A tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4 y 8 de 2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor en el caso contemplado por el Tribunal Supremo se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuya país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT, pues al estar también ratificado por España obliga a este Miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de

accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, en su número 1, en relación con el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994».

En el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 en la que, citando aquella, recuerda que el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo.

Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, continúa diciendo el Tribunal Supremo en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al «extranjero no autorizado para trabajar» que es a tenor de lo dispuesto en el número 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». A lo que añade, el párrafo segundo de dicho número 3, 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».

Por consiguiente, no puede afirmarse, como parece pretender la entidad gestora, que la LO 14/2003 ha establecido un régimen legal diferente, sobre la validez del contrato de trabajo de un extranjero sin la correspondiente autorización, al previsto por la anterior LO 4/2000. Tanto al amparo de una y

Derecho al trabajo

otra Ley la prestación de servicios del actor para la empresa Rispa Rodríguez SL, iniciada en octubre de 2002, no es nula, disfrutando el trabajador de todos los derechos derivados de un contrato de trabajo válido, entre ellos los relativos a la Seguridad Social, incluyendo la protección por accidente de trabajo. En este sentido no cabe apreciar la infracción que se denuncia del artículo 125.3 de la LGSS, ya que según el mismo «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones».

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Fecha: 6 de junio de 2006.

Recurso: recurso de suplicación 216//2006.

Ponente: Doña Petra García Márquez.

Voz: Trabajador extranjero. Accidente de trabajo sin la preceptiva autorización de trabajo.

Resumen: “Primero.– Frente a la Sentencia de instancia, que acoge parcialmente la demanda planteada por el actor, de nacionalidad rumana, contra el INSS, la TGSS y don Alfredo, para quien venía prestando servicios, con la categoría profesional de peón, careciendo de permiso de trabajo y de residencia, condenando al empleador a que abone al accionante, en concepto de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo, la cantidad de 128,22 euros, sin perjuicio del anticipo de dicha cantidad por las entidades gestoras, y del derecho de éstas a repetir contra la empresa; muestra su disconformidad el INSS y el demandante, mediante sendos recursos de suplicación, sustentándose el primero en un solo motivo, al amparo del artículo 191.c) de la LPL; y el segundo en dos motivos sucesivamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la LPL.

Segundo.– En el único motivo del recurso del INSS, encaminado al examen del derecho aplicado, se denuncia la infracción de los artículos 10.1, 36 y 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en relación con los artículos 7.c) y 9 del ET, y en relación con los artículos 7.1.a) y 115 de la LGSS.

Motivo de recurso a través del cual el INSS sostiene que al carecer el actor, de nacionalidad rumana, de los permisos de trabajo y residencia, no es posible hablar de relación de Seguridad Social válidamente constituida de la que derivar que, el percance sufrido cuando prestaba servicios para la empresa codemandada, se configure como un accidente de trabajo, con derecho a las prestaciones inherentes a dicha calificación, con las correspondientes imputaciones de responsabilidad a cada una de las entidades demandadas.

Cuestiones las indicadas que en la actualidad han quedado plenamente resueltas por la doctrina reiterada del TS, contenida en diversas Sentencias, como, por vía de empleo las de 9 de junio de 2003 y 7 de octubre de 2003; manteniéndose en ellas que el contrato de trabajo de un extranjero sin estar en posesión de los correspondientes permisos no puede catalogarse como nulo y en consecuencia el trabajador no puede ser privado de la protección dispensada por nuestro sistema de relaciones laborales.

A tal efecto, en la primera de las antedichas Sentencias, el TS, tras referirse a las múltiples Sentencias dictadas por el mismo relativas a las responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo sufrido por trabajadores que no se encontraban en situación de alta, en las que partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones contenido en el artículo 125.3 de la LGSS, se declaraba la responsabilidad directa de la empresa, con obligación de adelanto por la

Derecho al trabajo

Mutua Patronal o INSS, además de, en su caso, la responsabilidad subsidiaria de esta Entidad y de la TGSS; se pronuncia sobre la aplicación de dicho supuesto al caso de extranjeros no autorizados legalmente a trabajar, indicando que «La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su artículo 33.3 que ‘los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos 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’. Por otra parte, el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

3.º De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000, y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a... ‘d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo’. Mandato este último

que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo».

Derivándose de ello la corrección del pronunciamiento de instancia en orden a otorgar al actor los derechos derivados del accidente de trabajo sufrido, pese a que el mismo careciese de los permisos de residencia y de trabajo cuando, encontrándose prestando servicios para don Alfredo, conocedor de tal situación, se produjo aquel evento, lo que conduce a desestimar el recurso analizado.

(...)

Cuarto.- En el segundo motivo de recurso, destinado a examinar el derecho aplicado, lo que se pretende por el accionante es concretar el período al cual se debería extender su derecho a percibir el subsidio por IT, considerando como tal el que transita entre el 17 de febrero de 2003 y el 19 de septiembre de 2003, en lugar del computado por la Juzgadora de instancia, desde el 17 de febrero de 2003 al 22 de febrero de 2003; derivando de ello que la cantidad a percibir por dicho concepto ascendería a 4.579, 2 euros, resultante de aplicar el 75% de la base reguladora de 28,26 euros, a los 216 días de baja postulados.

Como punto de partida es preciso tener en cuenta que, tal y como indica el artículo 128.1.a) de la LGSS, se considerará situación determinante de incapacidad temporal la debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, ello con una duración máxima de doce meses, que podrá ser prorrogado por otros seis, cuando se presuma que durante ellos el trabajador podrá ser dado de alta por curación.

Previsión legal de la que se deduce la necesaria concurrencia simultánea de dos requisitos o

Derecho al trabajo

presupuestos para poder apreciar la existencia de la situación determinante de la IT, por una parte la necesidad de asistencia sanitaria y por otra la imposibilidad de trabajar, de tal forma que, aun cuando sea necesaria la atención médica o sanitaria, si ello no implica la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo, no habrá IT, y de la misma forma, el hecho de estar impedido para el trabajo, si no va acompañado de la necesaria asistencia sanitaria, podrá dar lugar, en su caso, a una incapacidad permanente, pero no a la IT.

Siendo ello así, y por lo que al caso se refiere, los únicos datos ciertos que resultan del relato fáctico, es que el actor tuvo el accidente laboral el 17 de febrero de 2003, siendo intervenido quirúrgicamente el 19 de febrero de 2003, y se le dio de alta el 22 de febrero de 2003, de tal forma que a dicho período deberá extenderse el correspondiente a la situación de IT solicitada; sin que del hecho, también declarado probado, de que el demandante acudiese a revisiones en el Servicio de Traumatología y Rehabilitación, hasta el 19 de septiembre de 2003 se pueda derivar la concurrencia de las exigencias previstas para apreciar la continuidad en la situación de IT, al no existir dato evidenciador alguno de que durante dicho tiempo estuviese impedido para trabajar. Y al haberlo entendido así la juzgadora de instancia actuó correctamente, lo que debe conducir a desestimar el recurso examinado y a confirmar en su integridad la Sentencia impugnada.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos).

Fecha: 5 de julio de 2006.

Recurso: recurso de suplicación 169//2006.

Ponente: Don Carlos Martínez Toralz.

Voz: Trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo. Prestaciones por muerte y supervivencia: desestimación: suicidio.

Resumen: “Primero.– Frente a la sentencia de instancia que ha desestimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con un primer motivo de recurso, con amparo en el artículo 191.b) de la LPL, pretendiendo un revisión global de los ordinales de la sentencia recurrida, sin remisión a prueba documental o pericial alguna y sin proponer una redacción alternativa, en forma, a los efectos del artículo 97.2 LPL. Es por ello que debe rechazarse la misma.

Segundo.– Como segundo motivo de recurso, con amparo en el artículo 191.c) de la LPL, se denuncia infracción del artículo 7 de la LGSS y artículo 10.1 LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en relación con lo jurisprudencia que los desarrolla, entendiendo, en definitiva, que la recurrente tiene derecho a la prestación reclamada.

En cuanto a ello, conforme recogen los inalterados ordinales de la sentencia de instancia: El cónyuge de la demandante don Pablo falleció por suicidio consistente en precipitación desde altura sobre las 11,20 horas del día 18 de febrero de 2005 (del ordinal primero).- don Pablo, nacido el 6 de marzo de 1964 y de nacionalidad colombiana, carecía al tiempo del suicidio de permiso de residencia y de permiso de trabajo del ordinal segundo–.

Partiendo de ello, como sostiene adecuadamente la sentencia de instancia, el Convenio 19 de la OIT en su artículo 42.2, que tiene su correlativo en la LO 1041/2005, de 5 de septiembre, artículo 1.10, el cual recoge la protección de los trabajadores que, sin encontrarse legalmente en España, y sin autorización para trabajar, se considerarán incluidos en el sistema español de SS y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de protección frente a las contingencias de AT y Enfermedades Profesionales, es decir, sólo sería de aplicación a dichos supuestos, y no al caso presente, en que nos encontramos ante un supuesto de suicidio.

Derecho al trabajo

Junto a ello, el artículo 7.1 de la LGSS, establece que: «Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España...», requisito imprescindible que no cumplía el marido de la actora en el momento de su fallecimiento, conforme al ordinal segundo.

En consecuencia, conforme a todo lo expuesto, procede, desestimando el recurso interpuesto, la confirmación en sus términos de la sentencia recurrida.”

* * *

NOTA: Se ha optado por comentar conjuntamente las tres Sentencias reseñadas, pues todas ellas tienen como fundamento último el reconocimiento de prestaciones derivadas de accidente de trabajo a favor de un trabajador extranjero que carece de la preceptiva autorización de trabajo.

En puridad, nada nuevo disponen respecto a lo que es doctrina jurisprudencial consolidada desde que dictaran las SSTs de 9 junio 2003 (recurso de casación, unif. doctrina, n.º 4217/2002) –véase *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 4, 2003, p. 199 y ss- 7 octubre 2003 (recurso de casación, unif. doctrina, n.º 2153/2002) –véase *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 5, 2004, pp. 197 y ss.-: en la actual legislación, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es un contrato nulo, por lo que no puede verse privado el trabajador de una protección que en, nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo, y así lo ha sido desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Y ello con fundamento jurídico en los artículos 41 de la CE, 36.3 de la LOEx, Convenio 19 OIT, Orden de 28 diciembre 1966 y Resolución de la

Dirección General de Previsión de 15 abril 1968, en relación con el artículo 7 de la LGSS.

La STSJ de Cataluña de 15 mayo 2006 desestima un recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Lleida de 22 de octubre de 2004 que estimó la demanda sobre incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo de una extranjera que carecía de autorización de trabajo; en ella se contiene un breve, pero completo resumen, de la evolución legal y jurisprudencial sobre la materia, que se reproduce en el texto.

También la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 junio 2006 conoce de un asunto relativo al reconocimiento de prestaciones de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y confirma la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Toledo de 1 julio 2004, en que se desestima la demanda formulada por el trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. En este caso, existe también una discrepancia en orden a la duración de la prestación de Seguridad Social, por lo que también el demandante recurre en suplicación (la sentencia de instancia reconoce el período desde 17 al 22 de febrero de 2003, mientras que el trabajador considera que debería computarse el período que va desde el día 17 de febrero al 19 de septiembre de 2003). El TSJ de Castilla-La Mancha rechaza la pretensión del trabajador en aplicación del artículo 128.1 LGSS que considera situación determinante de incapacidad laboral la debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, del que se deriva que no todo déficit de salud es constitutivo de IT, sino que es necesario que repercuta en la aptitud para el trabajo, resultando indiferente que al trabajador se le prescriba el sometimiento a un tratamiento médico (por todas, véase, STSJ de Cataluña de 18 junio 2001, recurso de suplicación n.º 9271/2000).

Permiso de trabajo

La Sentencia del TSJ Castilla y León (Burgos) de 5 de julio de 2006 tiene dos particularidades. La primera, que la demanda dirigida contra el INSS, TGSS, Control de Aves y Medio Ambiente ASC Halcones, S.L. y Patrimonio-Nacional-Real Patronato del Monasterio de Huelgas, lo es en reclamación sobre prestaciones de muerte y supervivencia, lo que si bien no es desconocido, sí es más infrecuente (sobre esta misma cuestión, puede verse la STSJ de Madrid de 11 octubre 2004 (recurso de suplicación n.º 4277/2004)). La segunda, que fundamenta jurídicamente la petición, entre otros, en el artículo 42 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, modificado por RD 1041/2005, de 5 de septiembre, que declara, respecto a los nacionales de Estados que hubieran ratificado el Convenio 19 OIT que presten servicios careciendo de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo que “se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. El trabajador extranjero era nacional de Colombia, país que ratificó el mencionado Convenio 19 OIT el 20 de marzo de 1933.

Por lo demás, desestima el recurso en atención a que el suicidio, en este caso, no puede reputarse accidente de trabajo, aunque ha de advertirse que nuestros tribunales han admitido el carácter de accidente laboral de éste si el trastorno mental que derivó el suicidio se debió a alguna causa relacionada con el trabajo [SSTSJ Castilla y León (Valladolid) de 16 febrero 2004, recurso de suplicación n.º 2630/2003; Cataluña de 12 mayo 2006, recurso de suplicación n.º 3941/2005; y Madrid de 14 de noviembre de 2006, recurso de suplicación n.º 82/2004.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Fecha: 17 de noviembre de 2006.

Recurso de apelación 96/2006.

Ponente: Don Juan Piqueras Valls.

Voz: Procedimiento de solicitud: imposibilidad de iniciarlo por no tener cita previa.

Resumen: “Primero.– El Abogado del Estado formula el recurso de apelación frente a la sentencia dictada, en fecha 9 de diciembre de 2005, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º Tres de los de Santander y solicita que se dicte sentencia revocando parcialmente la de instancia y desestimando íntegramente la demanda.

La Administración articula su recurso de apelación sobre los motivos siguientes:

- 1) La sentencia apelada es incoherente, ya que rechaza la pretensión principal del recurso (la existencia de una vía de hecho) y, sin embargo, estima la subsiguiente (tramitar la solicitud de permiso de trabajo y residencia con efectos retroactivos), planteada al amparo del artículo 31.2 de la LJCA.
- 2) La sentencia de instancia incurre en un error de valoración, al declarar que el recurrente no pudo acceder a la cita telefónica y que no se ha resuelto la queja. Y
- 3) Consta, además, que se ha pretendido eludir el sistema general de cita y la obtención de turno previa la presentación de solicitudes.

Permiso de trabajo

Segundo.– El presente recurso se integra en una controversia que, en la primera instancia quedó planteada y fue resuelta en los siguientes términos:

1) Doña Bárbara interpuso, con fecha 3 de marzo de 2005, recurso Contencioso-Administrativo contra «la vía de hecho cometida por la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en Cantabria en fecha 3 de febrero de 2005, consistente en denegarle al acceso al registro de la Oficina de Extranjería de Cantabria» y solicitó que se dictase «sentencia en la que se declare que dicha resolución es nula de pleno derecho, subsidiariamente anulable o no conforme a Derecho, que se cese el sistema de acceso vía telefónica a la Oficina de Extranjería por considerar que no es conforme a Derecho, que se admita a trámite la solicitud con el permiso de trabajo y residencia con efecto retroactivo, es decir, que conste como fecha de presentación de la solicitud el día que doña Bárbara fue al Registro de la Oficina de Extranjería y se le denegó el acceso».

2) La demanda se basaba en los siguientes hechos:

– Sobre las 13 horas del 3 de febrero de 2005 intentó presentar en el Registro de la Oficina de Extranjería solicitud de autorización de trabajo y residencia de D. Benedicto, ciudadano paraguayo que se encontraba legalmente en España.

– Se le denegó el acceso al Registro, aduciendo que era necesario obtener una cita previa llamando por teléfono los lunes de 9 a 10 horas.

– La recurrente había intentado, inútilmente, obtener la cita telefónica previa «en las semanas anteriores», debido a la saturación de la línea.

– El 5 de febrero de 2005, finalizó el período de estancia legal en España del Sr. Benedicto. Y

– La recurrente, disconforme con la actuación de la Administración presentó una queja oficial el mismo día ante la Oficina de Extranjería.

3) El Abogado del Estado se opuso al recurso alegando que no existía vía de hecho, sino una autoorganización de la Administración que la recurrente pretendía modificar.

4) Las únicas pruebas practicadas en los autos son:

– La documental aportada con la demanda que se compone de copias de la queja formulada y de la documentación que se pretendía presentar ante la Oficina de Extranjería y

– En el expediente administrativo obra la queja, la respuesta de la Administración a la recurrente y la remisión de ambos escritos a la Inspección General de Servicios de las Administraciones Públicas, en cumplimiento del RD 208/1996. Y

5) La sentencia apelada estima parcialmente la demanda en los términos expuestos en los Antecedentes de esta resolución, por entender que:

– No existe vía de hecho y

– Que «sí debe reconocerse como hace la sentencia citada, transcurrido un tiempo prudencial sin que conste resuelta la queja presentada por la recurrente, acreditada la imposibilidad del actor de acceder a la cita telefónica por la saturación del sistema de registro y cita previa instaurado, así como el derecho a presentar la solicitud con los mismos efectos que si lo hubiese hecho el día 3 de febrero de 2005 en que presentó la cita previa y su necesaria adaptación que evite tales situaciones, pero sin que pueda accederse a la pretensión del cese del sistema de cita previa por teléfono».

Tercero.– La Sala estima, abstracción hecha de la presunta incoherencia denunciada por la Administración, que la valoración de la prueba obrante en autos evidencia que:

1) No existe en autos prueba directa alguna de que la actora se haya visto imposibilitada de obtener,

Permiso de trabajo

vía telefónica, una cita previa, ni que el sistema de registro y cita previa instaurado por la Administración, estuviese saturado, ya que:

a) La recurrente no ha aportado prueba alguna de sus afirmaciones de haber intentado inútilmente de contactar por teléfono para obtener la cita previa.

b) La recurrente tampoco ha aportado prueba alguna de que la cita telefónica sólo se podía obtener los lunes de 9 a 10 horas.

c) La recurrente no ha aportado prueba alguna de sus afirmaciones de que «en las semanas anteriores a su presentación ante la oficina de extranjeros que había intentado obtener la cita telefónica previa», intento, según ella, frustrado por la saturación del servicio y

d) Por último y fundamentalmente, las dos últimas afirmaciones de la recurrente están en contradicción con lo manifestado por ella, con valor de acto propio, en el escrito de queja (se le comunicó que necesitaba la cita previa, que se consigue por teléfono los lunes) del que se desprende que desconocía antes este hecho y que no hace referencia alguna a las horas del servicio.

2) La falta de constancia del seguimiento y resultado de la queja (artículos 22 y 23 del RD 208/1996 a la sazón vigente) que no de su contestación al ciudadano (artículo 21 del citado RD 208/1998) obrante en los dos últimos folios del expediente, no permite deducir, vía presunción judicial (artículo 386 LECiv aplicable supletoriamente vía Disposición Final Primera de la LJCA) que se haya acreditado «la imposibilidad del acceso de la recurrente al sistema de cita telefónica previa por saturación del servicio», ya que:

a) El artículo 386 de la LECiv requiere que haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre el hecho base y el hecho presumido.

b) El hecho base es que «ha transcurrido un tiempo prudencial sin que conste resuelta la queja presentada por la recurrente», y respecto a éste hay que declarar que, abstracción hecha incluso de la finalidad y efectos de las quejas reguladas en el RD 208/1996, que el tenor literal de la queja es el siguiente «Que el día 3 de febrero de 2005, a las 13:00 horas se personó la abajo firmante ante el Registro de la Oficina de Extranjería de la Delegación de Gobierno de Cantabria, para registrar la solicitud de autorización de trabajo y residencia de don Benedicto, y que le fue negado el acceso a dicho registro. Se le comunicó que necesitaba una cita previa, que se consigue por teléfono los lunes, y que cuando consiguiese ésta, podía presentar la solicitud».

c) Resulta evidente, que la falta de referencia alguna a la imposibilidad de acceso y la saturación del servicio no permite inferir racionalmente, los hechos presumidos.

De todo lo expuesto se infiere la inexistencia de la base fáctica sobre la que se articula la sentencia apelada y, por tanto, la necesidad de estimar la apelación de la Administración y desestimar, íntegramente, el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Sra. Bárbara.”

* * *

NOTA: Desde que la Ley Orgánica 14/2003 dispusiera la utilización de diversos medios para agilizar la tramitación de los diversos procedimientos administrativos no han sido pocos los problemas que se han sucedido y que frustran en la práctica, la loable finalidad del legislador. Especialmente significativo ha sido –entre otras razones por su repercusión mediática– la saturación de las diferentes líneas telefónicas puestas al servicio de los ciudadanos para concertar la cita previa que les posibilite la presentación la documentación exigida e iniciar así el correspondiente procedimiento administrativo. La cuestión lejos de carecer de trascendencia la tiene y mucha. Como demuestran los hechos probados de

Permiso de trabajo

la Sentencia del Tribunal Superior de Cantabria el no contar con la cita previa –la realidad demuestra que efectivamente en muchos casos esta circunstancia no es imputable al administrado, sino a las deficiencias del servicio– impide la iniciación de un procedimiento administrativo y, lo que es más relevante, sin posibilidad de alternativa o, en su caso, subsanación posterior.

El Tribunal resuelve afirmativamente el recurso de apelación presentado por la Abogacía del Estado contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que estimando parcialmente la pretensión de la recurrente ordena la tramitación de la solicitud de autorización de residencia y trabajo y residencia con efectos retroactivos.

La resolución judicial tiene a nuestro juicio una clara significación. Un tema de clara solución en vía administrativa vuelve a llegar a los tribunales, probablemente por la falta de instrumentos de reacción con los que cuenta el administrado en ese ámbito.

Si como es previsible que pueda volver a ocurrir, se satura el servicio de asignación de cita, lo lógico será intentar la presentación de la documentación en el registro del órgano correspondiente. Si no se admite, no puede presentarse recurso alguno en vía administrativa y sólo podrá formularse una queja que, en ningún caso, tendrá aquella consideración y, lo que es más importante, su presentación no interrumpe los plazos establecidos en la normativa vigente (artículo 19 del RD 951/2005, de 29 de julio). De ahí que se aboque al administrado a la vía jurisdiccional. Sorprende por ello el reproche que se le efectúa a la recurrente por su falta de diligencia a la hora de probar extremos de difícil, por no decir imposible acreditación ¿cómo probar la saturación de una línea telefónica? ¿cuántos intentos de conexión serán necesarios?, ¿cómo acreditarlos?, etc.

Es verdad que de la formulación de una queja al amparo del RD 208/1996 no se puede deducir vía

presunción judicial, como hace la recurrente, que se haya acreditado la imposibilidad del acceso al sistema. Pero igualmente es cierto que la exigencia de una excesiva diligencia a la hora de probar un hecho negativo en suma, como es la imposibilidad de conectar telefónicamente con el número asignado para concertar la cita, coloca al administrado en una difícil posición, máxime cuando el plazo fijado para iniciar el correspondiente procedimiento está próximo a vencer.

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 26 de septiembre de 2006.

Recurso de casación en interés de la ley: 5/2005.

Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez.

Voz: Nacionales de Uruguay.

Resumen: “primero.– La Administración del Estado interpone recurso de casación en interés de la Ley contra la sentencia de 28 de octubre de 2004, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación número 176/04, formulado contra la que el Juzgado número 1 de los de Alicante había dictado el 29 de diciembre de 2003 en el recurso Contencioso-Administrativo número 120/2003.

Aquella sentencia de la Sala, al igual que la del Juzgado, dictadas con ocasión del enjuiciamiento de una resolución del Subdelegado del Gobierno en Alicante, de fecha 17 de diciembre de 2002, que denegó a un nacional de Uruguay el permiso de trabajo solicitado, llegan a la conclusión de que los ciudadanos de esa nacionalidad ostentan una situación jurídica que les permite obtener los permisos de residencia y trabajo imperativamente (en expresión de la sentencia del Juzgado), o de modo similar a los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea (en expresión de la de la Sala), sin sujeción al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Liberta-

Permiso de trabajo

des de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en sus normas reglamentarias de desarrollo; conclusión que obtienen al interpretar el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y la República Oriental de Uruguay el día 19 de julio de 1870 (publicado en la Gaceta de Madrid del día 28 de enero de 1883) y el posterior Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España de 23 de julio de 1992 (publicado en el *BOE* del día 2 de junio de 1994).

Segundo.— La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2002, dictada en el recurso de casación número 2806 de 1998 (RJ 2002, 8748), analizó el Tratado de 1870 antes citado y confirmó la conclusión que la sentencia allí recurrida había obtenido acerca de que los nacionales de Uruguay se encuentran en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo. (...)

Pero la repetida sentencia no analizó la incidencia en aquella doctrina del posterior Tratado de 23 de julio de 1992; razón por la que subsiste la necesidad de que abordemos la cuestión planteada en este recurso de casación en interés de la Ley, y de que rechacemos, por tanto, la alegación hecha por el Ministerio Fiscal en el sentido de que el recurso carece de objeto al haberse sentado ya doctrina sobre la cuestión planteada.

Tercero.— Ese Tratado de 1992 contiene dos artículos cuya toma en consideración es necesaria.

El primero en el que hemos de fijarnos es su artículo 18, en su párrafo primero, en el que se dispone:

«Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente Tratado, las Partes acuerdan que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad.»

Y el segundo es su artículo 14, cuyo tenor es el siguiente:

«Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita.

Las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto al criterio de reciprocidad.»

Se trata, pues, de decidir si aquel párrafo primero del artículo VIII del Tratado de 1870 no es incompatible con el artículo 14 del Tratado de 1992.

Cuarto.— La respuesta que alcanzamos es afirmativa, esto es, que sí hay incompatibilidad entre uno y otro preceptos, de suerte que el segundo ha venido a sustituir al primero en lo que hace al régimen del ejercicio de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena. Es así, porque ambos preceptos se ocupan de regular esa misma cuestión y, sin embargo, lo hacen en términos cuyo significado jurídico no es el mismo. El compromiso de las Partes que suscriben el Tratado no es ya el de que sus nacionales puedan, en el país de la otra, ejercer libremente sus oficios y profesiones, en los mismos términos y bajo iguales condiciones que los ciudadanos de la nación más favorecida, sino, meramente, que reciban las facilidades necesarias para el ejercicio de dichas actividades, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo y con sujeción a la legislación de éste. Ahora son las facilidades para el ejercicio y no el derecho a ejercer lo que se pacta en el Tratado. El pie de igualdad es en aquéllas y no en éste.

Permiso de trabajo

En consecuencia, y sin perjuicio de las facilidades que como derivadas de lo dispuesto en el artículo 14 del Tratado han de otorgárseles, cuya concreción excede del objeto del recurso que ahora resolvemos, los nacionales de Uruguay no dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000 y en sus normas reglamentarias de desarrollo, ni deja de serles de aplicación, por ende, la norma contenida en el artículo 38.1 de aquella, según la cual: para la concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

Asimismo, no se sigue de aquel artículo 14, ni tampoco del VIII del Tratado de 1870, que los nacionales de Uruguay queden equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen de residencia y trabajo, pues estos Estados no son respecto del nuestro naciones más favorecidas, sino Estados regidos por un ordenamiento común.

Procede, por todo ello, que estimemos este recurso de casación en interés de la Ley, fijando como doctrina legal la que resulta de lo dicho en los dos párrafos anteriores.”

* * *

NOTA: El Tribunal Supremo resuelve el presente recurso en interés de ley acerca del alcance que ha de darse a las prescripciones del Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España de 23 de julio de 1992, relativas a la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia y ajena de los nacionales de España y Uruguay. Y, ya adelantamos, lo hace con un criterio restrictivo.

Como se sabe, dicho Tratado General viene a sustituir el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y la República Oriental de Uruguay de 19 de julio de 1870. Respecto a este último, ya se había pronunciado el Tribunal Supremo en la impor-

tante Sentencia de 10 de octubre de 2002 (véase el comentario que realiza TRINIDAD GARCÍA, M.L., en “Incidencia del Tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* n.º 2, pp. 231 y ss.), en relación a su artículo 8, en cuya virtud, “los súbditos españoles en la república Oriental de Uruguay y los ciudadanos de la república de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender al por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país valores íntegramente, deponer de ellos en vida o muerte, y suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo con arreglo a las Leyes del país en los mismos términos y condiciones y adeudos que usen o usaren los de la nación más favorecida”.

Declaró el Tribunal en 2002 que el contenido del artículo 8 del Tratado era sustancialmente idéntico a los artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad de Chile y Perú, y decide “aplicar a Uruguay los mismos criterios jurisprudenciales que en los supuestos de los otros dos países”, que consagran a los ciudadanos de Perú y Chile en España el derecho a “ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social” (entre otras muchas, véanse las SSTs –contencioso-administrativo– de 13 de febrero de 1996, 22 de diciembre de 1995, 25 de abril de 1992, etc.)

En apretado resumen, expresa que los convenios reseñados incluyen un contenido propio y específico, en el que se distingue la titularidad del derecho y su ejercicio, “siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución (...) el que viene sometido a la legislación española, lo que supone la necesidad de proveerse de permiso de trabajo, pero su otorgamiento por la autoridad laboral resulta imperativo”, sin atender a la situación nacional de empleo.

Afirma ahora el Tribunal Supremo, no sin razón, que en aquella sentencia no se analizó la incidencia del posterior Tratado General de Cooperación y

Permiso de trabajo

Amistad de 23 de julio de 1992, circunstancia que justifica la procedencia de abordar la cuestión en este momento.

Como recoge la sentencia extractada, son dos los preceptos del Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España de 23 de julio de 1992 que afectan a la cuestión debatida; por una parte, el artículo 18, que mantiene la vigencia de los convenios celebrados con anterioridad, siempre que no sean incompatibles con el presente; por otra, el artículo 14, en la que se declara la obligación de ambos países de otorgar a los nacionales del otro “facilidades” para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, “en pie de igualdad” con los nacionales del Estado correspondiente.

Considera que sí hay incompatibilidad entre ambos preceptos convencionales al regular una misma cuestión (ejercicio de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena y hacerlo con significados jurídicos distintos (en el de 1870, se quiere reconocer el derecho a ejercer libremente sus oficios y profesiones, en las mismas condiciones que los ciudadanos de la nación más favorecida, mientras que en el de 1992 meramente que reciban las facilidades necesarias para el ejercicio de dichas actividades).

Sin pronunciarse acerca de cómo se deben articular dichas facilidades –su “concreción excede del objeto del recurso”– concluye que los nacionales de Uruguay están sujetos a la LOEx y normas de desarrollo, siéndoles de aplicación la norma contenida en el artículo 38.1 LOEx, según la cual, para la concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

La sentencia que se comenta echa por tierra la expectativa, aunque débil, que en otro momento se defendió de que por vía jurisprudencial se admitie-

ra, respecto a los nacionales de Uruguay, una interpretación favorable a la no aplicación de la situación nacional de empleo por resultar este criterio discordante con la obligación asumida de otorgar las *facilidades* necesarias para el ejercicio de actividades lucrativas o, como acertadamente señaló TRINIDAD GARCÍA, la aplicación de una política que impida valerse de criterios de reciprocidad positiva.

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 4661/2003.

Ponente: don Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Denegación de autorización de trabajo. Empleada de hogar: no se considera puesto de confianza.

Resumen: “Segundo.– En el único motivo de casación esgrimido se asegura que la Sala de instancia ha infringido, al declarar ajustada a derecho la denegación del permiso de trabajo por cuenta ajena, lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con los artículos 77.2.b) y e) y 82.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en concordancia con el Convenio de doble nacionalidad entre la República de Ecuador y el Reino de España de 4 de marzo de 1964, así como la regulación laboral contenida en el artículo 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y los preceptos del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio doméstico del hogar familiar, y ello porque la situación nacional de empleo no puede tenerse en cuenta para denegar un permiso de trabajo cuando se trata de nacional de un país iberoamericano, como sucede con la recurrente ciudadana de la República de Ecuador, y del desempeño de un puesto de confianza, como lo es el empleado de hogar, según lo reconoce el ordenamiento laboral antes citado, estando legitimada la recurrente para

Permiso de trabajo

impugnar en sede jurisdiccional la denegación de dicho permiso de trabajo por cuenta ajena.

Tercero.— En primer lugar, la sentencia recurrida no niega a la recurrente el carácter de interesada y como tal legitimada para impugnar la denegación del permiso de trabajo que otra persona había pedido para ella en la condición de empleador como cabeza de familia.

Cuarto.— El motivo de casación alegado no puede prosperar porque, si bien es cierto que el artículo 77 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, (BOE 23/2/1996), en relación con el artículo 82.1.1.º del mismo, establece preferencias para la concesión del permiso de trabajo inicial, de manera que en su apartado primero se excluye en determinadas circunstancias la consideración de la situación nacional de empleo, que se contemplaba en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tal exclusión no afecta a los nacionales de países iberoamericanos, a los que alude el apartado segundo del citado artículo 77 del Reglamento, para quienes únicamente se valorará su nacionalidad como factor preferencial para la concesión del permiso de trabajo pero estando sujetos también a la situación nacional de empleo, según lo imponía el precepto legal referido, ya que la exclusión de tal situación sólo afecta a los subapartados a), b), c), d), e), f), g), h), i), j) y k), del propio apartado primero, y no a los incluidos en el apartado segundo del precepto, entre los que están los ciudadanos iberoamericanos.

Quinto.— Hemos de admitir también que, de acuerdo con el subapartado d) del artículo 77.2 del mencionado Reglamento, la situación nacional de empleo no se tendría en cuenta cuando se trate de puesto de confianza, pero únicamente en los casos comprendidos en el artículo 18.3 i) de la Ley Orgánica 7/1985, que serán los que legalmente ejerzan la representación de una empresa y aquéllos a cuyo favor se hubiese extendido un poder general, y ade-

más sería, en cualquier caso, la Dirección General de Migraciones la que debería concretar los supuestos en que tal exclusión resultaba procedente.

El servicio doméstico, aunque legalmente constituya un régimen especial de empleo en aplicación de los preceptos invocados en el motivo de casación que examinamos, no tiene el significado de puesto de confianza que requiere, para poderse prescindir de la situación nacional de empleo, el artículo 77.2.e) del Reglamento aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Sexto.— El vigente Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, permite desatender la situación nacional de empleo en los supuestos contemplados en el artículo 40 de dicha Ley, reformada a su vez por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, en el que se establece concretamente que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para la cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente, las que, según el apartado 15.1 de la Orden de 25 de febrero de 1998, son las propias de alta dirección por cuenta de la empresa que contrata, basadas en la recíproca confianza, o cuando ejerzan legalmente la representación de la empresa o se tenga extendido a su favor un poder general.

