

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 2006

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico**
EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ
- [31] **II. Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schenge como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea**
LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO
- [57] **III. La regulación de la inmigración en Italia: intereses encontrados entre Estado y Regiones**
SERENA BALDIN
- [79] **IV. Extranjería y trabajo: consideraciones sobre el acceso al empleo y la contratación laboral de los ciudadanos extracomunitarios**
CARMEN ESTÉVEZ GONZÁLEZ Y CARMEN GRAU PINEDA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [101] **Índice analítico de voces**
- [101] **Asilo**
 - [105] **Expulsión**
 - [109] **Derecho al trabajo**
 - [114] **Permiso de trabajo**
 - [118] **Derecho Penal**
 - [122] **Homologación de títulos**
 - [129] **Nacionalidad**
 - [139] **Régimen comunitario**
 - [144] **Constitucional**
- [147] **I. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006. Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, firmado el 23 de julio de 1992**
MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

[157] **II. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería (Crónica jurisprudencial, 1 julio de 2005 a 30 de junio de 2006)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[187] **III. Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica**

DANIEL SENOVILLA HERNÁNDEZ

[199] **IV. La extinción de las tarjetas de familiar de residente comunitario a nacionales de terceros países en virtud de separación de derecho o divorcio. Principales consecuencias jurídicas**

MARGARITA PALOS NADAL

CRÓNICA LEGISLATIVA:

[211] **I. Crónica legislativa**

[211] **Fuentes internas**

[212] **Fuentes internacionales**

[213] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[229] **Notas bibliográficas**

[239] **I. Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal**

JAVIER PÉREZ MILLA

[253] **II. Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España**

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

[265] **III. La kafala marroquí y la legislación de extranjería**

ELENA ARCE JIMÉNEZ

[279] **IV. Asistencia letrada en la frontera de la Jonquera**

JOAN RAMÓN PUIG PELLICER

[283] **V. Jornadas sobre Extranjería**

[287] **VI. Última hora. Régimen jurídico aplicable a los trabajadores búlgaros y rumanos tras su incorporación a la Unión Europea (Avance provisional)**

PASCUAL AGUELO NAVARRO Y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

EDITORIAL

Al comenzar los 5 años de existencia, la REDMEX, que en el año 2001 tuvo el mérito de venir a cubrir una importante carencia existente en nuestro país en el campo del Derecho Migratorio y la Extranjería, se ha convertido en una herramienta imprescindible para cuantos, desde los diferentes escenarios, nos dedicamos a la tarea de desarrollar en la teoría y la práctica el Derecho Migratorio y Extranjería, desde una perspectiva interna e internacional y de reivindicación de los Derechos Humanos de todas