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 el trabajo del empleado doméstico, aunque esta relación laboral no cabe duda que presenta un carácter muy especial, como lo reconoce el artículo 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

Si bien entre las relaciones laborales de carácter especial el mencionado precepto del Estatuto de los Trabajadores incluye ciertamente los puestos de confianza, como es el personal de alta direc-

Permiso de trabajo

ción y a quienes intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir riesgos, sin embargo no toda relación laboral especial encubre un puesto de confianza, como sucede con el servicio del hogar familiar, que, aun revistiendo características singulares, no tiene el significado que nuestro ordenamiento jurídico atribuye al puesto de confianza, que implica siempre facultades de representación de una persona física o jurídica, razones todas por las que el motivo de casación alegado no puede prosperar.”

* * *

NOTA: La Sentencia que ahora se comenta pone de nuevo de actualidad un tema que a los lectores de esta Revista no les resulta desconocido.

Que a la relación laboral del servicio doméstico se le otorga un régimen jurídico laboral peculiar (RD 1424/1985, de 1 de agosto), que incluye reglas específicas que se apartan del régimen común contenido en el Estatuto de los Trabajadores, es de todos conocido; y que las peculiaridades en que se desenvuelve dicha relación laboral justifican ese régimen diferenciado, también.

No es novedoso, tampoco, que tratándose de una relación laboral basada en la mutua confianza, no resulte “indiferente las condiciones propias de la persona a la que se le hace la oferta”, como reconoció la STS de 22 de marzo de 2004, recurso de casación 5697/2001 (véase *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 9, pp. 192 a 194). Es precisamente este aspecto el que ha justificado que, sobre la base del artículo 83 del RLOEx, los contingentes de trabajadores de los últimos años prevean un determinado número de visados para la búsqueda de empleo en el servicio doméstico, sector en el que no resulta adecuada la oferta genérica y la contratación en origen.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 40.a) de la LOEx prescribe que se autorizará para trabajar sin atender a la situación nacional de empleo cuando la oferta de trabajo o la oferta de colocación vayan dirigidas a “la cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente”. Estas condiciones son fijadas en la Disposición adicional duodécima del RLOEx, que dispone que, a estos efectos, se considera que ocupan puestos de confianza aquellos trabajadores 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. Asimismo, tienen idéntica consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión.

Sentado lo anterior, lo cierto es que resulta estéril la discusión acerca de si la prestación laboral en el servicio doméstico puede considerarse un “puesto de confianza” puesto que el preámbulo del RD 1424/1985, de 1 de agosto, señala que “esta relación se [basa] en la mutua confianza de las partes, al igual que, respecto del personal de alta dirección, lo hace el preámbulo del RD 1382/1985, de 1 de agosto” al señalar que “la relación establecida entre el alto directivo y la Empresa contratante se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes”.

La Sentencia que se reseña se limita a aplicar la restrictiva configuración reglamentaria de los “puestos de confianza”, a efectos de la inaplicación del principio de la situación nacional de empleo en la concesión de la correspondiente autorización.

Derecho penal

DERECHO PENAL

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 11 de octubre de 2006.

Recurso de Casación: 553/2006.

Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.

Voz: Delito contra la salud pública. Presunción de inocencia. Expulsión.

Resumen: La Sala acuerda no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente. Se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional del acusado por tiempo de diez años desde que se haga efectiva.

“Conviene recordar que con anterioridad a la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el artículo 89 del CP disponía en su inciso primero que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España «... podrán ser sustituidas por la expulsión de territorio nacional». Así, la doctrina de esta Sala de casación declaraba (véase STS de 2 de junio de 1999) que la decisión del Tribunal sentenciador en esta materia no era otra cosa que el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal «podrán» de que se hace uso en el precepto y, por consiguiente, no censurable en casación, ya que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido, pues si así fuese estaríamos ante un caso de discrecionalidad reglada o arbitrio de segundo grado, que podría ser impugnada casacionalmente cuando se alegase la falta de concurrencia de dichas condiciones.

La mencionada Ley Orgánica 11/2003, ha modificado el artículo 89 de CP, utilizándose ahora la fórmula imperativa del «serán», que determina la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos,

pero, no obstante esa regla general, admite la excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España (STS 28 de octubre de 2004).

Esta excepción legal es la que fundamenta la legalidad de la decisión de la Audiencia y, en consecuencia, la correcta aplicación del precepto. No es cierto –como sostiene el motivo– que la sentencia no exponga las razones por las que el Tribunal *a quo* acuerda sustituir la pena de prisión por la expulsión, pues basta con la lectura del Fundamento Jurídico Quinto para comprobarlo, donde se contiene la motivación requerida por la norma establecida por el legislador.

La motivación de la resolución judicial no sólo existe, sino que se muestra convincente, razonable y fundada, al considerar procedente dicha sustitución habida cuenta de la situación de ilegalidad del acusado y la ausencia de circunstancias de arraigo.

(...).

El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, alcanza únicamente a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo (cfr. STS de 14 de julio de 2000). Cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, las funciones de esta Sala no pueden consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede esta Sala verificar que, efectivamente, el Tribunal *a quo* contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción

Derecho penal

y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (cfr. STS de 14 de julio de 2000).

En aplicación de la referida doctrina jurisprudencial procede analizar la racionalidad de las pruebas e indicios que llevaron a sostener la condena del recurrente. Se consideran como principales pruebas e indicios incriminatorios, recogidos por la sentencia del Tribunal de instancia, la declaración de los agentes policiales que declaran haber visto cómo una persona de raza blanca se dirigía al acusado, de raza negra, entablando un contacto y recibiendo este último una cantidad de dinero, introduciéndose a continuación en el interior de un bar saliendo a los pocos minutos y entregando al primero un envoltorio. Los agentes relatan que pasaron el aviso a las patrullas uniformadas describiéndoles los rasgos y características de los intervinientes en la transacción observada, manteniéndose atentos mientras sus compañeros se dirigían a su encuentro y que, una vez que se produce, les confirman la identidad de la persona que tienen detenida y a quien se le encuentra en posesión de 40,75 euros. Se cuenta asimismo con la ocupación en poder del comprador de una bolsa termosellada que resultó ser 0,447 gramos de cocaína con una pureza del 32,4% según se desprende del informe de análisis.

Esta prueba ha sido practicada en el acto del juicio oral y sometida a los principios de inmediación, contradicción y defensa sin que se haya producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia que se invoca por cuanto la valoración de las pruebas practicadas efectuada por la Audiencia Provincial se ha realizado de forma racional, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia al afirmar que el recurrente estaba en posesión de la droga intervenida y que era destinada a su venta a terceras personas. En consecuencia, el motivo resulta inadmisibile a trá-

mite por aplicación del artículo 884.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 16 de octubre de 2006.

Recurso de Casación: 1503/2005.

Ponente: Don Perfecto Andrés Ibáñez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: traslado de inmigrantes asiáticos.

Resumen: Los acusados participaron en el traslado irregular de inmigrantes de origen asiático con destino a la ciudad autónoma de Melilla, realizado mediante precio, de manera estable y con un sustrato organizativo.

“El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas), que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente conocida como indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa; y que la inferencia realizada a partir de aquéllos sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, en este caso, no cabe duda que el tratamiento dado por la Audiencia a ese conjunto de elementos está dotado de la necesaria racionalidad y, por ello, responde a las exigencias de la línea jurisprudencial que acaba de citarse. Es por lo que la condena del acusado tiene el necesario apoyo en

Derecho penal

prueba de cargo, bien obtenida y correctamente valorada.

Lo que se objeta, por el cauce del artículo 849.1.º LECrim, es infracción del artículo 318 bis.1, 2 y 5 del CP (en su anterior redacción). Al respecto, dice el recurrente, no concurriría el supuesto del párrafo 2.º de ese precepto, pero refiriéndose al mismo en su redacción actualmente vigente (en virtud de la LO 11/2003) que no es la aplicada, por la fecha de los hechos.

Por lo demás, la impugnación se cifra en que falta acreditación del modo en que los inmigrantes de referencia habían entrado en territorio español y sólo consta que fueron trasladados dentro de la ciudad de Melilla. Pero lo cierto es que los hechos probados, a los que hay que atenerse, dan cuenta de la actividad consistente en la sistemática acogida de inmigrantes irregulares en una vivienda contratada a tal fin, a la que eran llevados tras el paso de la frontera. Y en el mantenimiento en ella hasta el momento de ser desplazados en vehículos a las proximidades de la comisaría, como forma de procurar su internamiento en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes. Y todo a cambio de dinero y con el fin de procurar la inserción de aquéllos en el mercado de trabajo de nuestro país, por una vía claramente extralegal.

La sala discurre con suficiente pormenor sobre la concurrencia de todos los elementos del tipo: gestión de un flujo irregular de personas en tránsito o con destino a España, realizada mediante precio, de manera estable, y con un sustrato organizativo, cuando menos transitorio.

(...).

Los tres recurrentes, por el cauce del artículo 849.1.º de la LECrim, cuestionan la aplicación del artículo 318 bis del CP a las acciones atribuidas en los hechos probados a cada uno de ellos. Éstas consistieron en el traslado de algunos inmigrantes irregulares en

un vehículo, dentro de la ciudad de Melilla, realizado una vez por cada uno de aquéllos.

Lo cierto es que la Audiencia no ha fundado su decisión en este punto y no explica por qué ha entendido que ese modo de actuar integra a pleno título el núcleo del tipo.

Éste, descrito en sus rasgos estructurales básicos en el primer párrafo del precepto citado, reclama la concurrencia de acciones consistentes en «promover», «favorecer» o «facilitar» el tráfico ilegal de personas; entendiendo por tal la irregular introducción en nuestro país de ciudadanos extranjeros. De donde resulta que lo primero sería predicable sólo de quien hubiera tomado la iniciativa de llevar a cabo alguna de esas operaciones. Y lo segundo y lo tercero de quien hubiera contribuido de una forma apreciable al eficaz desarrollo de la misma. En el bien entendido de que «tráfico», que en su primera acepción es negociar con mercancías, será aquí realizar o gestionar la realización de desplazamientos relevantes de ciudadanos extranjeros, con vistas a su inserción irregular en España o en otro país.

Pues bien, lo imputado a los que ahora recurren es haberse prestado a llevar en un automóvil a algunas de esas personas en un trayecto urbano, esto es, haber contribuido a que efectuaran un movimiento, en cuanto tal, carente de particular significación, pues tenía por finalidad última la presentación de aquéllos por sí mismos en comisaría, para provocar el ingreso en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes. Un resultado que se habría producido en cualquier caso, incluso de haber sido interceptados por algún agente policial.

Se trata, por tanto, de intervenciones inespecíficas, que no cabe considerar integrantes del núcleo de la conducta típica, para cuyo éxito tampoco podrían considerarse necesarias. Es por lo que quedan claramente fuera de la previsión del artículo 28 del CP; y también de la del artículo 29 del mismo, puesto que no pueden ser tenidas por una forma de coopera-

Derecho penal

ción «a la ejecución del hecho» del tráfico como tal, dado que, según se ha visto, sólo incidirían en él de manera abiertamente marginal y muy escasamente significativa.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 16 de octubre de 2006.

Recurso de Casación: 817/2005.

Ponente: Don Julián Sánchez Melgar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: ánimo de lucro.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Queda probado que el recurrente, de nacionalidad argelina, previa percepción de una cantidad de dinero, provisto de traje de neopreno y aletas, tras haber salido de algún punto de la costa de Marruecos, se dirigió a nado remolcando a los inmigrantes indocumentados originarios del Congo.

“Consta en autos también un escrito personal del recurrente en que solicita sea casada la sentencia recurrida, y en él se afirma, no haber contado con el suficiente asesoramiento legal durante su detención, y más adelante, que «el Ministerio fiscal me ofreció una conformidad de 5 años y la expulsión inmediata del territorio como yo entendí desde el primer momento, como dijo el intérprete, pero cuando el intérprete dijo que tenía que estar un tiempo en la cárcel, me negué a dicha conformidad», y seguidamente: «cuando escuché la palabra expulsión en primer momento sólo pensé en mi familia por eso quería y tenía la intención de aceptar dicha conformidad». Y ahora si estudiamos las diligencias, se comprueba la firma del recurrente en un escrito conjunto del Ministerio fiscal y su defensa (...), ratificado al folio 35, en donde se solicita la pena conformada de cinco años de prisión, pero no aparece mención alguna acerca de la expulsión de territorio nacional. Ni el recurrente ni su letrado formulan objeción alguna y firmaron el escrito. Es ya en sede de la Audiencia Provincial cuando se produce la retractación de la conformidad. En con-

secuencia, del estudio de la causa no puede afirmarse que el ahora recurrente careciera ni del oportuno asesoramiento legal ni de la correspondiente traducción, como él mismo reconoce en su escrito ante esta Sala Casacional, dirigido desde el centro penitenciario donde se encuentra internado.

De manera que la Sala sentenciadora de instancia ha contado con este dato para reforzar su convicción judicial, juntamente con la declaración testifical del agente actuante, y del dato de encontrarse en el lugar de los hechos, cuando los subsaharianos son remolcados por los llamados «motores humanos», con traje de neopreno, que no puede ser utilizado nada más que para nadar, junto a las aletas impulsoras, como se refleja en la diligencia que se hace constar al folio 15 de las actuaciones, estando los remolcados provistos de traje de neopreno y un flotador en la cintura. Al folio referido, la Guardia Civil hace constar que el emparejamiento era el siguiente: José Antonio llevaba a remolque a dos subsaharianos (marido y mujer); el primero llevaba traje de neopreno y aletas impulsoras; y los segundos, trajes de neopreno y flotador en la cintura. Esta forma de pasar subrepticamente la frontera es algo habitual, conforme también hace constar la fuerza policial actuante.

La función de este Tribunal Supremo en un motivo por infracción constitucional de la presunción de inocencia, no es verificar una operación de valoración probatoria, sino exclusivamente comprobar que han existido pruebas de cargo incriminatorias, como así es en el caso sometido a nuestra revisión casacional.

Aun no siendo alegado por el recurrente, es indiscutible el riesgo para la vida que se produce en un traslado humano en tales condiciones (en función de la temperatura del agua, la existencia de corrientes marítimas, la inexperiencia en el cruce a nado de la frontera, o simplemente la ausencia de tal conocimiento, e incluso el abandono a su suerte de los remolcados, cuando se producen avistamientos por fuerzas policiales marítimas, (como es el caso), es

Derecho penal

por lo que debe desestimarse el motivo, y con él, la impugnación formalizada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 2 de noviembre de 2006.

Recurso de Casación: 10166/2006.

Ponente: Don Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: *non bis in idem*.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Dudas razonables de la participación del acusado en los hechos enjuiciados.

“Es evidente la preocupación de los Estados por el control de los flujos migratorios. Sin embargo, no se explicaría una penalidad diferente para la inmigración clandestina en función de que el sujeto pasivo sea o no un trabajador. La justificación de ambos preceptos debe hallarse en la protección penal de los derechos de unas personas que, por sus características, pueden verse vulnerados, o dicho de otra forma, son sometidos a riesgos serios de deterioro, cuando se convierten en sujetos pasivos de conductas que constituyen inmigración clandestina, en cuanto que implican una situación de ilegalidad que constituye la base para que las condiciones en que se ejecuta repercutan negativamente en las posibilidades de ejercicio de los derechos básicos o fundamentales de las víctimas. Las personas víctimas de las acciones ilícitas relativas a la inmigración clandestina o del tráfico ilegal se encuentran generalmente en una situación de desvalimiento que las priva de derechos efectivos, entre ellos de los más fundamentales. Es por ello que tales conductas serán en principio encuadrables en estos preceptos, salvo que la prueba de los hechos incorpore otros aspectos valorables que excluyan esa situación.

Cuando se trata de los derechos propios de las personas, derivados de su condición humana, se aplicará el artículo 318 bis. Cuando los derechos afectados son solamente los propios y característicos del

trabajador, es decir, derechos relacionados con su esfera laboral, se aplicará el artículo 313. Por lo tanto, el artículo 313 solamente será aplicable cuando la inmigración clandestina suponga la existencia de riesgo para los derechos del individuo como trabajador, es decir, sus derechos en relación con las posibilidades de optar a un trabajo legal, a un salario digno y al conjunto de prestaciones y garantías que corresponden al trabajador legalmente situado en el país. Pero sin afectar a otros derechos que le corresponden como persona.

La inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas en condiciones tales que resulten privados de las posibilidades de ejercitar de forma razonable sus derechos fundamentales, o seriamente dificultados para ello, tanto durante el traslado como en el lugar de destino, será siempre castigada con arreglo al artículo 318 bis.1.

Son apreciables otras diferencias entre ambos tipos, aun cuando en el caso no tengan relevancia. Mientras el artículo 313 se refiere solamente a la inmigración de trabajadores a España, el artículo 318 sanciona también esa misma clase de inmigración y el tráfico ilegal desde, en tránsito o con destino a España, abarcando, por tanto, un mayor abanico de posibilidades, lo que se justifica en función de los derechos que se trata de proteger en cada caso.

Este entendimiento de ambos preceptos encuentra apoyo no sólo en las distintas penalidades, que de esta forma resultarían explicadas, sino también en la nueva redacción del artículo 318 bis.2, en el que se incorpora como un elemento de agravación el que la finalidad de las actuaciones típicas de favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal sea la explotación sexual. La jurisprudencia había venido entendiendo que el concepto de trabajador del artículo 313 se extendía no sólo al que ya prestaba un trabajo o estaba contratado para ello, o iba a ser contratado, en función de las características de la organización o del grupo que intervenía en su inmigración, sino también a quien pretendía

Derecho penal

trabajar, incluyendo como trabajadores a las personas que luego se dedicaban a la prostitución. La exclusión de estas personas del ámbito de protección del artículo 313 suponía la inexistencia de otra protección, hasta la introducción del artículo 318 bis por la Ley Orgánica 4/2000, modificado luego por la Ley Orgánica 11/2003. Al menos desde ese momento, la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas con la finalidad de su explotación sexual debe incluirse necesariamente en el artículo 318 bis, pues la calificación con arreglo al artículo 313 equivaldría a negar la posibilidad de reconocer la gravedad añadida a la conducta por una finalidad como la expuesta. En este mismo sentido ya se había pronunciado esta Sala en la STS n.º 1465/2005, de 22 de noviembre.

Por lo tanto, el Tribunal calificó adecuadamente los hechos con arreglo al artículo 318 bis.

La segunda cuestión hace referencia a la vulneración del principio *non bis in idem* que los recurrentes entienden cometida al sancionar los hechos al mismo tiempo con arreglo al artículo 318 bis.3 y al artículo 188.1.º de la LECrim.

En la STS n.º 1465/2005, antes citada, esta Sala también se había manifestado en el sentido de entender que el artículo 318 bis no absorbía la conducta descrita en el artículo 188.1.º del Código Penal. Efectivamente, la conducta típica del artículo 318 bis se consuma con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explo-

tación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella.

Sin embargo, la conducta típica contenida en el artículo 188.1.º requiere algo más, consistente en la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, actos ejecutados empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situaciones de superioridad, necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas aun cuando se realice con la finalidad de explotación sexual.

El recurrente no ha planteado en realidad esta confrontación, sino que se refiere concretamente a la agravación prevista en el apartado 3 del artículo 318 bis, que entiende coincidente con las previsiones del artículo 188.1.º. En principio no se aprecia la vulneración denunciada, pues las agravaciones previstas están referidas en cada artículo a la conducta típica que en cada caso se describe. En el artículo 318 bis a las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, y en el artículo 188.1.º a los actos de determinación a la prostitución.

Sin embargo, la cuestión es diferente en lo que se refiere al ánimo de lucro. La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero. Sin duda, el Código se refiere a la prostitución cuando considera como agravante la finalidad de explotación sexual. En cualquier caso, una finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia del ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente

Derecho penal

a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone.

Es por ello que, cuando la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal sean realizadas con la finalidad de explotar sexualmente a las víctimas, la agravación por la existencia de ánimo de lucro en la primera conducta no debe ser aplicada.

En ese sentido, por lo tanto, el motivo debe ser parcialmente estimado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 10 de noviembre de 2006.

Recurso de Casación: 712/2006.

Ponente: Don Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. El acusado se limitó a transportar a dos súbditos rumanos hacia España, discurriendo por un puesto fronterizo, disponiendo ambos de sus correspondientes pasaportes, sin ocultar su existencia ni su intención, y sin que el acusado contribuyera con otra cosa que con la mera realización del transporte, ejecutado, por otro lado, en condiciones de absoluta normalidad.

“El Juzgado de Instrucción número seis de los de Figueras, incoó Procedimiento Abreviado con el número 41/2005 contra Pedro Francisco, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3.^a, rollo 87/2005) que, con fecha trece de diciembre de dos mil cinco, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Único.—Se declara probado que sobre las 13:30 horas del día 8 de abril de 2005, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que habían instalado un control provisional de extranjería en el puesto fronterizo español con Francia de La Jonquera procedieron a dar el alto al camión marca Volvo matrícula OC-....-R, propiedad de Luis Andrés, conducido por el ciudadano búlgaro Pedro Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales, en que viajaban, sentados en el asiento del copiloto y en la litera existente en la cabina, siendo visibles desde el exterior de la misma, dos ciudadanos rumanos, provistos de pasaporte, con los que el acusado había contactado en área de servicio Le Village Catalan y con los que acordó transportarles en su vehículo a España a cambio de pagar 50 euros cada uno tras no habersele permitido la entrada en España ese mismo día al tratar de hacerlo por el mismo puesto fronterizo cuando viajaban en un autobús de línea regular, circunstancia esta que no consta que fuera conocida por el acusado.» (sic)

(...) no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable.

Desde las perspectivas expuestas, el recurso no puede ser estimado. El acusado se limitó a transportar a dos súbditos rumanos hacia España, discurriendo por un puesto fronterizo, disponiendo ambos de sus correspondientes pasaportes, sin ocultar su existencia ni su intención, y sin que el acusado contribuyera con otra cosa que con la mera realización del transporte, ejecutado, por otro lado, en

Derecho penal

condiciones de absoluta normalidad, en lo que se refiere a las condiciones en las que viajaban los dos súbditos rumanos.

El primer motivo se apoya en la existencia de un error de hecho demostrado por documentos. La jurisprudencia de esta Sala exige que el documento acredite un particular relevante para el fallo y que haya sido tenido en cuenta erróneamente por el Tribunal, lo cual debe desprenderse del propio contenido literal del documento designado. En el caso, el previo rechazo policial en la frontera a los dos súbditos rumanos, que el recurrente pretende acreditado por los documentos designados, no ha sido ignorado por el Tribunal y además no resulta relevante, dado que en la sentencia se argumenta razonadamente la imposibilidad de establecer que el acusado conociera esa circunstancia. En cualquier caso de su conducta no se desprende la ejecución de ninguna maniobra de ocultación orientada a burlar la eficacia de ese control policial.

Mantenidos los hechos probados en su redacción original, el hecho no puede considerarse delictivo. No se aprecia ninguna afectación negativa a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros transportados por el acusado. Éste se limitó a acordar el transporte, circulando con normalidad, a la vista de las autoridades fronterizas, y sin que se haya acreditado ninguna actuación anterior ni ninguna finalidad posterior a su conducta de la que pudiera desprenderse un riesgo para la integridad de aquellos derechos. Tampoco se afecta el control del Estado en los flujos migratorios, dado que las dos personas transportadas se manifestaron a la vista de las autoridades sin que el acusado participara de simulación alguna de su situación real.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 13 de noviembre de 2006.

Recurso de Casación: 392/2006.

Ponente: Don Julián Sánchez Melgar.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal.

Resumen: Se condena al interesado como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“Antes de pronunciarnos acerca de su viabilidad procesal y sustantiva, hemos de reseñar que la sentencia recurrida en su relato fáctico hace constar que sobre las 13:00 horas del día 4 de marzo de 2005, funcionarios del C.N.P. que habían instalado un control aleatorio en la localidad fronteriza con Francia de Massanet de Cabrenys, procedieron a dar el alto al vehículo Ford Transit que se describe, conducido por el ciudadano búlgaro acusado, Domingo, en el que viajaba además de un compatriota suyo, cuatro ciudadanos rumanos, que ocupaban los asientos traseros del vehículo en cuestión, con los que el acusado había contactado en una gasolinera próxima a la localidad de Perpignan y con los que acordó el transporte en su vehículo a España a cambio de pagar 100 euros cada uno, «tras no habersele[s] permitido la entrada en España ese mismo día al tratar de hacerlo por el puesto fronterizo de la frontera cuando viajaban en un autobús de línea regular». Al acusado se le intervino la cantidad de 950 euros.

Aunque los documentos son mucho más detallados que el escueto relato fáctico al que llega la Sala sentenciadora de instancia, es lo cierto que se encuentran comprendidos en él, pues si bien no especifican los jueces *a quibus* la razón de la denegación de la entrada en España (que lo era por «no justificar el objeto y condiciones de la estancia prevista»), y el lugar por el que pretendían pasar (La Junquera), sino la vaga determinación redundante de «el puesto fronterizo de la frontera», realmente se encuentran comprendidos en la fundamentación jurídica, y poco importa la razón de la denegación, para indicarnos, como claramente sugiere tal relato, que el paso se hizo por lugar distinto al que previamente no se permitió, y previo pago de precio.

(...).

Derecho penal

El Tribunal *a quo* basa la argumentación en considerar que el traslado se ha realizado sin atentar a la dignidad de los ciudadanos extranjeros, lo que, a su juicio, requiere el tipo penal; también lo fundamentan en la consideración de la misma conducta descrita como infracción administrativa sin un adecuado deslinde jurídico, y finalmente, con la apoyatura que le proporciona la Sentencia de esta Sala Casacional que cita la resolución recurrida, y que es la número 147/2005, de 15 de febrero de 2005.

(...).

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (artículos 25 y ss. de la Ley especial).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.)

Podría así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (por ejemplo, con fines turísticos), si

con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de naturaleza administrativa.

Pero, de otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

(...).

Finalmente, desde la perspectiva de la infracción administrativa, es lo cierto que aunque la inmigración ilegal responda al ejercicio de derecho natural de las personas a su circulación migratoria en busca de mejores expectativas, es lo cierto que las coloca en clara situación de vulnerabilidad, de modo que el legislador—incluido el penal—debe velar por incriminar las conductas de aquellas otras personas, que aprovechándose de tal deseo, intenten sacar beneficio ilícito propio, en contra de los flujos regulares organizados administrativamente. Correlativamente, se les priva de los derechos que pudieran disfrutar en supuestos de regular migración, y se les pone en peligro de ser captados por mafias organizadas que tratan de ofrecer un trabajo la mayoría de las ocasiones leonino. Obsérvese que el tipo penal dispone que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina se produzcan «directa o indirectamente», por lo que se pone bien a las claras la amplitud del tipo penal en este sentido, en relación con la infracción administrativa.

Los hechos serán, pues, subsumidos en el artículo 318 bis, apartado 1, del Código penal, y correlativamente, en el número 3, que configura el subtipo agravado de ánimo de lucro, pero dada la exaspe-

Homologación de títulos

ración punitiva, y en atención a la menor gravedad del hecho y sus circunstancias, aplicaremos lo dispuesto en el apartado sexto del precepto citado.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 4 de diciembre de 2006.

Recurso de Casación: 5974/2001.

Ponente: Don Juan José González Rivas.

Voz: Homologación de título de odontólogo: Colombia. Prueba de conjunto.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Improcedencia de una convalidación automática: necesidad de la superación de una prueba de conjunto.

“El proceso de instancia lo promovió don Luis Pablo, contra la resolución dictada el día 29 de marzo de 1996, por el Secretario General Técnico de Educación y Ciencia, en el expediente n.º 1249-94, del Servicio de Homologación de Títulos extranjeros Universitarios (Sección I, del Ministerio de Educación y Ciencia), que acordó condicionar a la previa superación de una prueba de conjunto la homologación solicitada de su título de Odontólogo, obtenido en la República de Colombia, al correspondiente español de Licenciado en Odontología, y contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del Recurso Ordinario presentado contra la anterior resolución, posteriormente ampliado contra la resolución dictada por el Ministerio de Educación y Cultura de 29 de noviembre de 1996, que desestimó dicho recurso ordinario.

(...).

El primer motivo alegado no puede tener favorable acogida, pues si bien es cierto que el Real Decreto

1418/1990, de 26 de octubre (publicado en el BOE de 20 de noviembre de 1990), se limita a modificar el anexo al Real Decreto 970/1986, por el que se establece el título oficial de Licenciado en Odontología y las directrices generales de los correspondientes planes de estudio, que queda sustituido por el anexo al citado Real Decreto 1418/1990, ya el informe del Consejo de Universidades, de fecha 23 de febrero de 1995, fue reconsiderado a la vista de la misma alegación que el recurrente esgrime en el motivo, emitiéndose el informe de fecha 28 de noviembre de 1995, cuyo contenido se traslada a la resolución impugnada, de modo que, visto el razonamiento de la sentencia recurrida, no puede afirmarse que no haya sido tenido en consideración por el Tribunal de instancia, al que corresponde la valoración de la prueba, y cuya convicción, tras efectuar dicha valoración, no puede ser discutida en casación.

(...).

El título de Odontólogo obtenido por el recurrente en la instancia en Colombia no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplimentan lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Colombia.

Procede declarar no haber lugar al recurso de casación, (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 7 de diciembre de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 77/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Homologación de títulos

Voz: Homologación de títulos: Reino Unido. Administración y dirección de empresas.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Distinción entre homologación académica y reconocimiento a efectos de ejercicio profesional.

“La parte indicada interpuso en fecha 8 de febrero de 2005 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: «que, teniendo por presentado este escrito, con devolución del expediente administrativo se sirva admitirlo, tener por evacuado en tiempo y forma el traslado conferido para formular la presente demanda, seguir el pleito a prueba que en Otrosí interesaremos se dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda se declare no conforme a derecho la resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 25/1/2005 impugnada y se acceda la homologación y reconocimiento del título de Bachelor of Arts in Business Administration, expedido al recurrente por la Universidad de Gales el 6 de octubre de 1998, al título español de licenciado en Administración y Dirección de Empresas y con todo lo demás que en derecho proceda».

(...).

En el caso de autos el Consejo de Coordinación Universitaria se ha pronunciado, en su tercera sesión ordinaria de 2004 en sentido desfavorable, destacando la falta de equivalencia en contenido ya que: «... se aprecian numerosos déficits formativos en materias troncales correspondientes a la titulación española cuya homologación se solicita, en este caso licenciatura en Administración y Dirección de Empresas», carencias que se concretan detalladamente señalándose: “De este modo no se han cursado por el interesado los

contenidos correspondientes a las materias troncales ‘Macroeconomía’, ‘Econometría (2.º ciclo)’ y ‘Economía española y mundial’ (de esta última materia no se ha cursado en el programa del interesado ninguna otra materia sustitutiva). En cuanto a la materia ‘Microeconomía intermedia’, el interesado sólo acredita una Introducción a la Micro en la asignatura Introducción a la economía de la empresa. Por otra parte otras materias troncales de la titulación española están insuficientemente tratadas, no abarcando por ello los contenidos necesarios exigidos para obtener dicha licenciatura. Es el caso de ‘Matemáticas’ y ‘Estadística e introducción a la Econometría’. Las matemáticas y la estadística se cursan por el interesado en una única asignatura denominada Métodos cuantitativos de negocios que pretende abarcarlo todo, incluidas las matemáticas financieras. Es obvio que esa única asignatura no cubre los 24 créditos (240 horas lectivas) que se exigen en la titulación española. La pobreza de la bibliografía para esa asignatura refleja, a su vez, esta carencia básica. En cuanto a la materia troncal ‘Dirección Financiera’, el programa de estudios cuya homologación se solicita la cubre parcialmente con una asignatura llamada Gestión Financiera, muy centrada en análisis financiero-contables internos a la empresa, apreciándose por tanto notables lagunas en áreas como análisis de mercados y activos financieros que no pueden considerarse suplidas con otra asignatura, ‘Finanzas Internacionales’, al esta resta última centrada en los temas de financiación de la balanza por cuenta corriente”».

Como se desprende del concreto y detallado informe, la valoración realizada por dicho órgano técnico aprecia carencias numerosas en relación con la formación exigida en España para la obtención del título solicitado, carencias que se citan y que afectan al contenido troncal y esencial de dicha titulación, y sin que estas conclusiones se hayan desvirtuado, en modo alguno, mediante las alegaciones de la demanda y prueba al efecto.

(...).

Homologación de títulos

Desde este planteamiento general normativo es claro que las alegaciones de la parte relativas a la aplicación al caso de la Directiva 89/48/CEE y demás normas comunitarias invocadas en la demanda carece de virtualidad alguna, ya que en este caso no se trata del reconocimiento de títulos a los efectos del ejercicio profesional y garantía de libre circulación en los países miembros sino de la homologación académica del título invocado, que como se ha señalado antes está sujeta a la normativa interna, de cuyo cumplimiento no exonera la condición de ciudadano de otro país miembro de la Unión Europea.

En nuestro derecho interno tal homologación se sujeta, en lo esencial, y en lo que interesa al caso a las previsiones del Real Decreto 86/87, de 16 de enero, y en el presente caso, no resultando la homologación de la directa aplicación de Convenio ni de tablas preestablecidas, ha de estarse al juicio de equivalencia a cuyo efecto conviene reseñar el doble informe desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria.

Por todo ello, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 11 de diciembre de 2006.

Recurso de Casación: 5931/2001.

Ponente: Don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título: ingeniero de metalúrgica. Universidad Venezuela.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales. La Comisión Académica del Consejo de Universidades efectuó un contraste entre los requisitos exigidos para obtener ambos títulos (el español y el venezolano) y concluyó que eran equiparables en contenidos e intensidad.

“El Ministerio de Educación y Ciencia, a solicitud de don Sergio, homologó, por Orden de 24 de abril de 1996, su título de Ingeniero Metalúrgico, expe-

dido por la Universidad Central de Venezuela, por el español de Ingeniero Industrial, especialidad de Metalurgia.

Impugnada por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales, la sentencia ahora cuestionada desestimó el recurso contencioso-administrativo. El recurrente había alegado que, entre la formación requerida para obtener el título venezolano y la exigida para el español había notorias diferencias que se concretaban, principalmente, en la ausencia en el plan de estudios seguido por el interesado de materias troncales de los españoles, correspondientes a 600 horas lectivas. Esa circunstancia y el considerar que la Administración no había realizado una verdadera comparación entre los contenidos de ambas formaciones, le llevaban a pedir la anulación de la citada Orden Ministerial.

La Audiencia Nacional, sin embargo, no acogió sus puntos de vista. Se basó para rechazarlos en el contenido del informe, preceptivo en este caso, emitido por la Comisión Académica del Consejo de Universidades. Con arreglo al mismo, los estudios cursados por el Sr. Sergio, por su duración, intensidad y extensión eran suficientes para cumplir con las exigencias a las que la normativa sobre la materia somete la homologación de títulos extranjeros de enseñanza superior. Explica la sentencia que, frente al tenor de dicho informe, emitido por un órgano técnico especializado, no podían prevalecer las manifestaciones subjetivas del recurrente, a quien, además, reprocha efectuar una comparación nominal, al margen de los contenidos formativos de los planes de estudios.

(...).

En cuanto a los motivos de fondo, se impone, igualmente, la desestimación. Según puso de relieve la sentencia impugnada, el Ministerio de Educación y Ciencia acordó la homologación del título del Sr. Sergio en razón del informe favorable de la Comisión Académica del Consejo de Universidades

Homologación de títulos

y del carácter que le es propio. Es decir, de su condición de organismo técnico de la Administración que se pronuncia, desde una posición de especialización y objetividad. Dictamen que no efectúa una comparación nominal entre la formación seguida por el Sr. Sergio y la exigida en España para la obtención del título de Ingeniero Industrial en la especialidad de Metalurgia, sino que se pronuncia sobre los correspondientes contenidos y concluye que, por su duración, extensión e intensidad, son equivalentes.

Se daban, pues, las condiciones exigidas por el Real Decreto 86/1987 para acceder a la solicitud de homologación y también las mantenidas por la jurisprudencia dictada sobre la materia. Por tanto, la sentencia, que así lo apreció no ha incurrido en las infracciones del ordenamiento jurídico que le imputa el recurrente. No ha vulnerado la normativa vigente entonces en materia de homologación de títulos extranjeros de enseñanza superior, ni la doctrina sentada por la Sala, ni el artículo 14 de la Constitución, porque la resolución administrativa y la dictada por la Audiencia Nacional descansan, precisamente, en la previa comprobación por una instancia técnica e imparcial de la equivalencia de las respectivas formaciones académicas. Y existiendo esta equivalencia, no se producen los efectos discriminatorios afirmados en el escrito de interposición.

En consecuencia, se impone la desestimación del recurso de casación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 11 de diciembre de 2006.

Recurso de Casación: 5691/2001.

Ponente: Don Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Homologación de título venezolano al español de arquitecto técnico.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros

Industriales. El informe emitido por la Comisión del Consejo de Universidades pone de manifiesto la comparación de la formación obtenida por el solicitante tanto en su duración como en su contenido, así como su correspondencia con la formación exigida en España, de manera que se indica que se trata de un amplio plan de estudios, que se incluyen todas las materias básicas exigidas en nuestro país y con una duración de tres cursos, por lo que entiende justificada la equivalencia.

“El presente recurso de casación lo dirige el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos contra la sentencia de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2001 (recurso 993/99) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el citado Consejo General contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 13 de mayo de 1993 por la que se acuerda la homologación del título de Técnico Superior en Diseño de Obras Civiles obtenido por D. Plácido, en el Instituto Universitario de tecnología «Antonio José de Sucre» de Venezuela, al título español de Arquitecto Técnico.

(...) la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional deja claro que la homologación del título de Técnico Superior en Diseño de Obras Civiles obtenido por el Sr. Plácido en el Instituto Universitario de Tecnología «Antonio José de Sucre» de Venezuela se basa precisamente en la apreciación del Ministerio de Educación y Ciencia, con el parecer favorable del Consejo de Universidades, de que existe en este caso el grado de equivalencia necesario para la homologación con el título español de Arquitecto Técnico. Así, hemos visto que en el fundamento tercero de la sentencia recurrida se excluye expresamente que la homologación acordada resulte de la directa aplicación de un convenio de colaboración, ni de tablas de homologación, y, por el contrario, la Sala de la Audiencia Nacional deja claro que la homologación que se examina se sustenta en el juicio de equivalencia realizado a partir del informe favorable que emitió el Consejo de Universidades.

Homologación de títulos

El Consejo General recurrente cuestiona la valoración realizada, primero por la Administración española y luego por la Sala de la Audiencia Nacional, para llegar a esa conclusión; pero es sabido que la valoración de los datos y elementos de prueba que figuran en el expediente administrativo y en las actuaciones del proceso de instancia no puede ser revisada en casación salvo que se alegue –lo que no es el caso– la infracción de alguna norma sobre valoración tasada de la prueba o se ponga de manifiesto –lo que tampoco ha sucedido– que sea arbitraria o irracional la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia. En definitiva, lo que pretende el recurrente es, sencillamente, sustituir esa valoración de la prueba que hizo el tribunal de instancia por otra distinta más favorable a sus intereses; y, claro es, tal pretensión no puede ser atendida.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 12 de diciembre de 2006.

Recurso de Casación: 6016/2001.

Ponente: Don Juan José González Rivas.

Voz: Homologación de título: médico en psiquiatría. Título argentino.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. Inexistencia de una homologación automática. Necesidad de la superación de una prueba o examen previa a la convalidación de ambos títulos.

“El artículo segundo del Convenio Cultural entre España y la República Argentina de 23 de marzo de 1971 señala que las partes convienen en reconocerse mutuamente los títulos académicos de todo orden y grado, tal y como los otorga o reconoce el otro país oficialmente y dichas partes promoverán, por medio de los órganos pertinentes de cada país, el derecho al ejercicio profesional por parte de quienes ostentan un título reconocido de acuerdo al inciso anterior y sin perjuicio de las reglamentaciones que cada país impone a sus nacionales.

En el caso examinado, no se ha producido la vulneración del artículo 2 del Convenio de Cooperación

Cultural entre España y Argentina de fecha 23 de marzo de 1971, puesto que la supuesta homologación automática no resulta aplicable al presente caso y así lo señaló la sentencia recurrida para la aplicación de la cláusula de homologación automática que en el mismo se contiene, al ser preciso que de la misma clase de títulos se trate, siendo así que el título de Psiquiatría Infanto-Juvenil no existe, como tal, en España, por lo que no es posible aplicar, sin más, la homologación automática del mismo al título español de Psiquiatría.

Este criterio es coherente con el no reconocimiento de la homologación automática, pues la jurisprudencia de esta Sala (en STS de 21 de febrero de 1996, 30 de mayo de 1997, 24 de noviembre de 1997, 27 de febrero de 1998, 25 de enero de 1999, 14 de abril de 2000, 4 de diciembre de 2001 y 9 de julio de 2002) excluye la aplicación automática del artículo segundo del Convenio Hispano-Argentino, como se pretende por la actora, pues el criterio jurisprudencial vigente de la Sala es contrario al automatismo, en relación a la interpretación del Convenio entre España y Argentina, de la que son muestras evidentes, entre otras, las sentencias de 18 de enero, 10 y 16, 17 y 23 de julio de 2001.

En definitiva, el recurrente solicitó en vía administrativa la homologación de su título expedido en la República Argentina al título español de especialista en Psiquiatría «sin necesidad de superar prueba o examen de tipo alguno» y este Tribunal aprecia que ello no es posible, y que la Administración no hizo sino aplicar en términos correctos el artículo 2.º del Convenio de Cooperación Cultural entre España y la República Argentina, de 23 de marzo de 1971.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de enero de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 184/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación de títulos: Reino Unido.

Homologación de títulos

Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente. No procede rechazar la homologación sin efectuar el juicio de equivalencia por el simple hecho de que el Centro no estaba autorizado. Bajo la Ley Orgánica 11/1983 y el Real Decreto 86/1987, la falta de autorización de los Centros situados en España en los que cursó parte de la formación conducente al título, no determina la improcedencia de la homologación.

“En el presente recurso se impugna la resolución del Ministro de Educación y Ciencia de 25 de enero de 2005 por la que se deniega la solicitud de homologación del título de Bachelor of Arts in Business Administration, obtenido en la University of Wales (Reino Unido) al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, solicitud formulada el 13 de julio de 2004.

La resolución recurrida se basa en el artículo 86.3 de la LO 6/2001 y en un dictamen desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria, que en general y sin entrar al caso concreto de los estudios de la recurrente, viene a sostener que no son susceptibles de homologación, conforme el RD 86/1987, aquellos títulos en los que los estudios conducentes a su obtención no hayan sido cursados íntegramente en Universidades, Instituciones o Centros de enseñanza superior debidamente reconocidos o autorizados por las autoridades competentes conforme a la correspondiente normativa y, en el caso de autos, el título no se obtuvo en centro con autorización para impartir en España estudios de nivel universitario.

(...).

Pero ocurre que en el presente caso la homologación del título no se rige por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior (BOE 55/2004, de 4 marzo 2004) ya que en su Disposición Transitoria Única, al establecer el régimen transitorio de los procedimientos, se es-

tablece que los expedientes de homologación de títulos extranjeros de educación superior iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto continuarán su tramitación y se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su iniciación, produciéndose la entrada en vigor del RD 285/2004 conforme a la Disposición Final Cuarta, a los seis meses de su publicación en el BOE (5 de octubre de 2004), fecha que en cuanto a su aplicabilidad a la tramitación de las solicitudes de homologación, por el juego de los RD 1380/2004 y RD 309/2005 se ve prorrogada hasta el 1 de marzo de 2005 (Disposición Transitoria Única del RD 309/2005 «Todas las solicitudes de homologación de títulos extranjeros de educación superior presentadas desde el 1 de marzo de 2005 se tramitarán y resolverán de acuerdo con lo dispuesto en este real decreto»), y teniendo en cuenta la fecha de la solicitud formulada por la actora, es evidente que el marco en el que se desenvuelve el presente procedimiento está constituido por el RD 86/1987.

(...) las alegaciones de la parte relativas a la aplicación al caso de la Directiva 89/48/CEE y demás normas comunitarias invocadas en la demanda carece de virtualidad alguna, ya que en este caso no se trata del reconocimiento de títulos a los efectos del ejercicio profesional y garantía de libre circulación en los países miembros sino de la homologación académica del título invocado, que como se ha señalado antes está sujeta a la normativa interna, de cuyo cumplimiento no exonera la condición de ciudadano de otro país miembro de la Unión Europea.

En nuestro derecho interno tal homologación se sujeta, en lo esencial, y en lo que interesa al caso a las previsiones del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, y en el presente caso, no resultando la homologación de la directa aplicación de Convenio ni de tablas preestablecidas, habría de estarse al correspondiente juicio de equivalencia, lo que no se ha cumplido por parte de la Administración.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de diciembre de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 167/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad: ausencia de buena conducta. Condena penal.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Inexistencia de buena conducta cívica por parte del solicitante de nacionalidad a la vista del irregular comportamiento cívico que refleja su histórico penal, con una condena en firme, muy próxima en el tiempo a la solicitud de la nacionalidad y por hechos tan gravemente atentatorios contra la estabilidad y cohesión social y contra la salud pública como son los relacionados con el tráfico de drogas.

“En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 13 de julio de 2002, siendo el recurrente de Nigeria. El expediente refleja que el recurrente fue condenado en sentencia firme el 11 de febrero de 2000 por delito de tráfico de drogas a pena de prisión (un año y diez meses).

Por ello, ha de concluirse que el recurrente demuestra, de forma inmediatamente anterior a la solicitud, una innegable y muy reprochable conducta irregular y asocial con trascendencia en el ámbito penal-delictivo, lo que lleva, sin más, a confirmar la falta de buena conducta cívica en la que descansa la resolución recurrida. Esta circunstancia no puede entenderse compensada con el hecho de que esté casado con española (matrimonio 7 de abril de 2001) y tengan una hija en común (en todo caso estas circunstancias permitirían la aplicación un plazo abreviado de residencia legal) y la tendencia a la integración que se alega en la demanda se puede cuestionar a la vista del irregular comportamiento cívico que refleja su hoja histórico-penal, con una

condena en firme, muy próxima en el tiempo a la solicitud de nacionalidad y por hechos tan gravemente atentatorios contra la estabilidad y cohesión social y contra la salud pública como son los relacionados con el tráfico de drogas.

No se trata, como indica el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003: «de que, como ocurre en el caso de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza, hayan de concurrir circunstancias excepcionales (artículo 21.1) en el extranjero que solicite la nacionalidad por residencia, pero sí de subrayar que, siendo como es reglado el otorgamiento en este caso, ese estándar medio de conducta sea escrupulosamente respetado. Y es natural que sea así, porque la adquisición de la nacionalidad les convierte en ciudadanos españoles lo cual supone (artículo 23 de la CE) que adquieren el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.» (...) «desplazando hacia el solicitante la carga de probar que viene observando una conducta de tales características».

Por todo ello, no desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y, confirmar dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de diciembre de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 147/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente al considerarse que no lleva más de diez años de residencia legal en España en el tiempo inmediatamente anterior a la petición sin que pueda aplicársele el plazo abreviado de un año por cónyuge de español.

Nacionalidad

“En el presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 29 de noviembre de 2004 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 29 de enero de 2004 por la que se denegaba la concesión de la nacionalidad, al no haber cumplido los diez años de residencia con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición, sobre la base de que no puede aplicarse el plazo abreviado de un año por cónyuge de español ya que no queda acreditada la convivencia con su esposo.

Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

La Administración ha denegado al recurrente, la concesión de la nacionalidad española al considerar que no lleva más de diez años de residencia legal en España en el tiempo inmediatamente anterior a la petición sin que pueda aplicársele el plazo abreviado de un año por cónyuge de español.

De conformidad con el 22.2 del Código Civil, bastará el tiempo de residencia de un año para: «e) El que al tiempo de la solicitud llevara un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho».

En el caso presente, el matrimonio de la ahora recurrente, nacional de Marruecos, con persona de nacionalidad española se produjo el 8 de octubre

de 1999, y por tanto, con anterioridad superior a un año a la petición de la concesión de la nacionalidad –21 de enero de 2002–, habiéndose acreditado residencia legal en España desde 24 de marzo de 2000. Ha de concluirse, en contra de lo sostenido por la actora, que al momento de la solicitud no hay base para afirmar una efectiva convivencia, y ello atendiendo a las propias declaraciones efectuadas por la hoy recurrente y su marido, a los informes policiales, y teniendo en cuenta que el hijo que tiene con el Sr. Alejandro, su actual pareja, nació el 17 de mayo de 2002, (de forma inmediata a la solicitud) y que su empadronamiento en la Calle (...), Caldes de Montbui, junto con don Alejandro, se remonta al 2002.

Ello conlleva la desestimación de la demanda.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de diciembre de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 149/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Denegación de nacionalidad: detenciones. Ausencia de buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente que demuestra de forma inmediatamente anterior a la solicitud y próxima en el tiempo, una innegable, mantenida y muy reprochable conducta irregular y asocial con trascendencia en el ámbito penal-delictivo, lo que lleva sin más a confirmar la falta de buena conducta cívica.

“En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...).

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 9

Nacionalidad

de mayo de 2002, siendo el recurrente de Guinea Ecuatorial. El expediente refleja que el recurrente fue detenido en 18 ocasiones entre los años 1975 a 1996, por desórdenes públicos, resistencia/desobediencia, riña, amenazas, tráfico de drogas y estafa.

El recurrente alegó en su día, en escrito datado en julio de 2004, que la acumulación, en un corto periodo de tiempo, de diligencias policiales en su contra tenía su origen en que en el año 1994 abrió un bar frecuentado por personas de raza negra, lo que originó un movimiento de rechazo en un determinado sector de la vecindad, que, impulsado por sentimientos racistas, se tradujo en una continua acumulación de denuncias falsas tendentes a que se le retirara el permiso de apertura del local, objetivo que finalmente han conseguido. En la demanda este argumento cambia para imputar la existencia de denuncias en su contra al hecho de frente a su local el Ayuntamiento estableció un centro de abastecimiento de jeringuillas para drogodependientes lo que ocasionaba que se sucedieran situaciones tensas cerca de su local con frecuentes redadas policiales en todos los locales de la zona. Nos encontramos por tanto ante una injustificada mutación argumental de hechos relevantes.

Por ello, si bien es cierto que a fecha de la solicitud se carecían de antecedentes penales, y que los policiales se cancelaron el 2 de agosto de 2004, el recurrente demuestra, de forma inmediatamente anterior a la solicitud, y próxima en el tiempo una innegable, mantenida, y muy reprochable conducta irregular y asocial con trascendencia el ámbito penal-delictivo (se vio sometido a diversos procesos por faltas y delitos, identificados en la propia demanda al folio 5, llegando a producirse una condena por falta), lo que lleva, sin más, a confirmar la falta de buena conducta cívica en la que descansa la resolución recurrida.

Esta circunstancia no puede entenderse compensada con lo que es la mera existencia de residencia legal, ni con el hecho de que el recurrente sea pen-

sionista por invalidez permanente, ni con que en su devenir personal se casara con española, posteriormente se divorciara estableciendo una relación de pareja de hecho, ni con el hecho de que tenga cinco hijos. El tener experiencias vitales en el campo estrictamente personal no implica *per se* buena conducta cívica. No hay que olvidar que además no constan notas positivas que demuestren el cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles y así, por ejemplo, pese al amplio período de permanencia del recurrente en España y de la asunción del desarrollo de una actividad económica por cuenta propia, como regente de un bar, no consta ni el pago de impuestos ni de seguros sociales.

No se trata, como indica el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003: «de que, como ocurre en el caso de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza, hayan de concurrir circunstancias excepcionales (artículo 21.1) en el extranjero que solicite la nacionalidad por residencia, pero sí de subrayar que, siendo como es reglado el otorgamiento en este caso, ese estándar medio de conducta sea escrupulosamente respetado. Y es natural que sea así, porque la adquisición de la nacionalidad les convierte en ciudadanos españoles lo cual supone (artículo 23 CE) que adquieren el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos» (...) «desplazando hacia el solicitante la carga de probar que viene observando una conducta de tales características».

Por todo ello, no desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y, confirmar dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 22 de diciembre de 2006.

Nacionalidad

Recurso de Apelación: 946/2004.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Nacionalidad por residencia: antecedentes policiales por falsificación.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. Constan antecedentes policiales por falsificación y dos expedientes de expulsión.

“La recurrente aduce en apoyo de su pretensión que está casada con un nacional español un año antes de la solicitud de la nacionalidad (se casó el 9 de marzo de 2001 y presentó su solicitud el 20 de mayo de 2002) y aunque es cierto que existieron unas actuaciones penales contra ella en el año 1996 están archivadas, y no se ha dictado sentencia condenatoria contra la misma; y los dos expedientes de expulsión, incoados por encontrarse ilegalmente en España, no pueden considerarse reveladores de una mala conducta cívica puesto que en esa misma situación se encuentran la mayoría de los extranjeros en España antes de regularizar su situación, estando estos hechos muy alejados en el tiempo.

(...).

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.

(...) los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española (Sentencia TS de 5 de noviembre de 2001 rec. casación núm. 5912/1997).

De modo que la simple existencia o inexistencia de antecedentes penales no es suficiente para estimar la concurrencia o no de este requisito, salvo que se refiera a infracciones que *per se* revelen la existen-

cia de mala conducta. Se habrá de valorar el alejamiento o cercanía temporal de tales antecedentes en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal, como reveladores no solo del incumplimiento de las normas sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida.

(...).

Se trata, por tanto, de valorar el conjunto de la vida desplegada por el solicitante en nuestro país, especialmente en los años anteriores a lo solicitud, para alcanzar un convencimiento sobre su trayectoria personal (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

Y con relación a la citada cuestión consideramos que concurren circunstancias que nos conducen a considerar que no ha mantenido suficiente buena conducta cívica en nuestro territorio, pues al margen de las actuaciones penales por falsificación que en su día se incoaron y que la recurrente afirma que fueron archivadas, pero sin acreditar el archivo de esta causa, los hechos que se le imputaban, ni tampoco las razones de motivaron dicho archivo, prueba que le incumbía a la recurrente para desvirtuar la existencia de unas actuaciones penales contra la misma; tampoco puede obviarse que se le incoaron dos expedientes de expulsión por su estancia ilegal en España, en el año 1993 y 1996, que revelan no solo una situación de irregularidad administrativa en España sino también su falta de respeto y reiterado incumplimiento de las normas de nuestro ordenamiento, en este caso administrativas, desti-

Nacionalidad

nadas a regular la estancia y residencia en nuestro país, intentando por todos los medios y a sabiendas de la ilegalidad de su actuación volver a entrar sin los permisos administrativos correspondientes y permanecer en él en situación irregular, sin que por el contrario se hayan aportado elementos positivos, fuera de su matrimonio con un español contraído un año antes de solicitar la nacionalidad española, que pongan de manifiesto que su comportamiento y conducta ha cambiado y es merecedora del nuevo estatus que solicita. Pues tal y como ha señalado una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999) es exigible al solicitante de aquélla, a consecuencia del plus que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los actos favorables al administrado, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera poner en cuestión el concepto de buena conducta que el precepto salvaguarda como exigencia determinante de la concesión de la nacionalidad española, pues el otorgamiento de ésta en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular, al contrario de lo que ocurre en el supuesto analizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, sino, como antes hemos dicho, como el otorgamiento de una condición, la de nacional, que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, no en vano la nacionalidad constituye la base misma de aquél, y que conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones que en todo caso puede ser denegado por razones de orden público o interés nacional.

Por todo ello procede la confirmación de la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 2 de enero de 2007.

Recurso de Apelación: 956/2004.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad por residencia: falta de buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La cercanía temporal del comportamiento del recurrente (causar lesiones graves a un compañero de trabajo) en relación con su solicitud de nacionalidad, es un hecho revelador de una conducta antisocial que no le hace merecedor de obtener la nacionalidad española.

“El presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 18 de junio de 2004, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente en la que se le denegaba la concesión de la nacionalidad, sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica al constar que el recurrente fue detenido por homicidio doloso el 5 de marzo de 2000, pasando las actuaciones al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que los hechos relatados en el informe policial se refieren a una disputa que mantuvo con su socio que derivó en una pelea en la que se causaron mutuamente lesiones, pero su socio el Sr. Eugenio puso una denuncia que finalmente se tramitó judicialmente como un juicio de faltas que no llegó a celebrarse por cuanto el denunciante desapareció y no se le llegó a localizar por lo que el juzgado sobreseyó las actuaciones penales.

(...).

En el supuesto que nos ocupa el recurrente mantuvo una pelea, causando lesiones graves, a un compañero de trabajo, como el mismo reconoce, un año antes de solicitar la nacionalidad española y aunque no llegó a celebrarse el juicio penal, al no haber podido localizar al denunciante, ello no impide que tales hechos puedan ser valorados al tiempo de determinar si concurre en el recurrente una conducta adecuada para que pueda obtener la nacionalidad

Nacionalidad

española. Ya hemos señalado anteriormente que uno de los criterios para ponderar su conducta en nuestro país, y especialmente para valorar los actos reprochables, viene dado por el alejamiento o cercanía temporal de los mismos en relación con la fecha de presentación de su solicitud, y también que al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999) es exigible al solicitante de aquélla, a consecuencia del plus que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los actos favorables al administrado, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera poner en cuestión el concepto de buena conducta que el precepto salvaguarda como exigencia determinante de la concesión de la nacionalidad española, pues el otorgamiento de ésta en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular.

La cercanía temporal del comportamiento enjuiciado en relación con su solicitud y dado que, al margen de su enjuiciamiento y calificación penal que estos hechos puedan merecer, son relevadores una conducta antisocial que no le hace merecedor de obtener la nacionalidad española, procede confirmar la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 2 de enero de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 923/2004.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Denegación de nacionalidad: antecedentes penales.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente condenada como autora de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas), delito frustrado de contrabando y delito de identidad falso.

“El presente recurso se impugna las resoluciones del Ministerio de Justicia, DGRN, de 28 de abril de 2004, confirmada en reposición por resolución de

4 de noviembre de 2004, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica al haber sido condenada por sentencia judicial de 7 de marzo de 1994, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya por la que se la condenó como autora de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía de notoria importancia, de un delito frustrado de contrabando y de un delito de identidad falso a las penas de 8 años y un día de prisión mayor, multa de 100.000.001 pts. por el primer delito, de un 2 meses y un día de arresto mayor accesorias legales y multa de 5.500.000 pts. y por el tercer delito con multa de 100.000 pts.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que si bien es cierto que fue condenada penalmente por los delitos referidos, los hechos que motivaron esta condena penal ocurrieron a finales de 1990 (noviembre de 1990), esto es, 12 años antes de su solicitud de nacionalidad; que cumplió la condena penal correspondiente y dichos antecedentes han quedado cancelados y desde entonces ha rehecho su vida estando casada con español (actualmente fallecido) tiene trabajo y paga sus impuestos y la Seguridad Social.

(...) los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española (Sentencia TS de 5 de noviembre de 2001 rec. casación núm. 5912/1997).

(...).

Pues bien, los hechos por los que fue condenada penalmente son especialmente graves y peligrosos para la sociedad, revelando un comportamiento muy alejado de lo que constituye la conducta exigible a un ciudadano medio y un desprecio hacia los

Nacionalidad

valores sociales elementales que no se encuentran suficientemente alejados en el tiempo para que puedan ser ignorados a los efectos de valorar su conducta en nuestro territorio para obtener la nacionalidad española, hechos y condena penal que, por otra parte, fueron ocultados por la recurrente al tiempo de solicitar la nacionalidad española.

Su posterior incorporación al mundo laboral no puede considerarse como un elemento decisivo para entender que concurre en el recurrente buena conducta cívica con el fin de obtener la nacionalidad española. Se trata sin duda de una línea de actuación en la que el recurrente ha de profundizar pero que no resulta por sí misma suficiente para hacerla merecedora de la nacionalidad española al no apreciarse que su comportamiento en los años anteriores a su solicitud pueda considerarse ajustada a un estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos, pues para la obtención de la nacionalidad española en cuanto acto de soberanía que concede importantes derechos al administrado exige algo más, o dicho en palabras de nuestro Tribunal Supremo «un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española», que la recurrente no ha demostrado, estando implicada en graves conductas delictivas sin que el cumplimiento de la condena penal y su posterior incorporación al mundo laboral constituya prueba suficiente de contrario para entender que concurre el requisito de la buena conducta cívica en los términos exigidos por nuestro Código Civil y por la jurisprudencia que lo interpreta.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 10 de enero de 2007.

Recurso Contencioso-Administrativo: 224/2005.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente al no existir motivos que justifiquen la denegación de la concesión de la nacionalidad solicitada al haber acreditado el requisito de residencia legalmente previsto.

“La Administración ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que la residencia legal en España durante dos años no ha sido continuada, circunstancia que es discutida en la demanda.

El artículo 22.1 del Código Civil establece que para la concesión de la nacionalidad por residencia serán suficientes dos años en el caso de nacionales de origen de países iberoamericanos –el recurrente es peruano– debiendo ser la residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición», según reza el número 3 del citado artículo.

Pues bien, el cumplimiento de tal requisito objetivo exige la concurrencia de las tres circunstancias de: a) legalidad de la residencia, lo que supone la sujeción a las normas sobre extranjería establecidas; b) continuidad o no interrupción del plazo; y c) que tal período de residencia corresponda al momento inmediatamente anterior a la solicitud.

En el caso concreto de autos el recurrente nacional de Perú, solicitó la nacionalidad española por residencia el 30 de junio de 2003 y la denegación se basa en que la residencia legal iniciada el 28 de junio de 2001, había estado interrumpida desde: 12 de diciembre de 2002 hasta 3 de abril de 2003.

Se alega en la demanda que la documentación que avala tal conclusión es errónea y efectivamente se aportó, con posterioridad a la resolución de origen recurrida, documentación, con origen en la propia Administración, en concreto certificación de la Delegación del Gobierno de Madrid y de la Comisaría General de Extranjería y Documentación donde se hace constar que el recurrente solicitó la renovación del permiso que vencía el 12 de diciembre de 2002, el 4 de noviembre de 2002, antes aún

Régimen comunitario

de su expiración, por lo que su permanencia en España ha estado amparada por residencia legal, de forma ininterrumpida desde el 28 de junio de 2001 y de ahí que a fecha de la solicitud se cumpliera el requisito de los dos años de residencia legal previa a la solicitud y continuada.

Por todo ello la demanda ha de estimarse.

De conformidad con el artículo 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998 se aprecian circunstancias de mala fe o temeridad que determinan la expresa imposición de las costas causadas en este proceso a la Administración, ya que la cuestión que subyace en la presente causa es meramente fáctica y es la Administración la que genera la documentación que recoge una composición errónea de hechos (de fechas) en la que basa su resolución denegatoria determinando que se origine un proceso, abocando a un particular a tal situación, a sabiendas de la inconsistencia de cualquier posible oposición a la pretensión ejercitada en el mismo, y no en vano, la propia Administración genera, subsiguientemente, la documentación que demuestra el carácter erróneo de la primera y pese a ello no ha corregido, ni antes ni durante el devenir del proceso, su insostenible actitud desestimatoria de las pretensiones del actor.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 9 de enero de 2007.

Cuestión prejudicial: C-1/05.

Ponente: Sr. Cunha Rodríguez.

Voz: Nacional de Estado miembro establecido en otro Estado: pruebas para ser considerado ascendiente de cargo.

Resumen: El Derecho comunitario, a la luz de la Sentencia de 23 de septiembre de 2003, no exige que los Estados miembros supediten la concesión de un derecho de residencia a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación, al requisito de que dichos miembros de la familia hayan residido legalmente con anterioridad en otro Estado miembro.

“La petición de decisión prejudicial se refiere a la interpretación de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, p. 14; EE O6/01, p. 132), y del artículo 43 de la CE.

Esta petición se presentó en el marco de un recurso que enfrenta a la Sra. Jia, ciudadana china jubilada, a la Migrationsverket (Oficina de Migraciones), en relación con la desestimación por esta última de la solicitud que presentó la interesada para obtener una autorización de residencia de larga duración en Suecia.

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El Derecho comunitario, a la luz de la sentencia de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C-109/01), no exige que los Estados miembros supediten la concesión de un derecho de residencia a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación, al requisito de que dichos miembros de la familia hayan residido legalmente con anterioridad en otro Estado miembro.

2) El artículo 1, apartado 1, letra d), de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, rela-

Régimen comunitario

tiva a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de 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. El artículo 6, letra b), de la misma Directiva debe interpretarse en el sentido de que 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.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 11 de enero de 2007.

Cuestión prejudicial: C-40/05.

Ponente: Sr. Malenovsky.

Voz: Libre circulación de trabajadores: profesores. Centro docente de otro Estado miembro.

Resumen: El Derecho comunitario no se opone a que una normativa nacional que organiza una formación destinada a cubrir a corto plazo las necesidades de profesores cualificados en un Estado miembro exija que los solicitantes de dicha formación estén empleados en un centro docente del referido Estado miembro, siempre que la aplicación de esa normativa no excluya las solicitudes de profesores que no estén empleados en un centro de estas características.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 12 de la CE y 39 de la CE.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Lyyski, ciudadano sueco que trabaja como profesor en un centro docente en Finlandia, y la Umeå universitet (Suecia) en relación con la desestimación de la solicitud que había presentado para participar en una formación en dicha universidad.

(...).

El nacional sueco Kaj Lyyski solicitó participar en el marco del programa SÅL en una formación en la universidad de Umeå, a partir del semestre de otoño de 2004.

En su solicitud expuso que para el período de formación disfrutaba de un empleo como profesor en un centro docente de lengua sueca en Turku (Finlandia).

La Universidad de Umeå rechazó su solicitud y estimó, según su propia interpretación del Reglamento SÅL y la hecha por el Ministerio de Educación Nacional sueco, que el Sr. Lyyski no cumplía los requisitos de aptitud para beneficiarse de la formación impartida en el marco del programa SÅL, ya que no estaba empleado en un centro docente sueco y debía, por consiguiente, realizar la parte práctica de esta formación en Finlandia.

El Sr. Lyyski impugnó la resolución de la Universidad de Umeå por la que se desestima su solicitud ante el órgano jurisdiccional remitente. Solicitó que se declarase que cumplía los requisitos para acceder a la referida formación y que, en cuanto ciudadano sueco residente en Finlandia y empleado en una escuela de lengua sueca en dicho Estado miembro, tenía la experiencia profesional suficiente para iniciar una carrera profesional como profesor.

Por su parte, la Universidad de Umeå alegó, en particular, que el requisito de estar empleado en un centro docente en Suecia para tener acceso a la for-

Régimen comunitario

mación SÁL está justificada por razones objetivas y proporcionadas al objetivo de la misma.

(...) el Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) declara:

El Derecho comunitario no se opone a que una normativa nacional que organiza con carácter transitorio una formación destinada a cubrir a corto plazo las necesidades de profesores cualificados en un Estado miembro exija que los solicitantes de dicha formación estén empleados en un centro docente del referido Estado miembro, siempre que la aplicación de la referida normativa no conduzca a excluir, por principio, todas las solicitudes de profesores que no estén empleados en un centro de estas características, exclusión que se produciría sin examen anterior e individual de los méritos de dichas solicitudes, especialmente en relación con las aptitudes del interesado y con la posibilidad de supervisar la parte práctica de la formación que éste recibe o, en su caso, de dispensarlo de ella.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 11 de enero de 2007.

Cuestión prejudicial: C-208/05.

Ponente: Sr. Caoimh.

Voz: Agencia privada de colocación: cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social.

Resumen: El Derecho comunitario se opone a que una norma nacional como el Código alemán de la Seguridad Social señale que el pago por un Estado miembro a una agencia privada de colocación, de la remuneración que un demandante de empleo adeuda a dicha agencia por su colocación, quede supeditado al requisito de que el empleo procurado por dicho intermediario esté sujeto a las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social en el territorio de dicho Estado.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980,

sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE O5/O2, p. 219; en lo sucesivo, «Directiva»).

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre, por un lado, la Sra. Robins y otros 835 participantes en dos planes de pensiones de empleo (en lo sucesivo, «demandantes en el litigio principal»), y, por otro lado, el Secretary of State for Work and Pensions, órgano competente en el Reino Unido en materia de empleo y de jubilación, litigio que versaba sobre la reducción de los derechos a prestaciones de vejez de los primeros como consecuencia de la insolvencia del empresario.

(...).

Los demandantes en el litigio principal son antiguos trabajadores de la sociedad ASW Limited, la cual está sujeta a un procedimiento de liquidación judicial en virtud de un auto de 24 de abril de 2003.

Dichos trabajadores eran participantes en planes de pensiones financiados por la referida sociedad, a saber, el ASW Pension Plan y el ASW Sheerness Steel Group Pension Fund (en lo sucesivo, «Planes de Pensiones»).

(...).

Los Planes de Pensiones finalizaron en julio de 2002 y se encuentran en proceso de liquidación. Sus administradores han de recurrir ahora a los recursos patrimoniales de los Planes de Pensiones para satisfacer las prestaciones de los partícipes en función de determinadas categorías prioritarias que se definen en las normas que regulan los planes de pensiones, tal como resultaron modificadas por la ley. Los recursos patrimoniales de los planes de pensiones se utilizan con carácter prioritario para satisfacer las prestaciones debidas a aquellos partícipes

Régimen comunitario

que ya percibían una pensión en la fecha en que se incoó la liquidación de los planes de pensiones; en segundo lugar, en la medida en que queden recursos patrimoniales, para satisfacer las prestaciones debidas a aquellos partícipes que aún no percibían una pensión en esa misma fecha.

Según las más recientes evaluaciones llevadas a cabo por los actuarios de los Planes de Pensiones, los activos no son suficientes para cubrir la totalidad de las prestaciones debidas al conjunto de los partícipes y, por consiguiente, se procederá a reducir las prestaciones de los partícipes que no estén jubilados.

(...) el Tribunal de Justicia (Sala 2.^a) declara:

1) El artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de insolvencia del empresario y de insuficiencia de los recursos patrimoniales de los planes de pensiones complementarios, profesionales o interprofesionales, la financiación de los derechos adquiridos a prestaciones de vejez no debe obligatoriamente estar a cargo de los propios Estados miembros ni ser íntegra.

2) El artículo 8 de la Directiva 80/987 se opone a un sistema de protección como el controvertido en el litigio principal.

3) En caso de adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 8 de la Directiva 80/987, la responsabilidad del Estado miembro de que se trate está supeditada a la constatación de una inobservancia manifiesta y grave, por parte de dicho Estado, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 16 de enero de 2007.

Cuestión prejudicial: C-265/05.

Ponente: Sr. Juhasz.

Voz: Subsidio de vejez: requisito de residencia.

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que el examen del subsidio complementario recogido en la sentencia sobre la base de los elementos de los autos representados ante el Tribunal muestra que no existe una relación suficientemente identificable entre la contribución social generalizada y la prestación de que se trata, lo que lleva a la conclusión de que el subsidio complementario tiene carácter no contributivo.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 2 *bis*, el artículo 10 *bis*, el artículo 19, apartado 1, el artículo 95 *ter* y el anexo II *bis* del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»).

Esta petición se planteó en el marco de un litigio entre el Sr. Pérez Naranjo y la Caisse régionale d'assurance maladie (CRAM) Nord-Picardie, en relación con la solicitud de pago del subsidio complementario del Fonds national de solidarité (en lo sucesivo, «subsidio complementario») presentada por el Sr. Pérez Naranjo. El Fonds national de solidarité se transformó, el 1 de enero de 1994, en el Fonds de solidarité vieillesse (en lo sucesivo, «Fondo»).

(...).

El Sr. Pérez Naranjo, demandante en el procedimiento principal, nacido el 27 de septiembre de 1931, tiene nacionalidad española. Trabajó en Francia desde 1957 hasta 1964, después regresó a España. Desde el 1 de noviembre de 1991 percibe una pensión de jubilación francesa.

Régimen comunitario

El 28 de mayo de 1997, dicho demandante solicitó el pago de un subsidio complementario a la Caisse régionale d'assurance maladie (CRAM) Nord-Picardie. Al ser denegada su solicitud, interpuso un recurso ante el tribunal des affaires de sécurité sociale de Lille, que fue desestimado mediante Sentencia de 13 de diciembre de 2001.

El demandante en el procedimiento principal interpuso un recurso de apelación contra esa sentencia ante la cour d'appel de Douai. Dicho órgano jurisdiccional también desestimó las pretensiones del demandante, mediante Sentencia de 28 de febrero de 2003, por considerar que el subsidio complementario, contemplado expresamente en el anexo II bis del Reglamento n.º 1408/71, constituye una categoría especial de las prestaciones denominadas «prestaciones especiales de carácter no contributivo», que, al estar comprendidas en el artículo 10 bis del mismo Reglamento, ya no son exportables desde el 1 de junio de 1992, fecha en la que el interesado no cumplía el requisito de edad fijado en la normativa francesa.

El demandante en el procedimiento principal se dirigió a la Cour de cassation. En apoyo de su recurso de casación alegó que el subsidio complementario no constituye una prestación especial ni una prestación no contributiva y que la cour d'appel de Douai, al considerar lo contrario por el mero hecho de que este subsidio está contemplado expresamente en el anexo II bis del Reglamento n.º 1408/71, sin realizar examen alguno de la naturaleza de dicho subsidio, infringió el artículo 4, apartado 2 bis, y el artículo 10 bis de dicho Reglamento.

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

Una prestación como el subsidio complementario, mencionado en el anexo II bis, bajo el título «Francia», del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por

cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, constituye una prestación especial. El examen del modo de financiación del subsidio complementario sobre la base de los elementos de los autos presentados ante el Tribunal de Justicia muestra que no existe una relación suficientemente identificable entre la contribución social generalizada y la prestación de que se trata, lo que lleva a la conclusión de que el subsidio complementario tiene carácter no contributivo. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar la exactitud de los elementos enunciados en los apartados 48 a 52 de la presente sentencia para establecer de modo concluyente el carácter contributivo o no contributivo de dicha prestación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 18 de enero de 2007.

Cuestión prejudicial: C-332/05.

Ponente: Sr. R. Schintgen.

Voz: Prestaciones diarias por enfermedad en función de la renta neta.

Resumen: El Reglamento (CE) 1408/71, del Consejo, se opone a la aplicación de un régimen de prestaciones diarias por enfermedad establecido por un Estado miembro, como el que se cuestiona en el asunto principal, en virtud del cual el trabajador migrante cuyo cónyuge resida en otro Estado miembro sea incluido de oficio en un grupo de tributación menos favorable que aquél del que disfruta un trabajador nacional casado cuyo cónyuge resida en el Estado miembro de que se trate sin que ejerza ninguna actividad remunerada.

“La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 3, apartado 1, y 23, apartado 3 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los tra-

Régimen comunitario

bajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»), así como del artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE O5/O1, p. 77) y del artículo 39 de la CE.

Dicha petición se formuló en el marco de un litigio entre el Sr. Celozzi y la Innungskrankenkasse Baden-Württemberg (en lo sucesivo, «Innungskrankenkasse»), ocasionado por la negativa de esta última a tener en cuenta, con carácter retroactivo, la modificación del grupo de tributación al que pertenece el demandante en el procedimiento principal, para el cálculo del importe de las prestaciones diarias por enfermedad (en lo sucesivo, «prestaciones diarias») que se le concedieron con arreglo a la legislación alemana.

(...).

El Sr. Celozzi, nacional italiano nacido en 1942, trabajó y residió durante un largo período en Alemania, mientras que su esposa, de nacionalidad italiana y sin empleo, siguió residiendo en Italia con sus hijos.

Por su último empleo como trabajador de la construcción, el Sr. Celozzi estaba asegurado en la Innungskrankenkasse. Durante el mes de mayo de 1997, después de una hospitalización, estuvo largo tiempo en situación de incapacidad laboral por enfermedad. Se le abonaron distintas prestaciones diarias por enfermedad durante los períodos comprendidos entre el 20 de junio de 1997 y el 27 de enero de 1998 y entre el 26 de febrero de 1998 y el 5 de noviembre de 1998. A continuación, el demandante en el asunto principal percibió las prestaciones por desempleo.

(...).

En el transcurso del mes de agosto del año 2000, el Sr. Celozzi solicitó a la Innungskrankenkasse que revisara el cálculo de sus prestaciones por enfermedad considerándolo esta vez en el grupo de tributación III, que es más favorable que aquél que se le había asignado y cuyas condiciones de atribución cumplía desde que comenzó a tener derecho a las prestaciones. Para ello, alegaba que se había beneficiado *a posteriori* de una reducción de su impuesto sobre la renta y de un incremento de sus prestaciones por desempleo.

Mientras que la Administración tributaria alemana competente confirmó que, desde el año 1997, concurrían los requisitos para una tributación conjunta del Sr. Celozzi y de su cónyuge, la Innungskrankenkasse se negó a abonarle retroactivamente prestaciones por enfermedad más elevadas, aduciendo que éstas se habían calculado correctamente en el momento en que el demandante en el asunto principal había disfrutado de una baja por enfermedad y que una modificación retroactiva del grupo de tributación no tenía influencia alguna sobre el importe de las referidas prestaciones, según la jurisprudencia existente sobre esta materia.

(...) el Tribunal de Justicia declara:

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, se opone a la aplicación de un régimen de prestaciones diarias por enfermedad establecido por un Estado miembro, como el que se cuestiona en el asunto principal:

— en virtud del cual el trabajador migrante cuyo cónyuge resida en otro Estado miembro sea incluido de

Régimen comunitario

oficio en un grupo de tributación menos favorable que aquél del que disfruta un trabajador nacional casado cuyo cónyuge resida en el Estado miembro de que se trate sin que ejerza ninguna actividad remunerada, y

– que no permita tener en cuenta, con alcance retroactivo, por lo que atañe al importe de dichas prestaciones, que se calcula en función de la renta neta, determinada ella misma por el grupo de tributación, una rectificación *a posteriori* de éste, a solicitud expresa del trabajador migrante fundada en su verdadera situación familiar.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Fecha: 15 de febrero de 2007.

Cuestión prejudicial: C-270/05.

Ponente: Sr. Juhász.

Voz: Despidos colectivos: cese de actividad por voluntad empresarial. Centro de trabajo.

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y concretamente su artículo 1.1.a), debe interpretarse en el sentido de que una unidad de producción como la del litigio principal está comprendida en el concepto de “centro de trabajo” a efectos de la aplicación de dicha Directiva.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del concepto de «centro de trabajo» que figura, concretamente, en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 225, p. 16).

Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre unos trabajadores despedidos y su antiguo empresario, la sociedad Athinaïki Chartopoïia AE

(en lo sucesivo, «sociedad»), respecto a la regularidad de su despido colectivo, que se produjo tras el cese de las actividades de una de las unidades de producción de dicha sociedad por decisión de ésta.

(...).

De este modo, el Tribunal de Justicia ha dado una definición muy amplia del concepto de «centro de trabajo» con el fin de limitar en la medida de lo posible los casos de despidos colectivos que no están sujetos a la Directiva 98/59 debido a la calificación jurídica de dicho concepto a nivel nacional (véase, en particular, la Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Agorastoudis y otros, C-187/05 a C-190/05, Rec. p. I-0000, apartado 37). Sin embargo, dado el carácter general de esta definición, no puede considerarse que sea decisiva por sí sola a la hora de apreciar las circunstancias concretas del litigio principal.

A efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas.

Teniendo en cuenta que el fin perseguido por la Directiva 98/59 contempla especialmente las consecuencias socio-económicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados, la entidad en cuestión no debería estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo».

Además, el Tribunal de Justicia ha declarado en esa línea que, a efectos de la definición del concepto de «centro de trabajo», no resulta esencial que dicha

unidad disponga o no de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos (sentencia Rockfon, antes citada, apartado 34, y punto 2 del fallo). Tampoco es preciso que exista una separación geográfica entre ella y otras unidades e instalaciones de la empresa.

(...) el Tribunal de Justicia (Sala 1.^a) declara:

La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y concretamente su artículo 1, apartado 1, letra a), debe interpretarse en el sentido de que una unidad de producción como la del litigio principal está comprendida en el concepto de «centro de trabajo» a efectos de la aplicación de dicha Directiva.”

CONSTITUCIONAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 25 de septiembre de 2006.

Recurso de Amparo: 4017/2003.

Ponente: Don Javier Delgado Barrio.

Voz: Vulneración de los derechos a la libertad personal y al *habeas corpus*.

Resumen: El Tribunal otorga el amparo solicitado en interés de don N. frente al Auto del Juzgado de Instrucción número 4 de Puerto del Rosario (Fuerteventura) que inadmitió a trámite su solicitud de *habeas corpus* tras haber sido intercedido en una patera.

“El objeto de este amparo es determinar si la resolución impugnada, en la medida en que inadmitió

liminarmente la incoación del procedimiento de *habeas corpus* por motivos de fondo, vulneró el derecho a la libertad del recurrente.

Este Tribunal ya ha reiterado que la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 de la CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento y que los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de una situación de privación de libertad que no haya sido acordada judicialmente, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales (por todas, STC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente a las solicitudes de *habeas corpus* ante situaciones de privaciones de libertad acordadas en el marco de la legislación de extranjería, recientemente el Pleno de este Tribunal, en la STC 303/2005, de 24 de noviembre, reiterando que el *habeas corpus* sólo es factible en los supuestos de privación de libertad acordados por la autoridad gubernativa, quedando excluido como remedio procesal para aquellos que han sido dispuestos por el Juez, ya estableció que las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial establecido en la vigente legislación de extranjería —referidas a que el internamiento de extranjeros debe adoptarse por Auto motivado por el Juzgado de Instrucción competente y con audiencia del interesado— equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del *habeas corpus* (FJ 3). Ello fue lo que determinó que se denegara en aquel caso el amparo tras constatarse que la inadmisión liminar traía causa, y así había sido justificado en la resolución impugnada, en que el Juzgado de Instrucción ya había verificado el trámite de audiencia previo al internamiento un día antes de que se solicitara el *habeas corpus* (FFJJ 4 y 5). Conclusión a la que tam-

Constitucional

bién se llegó, por identidad de supuestos, en las SSTC 315/2005 y 316/2005, de 12 de diciembre.

Por su parte, y en coherencia con dicha doctrina, en la STC 169/2006, de 5 de junio, la estimación del amparo se justificó en que la inadmisión liminar del *habeas corpus* se había motivado judicialmente en argumentos de fondo sobre la legalidad de la detención, concurriendo, además, la circunstancia fáctica de que, a pesar de haberse verificado el trámite de audiencia previo al internamiento el mismo día en que fue inadmitido el *habeas corpus*, no podía acreditarse que dicha audiencia se hubiera llevado a cabo con anterioridad a acordarse la inadmisión, concluyendo que «tampoco puede considerarse conforme con el artículo 17.4 de la CE la inadmisión a limine, aun cuando la autoridad judicial prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento del extranjero solicitante de *habeas corpus*» (FJ 4). Esa misma es la *ratio decidendi* utilizada para estimar el amparo en las SSTC 201/2006 a 213/2006, de 3 de julio.

La aplicación de esta doctrina al caso que ahora examinamos, de circunstancias fácticas idénticas a las de la STC 260/2006, de 11 de septiembre, conduce directamente a la estimación del amparo, como hacíamos en la citada sentencia a cuyos razonamientos nos remitimos.

No obstante, es de añadir que, dado que en este proceso se impugna una resolución judicial, obviamente nuestro enjuiciamiento ha de referirse precisamente a su contenido —artículo 44.1.b) de la LOTC— y en este caso sucede: a) que el Auto impugnado señala con acierto que la finalidad del *habeas corpus* es la de que las personas privadas de libertad «sean inmediatamente puestas a disposición judicial»; b) y sin embargo la motivación del Auto, apartándose de aquel correcto planteamiento, sin examinar la cuestión de si el demandante estaba o no a disposición judicial, desarrolla su razonamiento con una argumentación de fondo respecto

de la legalidad de la «detención practicada por los Agentes de la Policía Nacional», que es exactamente lo mismo que ocurría en el caso de la citada STC 260/2006.

Así las cosas, hemos de llegar al pronunciamiento de otorgamiento del amparo —artículo 53.a) de la LOTC—, puesto que la inadmisión liminar del *habeas corpus* se ha motivado judicialmente con argumentos de fondo sobre la legalidad de la detención gubernativa que está en el origen de este proceso, vulnerando así el derecho a la libertad —artículo 17.4 de la CE— del recurrente.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 23 de octubre de 2006.

Recurso de Amparo: 3386/2003.

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes.

Voz: *Habeas corpus*: ejecución de orden de expulsión.

Resumen: El Tribunal otorga el amparo solicitado por don C. frente al Auto de un Juzgado de Instrucción de Logroño que denegó la incoación de un *habeas corpus* respecto a su detención para ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional.

“a) El Sr. Leszczyński, de nacionalidad polaca, fue objeto de un expediente de expulsión del territorio nacional incoado por la Jefatura Superior de Policía de La Rioja. Como consecuencia del mismo, y con el objetivo de ejecutar la orden de expulsión, fue detenido por la policía el 29 de abril de 2003.

b) El hijo del recurrente formuló solicitud de *habeas corpus*, al considerar que su padre había sido detenido ilegalmente. El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Logroño, mediante Auto de 29 de abril de 2003, inadmitió a trámite la solicitud de *habeas corpus* presentada, argumentando que, examinada la solicitud formulada y el informe del Ministerio Fiscal, resulta que el presente caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del artículo 1 de

Constitucional

la Ley Orgánica 6/1984, y por ello, conforme establece el artículo 6 de la referida Ley, debe considerarse improcedente la petición efectuada.

c) Alega el recurrente, en su demanda de amparo, que se ha lesionado su derecho a la libertad, al denegar *a limine* la solicitud de *habeas corpus*, vulnerándose con ello el artículo 17.4 de la CE.

Se impugna en este proceso el Auto de 29 de abril de 2003, del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Logroño que inadmitió a trámite la solicitud de *habeas corpus* presentada, argumentando que, examinada la solicitud formulada, resulta que el presente caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984 y por ello, conforme establece el artículo 6 de la referida Ley, debe considerarse improcedente la petición efectuada. Alega el recurrente que se ha vulnerado su derecho a la libertad, al denegar *a limine* la solicitud de *habeas corpus*, vulnerándose con ello el artículo 17.4 de la CE.

Como ya recordamos en la STC 169/2006, de 5 de junio, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el artículo 17.4 de la CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación, generando una consolidada doctrina, recogida, entre otras, en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3, 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 122/2004, de 12 de julio, FJ 3. En síntesis, la doctrina de este Tribunal configura el procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 de la CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), como una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución, cuyo fin es posibilitar el control judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las

situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente. El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario, la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad.

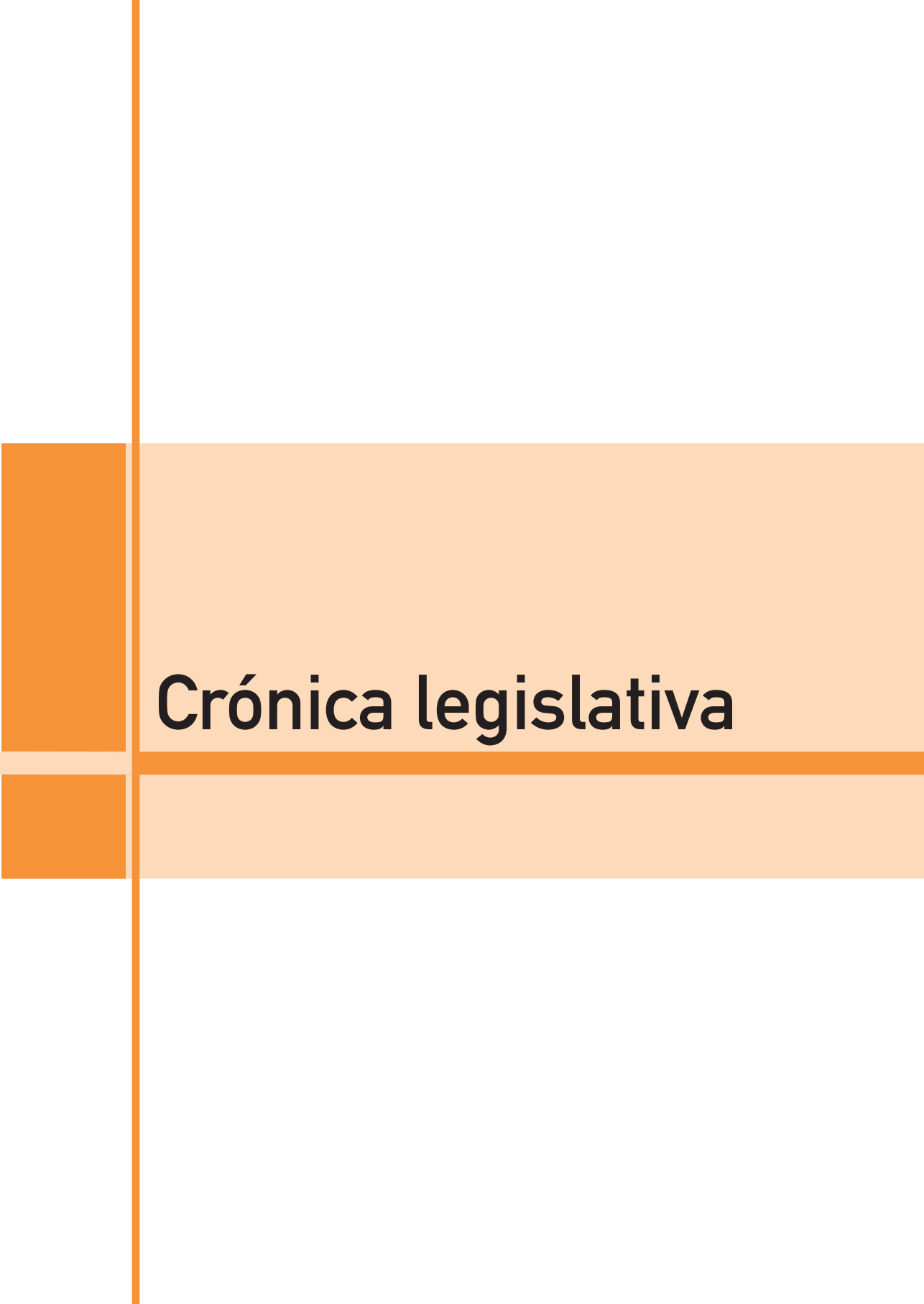
De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 de la LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 de la CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 de la LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación. De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 de la LOHC.

Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la

Constitucional

incoación del *habeas corpus*. No es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha priva-

ción. Conforme a la citada jurisprudencia de este Tribunal, las inadmisiones *a limine* de las solicitudes de *habeas corpus* argumentadas en la legalidad de la detención, como ha sucedido en el presente caso, han de considerarse como una vulneración del artículo 17.4 de la CE.”



Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación (BOE n.º 291, de 6 de diciembre de 2006).
- Real Decreto 1515/2006, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de una subvención a determinadas comunidades autónomas para la atención de menores extranjeros no acompañados trasladados en el marco del Programa Especial para el traslado y atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE n.º 293, de 8 de diciembre de 2006).
- Orden AEC/3779/2006, de 15 de noviembre, por la que se crea una Oficina Consular Honoraria en Dijon (Francia) (BOE n.º 297, de 13 de diciembre de 2006).
- Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (BOE n.º 299, de 15 de diciembre de 2006; c.e. BOE n.º 31, de 5 de febrero de 2007).
- Orden PRE/4008/2006, de 27 de diciembre, por la que se establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Residencia (BOE n.º 1, de 1 de enero de 2007).
- Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2007 (BOE n.º 8, de 9 de enero de 2007).

Crónica legislativa

- Instrumento de ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Bulgaria y Rumanía relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 25 de abril de 2005 (BOE n.º 17, de 19 de enero de 2007).
- Orden AEC/163/2007, de 25 de enero, por la que se desarrolla el Real Decreto 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los Cooperantes (BOE n.º 29, de 2 de febrero de 2007).
- Real Decreto 187/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria a la República Islámica de Mauritania para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la emigración ilegal (BOE n.º 39, de 14 de febrero de 2007).
- Orden AEC/337/2007, de 18 de enero, por la que se crea la Oficina Técnica de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional en la Misión Diplomática Permanente de España en el Reino Hachemita de Jordania (BOE n.º 44, de 20 de febrero de 2007).
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE n.º 51, de 28 de febrero de 2007).
- Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural (BOE n.º 65, de 16 de marzo de 2007).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho *ad referendum* en Banjul el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 310, de 28 de diciembre de 2006).

Crónica legislativa

- Canje de Notas entre el Reino de España y la República Dominicana sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 24 de marzo y 14 de julio de 2006 (BOE n.º 20, de 23 de enero de 2007).
- Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho *ad referendum* en Conakry el 9 de octubre de 2006 (BOE n.º 26, de 30 de enero de 2007).
- Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Nueva Delhi el 3 de julio de 2006 (BOE de 22 de marzo de 2007).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (CE) n.º 1804/2006 de la Comisión, de 7 de diciembre de 2006, por el que se establecen las medidas transitorias que deben adoptarse, habida cuenta de la adhesión de Bulgaria y Rumanía, con respecto a la reserva creada de acuerdo con el artículo 46 del Reglamento (CE) n.º 1043/2005 (DOUE L 343, de 8 de diciembre de 2006).
- Instrumento de ratificación de España del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (BOE n.º 307, de 25 de diciembre de 2006).
- Reglamento (CE) n.º 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (DOUE L 381, de 28 de diciembre de 2006).
- Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 2006, relativa a un manual actualizado de recomendaciones para la cooperación policial internacional y de medidas de prevención y lucha contra la violencia y los desórdenes relacionados con los partidos de fútbol de 22 y de 29 de diciembre de 2006).
- Reglamento (CE) n.º 1988/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2424/2001 sobre el desarrollo del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 411, de 30 de diciembre de 2006).
- Decisión 2006/1007/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Decisión 2001/886/JAI sobre el desarrollo del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 411, de 30 de diciembre de 2006).
- Reglamento (CE) n.º 1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por la que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras

Crónica legislativa

terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen (DOUE L 405, de 30 de diciembre de 2006).

- Reglamento (CE) n.º 1932/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 405, de 30 de diciembre de 2006).
- Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE L 392, de 30 de diciembre de 2006).
- Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006).
- Reglamento (CE) n.º 102/2007 de la Comisión, de 2 de febrero de 2007, por el que se adoptan las especificaciones del módulo *ad hoc* de 2008 sobre la situación de los inmigrantes y de sus hijos en el mercado laboral, tal como se prevé en el Reglamento (CE) N.º 577/98 del Consejo, y se modifica el Reglamento (CE) n.º 430/2005 (DOUE L 28, de 3 de febrero de 2007).
- Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE L 53, de 22 de febrero de 2007).
- Protocolo establecido sobre la base del apartado 1 del artículo 43, del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio EUROPOL) por el que se modifica el mencionado Convenio, hecho en Bruselas el 27 de noviembre de 2003 (BOE n.º 56, de 6 de marzo de 2007).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Política Global Europea en materia de inmigración

La Comisión Europea ha presentado dos comunicaciones en materia de inmigración. La primera, titulada “El enfoque global de la cuestión de la inmigración un año después: una política global europea en materia de inmigración”, pretende consolidar el marco para elaborar una política global europea en este ámbito. La segunda aborda la gestión de las fronteras marítimas. En relación con la política global europea, la Comunicación incluye varias propuestas, entre las que se encuentra la creación de centros de inmigración en terceros países, destinados a facilitar la gestión de los trabajadores temporales, el intercambio de estudiantes e investigadores y otras formas de circulación legal de personas. Estos centros tendrían entre sus objetivos la promoción de la formación profesional, programas de desarrollo de competencias y cursos de idiomas para posibles inmigrantes. Respecto al refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas, se propone crear una red de patrullas costeras así como un sistema europeo de vigilancia. Otra propuesta establece un equipo de expertos que puedan desplazarse para un primer examen de las demandas de asilo, garantizando, por ejemplo, la traducción o aportando sus conocimientos sobre el país de origen del solicitante.

(4 de diciembre de 2006.)

Exigencia de visado para ciudadanos bolivianos

El Consejo de la UE ha alcanzado un acuerdo general sobre el Proyecto de Reglamento [que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001] por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. A partir del 1 de abril de 2007, se exigirá visado a los ciudadanos de Bolivia que quieran cruzar las fronteras exteriores de la UE. El Reglamento resulta de aplicación únicamente a los visados de corta duración (estancias inferiores a tres meses). El Parlamento Europeo tiene previsto aprobar su dictamen en relación con el proyecto, en el marco del procedimiento de consulta, durante la sesión plenaria de diciembre.

(4 de diciembre de 2006.)

Notificación de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

La Comisión Europea ha publicado una propuesta modificada de Reglamento relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales

(*) 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

en materia civil o mercantil. Tras el acuerdo global del Consejo de la UE en junio de 2006, el Parlamento Europeo aprobó una serie de enmiendas que se recogen ahora en la nueva propuesta. La propuesta, que modifica el anterior Reglamento (CE) nº 1348/2000, busca mejorar y acelerar la transmisión y notificación o traslado de documentos entre Estados miembros. Para ello, se fija un plazo máximo de un mes para la notificación o el traslado (el texto anterior hablaba únicamente de “en el más breve plazo posible”) y permite que el documento esté redactado en una lengua que el destinatario entienda sin exigir que además sea una lengua del Estado miembro de transmisión.

(4 de diciembre de 2006.)

Informe 2006 sobre igualdad y no discriminación

La Comisión Europea ha publicado el Informe 2006 sobre igualdad y no discriminación. El informe evalúa los progresos realizados en la transposición de las directivas contra la discriminación en los 25 Estados miembros. Asimismo, examina los medios para proteger y aplicar los derechos relacionados con la igualdad de trato, cubiertos por la legislación comunitaria. De igual modo, se explican algunos conceptos clave de esta legislación y se incluyen casos de estudio que permiten comprender mejor la aplicación práctica de estos conceptos. La segunda parte del Informe se centra en el Año Europeo sobre Igualdad de Oportunidades para Todos 2007, explicando sus principales objetivos, iniciativas y eventos. Se incluyen entrevistas con actores clave de la lucha contra la discriminación para conocer sus esperanzas y objetivos en relación con este Año de la Igualdad.

(4 de diciembre de 2006.)

Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. Informe anual 2006

El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia ha publicado su Informe Anual 2006. El Informe está estructurado en cinco ámbitos temáticos: empleo, vivienda, educación, violencia y crímenes racistas, y progresos legislativos e institucionales en relación con el racismo y la discriminación. Asimismo, el Informe 2006 incluye la evolución en esta materia en el ámbito comunitario y de la Comisión Europea. En el documento se pueden encontrar datos de los Estados miembros sobre la transposición de las directivas existentes en la materia, la creación de organismos especializados o la asistencia jurídica a las víctimas.

(4 de diciembre de 2006.)

Dictamen Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre datos biométricos en visados

El Supervisor Europeo de Protección de Datos ha emitido su dictamen sobre la propuesta de reglamento por el que se modifica el modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (C 320/21 de 28 de diciembre de 2006). La propuesta introduce la utilización de datos biométricos en los permisos de residencia. El Supervisor sugiere que se incluyan garantías rigurosas en cualquier tipo de utilización de datos biométricos. Otro dictamen del Supervisor hace referencia a la Propuesta de Reglamento que modifica la Instrucción consular

Europa en breve

II

común en relación con la introducción de datos biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado [COM (2006) 269 final]. La propuesta ofrecer una base jurídica para que los Estados miembros tomen los identificadores biométricos obligatorios a los solicitantes de visado así como un marco jurídico para la cooperación entre los Estados miembros en la tramitación de las solicitudes de visado. En su dictamen, el Supervisor realiza recomendaciones sobre las exenciones a la obligación de dar las impresiones dactilares, los límites de edad, las fotografías o la contratación de empresas para tramitar los visados.

(8 de enero de 2007.)

Exigencia de visado a ciudadanos de Bolivia

El Reglamento (CE) no 1932/2006, de 21 de diciembre de 2006, que establece una nueva lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, ha sido publicado en el DOUE (L 405/23 de 30 de diciembre de 2006). A partir del 1 de abril de 2007, se exige visado a los ciudadanos de Bolivia que quieran cruzar las fronteras exteriores de la UE. El Reglamento resulta de aplicación únicamente a los visados de corta duración (estancias inferiores a tres meses).

(8 de enero de 2007.)

Actuación de unidades especiales de intervención en otro Estado miembro

Austria ha presentado una iniciativa para la adopción de una Decisión del Consejo sobre la mejora de la cooperación entre las unidades especiales de intervención de los Estados miembros de la Unión Europea en situaciones de crisis (C 321/45 de 29 de diciembre de 2006). La Decisión permitiría a las unidades especiales de intervención de un Estado miembro prestar asistencia o actuar en el territorio de otro Estado miembro a solicitud de este último en situación de crisis (como por ejemplo, toma de rehenes). Estas unidades actuarían bajo la responsabilidad y la dirección del Estado miembro solicitante y de acuerdo con su ordenamiento jurídico así como ateniéndose a los límites de los poderes que les impone su Derecho nacional.

(8 de enero de 2007.)

Libre circulación de trabajadores tras la adhesión de Bulgaria y Rumanía

La Comisión Europea ha publicado una nota informativa sobre la libre circulación de trabajadores tras la adhesión de Bulgaria y Rumanía. En la nota se hace referencia a los acuerdos de transición que pueden adoptar los Estados miembros en este ámbito, abordando cuestiones como cuándo dispondrá la Comisión de la información de los Estados miembros en relación con estos acuerdos; la situación de los miembros de la familia o el ámbito de aplicación de los acuerdos de transición. De acuerdo con los Tratados de Adhesión, algunos Estados miembros podrán limitar la libre circulación de trabajadores provenientes de Bulgaria y Rumanía durante un período limitado a partir del 1 de enero de 2007.

(8 de enero de 2007.)

Europa en breve

II

Búlgaro, rumano y gaélico se unen a las lenguas europeas

En paralelo a la adhesión de Bulgaria y Rumanía, con sus respectivos idiomas nacionales, la UE ha dado la bienvenida a una lengua más: el gaélico o irlandés. La familia de lenguas comunitarias ya tiene veintitrés miembros y tres alfabetos distintos, con lo que se fortalece la herencia cultural europea que enriquece la diversidad de la UE. En el Parlamento Europeo, donde se utilizan todas las lenguas oficiales, el multilingüismo goza de una situación privilegiada. Por otra parte, dos de las 23 lenguas oficiales, el maltés y el gaélico, están sujetas a una cláusula específica según la cual sólo los principales textos legislativos son traducidos a estos idiomas. También es especial la situación de las lenguas constitucionales españolas distintas al castellano, que aunque no son oficiales en la UE, pueden ser utilizadas en algunas instituciones comunitarias bajo determinadas condiciones: no pueden usarse en la actividad parlamentaria, pero sí en las comunicaciones entre la Eurocámara y los ciudadanos.

(15 de enero de 2007.)

Cambios en la UE a partir del 1 de enero de 2007

La Secretaría del Consejo de la UE ha publicado un folleto informativo con los cambios que se han producido en la UE a partir del 1 de enero del 2007. Bulgaria y Rumanía se han incorporado a la UE con 492.8 millones de habitantes, lo que supone una reestructuración en el peso de los votos de los Estados miembros así como la inclusión de nuevas lenguas oficiales. El rumano y el búlgaro, junto con el irlandés (gaélico) serán las tres nuevas lenguas oficiales de la UE. En el 2007, y debido a la entrada de los nuevos Estados, también se han designado nuevos miembros para las instituciones europeas. Además, Eslovenia pasa a formar parte de la zona euro y se establece el orden de las presidencias hasta el año 2020.

(15 de enero de 2007.)

La UE y los retos de la inmigración

La comisión de libertades civiles, justicia e interior del Parlamento Europeo ha organizado una audiencia pública sobre "La UE y los retos de la inmigración". En la audiencia se han discutido las últimas iniciativas de la UE en inmigración legal e ilegal. La audiencia ha sido una oportunidad para escuchar a expertos que han presentado sus experiencias prácticas y teóricas en la materia, así como a miembros de la sociedad civil y ONGs. En la apertura, la presidencia alemana ha presentado sus prioridades en materia de inmigración. La primera sesión ha analizado las prioridades políticas de la UE en este ámbito. La segunda sesión se ha centrado en un enfoque práctico y las mejores prácticas. Finalmente, la audiencia se cerró con las conclusiones del presidente del Comité de Libertades civiles, justicia e interior.

(29 de enero de 2007.)

Cuadro con la legislación UE en materia de asilo e inmigración

La Comisión Europea ha publicado un cuadro informativo con las políticas, propuestas legislativas y legislación en vigor en el ámbito del asilo y la inmigración. Entre la legislación en vigor,

Europa en breve

II

cabe destacar la Directiva 2004/83/CE por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países como refugiados (en vigor desde el 10 de octubre de 2006), la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar (en vigor desde el 3 de octubre de 2005) o la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (en vigor desde el 23 de enero de 2006).

(12 de febrero de 2007.)

Traslado de personas condenadas a otro Estado miembro

El Consejo de la UE ha alcanzado un acuerdo sobre la propuesta de Decisión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas de prisión o medidas de privación de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. La Decisión marco permitirá que las personas condenadas puedan cumplir su condena en otro Estado miembro a fin de incrementar así sus posibilidades de reinserción social. Este instrumento plantea una mayor profundización de la cooperación establecida en los instrumentos del Consejo de Europa relativos a la ejecución de sentencias penales, en particular cuando se haya impuesto una sentencia penal a nacionales de la UE u otras personas que residan legalmente en un Estado miembro y hayan sido condenados a penas de prisión o a medidas privativas de libertad en otro Estado miembro.

(19 de febrero de 2007.)

Informe del Comité de las Regiones en materia de inmigración

El Pleno del Comité de las Regiones Europeo ha aprobado un Informe en respuesta al paquete de propuestas presentado por la Comisión Europea en materia de inmigración. En el Informe se recomienda brindar ayuda financiera urgente a las autoridades que soportan la mayor presión migratoria, especialmente aquellas situadas en las fronteras meridionales de la UE. En esta línea, se solicita la creación de un instrumento financiero específico destinado a los polos identificados como de mayor inmigración, como Ceuta y Melilla, las Islas Canarias, el sur de Italia, Malta y la isla mediterránea de Lampedusa. Asimismo, se destaca la necesidad de una política común que permita una coordinación más estrecha entre los Estados miembros y los países no comunitarios. Los entes locales y regionales de los Estados miembros ejecutan aproximadamente dos tercios de toda la legislación de la UE. El Comité de las Regiones (CDR) se creó en 1994 para que los representantes de los gobiernos locales pudieran pronunciarse sobre el contenido de dicha legislación.

(19 de febrero de 2007.)

Transposición al marco jurídico de la UE del Tratado de Prüm

Los Ministros de Justicia e Interior de la UE han acordado la transposición al marco jurídico de la UE del Tratado de Prüm sobre cooperación judicial y policial en asuntos penales, con excepción de las disposiciones relativas a la intervención policial transfronteriza en caso de peligro inminente, que será objeto de examen posterior por parte del Consejo. España, Bélgica, Alemania,

Europa en breve

II

Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria firmaron el 27 de mayo de 2005 el Tratado de Prüm para reforzar la cooperación transfronteriza en materia antiterrorista, delincuencia transfronteriza e inmigración irregular. El valor añadido de este Tratado reside en que prevé procedimientos de intercambio de información particularmente eficaces.

(19 de febrero de 2007.)

Nuevo Código Comunitario sobre Visados

La Comisión de Libertades del Parlamento Europeo organiza el 28 de febrero en Bruselas una audiencia pública relativa al nuevo Código comunitario sobre Visados. El seminario permitirá a la Comisión y a la Presidencia de la UE expresar sus puntos de vista, tener en cuenta las aportaciones de las partes interesadas e informar a los asistentes sobre las novedades en la política de visados. Para más información, puede contactar con Antoine CAHEN y Olivera MANDIC en el siguiente correo electrónico: ip-libe@europarl.europa.eu.

(26 de febrero de 2007.)

La Agencia de Derechos Fundamentales nace basada en el Observatorio Europeo del Racismo

El Reglamento (CE) no 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha sido publicado en el DOUE (L 53/1 de 22 de febrero de 2007). El objetivo de la Agencia es proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas. El actual Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia amplía su mandato a fin de convertirse en una Agencia de Derechos Humanos. La sede de la Agencia permanecerá en Viena. La Agencia estará operativa a partir del 1 de marzo de 2007.

(26 de febrero de 2007.)

Nota informativa sobre la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE

El 15 de febrero de 2007, los ministros de Justicia e Interior de la UE aprobaron la creación de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Comisión Europea ha publicado una nota informativa con las características de la Agencia así como las medidas que serán necesarias en 2007 para que esta Agencia sea plenamente operativa y asuma la integridad de su mandato. A partir del 1 de marzo de 2007, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, con sede en Viena, ha ampliado su mandato a fin de convertirse en una Agencia de Derechos Humanos.

(5 de marzo de 2007.)

Impacto de la inmigración ilegal en las islas

El pleno del Parlamento Europeo ha aprobado un informe sobre las limitaciones económicas de las regiones insulares en el que se denuncia la inmigración ilegal por vía marítima que es uno de

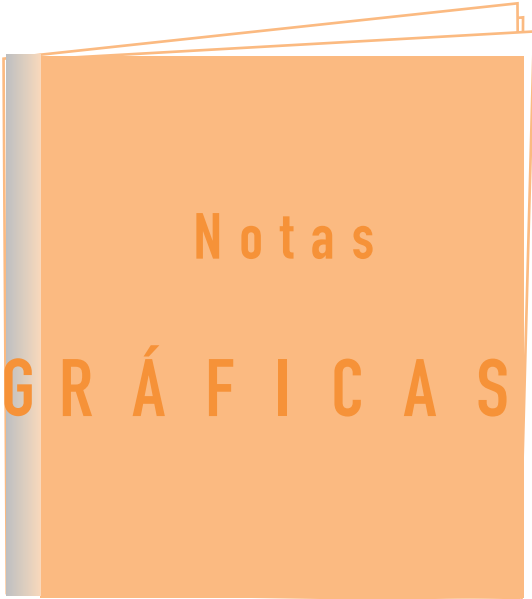
Europa en breve

II

los principales problemas que afronta la UE en particular en las islas del Mediterráneo. En esta línea, se pide en el texto que la Agencia FRONTEX controle de manera permanente el impacto de la inmigración ilegal en las comunidades insulares. Asimismo, se solicita a esta Agencia y a la Comisión Europea que tomen medidas de apoyo para las islas con el fin de atenuar la presión inmediata que supone hacer frente a este problema, garantizando al mismo tiempo el debido respeto de los derechos humanos.

(19 de marzo de 2007.)

**Notas bibliográficas,
apuntes y
convocatorias desde
las dos orillas**



Notas

BIBLIOGRÁFICAS

- Eliseo AJA y Joaquín ARANGO (eds.): *Veinte años de inmigración en España (Perspectivas jurídica y sociológica 1984-2004)*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2006, 410 pp. (ver recensión).
- Gemma AUBARELL, Xavier ARAGALL, Mohammed-Ali ADRAOUI, Eva OSTERGAARD, Jordi MORERAS y Abdelhak SAAF, *Communauté d'immigrés et dynamiques internes et externes de l'intégration : le rôle potentiel des immigrés dans le Partenariat euro-méditerranéen*, <http://www.euromesco.net>, 2006, 40 pp.
- Roberto BERGALLI, *Flujos migratorios y su (des)control*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2006, 299 pp.
- Alain BLOMART, *La crise des caricatures de Mohammed*, <http://www.euromesco.net>, 2006, 60 pp.
- Obiora CHINEDU OKAFOR, *The African Human Rights System, Activist Forces and International Institutions*, Cambridge University Press, 2007, 241 pp.
- CIMADE, *Centres et locaux de rétention administrative. Rapport 2005*, Cimade, París, 2007, 208 pp.
- M.^a Teresa CIRERA PORTEA, *Los desplazamientos internos: Un problema internacional*, Asociación para las Naciones Unidas en España, Barcelona, 2006, 220 pp.
- CIVITAS EDITORIAL, *Legislación sobre extranjeros*, 11.^a edición, Madrid, 2006, 688 pp.
- A. DURÁN AYAGO y B.L. CARRILLO CARRILLO, *Guía legal práctica de extranjería*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, 308 pp.
- José M.^a ESPINAR VICENTE, *Extranjería e inmigración en España (Análisis crítico de su regulación jurídica)*, Madrid 2007, 208 pp.
- FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Inmigración e integración: un reto europeo*, Madrid, 2006, 83 pp.
- GOBIERNO DE ARAGÓN, *La actuación con familias y menores de origen extranjero en situación de riesgo*, Zaragoza, 2006, 167 pp.
- Felipe GÓMEZ ISA (director), *El Derecho a la Memoria*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, 623 pp.

Notas bibliográficas

- Steven GREER, *The European Convention on Human Rights (Achievements, Problems and Prospects)*, Cambridge University Press, 2006, 506 pp.
- B. KHADER, M. MARTINIELLO, A. REA y C. TIMMERMAN (eds.), *Penser l'immigration et l'intégration autrement*, Bruylant, Bruselas, 2006, 416 pp.
- Marta MUÑOZ AUNIÓN, *La política común europea del Derecho de Asilo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, 268 pp.
- Emmanuelle NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2006, 791 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), *Dimensiones de la trata de personas en Colombia*, 2006, <http://www.iom.int>, 52 pp.
- OIM, *Panorama sobre la trata de personas*, 2006, <http://www.iom.int>, 124 pp.
- Margaret PHELAN y James GILLESPIE, *Immigration Law Handbook*, 4.^a edic., Oxford University Press, 2007, 1192 pp.
- Eduardo ROJO TORRECILLA (coord.) y otros, *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización (Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, 251 pp.
- Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations (De la protection du migrant aux droits de la personne migrante)*, Bruylant, Bruselas, 2006, 718 pp.
- Mónica TORRES, Xavier SEUBA y otros (coordinadores), *Sur o no Sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006, 165 pp.
- Javier VALLE-RIESTRA GONZÁLEZ-OLACHEA, *La extradición y los delitos políticos*, Aranzadi, Pamplona 2007, 231 pp.

Notas bibliográficas

Comunidades Autónomas e Inmigración

ELISEO AJA, EDUARD ROIG
Y JOSÉ ANTONIO MONTILLA

POR:

NATALIA CAICEDO CAMACHO
Becaria de Investigación
Instituto de Derecho Público

El libro *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, coordinado por los profesores Eliseo Aja, Eduard Roig y José Antonio Montilla, es el resultado de la investigación de un grupo de profesores de Derecho Público. El libro analiza el papel que juegan las Comunidades Autónomas en el fenómeno migratorio desde tres perspectivas distintas: la cuestión competencial, las políticas sectoriales autonómicas y el desarrollo de sectores estratégicos. Se trata, seguramente, del primer libro sistemático publicado en España sobre las Comunidades Autónomas y la Inmigración.

I

En el primer apartado se abordan los elementos esenciales de la política territorial de inmigración: la política estatal, las funciones y competencias de las Comunidades Autónomas y el desarrollo de las relaciones interadministrativas.

La política estatal es analizada por Eliseo Aja Fernández. Para el autor, representa un elemento

marco que condiciona en positivo y en negativo el ejercicio de las competencias de las Comunidades y las relaciones de colaboración y participación entre ambas administraciones.

En la evolución de la política migratoria se detectan dos fases, la primera iniciada por la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que, tal y como concluye el autor, más que regular el fenómeno migratorio, pretendía impedir que España, ante la entrada en la Comunidad Económica Europea, se constituyera como una vía de entrada de inmigración hacia la Europa Central. También destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 sobre reconocimiento y regulación de los derechos de los extranjeros así como otras sentencias que se centran en la expulsión. El Real Decreto 155/1996, de 3 de febrero, estableció progresos importantes como, la graduación de las infracciones y las sanciones y el reconocimiento de los permisos permanentes de trabajo y residencia a partir de los 5 años de estancia.

La segunda fase viene marcada por la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros 4/2000 (en adelante, LODYLE) que representó un cambio profundo para la legislación en materia de inmigración. En ella, destaca la creación de un estatuto de derechos para los extranjeros, el reconocimiento de algunos derechos a los inmigrantes que se encuentran en situación irregular, el reconocimiento legal del derecho a la reagrupación familiar y la regulación del procedimiento de expulsión. Por otra parte, planteo por primera vez la incorporación de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos en las políticas de inmigración. El autor analiza en qué medida las reformas posteriores (LO 8/2000, el desarrollo reglamentario D 864/2001, Plan GRECO, la configuración del contingente y la LO 11/2003) además de la regulación de aspectos directamente relacionados con la inmigración, desarrollan la cuestión autonómica.

Notas bibliográficas

Una vez analizados los aspectos legales el autor desarrolla uno a uno los puntos, que desde su perspectiva, han dificultado la configuración de una política estratégica para la inmigración: la falta de una visión general sobre la inmigración, el predominio de la dialéctica-inmigración irregular-regulación extraordinaria y la marginación de las Comunidades Autónomas y los Municipios. Sin embargo, y pese a este diagnóstico, la falta de políticas claras no impiden el desarrollo de ciertos aspectos positivos como son la aceptación de la inmigración como un fenómeno estructural y una mejora de su situación (incluida la irregular) gracias al reconocimiento y prestación de derechos sectoriales.

Por último, propone los criterios que desde una óptica autonómica debe desarrollar la legislación estatal; la política de inmigración sobre decisiones generales aplicadas de forma coherente; la participación de las Comunidades Autónomas, al margen de una mejora en la distribución de competencias; el consenso político sobre las grandes líneas de la inmigración y la aplicación de los principios esenciales del Estado a la inmigración.

Los autores José Antonio Montilla y Eduard Roig abordan los temas relacionados con las funciones y competencias de las Comunidades Autónomas y el desarrollo de las relaciones interadministrativas. A efectos de esta recensión, los dos artículos desarrollados en el libro se comentarán de forma conjunta por considerar interesante la complementariedad de ambas visiones.

La ruptura de la exclusividad de la competencia de inmigración (artículo 149.1.2) es el punto de partida del debate. Tal y como se señala Montilla, la mutación de la naturaleza “exclusiva” de las competencias estatales no es un hecho extraño en el desarrollo del Estado autonómico. El Tribunal Constitucional en campos como las relaciones internacionales (artículo 149.1.3) o Administración de Justicia (artículo 149.1.17) ha puesto de relieve la participación de otros entes territoriales, en este

caso las Comunidades Autónomas. En campo de la inmigración, la ruptura de la exclusividad de la competencia tiene como fundamento la existencia de títulos sectoriales como sanidad, educación, legislación laboral, vivienda o servicios sociales que están en manos de las Comunidades Autónomas y que cumplen un papel cardinal en materia de integración social de los inmigrantes. Se plantea una reformulación del ejercicio de la competencia, donde la regulación de la situación jurídico-administrativa del inmigrante es competencia del Estado en virtud del artículo 149.1.2 y las materias vinculadas a la integración social se desarrollan bajo el reparto competencial abierto por la Constitución y concretado por los Estatutos de Autonomía. Ante esta nueva perspectiva, deduce Montilla que, los retos a los que se enfrenta el Estado de las Autonomías son: la concreción del reparto funcional y el desarrollo del deber de colaboración entre las distintas administraciones.

Los autores describen y analizan los diferentes instrumentos que, a partir de la LODYLE, han desarrollado las administraciones públicas con la finalidad de establecer un marco de colaboración. El primer instrumento analizado son los planes. El Plan GRECO, concebido como el instrumento de planificación del Estado para el establecimiento de una política de integración, tuvo desde su nacimiento varias disfunciones que le impidieron un desarrollo cuando menos aceptable. Roig destaca su elaboración al margen de la participación de las CCAA cuando las competencias relevantes en integración están en sus manos. Bajo competencias estatales las actuaciones que se pueden llevar a cabo son muy genéricas y, sin la participación de las CCAA, poco eficaces. Además no prevén elementos de desarrollo y coordinación con las CCAA y su financiación es deficiente. Por otro lado, tal y como se señala Montilla, las CCAA han elaborado en el ámbito de sus competencias diversos planes de integración social de los inmigrantes. Sin embargo, se han desarrollado de forma autónoma y al margen de cualquier mecanismo de coordina-

Notas bibliográficas

ción horizontal o vertical. Posteriormente analiza el contenido material de cada Plan, para terminar señalando los aspectos que deben ser mejorados: la realización de un adecuado diagnóstico, la dotación presupuestaria, el establecimiento de un calendario de ejecución y de procesos de evaluación. Por último, Roig señala cómo en oposición a la práctica seguida hasta el momento, el Plan conjunto Estado-Canarias (2006) en materia de inmigración se presenta como un caso aislado, pero de fluida participación conjunta, con la posible generalización a otras Comunidades en situaciones análogas.

El segundo instrumento analizado son los convenios de colaboración Estado-CCAA. Para Montilla responden al deber de colaboración que tiene el Estado con las CCAA en la integración social de los inmigrantes. El análisis cronológico y jurídico de las relaciones de colaboración (vía convenios) es realizado por el profesor Roig. En 1998 se celebran los primeros Convenios con el objetivo de desarrollar una red de información para el Observatorio Permanente sobre Inmigración, en el año 2000 se da un paso más al celebrar convenios para fortalecer los servicios sociales. Ahora bien, pese a su reiteración anual son varios los motivos, analizados a lo largo del artículo, que llevan al autor a concluir que estos convenios se encuentran más en el sistema de financiación que en el de relaciones interadministrativas.

El Consejo Superior de Política de Inmigración, creado por la LODYLE, tenía como función el “establecimiento de las bases y criterios sobre los que se asentaría una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes”. Para Roig, dicha configuración daría nacimiento a una exigencia de comunicación preceptiva y discusión de todo proyecto normativo (legal o reglamentario) que el Estado o las CCAA pretendan adoptar en esta materia. No obstante, se analiza cómo el devenir del Consejo parece enfatizar en la dirección contraria a la defendida. Su configuración reglamentaria

(le otorga funciones de coordinación e intercambio de información y la reforma de la LO 13/2004 que le reduce sus funciones a la elaboración de un informe anual sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes) y una intensidad política reducida (las reformas a la LODYLE y su respectivo desarrollo reglamentario, así como el Plan GRECO, se han desarrollado fuera de su marco de discusión) llevan a que el Consejo se limite a la participación de la determinación del contingente y al intercambio de información. Un panorama distinto y de mayor participación ofreció la elaboración del reglamento del año 2004, pues fue objeto de un amplio procedimiento de consultas y discusiones con las Comunidades Autónomas a través del Consejo.

El cuarto instrumento que se analiza son las subcomisiones de cooperación. La Disposición Adicional 2.^a LO 8/2004 prevé la posibilidad de constituir subcomisiones de cooperación entre el Estado y cada Comunidad Autónoma para tratar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que afecten directamente a las Comunidades. Las subcomisiones bilaterales, para Roig, por su cercanía al territorio, se presentaban como el elemento de ajuste de las previsiones generales legales y reglamentarias a la situación de cada territorio. Por su parte, Montilla sostiene que al partir de los acuerdos multilaterales adoptados en el Consejo éstas (las subcomisiones) podrían configurarse como un órgano que garantizara una eficaz comunicación y coordinación del Estado con las CCAA. En la práctica el desarrollo de las Conferencias se ha limitado a la determinación del contingente y a cuestiones bilaterales concretas. Por otra parte, el funcionamiento deficiente del sistema general y la falta de comunicación entre funcionarios impone un *handicap* mayor al buen desarrollo de éstas.

El contingente se presenta como el único caso en que se exige (legalmente) la previa participación autonómica. El desarrollo reglamentario redujo su participación a la estricta determinación cuantitati-

Notas bibliográficas

va del cupo de inmigrantes correspondiente a cada comunidad, excluyendo de modo expreso cualquier otro ámbito de participación. Los autores coinciden en que las propuestas que formula el Consejo tienen un marcado carácter consultivo y la introducción de la comisión tripartita en la reforma de 2004 ha generado la pérdida de interés autonómico. Roig plantea que podría haberse pensado en mecanismos procedimentales, que sin cambiar la decisión final, hubieran aumentado la relevancia del Consejo: así, la posibilidad de formular alternativas a la propuesta de la Secretaría del Estado, la necesidad de justificar los cambios del gobierno respecto de las propuestas autonómicas u otros mecanismos similares hubieran estimulado una participación autonómica y local. También se hace referencia a la ausencia autonómica en la gestión del contingente, pese a que son el ente territorial que mejor tiene conocimiento del mercado laboral, sus capacidades administrativas superiores respecto a los correspondientes consulados y el interés de las CCAA en intervenir en la decisión sobre las características de los futuros residentes. En este sentido Montilla defiende la creación de oficinas propias de la CCAA en el extranjero con el objetivo de intervenir en el proceso, más aun cuando el Tribunal Constitucional ha reconocido en su Sentencia 165/1994 que las CCAA pueden realizar actividades de proyección exterior, siempre que exista un mecanismo de cooperación con la Administración estatal.

Como gran novedad en el campo de las relaciones interautonómicas los autores señalan la creación del Fondo para la Acogida e Integración social de los inmigrantes, que configura un sistema de coordinación entre las actuaciones de las diversas administraciones públicas. En primer lugar, el Fondo reorienta la dinámica (ya descrita) en la que se venían desarrollando en los convenios: prioriza determinados campos (educación) y concreta la política estatal que se fomenta (acogida e integración social y educación). La distribución entre Comunidades Autónomas obedece a criterios objetivos acordados de forma conjunta y se incrementa

de forma importante la cuantía de los recursos destinados a este fin (73 millones para 2006). En segundo lugar, el fondo supone una revitalización de Consejo Superior de Política de Inmigración, puesto que la distribución del fondo y los ejes materiales de los programas a financiar serán determinados en el Consejo.

Como último gran apartado se aborda la actuación de las Comunidades Autónomas por medio de títulos sectoriales, en especial, el ámbito laboral y la posibilidad que ha abierto la reforma a los Estatutos de Autonomía al asumir las competencias en ejecución laboral, como es el caso del Estatuto de Autonomía de Cataluña al asumir competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros y la inspección laboral. Así mismo, dada la interrelación entre residencia y trabajo se plantea también una posible asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas en materia de gestión de permisos de trabajo y régimen de infracciones y sanciones. Para ello los autores proponen acudir a mecanismos como la encomienda de gestión y las vías del artículo 150.2 realizando un interesante estudio sobre dichas técnicas.

II

La segunda parte del libro está dedicada al desarrollo y análisis de las políticas y actuaciones que han desarrollado las Comunidades Autónomas en los ámbitos sectoriales de sus competencias. Cuenta con las colaboraciones de: *Nicolás Pérez Solá* para Andalucía, *M. Asunción Asín Cabrera* para Canarias, *Nayra Espinosa* para Cantabria, *Ana Ruiz Legazpi* para Castilla y León, *M. Jesús Larios* para Cataluña, *Ángeles Solanes* para la Comunidad Valenciana, *Fco. Javier Donaire* para Extremadura, *Sonia García* para Galicia, *Itziar Gómez* para Madrid, *Camino Vidal* para Navarra y *Jimena Larroque* para el País Vasco.

Notas bibliográficas

Entre los elementos comunes de las políticas autonómicas destacan: un aumento considerable en los de la población inmigrante, el uso y desarrollo de títulos transversales claves para la integración social, un papel relevante del tercer sector y, como característica a destacar, la elaboración de planes de inmigración. En relación con este último instrumento, se puede deducir que en términos generales ha servido para poner de relieve el hecho migratorio y realizar su diagnóstico (conocimiento de la población y detección de necesidades). No obstante, la eficacia de dichos planes es relativa por motivos de la amplitud y generalidad de los objetivos, la ausencia de previsiones sobre los plazos o períodos concretos para la consecución de los objetivos, la carencia de dotación presupuestaria o las evaluaciones sobre su efectividad, realizadas más en cumplimiento de un trámite administrativo que realmente de valoración.

Por otra parte, la repercusión del hecho migratorio en la organización institucional autonómica ha tenido especial reflejo en las Consejerías de Bienestar Social de las Comunidades Autónomas, bien creando órganos especiales (adscritos a ella) con competencia sobre integración social de los inmigrantes o ampliando las competencias de las Consejerías para incluir dicha competencia, en este último supuesto destaca la creación de órganos asesores (comisiones o foros) que realizan una labor de apoyo a las Consejerías. Por último es incipiente y positivo que algunas comunidades establezcan la creación de espacios para la coordinación interadministrativa.

Cada uno de los autores aborda las acciones que las CCAA han desarrollado por medio de sus competencias sectoriales. Destaca *la política de educación* al ser el ámbito sobre el cual recaen mayores actuaciones, el acceso sin discriminación e igualdad de oportunidades y el desarrollo de programas de acogida (adaptación lingüística y social) son las principales actuaciones realizadas por medio de planes y programas. Más fuerza tienen las actuaciones

autonómicas sobre la sectorización o “guetización” en determinados escuelas públicas del alumnado inmigrante, pues, aunque no en todas las Comunidades Autónomas, la respuesta a este problema se ha dado por medio de actuaciones legislativas o reglamentarias. En relación a este tema, resulta positivo medidas pioneras sobre la escuela concertada. También destacan, aunque tampoco son generalizadas, actuaciones para la educación de adultos y para dar respuesta a la problemática de la incorporación a lo largo del año escolar de los hijos de trabajadores temporeros. Por último, es cuestionable la ausencia de medidas (a excepción de Cataluña) para la escolarización no básica de menores en situación irregular.

La política de inserción laboral de las Comunidades Autónomas con un porcentaje de inmigración relativamente bajo ha ido encaminada a incluir a la población inmigrante en los programas generales de inserción laboral, con el inconveniente que no se incluye a la población en situación irregular y se delega estas acciones a ONGs. Las actuaciones de las Comunidades con mayor número de inmigrantes han sido la elaboración de programas o la celebración de acuerdos con los sindicatos, ambos con la finalidad de formación e incorporación del colectivo inmigrante. *La política asistencial o de servicios sociales* de las Comunidades Autónomas, ha tenido gran implicación en el campo de los servicios básicos, especialmente, el desarrollo de programas de acogida con acciones muy variadas y, en algunos casos, carentes de coordinación. También destacan como un elemento emergente en algunas pocas Comunidades, el desarrollo de políticas de mediación. En las Comunidades con bajo porcentaje de inmigración existe un claro traspaso a las ONGs. En relación a los servicios especializados la mayoría de las Comunidades realizan actuaciones específicas de apoyo o acogida a los menores no acompañados y las mujeres.

En la política sanitaria de las Comunidades, cabe desatacar que en todas está garantizado, por vía

Notas bibliográficas

legal, el acceso a toda la población al sistema sanitario, las acciones se han centrado en programas de conocimiento del sistema sanitario y en varias comunidades se ha detectado la existencia de trabas culturales y lingüísticas entre los profesionales sanitarios y los pacientes de origen inmigrante, sin que se conozcan aún programas para hacer frente a este diagnóstico. Por último, en *vivienda* no puede decirse que exista alguna línea de actuación generalizable en las Comunidades. En realidad lo que hay son pocas acciones que dan respuesta a problemas puntuales y posiblemente responden más a la sensibilidad de la administración, como son las acciones para facilitar el acceso a créditos hipotecarios, programas de rehabilitación de los alojamientos o la mediación con los propietarios de los pisos para su alquiler a población inmigrante.

III

En la tercera parte del libro se recogen algunos sectores estratégicos de la actividad de la Administración Pública: los derechos sanitarios de los inmigrantes, por *Mónica Arbelaéz*; el asociacionismo y participación en la inmigración, por *Elia Marzal* y los menores inmigrantes no acompañados, por *Ángeles de Palma*.

Para los *derechos sanitarios de los inmigrantes*, el primer campo objeto de análisis es el contenido y alcance de la legislación estatal que reconoce a los inmigrantes ciertos derechos sociales. La autora realiza un recorrido por la legislación internacional y nacional, para determinar que existe en la legislación un principio de no discriminación entre españoles y extranjeros y un trato preferente a los menores de 18 años y las mujeres gestantes. No obstante, esta primera conclusión de no discriminación, viene a ser matizada por las dificultades sociales y jurídicas que encuentra la población en el acceso al padrón, circunstancia que provoca que parte de la atención sanitaria sea asumida por una red paralela de servicios de atención sanitaria específica. El segundo campo de análisis es la regulación autonó-

mica, la autora muestra cómo las actuaciones legislativas en su mayoría están dirigidas a garantizar el acceso en condiciones de igualdad a las personas con situación administrativa irregular o las personas con gran movilidad, mientras que los planes de inmigración, van más allá planteando otras actuaciones como programas de acogida en el ámbito sanitario o la mejora de las relaciones médico-paciente. Por último se abordan las particularidades derivadas de la propia condición de inmigrante ¿poseen los inmigrantes unas patologías propias o son resultado de la situación de precariedad y exclusión que padecen? ¿responden los servicios sanitarios a las diferencias culturales y religiosas existentes entre la población inmigrante y la población de acogida? ¿existen las condiciones para que los profesionales sanitarios puedan establecer una relación médico-paciente? ¿a qué responde el sobrecosto y sobrecarga del servicio sanitario?, son las cuestiones que se plantean y responden a lo largo del artículo.

El asociacionismo y la participación es otro de los sectores estratégicos abordados. La autora analiza la articulación jurídica estatal del derecho de asociación y participación, es decir, el impacto que desde las instancias políticas se ha querido dar a ese movimiento incipiente de agrupaciones políticas y, a la vez, si éste ha sido integrado en las estructuras institucionales con capacidad decisoria. Las primeras asociaciones que se constituyen tienen como objetivo la prestación de servicios sociales a la población inmigrante, la autora realiza un diagnóstico sobre los aciertos y las carencias de las actuaciones administrativas y su reflejo en el fortalecimiento o debilitamiento de las redes asociacionistas. En segundo lugar, se analiza la incorporación de las asociaciones en el tejido asociativo existente, para ello se desarrollan las estructuras institucionales de participación administrativa en los ámbitos local, autonómico y nacional, con especial hincapié en el estudio del Foro para la Integración Social de los inmigrantes (FISI). Por último, se analiza el resto de actuaciones, en especial la constitución de foros autonómicos o locales.

Notas bibliográficas

Los menores inmigrantes no acompañados es el último tema analizado. Los preceptos constitucionales y legales, en especial LODYLE, reconocen al menor inmigrante desamparado la protección en igualdad de condiciones. No obstante, existen diversas circunstancias que dificultan dicha protección. Las principales problemáticas a las que se enfrenta la administración es la determinación de la condición de menor, materializada en las dificultades para conocer su verdadera edad y nacionalidad junto con la protección de sus derechos fundamentales. La actual saturación de los centros y la insuficiencia de los recursos asistenciales generan que el menor aún entrando en el circuito de protección no sea formalmente tutelado, por ello se plantea si ¿es conveniente la creación de centros de primera acogida específicos o, por el contrario, los menores deben integrarse desde el primer momento en los recursos generales? El artículo también aborda el tema de la articulación entre la declaración de desamparo, competencia de la administración autonómica y la resolución sobre la procedencia de la repatriación, competencia del Estado. Por último, la autora desarrolla las cuestiones jurídicas relacionadas con la difícil conjugación entre la decisión de la Administración del Estado sobre la permanencia o retorno del menor desamparado y los dos principios esenciales en esta materia: el principio del interés superior del menor y el principio de reagrupación familiar.

Comentarios al Reglamento de Extranjería

MARGARITA I. RAMOS QUINTANA (Directora)
GLORIA P. ROJAS RIVERO (Coordinadora)

Lex Nova
Valladolid, marzo 2007

Una gran obra colectiva que reúne los trabajos de más de 60 autores, tanto especialistas en inmigración y extranjería como profesionales del ámbito universitario, la carrera judicial y letrados que analizan el vigente Reglamento de Extranjería, incluyendo las modificaciones incorporadas por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

Este libro le ofrece el análisis, artículo por artículo, del citado Reglamento con las aportaciones del debate científico y la decisiva contribución de la jurisprudencia. Una obra, en definitiva, que destaca por su utilidad para lograr un conocimiento riguroso y exhaustivo de los complejos problemas de aplicación que plantea esta regulación.

PASCUAL AGUELO NAVARRO
INÉS MIRANDA NAVARRO
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

Libertad y seguridad, Aspectos básicos del Estado de Derecho: la inmigración y la extranjería

SUMARIO

I. Introducción.

II. Reconocimiento de Derechos Humanos. Igualdad y no discriminación.

III. Eliminación de la arbitrariedad administrativa y aplicación del principio de subsidiariedad.

IV. Eliminación de la precarización de los derechos de las personas inmigradas.

V. Combatir el mito de la ilegalidad de las personas. Reducir la irregularidad.

VI. Integración de los inmigrados en las sociedades de acogida.

VII. El acceso a la plena participación en la sociedad de llegada. Nacionalidad y derechos de participación política.

VIII. Cooperación y codesarrollo.

IX. La tensión libertad y seguridad en la entrada en el territorio.

X. Medidas de alejamiento del territorio nacional y ejercicio del derecho de defensa. A) Denegación de entrada y retorno. B) Devolución. C) Expulsión.

XI. Conclusiones.

¿Qué raza de hombres es ésta, o que nación tan bárbara que permite un trato semejante prohibiendo acercarnos a sus costas ?

Virgilius, Eneida I, vers. 538-540 (ed. Didot II 137)

Artículo 13: Declaración Universal de los Derechos Humanos

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

I. INTRODUCCIÓN

Es quizá en el ámbito del derecho de extranjería donde con mayor intensidad y generalidad se explicita la tensión entre libertad y seguridad. La representación de miedos atávicos y temores a veces irracionales conduce a la elaboración de unas legislaciones de excepción en las que buena parte de las garantías jurídicas y los principios elementales del estado democrático de derecho son desconocidos.

La pretendida contradicción entre libertad y seguridad se manifiesta muy poderosamente en el momento del intento de entrada en el territorio considerado como propio, pero también en el momento de establecerse el contacto con personas que provenientes de otros países deciden vivir junto a nosotros y, como no, en las exacerbadas potestades estatales para alejar a quien se considera insuficientemente adaptado o simplemente molesto. Este estado de cosas se ha visto agravado internacionalmente tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 y singularmente en España tras los atentados del 11 de marzo de 2004¹.

Es de esta forma, que a punto de alcanzar la primera década del siglo XXI, a 30 años de constitución y democracia en España, nos encontramos con una franja creciente de población de varios millones de personas, que se ve privada de los derechos que caracterizan la ciudadanía.

La desconsideración afecta a derechos elementales, empezando por el derecho a la vida de quienes se acercan a nuestras costas². Pero no sólo ese, también la libertad, la intimidad personal y familiar, el derecho a la presunción de inocencia, la tutela judicial, los derechos de participación sociopolítica, la igualdad de oportunidades y derechos educativos, ...³.

Las personas inmigradas extranjeras son convertidas así en infrasujetos de Derecho, acosadas además por una legalidad que persigue su vulnerabilidad, pues establece una fuerte precarización⁴, y en la que las potestades del Estado para decidir quién “entra y permanece” en el territorio se revisten de un poder cuasi absoluto con muy escasas posibilidades de control. De esta forma, su vida cotidiana se convierte en un laberinto de supervivencia, pues para ellos es un laberinto trabajar en condiciones dignas, contar con una garantía de las necesidades elementales en salud, educación, vivienda. Laberinto es su peregrinar por dependencias administrativas,

(1) En realidad ambos elementos “(...) son todos ellos parte de una misma ecuación de cuyo equilibrio depende la consolidación de un verdadero espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que garantice el respeto de los derechos humanos de todas las personas y colectivos sometidos a la jurisdicción europea, independientemente de su nacionalidad o estatuto administrativo. Cualquier medida que se adopte en este campo debe someterse a los legítimos controles democráticos y más concretamente al control judicial. Vid. “Los derechos de los inmigrantes tras el 11 de septiembre”, *Revista Abogacía*, n.º 21, pp. 8-9.

(2) Sólo en 2006 la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía documenta 1.167 muertos y personas desaparecidas que tratarían de llegar a las costas españolas.

(3) Las reformas de la legislación de extranjería operadas en los años 2001 y 2003 han venido a significar un importante recorte de los derechos y garantías jurídicas de las personas inmigradas. Son diez los recursos de inconstitucionalidad que se encuentran pendientes ante el Tribunal Constitucional por tal motivo.

(4) Manifiesto de 13 de diciembre (<http://www.pensamientocritico.org/manifiesto.htm>).

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

policiales, incluso de ONGs. Difícilmente alcanzan la estabilidad mínima sin la que es imposible vivir con dignidad⁵.

Al parecer, hay quienes piensan que los flujos migratorios pueden detenerse, o gobernarse, por decreto. En nuestra opinión la premisa real sobre la que debe basarse toda consideración jurídica y política de la inmigración es que estamos ante un proceso histórico irreversible. El debate se establece acerca de cómo abordarlo. Lamentablemente los criterios que hoy imperan hacen que la inmigración se esté convirtiendo en una nueva fuente generadora de desigualdades que creíamos superadas en nuestras democracias: aquéllas que se basan en derechos diferenciales, en función del lugar de nacimiento, del color de la piel, de las prácticas culturales y religiosas, o de la lengua habitualmente utilizada⁶.

Esperamos que las reflexiones y propuestas que a continuación se presentan sirvan para un necesario debate, que lleve al replanteamiento de las actuales líneas del Derecho Migratorio, que vuelva a colocar a la PERSONA y sus DERECHOS HUMANOS en el centro de su regulación, por encima de la obsesiva preocupación del Estado por el territorio y la seguridad⁷.

II. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Los derechos humanos no permiten exclusiones en su trato sin perder con ello su propia naturaleza de derecho fundamental. De ahí que deba procederse al reconocimiento claro y expreso del conjunto de Derechos Humanos Fundamentales que los tratados internacionales reconocen a todas la personas, independientemente de su nacionalidad, situación económica y su estatus migratorio.

Concretamente, debe ser garantizado el “*standard* mínimo internacional”: el que se desprende de los instrumentos jurídicos universales de derechos humanos de la ONU (Declaración universal, Pactos del 66) y también de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), y otros como la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990⁸.

(5) La legislación de extranjería ha venido a convertir la relación del administrado extranjero en una relación de sujeción especial donde sus derechos y garantías se encuentran muy devaluados.

(6) “Europa, y particularmente España, por su situación geoestratégica, se constituye en frontera de dos mundos que aparecen enfrentados. Oriente y Occidente se funden en el Mediterráneo, un mar que ha pasado de constituir un espacio de entendimiento y de intercambios culturales a una frontera cada vez más fortificada que separa dos realidades que se sienten mutuamente rechazadas. Cuantos pasos se den en la reconstrucción de unas relaciones más armónicas entre ambas orillas, servirán para favorecer la perspectiva de un futuro esperanzador basado en la solidaridad y respeto mutuo”. “Los derechos de los inmigrantes tras el 11 de septiembre”, *Revista Abogacía* n.º 21, pp. 8-9.

(7) Afortunadamente, el Gobierno español, a través de la Secretaría de Estado de Emigración e Inmigración ha elaborado un Borrador de Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración que se sitúa en una perspectiva coincidente. El Plan parte de tres importantes principios; el principio de igualdad y no discriminación, el principio de ciudadanía y el principio de interculturalidad.

(8) En este sentido recordamos que el CGAE en ejercicio del Derecho de Petición solicitó en el año 2006 ante el Gobierno de la Nación, el Congreso de los Diputados y Senado la ratificación de la mencionada Convención.

La esencia fundamental del Estado de Derecho moderno es precisamente la igualdad en derechos y oportunidades, no sólo como principio interpretativo sino como elemento primordial en el reconocimiento del derecho. El desconocimiento de tal principio en relación con las personas inmigradas ataca los fundamentos mismos del Estado de Derecho basado precisamente en el paradigma de igualdad que nuestros actuales ordenamientos desconocen en relación con el trato al extranjero.

La igualdad no sólo es predicable respecto de los Derechos Humanos; el principio debe extenderse a la igualdad de trato también en relación con los derechos administrativos: La regla ha de ser la normalidad y no la excepcionalidad, porque el concepto de administrado debe englobar a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado⁹.

III. ELIMINACIÓN DE LA ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Es preciso eliminar la arbitrariedad como regla en la administración de inmigración, y reducir al máximo la discrecionalidad en lo tocante al ejercicio y garantía de derechos, para lo cual hay que fomentar la exigencia de motivación de todos los actos de la administración y un régimen claro de recursos, en particular cuando se trata de actos denegatorios. Dotando a las autorizaciones administrativas de mecanismos de estabilidad frente a la fragilidad de los actuales procedimientos.

La necesidad de coordinación entre las diferentes administraciones debe compatibilizarse con el principio de subsidiariedad, y ello aconseja la prioridad en la asignación de recursos personales y materiales a las administraciones municipales y autonómicas (que también son Estado).

La transparencia administrativa exige la publicidad más amplia de las directrices de actuación en esta compleja materia.

IV. ELIMINACIÓN DE LA PRECARIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS INMIGRADAS

Las dos notas esenciales que en la actualidad caracterizan los derechos y libertades de las personas inmigradas en nuestros territorios son la “precarización y la discriminación” de tales derechos.

Precarización, pues cada vez son mayores los poderes y los medios estatales para “no dejar entrar” o para “expulsar” a personas no nacionales, sin las mínimas garantías de control, privándolas así de los derechos reconocidos dentro de su territorio.

(9) Recordamos unas palabras de Carlos CARNÍKER DÍEZ, Presidente del CGAE: “Los Abogados, junto a muchos otros, continuaremos defendiendo, antes que otra cosa, los Derechos Humanos de todos, por encima de cualquier política, incluidas las migratorias. Ésa es nuestra función social. Y lo haremos, como lo hemos venido haciendo, prestando nuestra voz, nuestros conocimientos legales y nuestra razón a todas las personas, sean nacionales o extranjeros de cualquier condición, sexo o religión”.

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

Discriminación, pues se parte del principio de desigualdad entre nacionales y extranjeros, incluso en el ejercicio de derechos considerados como fundamentales, especialmente en el ámbito laboral. La mera situación administrativa es capaz de delimitar el goce o no de derechos fundamentales.

Es necesario flexibilizar los procedimientos administrativos que regulan la entrada y permanencia, favoreciendo la movilidad frente a la política de cierre de fronteras generadora de irregularidad.

Eliminar las barreras que limitan e impiden la llegada legal de trabajadores extranjeros, poniendo en marcha instrumentos administrativos, tales como el visado para búsqueda de empleo, eliminación del concepto jurídico indeterminado “la situación nacional de empleo”, verdadera causa generadora de la situación de irregularidad laboral, buscando, en todo caso, con criterios objetivos, basados en la solidaridad, cauces migratorios que supongan el enriquecimiento mutuo de las poblaciones desplazadas y receptoras¹⁰.

V. COMBATIR EL MITO DE LA ILEGALIDAD DE LAS PERSONAS. REDUCIR LA IRREGULARIDAD

España se ha vuelto atractiva para un número creciente de personas. La decisión de dirigirse a ella buscando condiciones más dignas de vida no puede criminalizarse por la ausencia de alguna de las innumerables autorizaciones administrativas que se precisan para entrar y permanecer en nuestro territorio¹¹.

Es esencial desvincular los términos inmigración, ilegalidad-delincuencia. En Derecho ninguna persona es ilegal, aunque pueden serlo sus actos. La ausencia de alguna autorización administrativa no convierte en ilegal a nadie, ni tampoco su presencia. Los actos pueden ser ilegales o ilícitos pero la presencia de una persona jamás y no digamos ya la persona misma.

Debe evitarse la generalización del término “ilegal”, “estancia ilegal”, pues provoca sentimientos y reacciones de rechazo y xenofobia, de desconsideración de los derechos de las personas que se encuentran en dicha situación.

Debe quedar muy claro que, frente a las personas inmigradas, llamadas generalmente ilegal o indocumentado no vale cualquier tipo de actuación legaladministrativa- policial-judicial o social; no vale la actuación que viole sus derechos humanos¹².

(10) Cualquier política de regulación de flujos debe partir de las concretas condiciones del mercado de trabajo español y en consecuencia de la dificultad de elaborar dinámicas de contratación en origen.

(11) Sean cuales sean las medidas que regulen la entrada al país y la obtención de autorizaciones de trabajo y residencia, parece inevitable la pervivencia de una franja de personas inmigradas que se encuentren en situación irregular, independientemente de su voluntad. Por ello, las autoridades deben poner en marcha mecanismos que protejan o condenen a estas personas a una situación de *apartheid* legal y sobreexplotación económica.

(12) Si la potestad de los Estados para autorizar la entrada y permanencia de personas extranjeras en sus territorios parece difícilmente discutible desde un punto de vista estrictamente jurídico, también lo es que su actuación deberá ajustarse escrupulosamente a los mecanismos y procedimientos legales.

VI. INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRADOS EN LAS SOCIEDADES DE ACOGIDA

Entendemos el término integración como incorporación jurídica y sociocultural de los inmigrantes en la sociedad de acogida, con respeto mutuo de sus identidades diferenciales, individuales y colectivas, sin otro límite, tanto para los inmigrantes como para la población de acogida, que los DERECHOS HUMANOS y las Normas de Convivencia legales, basadas en ellos.

La integración jurídica debe basarse en la igualdad más completa entre todas las personas, la integración sociocultural exigirá un proceso de adaptación o aprendizaje mutuo, no exento de tensión. Todos los Estados actuales son culturalmente heterogéneos, incluso aquellos que pretenden fundar su cohesión social en la homogeneidad cultural y en una definición unánime de la identidad nacional. Es evidente que esta pluralidad de formas de vida no está ni estará exenta de fricciones.

Todos somos sujetos de este proceso de integración, en el cual tendrán mayor responsabilidad y deberán llevar la iniciativa quienes detenten mayores cotas de poder sociopolítico. La integración debe verse como este proceso de transformación social, y nunca como la asimilación o la sumisión de los recién llegados.

La búsqueda de una “nueva ciudadanía” debería ir pareja con la reflexión sobre las condiciones sociales de construcción de nuevos espacios de solidaridad que permitan afirmar un vínculo social que ya no puede apoyarse en una homogeneidad étnica inexistente. Frente a la asimilación en sentido fuerte, (que incluye el olvido de los orígenes y la adopción de las “costumbres” de la sociedad receptora) o a un desarrollo separado por comunidades que debilita los vínculos sociales, el concepto de “integración”, que pone el acento en favorecer la interacción entre gentes de distintos orígenes culturales frente a la guetización y el aislamiento; en la cohesión social, en la multiplicación de los vínculos sociales mediante la participación activa en el conjunto de la actividad social de todas las personas que viven de forma estable y permanente en una comunidad política.

Esa participación, basada en la igualdad de derechos y obligaciones permite alimentar la cohesión del tejido social.

La reagrupación familiar es fundamental en el proceso integrador, debe reconocerse como derecho fundamental del trabajador migrante y de sus familiares, favoreciéndose la reunificación y vida familiar. También lo es el que puedan elaborar un proyecto de vida sin la incertidumbre actual; para ello debe reconocerse la posibilidad de alcanzar la residencia permanente en un plazo acortado de 3 años.

No se trata por tanto de promover la entrada y/o permanencia de personas en situación irregular, ni menos aún favorecer el tránsito ilegal de personas supuestamente peligrosas, sino de garantizar como ya hemos señalado el estricto cumplimiento de la legalidad constitucional e internacional. En este sentido y por encima de cualesquiera razón de Estado se debe reclamar y exigir, con todas las garantías y medidas cautelares que se estimen necesarias, el derecho incondicional de toda persona sometida a procedimientos que limitan sus derechos constitucionales a solicitar y ser asistida por un abogado que le ayude en la defensa de las razones invocadas. “Los derechos de los inmigrantes tras el 11 de septiembre”. *Revista Abogacía*, n.º 21, pp. 8-9.

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

También es fundamental para conseguir esta integración que todos se sientan valorados y reconocidos en su diversidad. La pluralidad de lenguas, culturas y religiones debe valorarse positivamente para que nadie se sienta ni más ni menos digno por el hecho de hablar, sentirse miembro o profesar una cualquiera de ellas.

VII. EL ACCESO A LA PLENA PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD DE LLEGADA. NACIONALIDAD Y DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La necesidad de utilizar el derecho de la nacionalidad como fórmula o estrategia para eliminar la inseguridad y la precariedad del estatuto jurídico de la población inmigrada ha sido puesta de manifiesto tanto en el Consejo de Europa –proceso previo de elaboración del Convenio europeo sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997– como en la Unión Europea.

En concreto, en algunas de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Tampere durante los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, después de matizar que es necesario “garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros” (Conclusión n.º 18), se añade que “el Consejo Europeo hace suyo el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente durante un período prolongado la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen” (Conclusión n.º 21).

En el Ordenamiento español deben modificarse los principios actualmente vigentes. Desde una triple perspectiva, ampliar la atribución de la nacionalidad española *ex lege* por nacimiento en España, reducción de los plazos de residencia y el derecho a obtener la nacionalidad española sin obligación de renunciar a su nacionalidad de origen.

Debe reconocerse asimismo, el derecho de Derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones locales y autonómicas del todos los residentes permanentes.

VIII. COOPERACIÓN Y CODESARROLLO

El derecho, en este caso el derecho a migrar y al establecimiento pacífico, debe ejercerse libremente, pues en otro supuesto ya no nos encontramos ante un derecho, sino ante una obligación, concepto de naturaleza intrínsecamente distinta.

Esta tesis exige por tanto tratar de crear unas condiciones políticas, sociales y económicas en cualquier país del mundo que permitan ejercer libremente el derecho a circular y migrar. Ello comporta la modificación de las actuales tendencias globalizadoras, incapaces de construir unas relaciones de mayor igualdad y bienestar entre todos los países y personas. Es un hecho

que la globalización económica actual, lejos de significar una tendencia a la igualdad está suponiendo mayores desigualdades socioeconómicas, que son la principal causa de las actuales migraciones económicas masivas.

Ello exige desarrollar unas políticas de cooperación y desarrollo con los países de origen consecuentes y tendentes a crear unas condiciones de vida dignas que hagan menos atractiva la necesidad de migrar. Debemos por otra parte tener en cuenta que el viaje migratorio es fuente de desarraigo y conlleva importantes costes sociales, familiares y personales del trabajador migrante y su familia.

Mientras tanto el principal objeto de preocupación lo constituyen las actuales migraciones económicas masivas que debemos abordar desde el reconocimiento del derecho, planteando los límites del mismo, pero no por eso desconociéndolo.

La prioridad de una política de inmigración es convertir la inmigración en factor de riqueza mutua.

Ello exige políticas y medidas concretas de codesarrollo, según un modelo descentralizado, en el que no son los gobiernos, sino los inmigrantes y los agentes sociales los que tienen la prioridad.

IX. LA TENSION LIBERTAD Y SEGURIDAD EN LA ENTRADA EN EL TERRITORIO

La entrada al territorio español de un no nacional del reino de España, para ser considerada regular, se debe efectuar con plena observancia de los requisitos exigidos por la vigente Ley de Extranjería, esto es: accediendo al territorio a través de los puestos habilitados al efecto (fronteras terrestres, marítimas, aéreas), estar en posesión de la necesaria y preceptiva documentación (pasaporte, título de viaje, visado, certificado médico,...), acreditar medios económicos para su mantenimiento, justificar el objeto y condiciones del viaje, y no tener prohibida expresamente la entrada (haber sido expulsado, u objeto de una medida de devolución mientras persista la prohibición de entrada inherente, no estar reclamado en otros países por causas criminales, no realizar actividades contrarias a los intereses españoles, o por Convenio).

De este modo, todo extranjero, todo inmigrante que entre en España, o lo pretenda, sin el cumplimiento de los requisitos exigibles será considerado en situación irregular por la Ley española, y tendrá unos efectos inmediatos de retorno, devolución, expulsión, según corresponda.

El fenómeno de la globalización ha producido efectos en todas las latitudes del planeta, implantando un modelo de desarrollo fundamentado en las desigualdades, en el enriquecimiento del primer mundo y el mayor empobrecimiento del denominado tercer mundo.

El grave desequilibrio, y la difusión del consumismo occidental, ocasionan que poblaciones como la africana, que en su mayoría vive con unos ingresos inferiores a treinta euros al mes,

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

sientan la necesidad de buscar un futuro mejor, digno para sí y para sus familiares, lanzándose a la dura aventura de la emigración.

En otras ocasiones la senda de la emigración es seguida no sólo por motivos económicos, sino políticos, de persecución en los países de origen, por intentar salvar la vida.

España por su situación económica y geográfica, tanto peninsular como insular, se ha convertido en los últimos años en un país de recepción de migrantes, tornando así el papel de emisor de emigrantes protagonizados en el pasado.

Y, como país receptor de flujos migratorios ha procedido a elaborar una legislación de blindaje de sus fronteras, ha construido una política de extranjería dirigida a no permitir la entrada y estancia en el territorio nacional de gran parte de los emigrantes que pretenden llegar, aplicando una complicada y muy restrictiva política de concesión de visados que arrastra a muchos migrantes a emplear vías y caminos de acceso a España que en la mayor parte de las ocasiones los conduce bien a ser devueltos a países ajenos al suyo, puesto que no se observa por parte de la administración española la necesaria diligencia al determinar el país del que son nacionales, bien a vagar por territorio español sin documentación, sin reconocimiento jurídico alguno llegando al limbo incompresible de su no existencia, e incluso a la muerte.

España viene desarrollando unas políticas migratorias centradas en el control de flujos migratorios, que tienen su eje principal en el cierre de las fronteras, actuando en muchas ocasiones de forma contraria al espíritu de los derechos humanos y no garantizando ni protegiendo el estricto respeto a los derechos humanos de la población inmigrante que recibe.

Como consecuencia de esta política de “cierre de puertas” al inmigrante que pretende llegar a España, a Europa, para trabajar por un futuro digno, el fenómeno de la “valla de Melilla”, la “crisis de los cayucos”, produciendo este último un elevado número de muertes de seres humanos en las travesías a través del Atlántico para llegar a Canarias, convirtiendo el mar en una gran fosa común que día a día se incrementa.

Con respecto a los cayucos hay que precisar que la agresiva intervención pesquera de la Unión Europea en la zona noroccidental del continente africano ha propiciado que los pescadores mauritanos, senegaleses,... no vean ya productiva su tradicional actividad económica, y se ha procedido a transformar el cayuco en el medio de transporte de los emigrantes que abandonan el continente, ocupándose ellos mismos de organizar el “viaje de ida”, o empleando los servicios de personas que les ilustran, siendo escasa la intervención de las mafias, y ello porque el emigrante conoce perfectamente cuál es su objetivo.

La recepción y acogida de los migrantes que no mueren en la travesía y consiguen llegar a territorio nacional español, no es siempre la adecuada, ya que se limita a un reconocimiento médico, un rápido procedimiento de toma de declaración, en su caso, de apertura de procedimientos administrativos, de comunicación de resoluciones, una dificultosa asistencia letrada, y un muy rápido ingreso en centros de internamiento y retención en el que se les aplica un régimen “car-

celario”, sin que exista sentencia alguna que justifique la privación de libertad a la que se ven sometidos, ni tampoco el régimen de garantías y derechos que asiste a las personas presas.

Estos centros de internamientos creados por la Ley de Extranjería y dependientes del Ministerio del Interior, acogen a extranjeros no comunitarios que se encuentran irregularmente en España, están pendientes de una resolución de expulsión, o del inicio de un procedimiento de devolución o retorno. Los inmigrantes internados en los centros, no sólo se ven privados, sin haber delinquido, del derecho a la libre deambulaci3n, sino del derecho de visitas, de la comunicaci3n con sus propios hijos dado que muchas veces son separados sin criterio alguno.

La aplicaci3n de las pol3ticas migratorias de Espa1a, est1n traduciendo en una vulneraci3n de los derechos humanos de los migrantes vulner1ndose, entre otros, el derecho a la vida, derecho a la acogida en centros dignos, derecho a emigrar, derecho a que no existan expulsiones colectivas, derecho a que se aplique un adecuado procedimiento para la determinaci3n de la edad de los menores.

En lo que respecta a las repatriaciones, indicar que 3stas no se producen siempre bajo el prisma del escrupuloso respeto a los derechos humanos de las personas que son trasladadas, apreci1ndose graves deficiencias, como son: proceder a las repatriaciones colectivas que no observan las singularidades de cada caso, entrega a estados como Marruecos, que no establecen ning3n mecanismo de protecci3n de los derechos de los inmigrantes¹³, de un elevado n3mero de seres humanos para su custodia, sin preocuparse posteriormente de la suerte de las mismas, prueba de ello son los casos de los inmigrantes que Marruecos ha abandonado en el desierto expuls1ndoles as3 de su territorio, o lo muertos en la “valla de Melilla”,...

X. MEDIDAS DE ALEJAMIENTO DEL TERRITORIO NACIONAL Y EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

La normativa de extranjer3a, con buen criterio, ha venido a ampliar la cobertura de la asistencia jur3dica gratuita y el derecho de defensa a todos los extranjeros que se hallen en Espa1a y carezcan de recursos econ3micos suficientes, en todos aquellos procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegaci3n de su entrada, a su devoluci3n o su expuls3n del territorio nacional. Procedimientos, inicialmente administrativos, y donde en principio no ser3a preceptiva la asistencia letrada y por ende tampoco la gratuita, pero dado el importante contenido aflictivo de las medidas, el legislador ha optado por garantizar la presencia de un letrado. No obstante, la regulaci3n es tan parca que a3n, pese a llevar siete a1os de aplicaci3n, desconocemos cu1l es

(13) Espa1a obvia la legislaci3n internacional, en lo que afecta al Territorio No Aut3nomo del S1hara Occidental, y aplica en gran n3mero de casos a los saharauis los mismos criterios que a los nacionales marroqu3es, entendiendo que los saharauis est1n afectados tambi3n por los Acuerdos que el Reino de Espa1a haya suscrito con el Reino de Marruecos. La legalidad internacional exige que a los saharauis se les respete y considere como poblaci3n de un Territorio No Aut3nomo en proceso de descolonizaci3n, no resultando aplicable a esta poblaci3n las normas y leyes de la potencia ocupante, ni dentro del Territorio, ni mucho menos en acuerdos o Convenios que la ocupante tenga con terceros pa3ses. Debe exigirse a Espa1a el respeto a la legalidad internacional, y por ende, la consideraci3n de los saharauis, como lo que son, poblaci3n del Territorio No Aut3nomo en proceso de Descolonizaci3n del S1hara Occidental, por lo que no pueden quedar incluidos en los Acuerdos, Convenios o Pactos que Espa1a tenga concertados con Marruecos.

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

el alcance real de esa asistencia y sobre todo la virtualidad de la misma, dado lo sumario de la actuación administrativa, la ausencia de carácter suspensivo de los recursos interpuestos y la lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pasaremos a analizar las distintas figuras por las que el Estado puede reaccionar ante el extranjero desde una progresión lógica en cuanto al momento de la entrada al territorio español.

A) Denegación de entrada y retorno

Regulada en el artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, procederá cuando el extranjero carezca de los requisitos legales y reglamentarios para entrar en el territorio español, es decir, los recogidos en los artículos 25.1 de la LO 4/2000 y 4 del RD 2393/2004, a saber, estar en posesión de la documentación adecuada, existencia de medios económicos suficientes para el período de estancia, carecer de prohibiciones de entrada y de enfermedades cuarentenables, así como justificar documentalmente el motivo de la visita.

No es clara la ley sobre el momento en que nacerá el derecho a la asistencia letrada. El artículo 26.2 de la LO 4/2000 sólo establece que cuando no se cumplan los requisitos de entrada, ésta les será denegada mediante resolución motivada, informándoles de los recursos y plazos para interponerlos, que no es más que la expresión de lo recogido en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, del derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete. No aclara el precepto cuál ha de ser el contenido de este derecho a la asistencia letrada, si como tal es o no renunciable y momento en que éste surja. Intentemos dar respuesta a cada una de estas tres preguntas.

– Respecto al contenido del derecho de asistencia letrada en el momento de la denegación de entrada, entendemos que debe existir la posibilidad de preparar convenientemente la entrevista que se realiza al extranjero antes de franquearle el acceso al territorio del Estado, estar presente en la misma, tener acceso al expediente administrativo que se incoe y poder formular aclaraciones, apreciaciones y cuantas manifestaciones o preguntas se estimen pertinentes. No puede ser nuestra intervención la de un mero testigo de que la resolución se entrega al interesado y quedar con la única responsabilidad de recurrir, en su caso, el acto administrativo notificado. Es decir, lo que reclamamos es la posibilidad de mantener una defensa activa y no meramente pasiva. Tampoco es de recibo, como se ha venido interpretando a raíz de la reforma operada por RD 1019/2006, aun cuando el texto en modo alguno dé pie para ello, que el contenido del derecho en aquellos supuestos en donde existan acuerdos de readmisión, sobre la base de una interpretación literal, es tan sólo informar de que se tiene el derecho a la asistencia letrada y no facilitar su ejercicio, ya que en ese caso carecería de sentido su reconocimiento. Aunque al contrario podríamos interpretar que para los casos en que no existan esos convenios, el contenido del derecho será algo más que la lectura de la información. Los artículos 26.2 de la LO 4/2000 y 156.2.a) del RD 2393/2004, deben ser interpretados en conexión con el artículo 22 de la misma ley, donde no se limita a la mera información, sino al ejercicio del derecho en sí. Por ello sería deseable que tanto los artículos 26.2 de la LO 4/2000 y 4 del RD 2393/2004, en congruencia con el 22 de la Ley se refiriesen directamente al derecho a la asistencia letrada y no tan sólo al derecho a la información de ese derecho, ya que sería tanto como impedir su realización. Además no

se soluciona qué consecuencia tendría la reclamación, una vez informado, por parte del extranjero cuya entrada se va a ver denegada, enlazando esto último con la respuesta a la siguiente pregunta que nos hacíamos.

– Respecto a la disponibilidad o no de este derecho, y en clara congruencia con lo anterior, entendemos que el reconocimiento del mismo como tal no excluye en modo alguno la preceptividad de la intervención letrada, en primer lugar, porque el extranjero se encontraría detenido, por lo que entraría en juego el artículo 520 de la LECrim. Mucho se ha discutido sobre la situación jurídica de la persona que se encuentra pendiente de denegársele la entrada en frontera y en particular sobre si existe o no detención. Dependiendo de la opción que tomemos, incluso desde la perspectiva de quienes opinan que es un derecho renunciabile, la presencia letrada será preceptiva, no ya por aplicación de los artículos 26.2 y 22 de la LO 4/2000, sino del artículo 520 de la LECrim. La situación de privación de libertad de las personas pendientes de retorno, se desprende del artículo 60 de la LO 4/2000, que en su apartado 4.º dice: “la detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país”. Y a mayor abundamiento, el plazo en que ha de efectuarse el retorno es el de 72 horas, coincidente con el constitucional máximo de privación de libertad sin necesidad de ser puesto a disposición de la autoridad judicial. De no encontrarse detenido no sería necesario ponerlo a disposición judicial pasado ese plazo.

Meridiana claridad ofrece el artículo 156.4 del RD 2393/2004, cuando manifiesta que “durante el tiempo que el extranjero *permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo...*”

En el mismo sentido, el TC, Sala 2.ª, S 26 de junio de 2000, n.º 179/2000, rec. 5317/1999, BOE 180/2000, de 28 de julio de 2000. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles, declaró en relación con las personas que se encontraban pendientes de retorno en los aeropuertos lo siguiente:

“Al respecto lo que debe señalarse es que la referida situación debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (posibilidad que, como ha señalado la STC 174/1999, de 27 de septiembre de 1999, FJ 5, es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países), impida considerar que no existe dicha privación de libertad (STC 174/1999, FJ 5, en el mismo sentido STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia), pues, con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, 174/1999, FJ 4), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 3), lo cierto es que el recurrente se encontraba custodiado por la policía en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria que determina una privación de libertad.”

En el mismo sentido confirmatorio de la situación de privación de libertad se pronuncia el TC, Sala 2.ª, S 27 de septiembre de 1999, n.º 174/1999, rec. 1374/1999, BOE 263/1999, de 3 de noviembre de 1999. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles:

“El hecho de que a Liji le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la calificación jurídica de detención. Pues aparte de esa hipotética libertad de salida, lo cierto es que Liji se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase. Aclarado que la situación no puede ser otra que la de detención preventiva...”

Y en segundo lugar, porque el espíritu de la Ley 4/2000, no modificada en este supuesto por la LO 8/2000, era garantizar la presencia de letrado en estas actuaciones administrativas como expresión de garantía jurídica y derecho de defensa, suponiendo cualquier otra interpretación vaciar de contenido este derecho, como ha ocurrido con el derecho a la asistencia letrada en los procedimientos de asilo, en donde el artículo 5.2 del RD 203/1995 lo reconoce como tal pero se interpreta en el sentido de la renunciabilidad al mismo, lo que en la práctica lleva a que sean escasos los supuestos en donde hay intervención letrada. *De lege ferenda* entendemos, como en su día propuso el CGAE, que la redacción de los artículos 26.2 y 22 de la LO 4/2000 y 4 del RD 2393/2004, deje claro la preceptividad de la intervención letrada, bien particular, bien de oficio.

– El derecho a la asistencia letrada nacerá en el momento en que el extranjero se halle en el territorio nacional, y se presente en el puesto fronterizo para el control. Bien es cierto que este momento está sometido a interpretación, dado que el artículo 26.2 de la LO 4/2000 es equívoco, al reservar este momento inicial sólo para los intérpretes, no para los letrados, lo que podría servir para interpretar que la intervención letrada puede ser posterior, tras la entrevista con el funcionario policial, lo que desvirtuaría la efectividad de la misma. En el mismo sentido equívoco se pronuncia el artículo 156.2.a) del RD 2393/2004, cuando se refiere al momento en que ha de comenzar, no se sabe si la asistencia letrada o de intérprete, o sólo esta última, llevándola al momento del acuerdo de iniciación, que entendemos que es la entrevista más a fondo que se realiza ya en las dependencias policiales. *De lege ferenda* sería deseable que se aclarase este extremo y desde nuestro punto de vista se establezca el momento de la asistencia letrada en ese primer momento de la entrevista tras el primer filtro en el control de pasaportes.

B) Devolución

Aplicable a los extranjeros que pretendan entrar en el territorio nacional de forma ilegal y a quienes infrinjan una prohibición de entrada previamente existente.

Se regula en el artículo 58 de la Ley de Extranjería. En estos supuestos es preceptiva la intervención letrada, que si concurren los requisitos deberá ser de oficio. Y ello es así porque en estos casos el extranjero estará detenido, sin que exista duda de ello, al amparo del artículo 520 de la LECrim no del 22 de la LO 4/2000, que como dijimos antes sólo se refiere al derecho a la asistencia jurídica, en el mismo sentido que en los casos de asilo, sin pronunciarse sobre su preceptividad, igual que hace el artículo 157.4 del RD 2393/2004.

En los casos de devolución por pretender entrar de forma irregular en el territorio nacional, supuesto habitual de las pateras o cayucos, se discute la naturaleza jurídica de la figura. Pasando desde una simple coacción administrativa, para lo que no será preciso expediente alguno y

por lo tanto no se dará audiencia al interesado, ni será necesaria la contradicción, tal y como interpreta la administración, reduciéndose así el ámbito de actuación letrada, que poco o nada podría hacer, a ser considerada una sanción, precisando por lo tanto del respeto de dichos principios y donde la intervención letrada cobraría toda su fuerza, realizando pliego de descargo y proponiendo pruebas o alegando cuanto fuese necesario para evitar esa devolución. Interpretación que consideramos más adecuada por lo que luego diremos. Entre esas dos posturas hay una intermedia adoptada por algunos juzgados de lo contencioso, de considerar que el acto administrativo es doble, por un lado, la devolución, simple coacción administrativa directa y la prohibición de entrada de hasta tres años acordada al amparo del artículo 58.6 de la LO 4/2000, con naturaleza sancionadora, en cuyo caso si esta prohibición fuese a acordarse, lo que, según el precepto comentado es preceptivo (“llevará consigo...”), será imprescindible incoar el procedimiento sancionador, pues la primera consecuencia que se deriva de la nueva redacción de este artículo, operada por LO 14/2003 es la similitud de la devolución con la medida de expulsión en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. Según la teoría general del derecho, son sanciones administrativas todas aquellas consecuencias que se derivan del incumplimiento de normas de derecho administrativo, y en donde hay un ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado (STC 76/1990, de 19 de diciembre de 1991).

Aplicada esta argumentación teórica a la nueva regulación de la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en territorio nacional, la reforma de la LO 14/2003 con respecto a esta medida, encubre una verdadera sanción dada su finalidad y su función, que pretende ejecutarse sin garantías para el extranjero.

Por lo tanto, la imposición de una sanción, como es la prohibición de entrada en España durante tres años, requerirá un acuerdo administrativo motivado, que sólo puede acordarse en el seno de un procedimiento administrativo (STC de 18 de diciembre de 2000: La imposición de toda sanción exige la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, en donde el afectado pueda alegar lo que a su defensa considere conveniente, sin que en ningún caso se produzca vulneración del artículo 24.2 CE).

La ausencia de procedimiento vulnera el artículo 105.c) de la CE que, interpretado por el Tribunal Constitucional, exige el trámite de audiencia para el caso de actos administrativos sancionadores (STC 31 de enero 2000) ya que no cabe duda de que nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos, que representan una consecuencia negativa para el extranjero. Además el artículo 58 de la LO 4/2000 no prohíbe la existencia de procedimiento, sino que sólo dice que no será preciso expediente de expulsión, no que no sea preciso expediente alguno, como viene interpretando la administración, aun cuando bien es cierto que no lo señala. En su defecto el artículo 50 de la LO 4/2000 nos remite a la Ley 30/1992 al decir que el ejercicio de la potestad sancionadora se ajustará a ella en lo no previsto en la normativa de extranjería.

Aparte de toda esta argumentación, mientras se tramita el expediente, o mejor el no expediente, pero sí mientras se demora la ejecución de la resolución, el artículo 58.5 de la LO 4/2000,

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

introducido también por reforma operada por LO 14/2003, se podrá acordar la medida cautelar de internamiento prevista para la expulsión (artículo 61 de la LO 4/2000), luego si puede acordarse una medida cautelar es porque ha de existir un procedimiento, ya que carece de sentido la existencia de medidas cautelares en ausencia de procedimientos principales e incluso en ausencia de infracciones y sanciones.

Otra consecuencia de la consideración de la naturaleza jurídica es su régimen de recursos y de ejecutividad del acto. Según la DA 10.^a del RD 2393/2004 los acuerdos de devolución no agotan la vía administrativa, luego antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa habrá de agotarse el recurso de alzada, pero si no se considera una sanción, la administración no tendrá impedimento alguno para ejecutar el acto aun cuando no sea firme en vía administrativa, a la vez que se impide acudir a la vía judicial para obtener una tutela cautelar efectiva, al no haberse agotado la vía previa. Esta situación provoca gran dificultad en el ejercicio del derecho de defensa que se ve gravemente lesionado por la inoperatividad del mismo, pues en cualquier caso el extranjero será devuelto.

C) Expulsión

Debemos diferenciar si se inicia a través del procedimiento preferente, artículo 63 de la Ley de Extranjería, prevista para las infracciones muy graves a) y b) del artículo 54 de la LO 4/2000 y para las a), d) y f) de las graves del artículo 53. En estos últimos casos se podrá acordar, y de hecho se acuerda con carácter generalizado, la detención al amparo del artículo 61.1 de la LO 4/2000, en cuyo supuesto la asistencia letrada estará garantizada una vez más al amparo del artículo 520 de la LECrim, no por el 63.2 de la LO 4/2000 que vuelve a hablar del derecho a la asistencia letrada, pero no expresa su preceptividad.

En los casos en que la incoación del expediente de expulsión sea por alguna de las causas que no permiten la aplicación del procedimiento preferente, o que aún permitiéndose se haya optado por el procedimiento ordinario y por lo tanto no habilitan para la detención del extranjero [todas las muy graves del artículo 54 y las a),b),c),d) y f) del artículo 53], así como la condena por delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, artículo 57.2 de la LO 4/2000, sólo tenemos el artículo 22 de la LO 4/2000, que garantiza el derecho a la asistencia letrada, pero no lo prevé como preceptivo.

Si se trata de una ejecución forzosa de una resolución de expulsión ya dictada, con independencia de cual sea su causa, como al amparo del artículo 64.1 éste puede ser detenido y conducido hasta el puesto de salida, e incluso internado, operando una vez más el artículo 520 de la LECrim y será a su amparo como podemos alegar la preceptividad de la asistencia letrada. Lo mismo hemos de predicar para el caso regulado en el artículo 64.3 de la LO 4/2000 en los supuestos de detención para ejecutar una orden de expulsión dictada por otro estado miembro de la Unión Europea.

Entendemos que también será así para los supuestos de traslados de solicitantes de asilo a los estados competentes para resolver, toda vez que como dice el artículo 64.5 este traslado se hará

custodiado por las fuerzas de seguridad, es decir, detenidos de hecho, aun cuando en este caso no se dicte orden de expulsión.

IX. CONCLUSIONES

Proponemos desde este momento:

1.^a Que el Estado español, los Estados miembros de la Unión Europea y la misma Unión Europea (en la medida de sus competencias) ratifiquen el más importante tratado internacional en esta materia, la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. El Congreso reitera la petición efectuada por el CGAE al Gobierno, Congreso y Senado españoles para que promueva la ratificación de tan transcendente Tratado y el Protocolo 4.^º de Derechos Humanos de la Unión Europea.

2.^a Que España derogue los artículos de la LOEx que violan Derechos Humanos de los extranjeros y contradicen flagrantemente las obligaciones internacionales voluntariamente asumidas por España en tratados de Derechos Humanos.

3.^a La derogación expresa de los procedimientos sancionadores especiales en materia de extranjería con plena aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Exigencia de motivación en cuantas resoluciones se dicten en la materia. Exigir a España que no proceda a entregar ninguna persona a ningún país que no garantice la protección de las personas.

4.^a Prohibición de las privaciones de libertad de extranjeros por decisión administrativa cumpliendo así el mandato constitucional contenido en su artículo 25. Necesidad de un “Abogado de Oficio” en los Centros de Internamiento.

5.^a Reconocimiento de derechos laborales y seguridad social derivados de la prestación laboral de los trabajadores inmigrados indocumentados. Igualdad efectiva y no discriminación laboral para todos los trabajadores, sea cual fuere su estatus migratorio.

6.^a Derogación de la configuración del padrón municipal como instrumento de control policial tal y como se desprende de la LO 14/2003.

7.^a Reconocimiento de la reagrupación familiar como derecho fundamental del trabajador residente y de sus familiares.

8.^a Reconocer el derecho de todos los residentes de larga duración a la adquisición de la nacionalidad española sin renuncia de la nacionalidad de origen.

9.^a Evitar el término “ilegal” aplicado a personas, independientemente de su estatus administrativo.

Libertad y seguridad. Aspectos básicos del Estado de Derecho

10.^a Atribuir todos los derechos políticos (en una primera fase a nivel municipal y autonómico, después a nivel general) a los residentes permanentes o de larga duración.

11.^a En cuanto al alcance material de la asistencia al extranjero, en el caso de que esté detenido goza de todos los derechos reconocidos por el artículo 520 de la LECrim, haciendo especial incidencia en el derecho a un intérprete si no entiende el castellano. Si este derecho no se garantiza nos deberíamos negar a realizar la asistencia o deberíamos hacer constar la protesta, a fin de no convalidar un acto nulo por falta de un requisito esencial.

12.^a En comisaría el extranjero detenido en aplicación de la Ley de Extranjería no tiene que declarar, ya que tan sólo le comunican la incoación de un expediente administrativo, salvo que se le quiera tomar declaración en calidad de testigo por ser perjudicado, víctima o testigo de alguno de los delitos contra los derechos de los extranjeros, en cuyo caso podrá exigirse la aplicación del premio a la delación del artículo 59 de la Ley de Extranjería.

13.^a También debemos exigir la apoderación *apud acta* de conformidad con el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, a fin de garantizarnos la representación de nuestro cliente y poder presentar en su nombre cuantas alegaciones o recursos sean precisos.

14.^a Es importante enmarcar la asistencia dentro de un procedimiento administrativo, con lo que ello implica de garantías al amparo de la Ley 30/92 (vista del expediente, derecho a obtener copias, etc...), artículo 35.

15.^a *De lege ferenda* proponemos la modificación del artículo 22 de la LO 4/2000, en el sentido no sólo de reconocer el derecho a la asistencia letrada en todos los supuestos de denegación de entrada y retorno, devolución y expulsión u otros procedimientos que puedan llevar a la salida del extranjero del territorio nacional, sino exigir por vía legal la preceptividad del mismo.

16.^a También *de lege ferenda*, en los supuestos de devolución por pretender entrar de forma irregular, del artículo 58.2 de la LO 4/2000; debe expresarse de forma clara la naturaleza sancionadora de la figura y la preceptividad de un procedimiento administrativo donde se garantice, al menos, el derecho de audiencia, contradicción y defensa.

17.^a En congruencia con lo anterior, la DA 10.^a del RD 2393/2004 debe colocar los supuestos de devolución como aquellos que agotan la vía administrativa, con la finalidad de poder acudir a la jurisdicción contenciosa a recabar la tutela cautelar, para que ésta sea realmente efectiva.

18.^a Lo mismo predicamos de los supuestos de retorno, aun cuando claramente no tengan naturaleza sancionadora, como en cierto modo ha venido a reconocer el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de febrero de 2006, cuando declaró que no podía ejecutarse una resolución de retorno cuya suspensión en vía administrativa había sido solicitada, antes de que la administración haya resuelto sobre tal medida cautelar.

LUISA BARRENECHEA

Consultora Internacional
e Investigadora de la Universidad Rey Juan Carlos
(luisaba@idecnet.com)

II

¿Los “otros efectos colaterales” del 11 de septiembre?

Desde el 11 de septiembre de 2001 muchas cosas han cambiado en el mundo: se han reforzado las fronteras, se han restringido libertades y derechos, se han modificado el concepto de seguridad y las amenazas a la paz, han surgido nuevas guerras “preventivas”, se han “perfeccionado” los atentados terroristas y los instrumentos para combatirlos, y lo que es más importante, el número de víctimas en acciones terroristas ha aumentado a nivel mundial día tras día. Las cifras son claras y elevadas aunque difíciles de obtener en muchos países donde la guerra enmascara cualquier otro tipo de consecuencias post 11 de septiembre, pero sin embargo, todos somos conscientes que en la Comunidad Internacional nada es como antes desde aquella fatídica fecha.

Numerosos análisis e informes de expertos demuestran los cambios que se han producido en determinadas áreas geoestratégicas, sectores, poblaciones o hasta en las personas individuales. Sin embargo, hay un colectivo que se ha podido ver afectado de forma “colateral” por los efectos negativos provocados por las necesarias políticas antiterroristas implementadas. Se trata de los refugiados y solicitantes de asilo.

Los refugiados¹ son personas que se encuentran fuera de su país de origen y que por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas no pueden acogerse a la protección de su país y no pueden regresar a él. Son por tanto según esta definición los propios refugiados los que sufren en muchos casos los efectos derivados del terrorismo, de la guerra, de la violencia, y de situaciones extremadamente peligrosas para su seguridad que les obligan a abandonar sus países de origen. Es, sin embargo, posible que en muchos casos sean estos países emisores de refugiados² los que sean también origen de terrorismo internacional. Países como Irak, Afganistán, Pakistán, Argelia, Somalia, Marruecos, Sudán, entre otros, son países en los que el terrorismo internacional encuentra acogida, y son como parece demostrado, posible centro de reclutamiento e instigación de futuros atentados. Es quizá este nexo entre refugiados procedentes de estos países y el terrorismo internacional una de las causas de restricción de las políticas de asilo, de inadmisión de expedientes, de reducción de concesiones del estatuto de refugiado y de posibles situaciones de vulneración del derecho de los refugiados recogidas en los tratados internacionales.

(1) Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951.

(2) De los diez primeros países del mundo emisores de refugiados en el año 2005 cinco de ellos (Afganistán, Irak, Sudán, Somalia, Azerbaiyán) y Palestina tienen en alguna forma vinculación con el terrorismo internacional.

Esta preocupación reiterada tanto por el ACNUR en diversos comunicados³, informes⁴ o declaraciones⁵, ha sido también puesta de manifiesto por diversas organizaciones de derechos humanos⁶. Sin embargo, la protección de los refugiados está garantizada por diversos instrumentos internacionales⁷ y específicamente por la Convención de Ginebra, que si bien se firmó en un momento histórico muy diferente al actual ya recoge en su artículo 1.F) las cláusulas de exclusión que deniegan el estatuto de refugiado a personas que han cometido delitos contra la paz, la humanidad, graves delitos comunes o actos contrarios a los principios de Naciones Unidas. Este artículo, que tiene su base en la necesidad de excluir a personas que no son merecedoras de protección internacional, no recoge de forma específica la exclusión del estatuto de refugiado por delitos de terrorismo. Parece probable que eso fuera así al no ser en ese momento histórico el terrorismo una amenaza a la paz y a la seguridad internacional, lo que no es obstáculo para que actualmente exista unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a la aplicación del artículo 1.F) del Convenio de Ginebra a los delitos de terrorismo. Aplicación que no debe convertirse en una vía rápida para denegar el acceso a protección internacional a casos que la merecen, sino que debe ir acompañada de procedimientos justos y rigurosos que protejan y garanticen la institución del asilo como institución fundamental del derecho de los refugiados y del ordenamiento internacional.

Para ello sería necesario que la definición de terrorismo que se adopte a nivel mundial sea precisa y no dé lugar a definiciones ambiguas de lo que es y hace un terrorista, y que se tratará de unificar los criterios respecto a la aplicación de las cláusulas de exclusión no dando lugar a la absoluta discrecionalidad de los Estados como ocurre actualmente.

Es destacable en este sentido la Estrategia Global contra el Terrorismo⁸, aprobada recientemente por la Asamblea General de Naciones Unidas, que aunque no recoge una definición de terrorismo hace hincapié en la necesidad de que el combate contra esta amenaza esté basado en el respeto a los derechos humanos y al Estado de derecho. Para ello, el apartado 4.º del plan de acción que acompaña a la resolución incluye la necesidad de los Estados de combatir el terrorismo dentro del respeto a los Derechos: Internacional, de los Derechos Humanos, Internacional Humanitario y de los Refugiados; y con respecto a las medidas antiterroristas preventivas reco-

(3) "Diez preocupaciones sobre la protección a refugiados tras los eventos del 11 de septiembre", octubre 2001, "Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados. La perspectiva del ACNUR" noviembre 2001.

(4) "The state of World's Refugees: human displacement in the new millenium", 2006.

(5) El Alto Comisionado de las NNUU para los refugiados, Antonio Guterres, en noviembre de 2005 manifestó "los refugiados no son terroristas, ellos son víctimas del terrorismo y las sociedades necesitan tomar conciencia de que el refugiado no es un criminal ni un terrorista".

(6) "El estado de los Derechos Humanos en el mundo", Amnistía Internacional, 2006.

(7) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (1949), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), Convención de los Derechos del Niño (1989) y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993), junto con otros instrumentos regionales.

(8) "United Nations Global Counter-Terrorism Strategy", aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006 (www.un.org/terrorism/strategy).

¿Los “otros efectos colaterales” del 11 de septiembre?

II

gidas en el apartado 2.º, impulsa a adoptar las necesarias para evitar que los solicitantes de asilo utilicen el estatuto de forma ilícita y se involucren en acciones terroristas.

Anteriormente a esta Estrategia Global contra el Terrorismo Naciones Unidas⁹ había manifestado en diversas ocasiones sus dos principales preocupaciones respecto a la relación entre terrorismo y refugio: que el estatuto de refugiado no se utilice de modo ilegítimo por los autores, organizadores o patrocinadores de actos de terrorismo, y que las medidas para luchar contra el terrorismo no vulneren los derechos de los refugiados reales y de las personas que solicitan asilo de manera legítima. Conseguir este doble objetivo, en el que ni los terroristas se beneficien del asilo ni los verdaderos refugiados pierdan su derecho, es seguramente una de las claves y retos de las necesarias políticas y procedimientos de asilo, que lógicamente se tienen que ir adaptando a las nuevas realidades y circunstancias muy lejanas a las que dieron lugar a la Convención de Ginebra de 1951.

En este sentido es un hecho que desde el 11-S numerosos países han endurecido sus legislaciones y políticas de asilo, así como las garantías y criterios para la determinación de la condición de refugiado, viéndose reducidas las demandas de asilo a nivel mundial en un 50%¹⁰ y las concesiones de originarios de países de terrorismo internacional en cifras elevadas, y ello a pesar de que ninguno de los autores materiales¹¹ del 11-S, 11-M o 7-J accedieron al país por el proceso de asilo.

Es muy posible que la lucha antiterrorista no sea la única causa para explicar estos datos tan negativos para el derecho de asilo¹², y que si bien es extraordinariamente difícil admitir la relación directa entre políticas antiterroristas y restricción del estatuto de refugiado, aun habiendo algunas excepciones de refugiados¹³ implicados en delitos de terrorismo, no es hoy por hoy demostrable ni lógico que el hecho de ser refugiado en ningún país del mundo, ni siquiera en países origen de terrorismo internacional, suponga ninguna predisposición o tendencia terrorista que les convierta en potenciales terroristas y en consecuencia en una amenaza para la paz y la seguridad internacional.

(9) Resoluciones 1269 (1999) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y más recientemente el Informe del Secretario General “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo” de abril de 2006.

(10) “Los refugiados en cifras. Edición 2005” ACNUR y comunicado de prensa del ACNUR de marzo de 2006.

(11) Sí en cambio algunas personas cercanas a los secuestradores del 11-S habían solicitado asilo en Estados Unidos (según varios informes del Center for Immigration Studies “Europe’s Mujahideen. Where Mass Immigration Meets Global Terrorism” R. Leiken, abril de 2005 y “Moving Beyond de 9/11 staff report on terrorism travel” J. Kephart, septiembre de 2005).

(12) Políticas de migración y de control de flujos (aunque las razones del descenso no son claras). “The state of the World’s Refugee: human displacement in the new millennium”, ACNUR, 2006.

(13) Como, por ejemplo, Najm Faraj Ahmad, el mula Krebar, refugiado en Noruega desde 1991 y uno de los líderes del grupo terrorista Ansar al Islam.

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

Profesor Titular de la Universidad Complutense
de Madrid
(franciscosacristan@ozu.es)

III

Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España

SUMARIO

I. Observaciones previas.

II. Implicaciones del nuevo reglamento de extranjería.

III. Aspectos más relevantes del proceso extraordinario de normalización de trabajadores inmigrantes de 2005.

IV. Referencias bibliográficas por orden alfabético.

I. OBSERVACIONES PREVIAS

En la coyuntura del año 2005 en el que durante varias semanas de los meses de febrero y marzo estuvieron muy presentes en los medios de comunicación social los problemas acerca del proceso de normalización y regularización de trabajadores extranjeros en España, es pertinente realizar en el marco de este trabajo monográfico de investigación un análisis más detallado de todos los aspectos que se deben tener en cuenta para configurarnos una idea más ajustada de lo que sucede en la realidad.

Pero antes de entrar propiamente en el núcleo de interés de este punto, me centraré en la causa más verosímil que, además de otros factores, ha hecho posible este proceso de normalización y ésta se halla, desde mi perspectiva particular, en que la existencia de cientos de miles de inmigrantes en situación irregular demandaba una medida excepcional.

A partir de este punto de inflexión, tanto los Sindicatos como las organizaciones empresariales contribuyeron al diseño de una medida transitoria que permitiese el afloramiento a la superficie de la economía sumergida. Este hecho hace posible el cambio de una herencia de desorden a un presente actual de legalidad, ayudando a la recuperación de todas aquellas contribuciones al sistema vía impuestos y cotizaciones sociales que no se estaban produciendo.

Hay que diferenciar y distinguir de manera clara este proceso de normalización de una regularización en que no es incondicional ni para todas las personas, sino para aquellos extranjeros que disfruten de un contrato de trabajo real. La novedad que incorpora el trámite y que permitirá un control inédito es la necesidad de alta en la Seguridad Social de los trabajadores para que las autorizaciones concedidas entren en vigor.

Esta normalización ha pretendido adaptarse a la verdadera realidad de las circunstancias actuales, contemplando soluciones distintas para diferentes contextos. Así, por ejemplo, parece evidente que resultaría ineficaz y con escasa operatividad la exigencia de contratos de duración indefinida cuando no se están demandando.

Una vez introducidas estas ideas previas, se constata que el actual proceso extraordinario de normalización de trabajadores extranjeros es la mayor regularización de inmigrantes que ha existido en la historia de España. En este sentido, el ministro español de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, declaraba a los medios de comunicación que los nuevos inmigrantes regularizados aportarán en 2006 de 1.000 a 1.500 millones de euros a la Seguridad Social española.

Al menos 691.059 extranjeros presentaron hasta las 22.00 horas del pasado 7 de mayo de 2005, la solicitud para acogerse al proceso de regularización de inmigrantes abierto en febrero pasado por el Gobierno español. Basándome en datos recogidos durante el mes de mayo de 2005 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se indica que la cifra definitiva superará las 700.000 solicitudes. Un 60% de las peticiones se han concentrado en tres de las diecisiete comunidades autónomas de España: Madrid (centro), Valencia (este) y Cataluña (noreste), según los datos oficiales.

Este proceso se ha convertido en la mayor operación de regularización de trabajadores inmigrantes puesta en marcha en España en las últimas décadas, con un número de solicitudes que supera incluso la suma de los seis procesos extraordinarios abiertos desde 1991, a los que se acogieron menos de 600.000 extranjeros.

Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo, del total de solicitudes presentadas, 365.382 pertenecían a varones, mientras que 267.012 eran de mujeres. Además, la mayoría de ellas, un 52,26%, proceden de Ecuador, país de origen de 135.783 inmigrantes que esperan regularizar su situación en España. Por nacionalidades, tras Ecuador se sitúa Rumanía, Marruecos, Colombia, Bolivia, Bulgaria, Argentina y Ucrania.

El proceso, pactado entre el Gobierno, los sindicatos, la patronal y las ONGs, arrancó el 7 de febrero de 2005, con una media de 1.800 peticiones diarias en la primera semana, pero se aceleró de manera constante a medida que se aproximaba el final del plazo. La principal diferencia de este proceso de normalización respecto a otros anteriores ha sido la exigencia de un contrato de trabajo firmado por el empresario.

Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España

III

Los inmigrantes que, por no contar con un contrato de trabajo o no estar empadronados antes del 8 de agosto de 2004, no se hayan podido acoger al proceso de regularización, unos 100.000 o 150.000 según las cifras oficiales, quedan ahora expuestos a la expulsión.

Finalmente, y con el objetivo de establecer un marco comparativo con la reciente historia, decir que el proceso extraordinario de normalización de trabajadores extranjeros abierto por el Gobierno el pasado 7 de febrero de 2005 ha configurado un volumen de legalizaciones similar a los que supone la suma de los siete procesos extraordinarios de regularización llevados a cabo en España en los últimos 20 años, período en que fueron legalizados más de 630.000 inmigrantes desde 1986.

El primer proceso de regularización extraordinaria de extranjeros en España se habilitó en 1986, con motivo de la aprobación de la Ley de Extranjería de 1985 y su posterior Reglamento en 1986, y supuso el acceso a la legalidad de 34.832 extranjeros, entre ellos ciudadanos que ahora son comunitarios, como portugueses e ingleses.

Hasta este proceso de 2005, casi dos de cada cinco extranjeros con permiso de residencia en vigor en España (38%) lo habría obtenido mediante un proceso extraordinario, si se atiende a los que residían legalmente en nuestro país. A pesar de que el primer proceso de normalización tuvo lugar en 1986, un 73% de los extranjeros regularizados han obtenido permiso de residencia y trabajo a partir del año 2000 en alguno de los cuatro procedimientos puestos en marcha por los dos gobiernos del Partido Popular hasta la fecha.

La última regularización especial del PP, que tuvo lugar en 2001 y se denominó “procedimiento de regularización por arraigo”, fue la que legalizó a mayor número de extranjeros hasta la llegada de José Luis Rodríguez Zapatero a la Presidencia del Gobierno: casi 239.000 personas. Este proceso se puso en marcha tras la aprobación de la primera reforma de la Ley de Extranjería aprobada por el PP en 2000 y hasta la aprobación de su Reglamento de desarrollo.

Al mismo tiempo, el Gobierno inició en 2001 otro proceso de normalización por motivos humanitarios a raíz de un accidente de tráfico en la localidad murciana de Lorca en enero de ese año, en el que murieron 12 inmigrantes irregulares ecuatorianos que se dirigían a trabajar. A través de este sistema, accedieron a la legalidad 24.352 ecuatorianos.

El conocido como “Puente aéreo Madrid-Ecuador” comenzó con el pago por parte de la Administración del viaje a los solicitantes de regularización al país andino para recoger el visado, aunque poco después se estableció la exención de visado y se eliminó el requisito de viajar a Ecuador.

Un año antes, en el año 2000, el Gobierno de turno puso en marcha un proceso de regularización, en cumplimiento de la Ley de Extranjería 4/2000 (primera reforma de la Ley de 1985), aprobada por todo el arco parlamentario, salvo el PP, y que poco después sería reformada por el Gobierno de José María Aznar. En cualquier caso, este procedimiento de legalización afectó a 163.913 extranjeros.

El primer proceso de regularización extraordinaria dirigido por el PP tuvo lugar en 1996, poco después de llegar al poder. En esta ocasión, la legalización vino motivada por la aprobación de un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería de 1985 y otorgó permisos de residencia y trabajo a 24.691 extranjeros.

Antes, en 1991, fue el Parlamento el que impulsó un proceso de normalización extraordinaria de extranjeros (el segundo de la historia de España), mediante la aprobación en el Congreso de una Proposición no de Ley sobre “Líneas Básicas de la Política Española de Extranjería”, que documentó a un total de 108.321 extranjeros.

II. IMPLICACIONES DEL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA

En este punto pretendo describir a partir de la norma reglamentaria en vigor en materia de extranjería las principales características del actual proceso de regularización extraordinaria de trabajadores inmigrantes en España y hacer referencia al supuesto del arraigo laboral de manera sucinta.

El Consejo de Ministros aprobó, el pasado 30 de diciembre de 2004, el Real Decreto 2393/2004, por el que disponemos del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Las principales novedades que introduce en nuestro ordenamiento jurídico en directa relación con el objeto de estudio planteado son las siguientes:

- 1.^a Un proceso **extraordinario** de normalización de trabajadores extranjeros que se encuentren en España en situación ilegal.
- 2.^a Un nuevo supuesto para la concesión de autorizaciones excepcionales de residencia por motivos de **arraigo laboral**.
- 3.^a Modificación del procedimiento respecto a la determinación del **contingente anual** de inmigración legal y de la **situación nacional de empleo** para permitir la contratación legal de inmigrantes en sectores y ocupaciones de difícil cobertura.

Comenzando por la primera de las cuestiones, el Reglamento reconoce la presencia de un número considerable de inmigrantes en situación irregular en España y prevé un procedimiento extraordinario de normalización de su situación. Este procedimiento ha permitido, durante un período de tres meses, desde el 7 de febrero al 7 de mayo de 2005, a los empresarios interesados en contratar a un trabajador inmigrante ya presente en España solicitar un permiso inicial de residencia y trabajo, siempre que se cumplan ciertos requisitos¹.

(1) Estos requisitos, por el lado del trabajador extranjero, se concentran en la obligación de empadronamiento desde, al menos, 6 meses antes de la entrada en vigor del Reglamento, es decir, antes del pasado 7 de agosto de 2004 y, por parte del empresario, se circunscriben a la firma de un contrato con el trabajador inmigrante, condicionado a la aceptación de la solicitud de residencia y trabajo, de una duración mínima de 6 meses.

Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España

III

Dadas las características específicas de algunos sectores, la duración mínima del contrato ofrecido por el empresario puede ser menor. Así, se reduce a tres meses en el sector agrícola y se permite que en la hostelería y la construcción los seis meses de prestación laboral tengan lugar en un período máximo de un año. El trabajador inmigrante debe carecer de antecedentes penales, tanto en España como en su país de origen. Podemos percatarnos que el proceso diseñado pretende evitar la aparición de falsas ofertas laborales a los extranjeros presentes en España, por lo que establece una serie de controles adicionales. En concreto, una vez aceptada la solicitud, ésta queda condicionada a que en el plazo máximo de un mes se haga efectiva el alta del trabajador inmigrante como afiliado en la Seguridad Social.

En segundo lugar, el nuevo Reglamento introduce un supuesto de arraigo laboral, que se añade a los casos específicos de arraigo social ya presentes en la legislación nacional, para conceder autorizaciones de residencia en España a aquellos trabajadores inmigrantes que demuestren su permanencia continuada durante, al menos, dos años en España y la existencia de una relación laboral con duración mínima de un año.

El tercer aspecto novedoso de este nuevo Reglamento de Extranjería se circunscribe a una serie de cambios en los procedimientos vigentes para la regulación de la inmigración legal, con el objetivo de mejorar su funcionamiento y reducir los incentivos a la inmigración ilegal. Estas modificaciones importantes serían las siguientes:

a) Incorporación de un conjunto de mejoras en los controles administrativos y burocráticos relacionados con la inmigración. En este sentido, se pone en marcha un sistema informático común que permita el control en tiempo real por cualquiera de los Ministerios involucrados (Interior, Asuntos Exteriores y Trabajo y Asuntos Sociales) de la información disponible sobre la situación de los inmigrantes presentes en España.

b) Cambios en la determinación anual del contingente de inmigración legal y en la elaboración del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que intentan permitir una gestión más ágil de la inmigración legal. En particular, el Reglamento establece dos únicas vías por las que es posible realizar la contratación de un trabajador inmigrante, ambas en su país de origen:

1.^a Permiso para la contratación individualizada de un trabajador inmigrante siempre que la situación nacional de empleo lo permita. La novedad introducida por el Reglamento se encuentra en una definición más versátil de esta situación nacional de empleo. Así, el Servicio Público de Empleo Estatal determinará con periodicidad trimestral un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada una de las provincias. Este catálogo se basará en la información disponible sobre las ofertas presentadas por los empresarios en los Servicios Públicos de Empleo Estatal. Se permitirá la contratación, por tanto, de los trabajadores inmigrantes que vengan a cubrir las ocupaciones calificadas como de difícil cobertura, siempre que no se encuentren ya en situación irregular en España.

2.^a Vía de las ofertas genéricas de empleo realizadas por los empresarios en los países de origen a través del denominado “contingente de trabajadores extranjeros”. En este caso, las novedades introducidas por el Reglamento se encaminan a una flexibilización en su determinación. Así, se permite que a lo largo del año, en función de la situación del mercado laboral, se puedan revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo incluidas en el contingente, así como la autorización de un número de visados para la búsqueda de empleo en España, dirigidos a aquellos sectores de difícil cobertura desde los países de origen; por ejemplo, los empleados del servicio doméstico.

III. ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL PROCESO EXTRAORDINARIO DE NORMALIZACIÓN DE TRABAJADORES INMIGRANTES DE 2005

Una vez perfiladas estas primeras observaciones y a partir de la documentación consultada del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y otras fuentes oficiales, entiendo conveniente plasmar en las siguientes líneas una serie de aspectos de este proceso extraordinario de normalización, empezando por las personas que están legitimadas para efectuar la solicitud de regularización de trabajadores extranjeros en España. La normativa establece que son dos los sujetos legitimados para este cometido, a saber:

- En primer lugar y con carácter general, el empresario que desee colocar a un trabajador extranjero siempre y cuando cumpla con los requisitos del proceso de normalización. En estos procedimientos en los que el sujeto legitimado es un empresario, las solicitudes tienen que ser presentadas personalmente por el empresario o por aquella persona que éste designe como representante.

Respecto a esto anterior, se considera representación legal empresarial quien tuviera reconocida dicha condición por el denominado sistema RED de la Tesorería General de la Seguridad Social en la fecha de publicación del nuevo Reglamento de Extranjería.

- En segundo lugar, el propio trabajador extranjero, pero únicamente en el caso de trabajadores discontinuos (por horas) en el sector del servicio doméstico. En este supuesto, la solicitud de autorización inicial debe ser presentada personalmente por el trabajador.

En lo relativo a los requisitos que debe cumplir el empresario para poder contratar a un trabajador extranjero, acogiéndose al proceso de normalización, debemos tener en cuenta los siguientes:

- La existencia de un contrato de trabajo firmado entre empresario y trabajador, con el compromiso del empresario del mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, con las siguientes especificaciones:

Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España

III

1.^a En el sector agrario ese período mínimo se reduce a los tres meses.

2.^a En los sectores de la construcción y la hostelería, este compromiso puede realizarse dentro de un período máximo de 12 meses.

3.^a En el sector del servicio doméstico en el supuesto de la prestación de servicios para un solo empleador o cabeza de familia durante un tiempo igual o superior a 80 horas de trabajo efectivo al mes, e igual o inferior a 40 horas de trabajo efectivo a la semana, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empresario, que pudieran acordarse entre las partes. En este caso, la solicitud inicial de autorización de residencia y trabajo debe ser presentada por el cabeza de familia empresario y además se establece que los servicios deben ser prestados en el hogar en el que resida el cabeza de familia y, en su caso, demás personas que componen dicho hogar.

En el apartado de los contratos de trabajo a tiempo parcial, el período de prestación laboral aumenta proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dichos contratos, de tal manera que la suma de las jornadas que se deben realizar mediante los diferentes contratos a tiempo parcial, dentro del período de vigencia de la autorización, tenga una equivalencia, al menos, del total de un contrato a tiempo completo por un período mínimo de 6 meses.

– Otro de los requisitos esenciales se refiere a que la empresa solicitante debe estar inscrita en el correspondiente régimen del sistema de la Seguridad Social y por supuesto, que se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de las cuotas exigibles por la Seguridad Social. Podrá requerirse al empresario la acreditación de los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para la realización del proyecto empresarial o contratación.

– El último de los requisitos por parte del empresario es que las condiciones estipuladas en el contrato de trabajo deben ajustarse a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

Si nos situamos ahora en la esfera de los requisitos que debe cumplir la otra parte de la relación laboral por cuenta ajena, es decir, el trabajador, es preciso especificar los siguientes, a saber:

– Empadronamiento en un municipio español, al menos, seis meses antes al 7 de febrero de 2005 (en concreto desde el 8 de agosto de 2004), con la acreditación suficiente de su presencia continuada en España durante este período.

– Posesión de la titulación, en su caso, debidamente homologada o con la acreditación de la capacitación exigida para poder ejercer la profesión.

– El trabajador extranjero debe carecer de antecedentes penales tanto en España como en los países en los que hubiera residido en los cinco años anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento jurídico español.

– El inmigrante no debe tener prohibida su entrada en España, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, excepto que esta prohibición de entrada se derive sólo de una resolución de expulsión no ejecutada, que hubiese sido dictada de acuerdo a las infracciones de estancia y/ trabajo irregular.

En el apartado especial del trabajador del servicio doméstico de carácter parcial o discontinuo, que comprende al colectivo de extranjeros que quieran desarrollar su actividad laboral en el ámbito del servicio doméstico, trabajando de manera parcial y simultáneamente para más de un titular del hogar familiar, dispusieron de un plazo de tres meses desde el 7 de febrero de 2005 para la solicitud de la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo. El conjunto de requisitos que se les exigen son los siguientes, a saber:

– Empadronamiento en un municipio español antes de la fecha concreta del 8 de agosto de 2004, debiendo presentar un pasaporte, título de viaje o cédula de inscripción que acredite su presencia continuada en el territorio español desde una fecha anterior a la del empadronamiento.

– Las prestaciones laborales concertadas por el trabajador extranjero le deben garantizar un periodo mínimo de actividad de seis meses.

– El trabajador extranjero debe reunir los requisitos que determinan su inclusión en el Régimen Especial de Empleados de Hogar y que se concretan en los cuatro siguientes:

1.º Prestación de servicios domésticos para más de un cabeza de familia, titular de hogar familiar, o grupo de personas que, sin constituir una familia, convivan en el mismo hogar familiar, con carácter parcial o discontinuo, y cuya duración no sea inferior a 30 horas de trabajo efectivo a la semana, en cómputo global, realizadas durante al menos, 12 días en el mes.

2.º El conjunto de estos servicios debe ser prestado en el hogar en el que resida el cabeza de familia y, en su caso, demás personas que componen dicho hogar.

3.º Percepción por este servicio de un sueldo o remuneración de cualquier tipo.

4.º No se deben encontrar expresamente excluidos del campo de aplicación de este Régimen.

– Los servicios pactados se deben ajustar a las condiciones laborales establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.

Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España

III

– El trabajador extranjero debe carecer de antecedentes penales tanto en España, como en aquellos países en los que hubiera residido en los cinco años anteriores, por hechos tipificados como delitos en el vigente Código Penal español.

– El trabajador extranjero no debe tener prohibida su entrada en España, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, excepto que dicha prohibición de entrada se derive exclusivamente de una resolución de expulsión no ejecutada, que hubiese sido dictada de acuerdo a las infracciones de estancia y/o trabajo irregular.

El plazo de presentación de estas solicitudes fue de tres meses a partir del 7 de febrero de 2005 (es decir, se alargó hasta el 7 de mayo de 2005), fecha de entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Otra de las cuestiones importantes de este proceso extraordinario de regularización de trabajadores extranjeros en España es el apartado de las obligaciones ligadas a la resolución favorable de las solicitudes.

En primer lugar, es importante especificar que la resolución ha de ser motivada y se debe notificar al empresario, con la remisión de una copia al trabajador extranjero, excepto en los supuestos de trabajo que tenga una naturaleza parcial o discontinua en el sector del servicio doméstico, en los que existirá notificación al trabajador extranjero.

En cuestiones de plazo para la resolución y notificación de las solicitudes de autorizaciones de residencia y trabajo, éste será de tres meses, que empiezan a contar desde el día siguiente al que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Una vez transcurrido el plazo para la notificación de solicitudes, sin que su práctica se haya realizado, las peticiones se pueden entender como desestimadas. Las resoluciones dictadas ponen fin a la vía administrativa y contra las mismas se pueden interponer los correspondientes recursos administrativos o judiciales legalmente previstos.

Debemos tener en cuenta que en caso de resolución favorable, la autorización de residencia y trabajo concedida está condicionada a los siguientes requisitos:

1.º En el plazo de un mes desde la notificación, se debe realizar la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social.

2.º La notificación de la concesión de la autorización de residencia y trabajo surte efectos para que se pueda proceder al abono de las tasas que corresponden a la concesión de autorización de residencia y trabajo inicial por cuenta ajena; debe ser efectuada en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización.

Una vez transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido la condición anterior, la autorización queda sin efecto. En este supuesto, existirá un requerimiento al empresario o al propio trabajador extranjero para que señale las razones por las cuales no se ha iniciado la relación laboral, realizando una advertencia expresa en el sentido de que si no se alegase ninguna justificación o si las razones expuestas se consideran insuficientes, pueden denegarse posteriores solicitudes de autorización que presente dentro del proceso de normalización. Por el contrario, si la justificación alegada o las razones indicadas se consideran suficientes, el empresario o el propio trabajador extranjero, pueden presentar una nueva solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo, durante el plazo previsto para el procedimiento de regularización.

Los efectos de la concesión de la autorización de residencia y trabajo determinan el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la resolución de expulsión correspondientes estén basados tan sólo en las causas previstas en el artículo 53, apartados a) y/o b), de la Ley Orgánica 4/2000, que son en concreto:

- Hallarse el trabajador extranjero en situación irregular en España debido a la no obtención de la prórroga de estancia, carencia de autorización de residencia o tener caducada durante más de tres meses dicha autorización, siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto de forma reglamentaria.
- Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

Por otro lado, decir que una vez cumplida la condición de afiliación y/o alta del trabajador extranjero en la Seguridad Social, la autorización de residencia y trabajo comenzará su período de vigencia, establecido en un año.

En lo concerniente a la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero, constatar que durante el mes inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la autorización y una vez realizado el abono de las tasas fiscales, el inmigrante debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, siendo expedida por el plazo de validez de la autorización.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS POR ORDEN ALFABÉTICO

- AJA, E.(coordinador): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- ARAGÓN BOMBÍN, R. y CHOZAS, J., *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, MTySS, Madrid, 1993.
- BAYLOS, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.

Proceso de normalización de trabajadores extranjeros en España

III

- “Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español 1977-1987”, en *Revista de Trabajo*, n.º 91, julio-septiembre, 1988, Madrid, pp. 9-21.
- BILBAO, A. y PRIETO, C., «Políticas empresariales de mano de obra en el sur metropolitano», en *Economía y Sociedad* n.º 3, Madrid, 1990, pp. 141-143.
- CAPEL, Horacio, “Los inmigrantes en la ciudad. Crecimiento económico, innovación y conflicto social”, Publicado también en DELGADO, M. (ed.), *Debat de Barcelona. Ciutat i immigració*, Barcelona: Centre de Cultura Contemporànea, 1997, pp. 83-112. Publicado también en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, n.º 3, 1 de mayo de 1997, 24 pp.
- CASAS, M. E. y ESCUDERO, A., “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 17, Madrid, 1984, pp. 51-92.
- CASTILLO MENDOZA, C.A., “Control y organización capitalista del trabajo. El Estado de la cuestión”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 9, Madrid, 1990, pp. 117-139.
- CENTI, C., “Mercado de trabajo y movilización”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 4, Nueva Época, otoño 1988, pp. 43-66.
- CERÓN RIPOLL, P., *La inmigración dominicana en Madrid* (Tesis doctoral sin publicar), Universidad Complutense, Madrid, 1999.
- COLECTIVO IOÉ, *La inmigración extranjera en España*, Grup de Fundacions La Caixa, Madrid, 2000.
- “Rasgos generales y perfil sociodemográfico”, en GIMÉNEZ, C. (coord.), *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, 1993, Tomo I, pp. 137-419.
- “La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo”, en CONTRERAS, I. (coord.), *Inmigración, racismo e interculturalidad*, Talasa, Madrid, 1994, pp. 83-119.
- *Inmigrantes extranjeros en la Sierra Oeste de Madrid*, Mancomunidad de Servicios Sociales Sierra Oeste, San Lorenzo del Escorial, 1994.
- *Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al empleo en España*, OIT, Ginebra, 1995.
- *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*, Fundamentos, Madrid, 1995.
- *Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad*, CIS, Madrid, 1995 (Colección Opiniones y Actitudes, n.º 8).
- “Inmigrantes y mercados de trabajo en España. Planteamiento general y aplicación a un caso concreto: los trabajadores marroquíes en el sector de la construcción en la Comunidad de Madrid”, en Seminario *Inmigración, empleo e integración social*, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, julio de 1995.
- *La educación intercultural a prueba: hijos de inmigrantes marroquíes en la escuela*, CIDE/Laboratorio Estudios Interculturales, Universidad de Granada, Granada, 1996.
- DÍEZ NICOLÁS, J., *Los españoles y la inmigración*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, MTAS, Madrid, 1999.
- ESPADA RAMOS, M.ª L., *¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997.
- FUNDACIÓN IESA (Toharia, L., García Serrano, C. y Sahún, M.ª), *El factor trabajo en la construcción: empleo, demandas y ofertas (1985-1990) y la formación profesional ocupacional en el sector*, MOPT, Madrid, 1991.
- GIMÉNEZ, C. (coord.), *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, Tomo I y II.
- IBÁÑEZ, Jesús, *Más allá de la sociología. El Grupo de Discusión: técnica y crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

Francisco Sacristán Romero

III

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Población Activa* (varios años).
- INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS, *Evolución Social en España 1977-1987*, Cuadernos ISE n.º 2, Madrid, 1988.
- *Evolución social en España 1993*, Madrid, 1993.
- JURADO GÓMEZ, E., *El mercado de trabajo en el sector de la construcción*, ANCOP, Madrid, 1995.
- LÓPEZ DE LERA, D., “Análisis de la estadística sobre población extranjera”, en *Serie de Artículos y Ponencias* del Instituto de Demografía del CSIC, Madrid, 1991.
- LORCA, A., ALONSO, M. y LOZANO, L.A., *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Encuentro, Madrid, 1997.
- MIGUÉLEZ, F., “Trabajo y relaciones laborales en la construcción”, en *Sociología del Trabajo* n.º 9, Madrid, primavera de 1990, pp. 35-54.
- MIGUÉLEZ, F., RECIO, A. y ALÓS, R., *Transformaciones laborales en la industria de la construcción en Cataluña*, UAB/CCOO Catalunya, Barcelona, 1990.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Encuesta de Coyuntura Laboral*, 2.º trimestre de 1992, Madrid, 1993, 213 pp.
- *Anuario de Estadísticas Laborales, 1990*, Madrid, 1991.
- MURO, J. y otros, *Análisis de las condiciones de Vida y Trabajo en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
- OKOLSKI, M., “Poland”, Informe para el SOPEMI 1991 de la OCDE, Varsovia, 1991 (edición interna).
- PALOMEQUE, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991.
- PRIETO, C., “Cambios en la gestión de mano de obra: interpretaciones y crítica”, en *Sociología del Trabajo*, n.º 16, Madrid, 1992.
- REQUENA SANTOS, F., *Redes sociales y mercado de trabajo. Elementos para una teoría del capital relacional*, CIS/Siglo XXI, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, Nicolás, *La población de América Latina. Desde los tiempos precolombinos al año 2000*, Madrid: Alianza Editorial, 1973, cap. 5.
- SEOPAN, *Informe anual por Comunidades Autónomas 1993*, Madrid, 1994.
- UNIÓN SINDICAL DE MADRID REGIÓN DE CCOO, *Economía sumergida*, Ediciones GPS, Madrid, 1994.
- VILLA, P., *La estructuración de los mercados de trabajo. La siderurgia y la construcción en Italia*, MTYSS, Madrid, 1990.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Políticas Sociales, Inmigración y Educación Intercultural
23-25 de enero de 2007. Bilbao.
- ✓ I Congreso Internacional de Inmigración y Diversidad Cultural de Castilla y León
6-9 de febrero de 2007. Salamanca.
- ✓ Políticas de integración de los inmigrantes desde la participación en la vida pública
8 de febrero de 2007. Bilbao.
- ✓ I Jornada sobre Inmigración
15 de febrero de 2007. Madrid.
- ✓ II Jornadas Transpirenaicas de Fronteras Políticas Sociales, Inmigración y Educación Intercultural
23 de febrero de 2007. Lérida.
- ✓ Inmigración y sociedad
1-3 de marzo de 2007. Valencia.
- ✓ V Congreso sobre la inmigración en España “Migraciones y desarrollo humano”
21-24 de marzo de 2007. Valencia.
- ✓ Primer Congreso Internacional “Migraciones Globales: Población en Movimiento, Familia y Comunidades Migrantes”
22-24 marzo de 2007. México.
- ✓ La inmigración: del conflicto al crecimiento de las sociedades
23, 24, 30, 31 de marzo; 6 y 7 de abril de 2007. Jaén.

IV

A CELEBRAR

- ✓ Curso Introducción a la realidad africana: más allá de la cooperación

31 de enero al 4 de mayo de 2007. Madrid (Obra social Caja Madrid y Grupo de Estudios Africanos de la UAM).

ÚLTIMA HORA



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



PASCUAL AGUELO NAVARRO Y
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Directores de INTERMIGRA y REDMEX
(Seminario Permanente para las Migraciones
Internacionales y la Extranjería)

Notas urgentes sobre el RD 240/2007, de 16 de febrero. Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias¹

Preámbulo

– La incorporación al Derecho español de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 (DOUE 29 de junio de 2004). Su incorporación debía efectuarse como tarde dos años después de la entrada en vigor de la Directiva (artículo 40); tal entrada en vigor se produjo el mismo día de su publicación (artículo 41).

– Recuerda carácter supletorio de LOEx 4/2000, en aquellos aspectos que pudieran resultar más favorables. (Ver artículo 1.3 LOEx.)

– Incluye la reagrupación de familiares de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación (Disposición Final 3.^a).

– Como veremos amplía las ventajas del régimen comunitario: al cónyuge, a la pareja registrada, y a los descendientes menores de 21 años y mayores que vivan a cargo; excluye a los ascendientes que quedan sometidos al régimen general (DA 20.^a)

– Introduce en el RELOEx 2393/2004 dos nuevas Disposiciones Adicionales: 19.^a (Otros familiares de ciudadanos comunitarios) y 20.^a (Familiares extracomunitarios de español).

(1) El documento que sirve de base a las Notas urgentes fue elaborado por la Subcomisión de extranjería del CGAE y publicado en la Web de Extranjería del RelCAZ.

Objeción general a todo el RD Comunitarios

Por eso el artículo 2.1 de la Directiva, define: “Ciudadano de la Unión: toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro”.

Existe pues en el RD 240/2007 una mala redacción porque el vínculo político que une a una persona física (o jurídica) con un Estado se llama nacionalidad, no ciudadanía. El vínculo político que une a una persona física con la UE es la ciudadanía de la UE. Además el concepto de ciudadanía, aplicado a las relaciones entre una persona y un Estado, parece sobre todo de contenido sociológico, no jurídico.

Dos ejemplos de esa mala redacción: Los artículos 6 y 7 RD COMUNITARIOS dice: “un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo...” (artículo 6); “los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo...”

En ambos casos debe decir: “un nacional de un Estado miembro...” o “los nacionales de los Estados miembros...”

Ámbito de aplicación

Aplicable en principio a ciudadanos de otros Estados miembros de la UE, de Estados partes en el Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza, que ejercen la libre circulación y se trasladan a España y familiares:

– **Cónyuge:** Siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal. Debe entenderse que el acuerdo o declaración de nulidad, divorcio o separación legal debe ser judicial [Ver Directiva, artículo 3.2.a). Asimismo Dictamen del Consejo de Estado.]

– **Pareja:** inscrita en un registro público (UE), que impida la posibilidad de 2 registros simultáneos².

Las Instrucciones DGI/SGRI/03/2007 señalan únicamente los Registros de Alemania, Francia, Reino Unido, Chequia, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo y Suecia.

(2) La previsión puede exceder el contenido de la directiva europea. en ésta no se exige que la legislación que regula el registro de parejas “impida la posibilidad de dos registros simultáneos”; la exigencia puede parecer razonable, pero no se contiene en la directiva. La Directiva en el artículo 2.2 dice: “b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.”

Última hora

v

Igualmente señalan las Instrucciones que

“Los diferentes Registros de parejas estables existentes en diversas Comunidades Autónomas o Ayuntamientos españoles no serán válidos a estos efectos, por el momento, en tanto no cumplen los requisitos señalados en el artículo 2.b) del RD 240/2007.”

No podemos estar de acuerdo con la afirmación que se efectúa en las Instrucciones dado que las leyes autonómicas reguladoras de las uniones familiares de hecho, todas ellas regulan registros *ad hoc* para inscribir las parejas estables o de hecho, tras un procedimiento contradictorio y contienen como requisito personal o de capacidad no formar parte de otra pareja de hecho o estable con otra persona³.

– **Descendientes directos:** debe incluir nietos “a su cargo”. La Directiva habla de los “descendientes directos menores de 21 o a cargo y los del cónyuge o de la pareja...” Luego tanto los descendientes del ciudadano como los de su pareja o cónyuge pueden ser mayores de 21 años, siempre que estén “a cargo”.

– **Ascendientes directos:** “a su cargo”. Además habrá que incluir a los ascendientes de su cónyuge o pareja.

Los descendientes mayores de 21 años y ascendientes que “vivan con” el nacional comunitario serán documentados en régimen general de extranjería (Nueva DA 19.^a RELOEx).

Derechos

La igualdad de trato es predicable a favor de los familiares extracomunitarios residentes. (Artículo 3 RD 240/2007.)

El RD 240/2007, cita el artículo 39. 4.º del TCE, que señala que la libre circulación de trabajadores no se aplicará “a los empleos en la administración pública”; pues bien, este concepto se entiende en sentido estricto y hoy no incluye, por ejemplo, el acceso a empleos en sanidad pública, en correos, en función pública docente ... ni en el ejército...

Por otro lado, en general el RD 240/2007 cumple con el Derecho de la UE en esta materia, pero en su aplicación debe tenerse presente el concepto de orden público que estructura la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Este concepto resulta asimismo estricto, como se

(3) Sin embargo, leídas las leyes reguladoras de las uniones familiares de hecho de las diversas Comunidades Autónomas, Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho [artículo 3.2.b)]; Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas [artículo 4.c)]; Asturias: Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias [artículo 3.1); Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables [artículo 2.1.d)]; Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias [artículo 2.1.c)]; Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria [artículo 4.4.c)]; Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja [artículo 17); Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura [artículo 3.1.c)]; Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho [artículo 2.1.c)]; Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables [artículo 2.1); País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho [artículo 2); Valencia: Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho [artículo 2.1.c)], todas ellas regulan el correspondiente registro de parejas y contienen como requisito personal o de capacidad el no formar pareja estable con otra persona.

deduce, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 31 de enero de 2006, en el caso COMISIÓN/ESPAÑA, en la que puede leerse⁴:

“El derecho de los nacionales de un Estado miembro y de sus cónyuges a entrar y residir en el territorio de otro Estado miembro no es incondicional. Entre las limitaciones previstas o autorizadas por el Derecho comunitario, el artículo 2 de la Directiva 64/221 permite a los Estados miembros prohibir a nacionales de otros Estados miembros o a sus cónyuges con la nacionalidad de un tercer Estado, la entrada en el territorio por razones de orden público o de seguridad pública...

No obstante, el legislador comunitario ha definido límites estrictos para la posibilidad de que un Estado miembro invoque tales razones. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 64/221 indica que las medidas de orden público o de seguridad pública deben estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen. El apartado 2 de dicho artículo precisa que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. De este modo, la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público...

Por su parte, el Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de personas, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente...

En consecuencia, según jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad...”

Además surge otra cuestión: ¿El peor trato dispensado a los nacionales españoles en su relación familiar con sus ascendientes y otros familiares no contraviene el principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 12 del TCE? Materialmente no parece evidente; pero la aplicación de esta norma del TCE, exige no discriminar a ninguna persona por razón de la nacionalidad. A nuestro entender resulta claro que se debe modificar el Derecho español para que en ningún caso los ascendientes o cualquier otro familiar de españoles sufran discriminación.

Entrada

El ciudadano de la UE efectuará su entrada provisto de pasaporte o documento de identidad válido y en vigor en el que conste la nacionalidad del titular; además no se le podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente (artículo 5.1.º de la Directiva).

A los familiares extracomunitarios: Únicamente se exigirá visado de entrada, cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo. Pero esta exigencia plantea problemas puesto que la Directiva 2004/38/CE señala en su artículo 5 que los Estados miembros admitirán a los ciudadanos de la UE que tengan un documento nacional de identidad o un pasaporte válidos “y

(4) Párrafos 43-46.

Última hora

v

a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido”. ¿Exige la validez de ese pasaporte la visa en el caso de nacionales de Estados a los que se les pida visa según el Reglamento (CE) 539/2001 o debe primar en este caso la Directiva, favoreciendo el derecho a la vida familiar de los ciudadanos de la UE? Parece más razonable que prime el Derecho Humano a la vida familiar, salvo en casos de peligro para el orden público del Estado miembro de acogida. En todo caso habría que conectarlo con la previsión de la Directiva de darse las máximas facilidades para facilitar la entrada de los familiares.

- La expedición de dichos visados será gratuita y la tramitación del visado tendrá carácter preferente (La Directiva habla de “procedimiento acelerado”).
- Cualquier resolución denegatoria del visado deberá ser motivada.
- Se deberán dar las máximas facilidades para entrar en el caso de no disponer de todos los documentos de viaje necesarios⁵.

Estancia

– Ciudadano comunitario:

- Si permanece en España menos de tres meses: basta con estar en posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor.

– Familiar extracomunitario:

- Si acompaña al nacional comunitario y permanece en España menos de tres meses: basta con estar en posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor.

Residencia

– Ciudadano comunitario:

- Si permanece en España más de 3 meses:
 - Mera inscripción en el Registro Central de Extranjeros.
 - Expedición inmediata de un certificado de registro. Solicitud de forma personal en la OFEx.
 - No sujeto a renovaciones.

¿Por qué en el Registro Central de Extranjeros si realmente no son los extranjeros clásicos de la LOEx 4/2000? En todo caso, aunque la inscripción en dicho Registro no parece violar el tenor

(5) La Directiva obliga al Estado miembro de acogida a dar las máximas facilidades para que puedan obtener o recibir los documentos necesarios o para que se confirme o pruebe por otros medios su calidad de beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia (artículo 5.4.º).

literal (otra cosa será su teleología) de la Directiva 2004/38/CE hubiera sido preferible haber habilitado un registro *ad hoc* para la inscripción de nacionales comunitarios.

– Familiar extracomunitario: Tarjeta de Familiar de Ciudadano de la Unión. Entrega inmediata de resguardo. Efectos retroactivos de la resolución favorable.

Mantenimiento del derecho de residencia de los familiares

–Fallecimiento:

- Familiares extracomunitarios:
 - Se exige únicamente haber residido como FRCEE (Directiva habla de 1 año).
 - A los 6 meses, salvo permanentes, debe solicitar una Tarjeta de acuerdo con el artículo 96.5 RELOEx y debe disponer de medios económicos.

– Nulidad, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción de pareja:

- Obligación de comunicación.
- Duración del matrimonio o pareja 3 años, de ellos, 1 año al menos en España.
- Otorgamiento de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario.
- Víctima violencia doméstica.
- Derecho de visita.
- Transcurridos 6 meses desde la producción del supuesto, salvo permanentes, debe solicitar una Tarjeta de acuerdo con el artículo 96.5 RELOEx y debe disponer de medios económicos.

Residencia Permanente

– Ciudadanos de la Unión:

- Ciudadanos de la Unión y miembros de la familia extracomunitarios tras residencia legal de 5 años.
 - Solicitud OFEx, se expedirá “a la mayor brevedad posible” el Certificado del derecho a residir con carácter permanente.
- Sin residencia de 5 años:
 - Trabajador/a o c/p con derecho a pensión. Ejercicio de la actividad en España más de 3 años y últimos 12 meses.

Última hora

v

- Cese por Incapacidad permanente. 2 años de residencia.
- Los familiares también tendrán derecho a la permanente.

– Familiares extracomunitarios:

- Tras 5 años de residencia legal se les expedirá una Tarjeta de Residencia Permanente, renovable cada 10 años.

– El derecho a la residencia permanente se perderá por ausencia de más de 2 años.

Procedimientos

– Certificados y Tarjetas: Solicitud personal. Carácter preferente.

– Excepcionalmente se podrá recabar información sobre antecedentes penales o certificado médico.

Competencia

– Salvo las resoluciones de expulsión (Subdelegados o Delegados de Gobierno), corresponden al Jefe de la Oficina de Extranjeros. Si no hubiera aún OFEx, provisionalmente Sub o Delegado de Gobierno.

– Carácter supletorio de la LO 4/2000 en la medida que no se oponga a normativa comunitaria y resulte más favorable.

– Retroactividad del RD.

– Rumanos y Búlgaros: Habrá que estar a los Anexos VI y VII al Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea.

Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública

– Tipos de medidas:

- Impedir la entrada.
- Denegar la inscripción.
- Denegar la expedición o renovación de tarjetas.

• Expulsión o devolución.

- Laexpulsión de ciudadanos UE y familiares residentes permanentes sólo por motivos “graves” de orden o seguridad públicos.
- Ejecución tardía (2 años) se deberá comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias.
- No será motivo la mera existencia de condenas penales anteriores⁶.
- No se podrá adoptar respecto de ciudadanos de la UE salvo si existen “motivos imperiosos de seguridad pública”.
- Residencia en España 10 años anteriores.
- Menor de edad.
- Por la mera caducidad de documentación.
- Incumplimiento de solicitar la documentación preceptiva sanción equivalente a la no tramitación del DNI por españoles.
- Informe de la Abogacía del Estado.
- Garantías procesales: La solicitud de medida cautelar suspensiva impide la expulsión.

No incorporación o incorporación incompleta de algunas normas de la Directiva

Se producen en ocasiones la no incorporación de normas de la Directiva o la incorporación incompleta de algunas de ellas y ello atenta contra la seguridad jurídica. Porque, como señala también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 27 de abril de 2006 en el caso COMISIÓN/ALEMANIA, “según una jurisprudencia reiterada, las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con ineludible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica” (párrafo 73).

Pues bien, examinando el RD 240/2007 y comparándolo con la Directiva 2004/38/CE, encontramos las dos situaciones:

A) Determinadas normas de la Directiva (artículos 15.3.º, 30 y 33.1.º) no han sido incorporadas al RD COMUNITARIOS.

B) Otras normas de la Directiva han sido incorporadas de manera incompleta a nuestro entender.

(6) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 27 de abril de 2006, COMISIÓN/ALEMANIA, párrafo 41: “sólo puede adoptarse una medida de expulsión contra un extranjero que disfrute de la libertad de circulación al amparo del Derecho comunitario cuando el comportamiento personal del interesado lo justifique, no siendo suficiente para motivar una medida de esa naturaleza la existencia de una condena penal”.

Última hora

v

A) Los casos de no incorporación de determinadas normas de la Directiva:

– 1.º No incorporación en materia de prohibición de entrada en el territorio.

– El artículo 15.3.º dice que “el Estado miembro de acogida no podrá acompañar una decisión de expulsión, contemplada en el apartado 1.º, de una prohibición de entrada en el territorio”.

2.º No incorporación en materia de expulsión del territorio:

–A su vez el artículo 33.1.º de la Directiva, observa: “el Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de la libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27, 28 y 29”.

Ello significa que sólo se podrá adoptar esa orden por razones de orden público, seguridad pública o salud pública; los dos primeros motivos “deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse en la conducta personal del interesado”.

3.º No incorporación de la obligación de notificación de las decisiones (artículo 30 de la Directiva):

Esa norma se titula “notificación de las decisiones”; su contenido no aparece expresamente incorporado al RD COMUNITARIOS. Aun cuando se supone que nuestro Derecho interno obliga a notificar cualquier decisión adoptada por cualquier órgano del Estado, no aparece esa norma.

Por eso el RD COMUNITARIOS en el artículo 18 viola la Directiva, no impone la notificación; esa notificación exige que se comuniquen al interesado por escrito “en condiciones tales que le permitan (al interesado) entender su contenido e implicaciones” (artículo 30.1.º de la Directiva)

“Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público ... a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado” (artículo 30.2.º de la Directiva). Además estamos ante una norma que muy posiblemente tenga EFECTO DIRECTO.

Esta ausencia de incorporación no parece que esté totalmente cubierta por la referencia a la LOEx y al RELOEx, así como a la Ley 30/1992 (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

B) Los casos de incorporación incompleta de determinadas normas de la Directiva:

1.º Incorporación incompleta en medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública (artículo 15 RD Comunitarios).

La Directiva, en su artículo 27.2.º, señala que “las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad”; este principio no aparece en artículo 15 del RD Comunitarios.

La misma norma y párrafo de la Directiva indica que “no podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”.

2.º Incorporación incompleta del artículo 31 de la Directiva (garantías procesales)

Esta norma ha sido incorporada por el artículo 18 del RD COMUNITARIOS. Pero no parece que se haya incorporado el párrafo 3.º, que dice: “El procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida propuesta. Garantizará asimismo que la decisión no sea desproporcionada, en particular respecto de los requisitos establecidos en el artículo 28”.

¿Qué sucede en casos de no incorporación o incorporación incompleta de normas de una Directiva? Que la Comisión, según el artículo 226 del TCE (anterior artículo 169), podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la UE.

Esta posibilidad no está tan alejada de la realidad española en el ámbito de la justicia, la libertad y la seguridad, como demuestran los siguientes dos ejemplos actuales:

1.º El 7 de febrero de 2007 la Comisión demandaba a España solicitando que el Tribunal de Justicia declarara que había incumplido 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, en cualquier caso, al no haber comunicado las correspondientes disposiciones de incorporación; el plazo para adaptar el Derecho Interno a esta Directiva había terminado el 5 de diciembre de 2005.

2.º El mismo día 7 de febrero de 2007 la Comisión demandaba a España solicitando que el Tribunal de Justicia declarara que había incumplido 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, en cualquier caso, al no haber comunicado las correspondientes disposiciones de incorporación; el plazo para adaptar el Derecho Interno a esta Directiva había terminado el 23 de enero de 2006.

Disposición Final Tercera.1: Modificación del RELOEx. DA 19.ª Familiares de comunitarios no incluidos en el RD.

DA 19.ª: Facilitación de entrada y residencia de familiares no incluidos en el RD.

– Facilidades para Visado de residencia o Permiso por Circunstancias Excepcionales LOEx 4/2000.

- **Otro familiar hasta 2.º grado, línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad que en el país de procedencia**
 - “esté a cargo” o “viva con”.
 - motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario.

Última hora

v

- Pareja extracomunitaria con la que mantiene “una relación estable debidamente probada” en aquellos casos que no esté registrada.

– Se exigirá:

- Acreditación de la autoridad competente del país de origen o procedencia que certifique que está cargo o que vivía con él.
- Prueba de la existencia de los motivos graves de salud o discapacidad.
- Prueba suficiente de la existencia de la relación estable.

– Las resoluciones serán debidamente motivadas.

El descendiente mayor de 21 años que “viva con”, pero no a cargo va al régimen general, lo mismo que ascendientes. Si “está a cargo” debe aplicarse el artículo 2 del RD 240/2007.

Disposición Final Tercera.2: Modificación del RELOEx. DA 20.^a Familiares extracomunitarios de español.

– Aplicación del RD 240/2007, cuando le acompañen o se reúnan con él:

- Cónyuge.
- Pareja registrada⁷.
- Descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada menores de 21 años o mayores que “vivan a su cargo” o incapaces.
- Ascendientes y a los de su cónyuge o pareja registrada que “vivan a su cargo” que fuesen ya residentes de acuerdo con el RD 178/2003.

– Aplicación RELOEx:

- Ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge. La reagrupación se regirá por el reglamento de extranjería.

¿Quedan excluidos los descendientes mayores de 21 años o ascendientes de españoles que “vivan con”, pero no “a cargo”? ¿Y los otros familiares hasta segundo grado, en línea directa o colateral que “vivan con”, o “a cargo”?

(7) Ver Nota 2. El Consejo de Estado en el Dictamen emitido señala: “Esta regulación ha sido objeto, a lo largo del expediente, de diversas críticas, no tanto por la inclusión de tales parejas en el ámbito de aplicación, cuanto por la inexistencia en nuestro ordenamiento de un único instrumento jurídico que garantice la igualdad de esas uniones registradas en el conjunto del territorio español. En concreto, se ha criticado la inexistencia en nuestro Derecho de un instrumento normativo de carácter general que establezca uniformes requisitos y consecuencias para dichas parejas en el conjunto del Estado. El Consejo de Estado, que ya advirtió de los posibles efectos perjudiciales de la falta de una disposición estatal de esas características en nuestro Derecho en el Dictamen n.º 2628/2004, relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, entiende que esa carencia no afecta en general a la aplicación del Proyecto, lo que no obsta para que sí pueda generar disfunciones en relación con alguna de las previsiones del Proyecto, como la interdicción de un doble o múltiple registro en un mismo Estado. En relación con el último inciso de la letra b) del artículo 2, se considera imprecisa la previsión, pues, por razones de orden público, son incompatibles la existencia de un matrimonio y un registro como pareja de hecho, y no sólo a los efectos de la reglamentación proyectada.”

Como señala el Dictamen del Consejo de Estado:

“Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para estos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación.

Por ello, se propone que el contenido del actual apartado cuarto de la nueva Disposición Adicional 20.^a se acomode a lo que, para los ascendientes directos a cargo de ciudadanos comunitarios, establece el artículo 2 del Proyecto.”

Por nuestra parte, y como ya hemos expuesto más arriba, el peor trato dispensado a los nacionales españoles en su relación familiar con sus ascendientes y otros familiares contraviene el principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 12 del TCE. Aunque materialmente no parece evidente; la aplicación de esta norma del TCE exige no discriminar a ninguna persona por razón de la nacionalidad. A nuestro entender resulta claro que se debe modificar el Derecho español para que en ningún caso los ascendientes o cualquier otro familiar de españoles sufran discriminación.

Disposición Final Cuarta

– Subsidiaridad de la normativa sobre extranjería.

Entrada en vigor

– Un mes desde su publicación. Por tanto el 2 de abril de 2007.

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.

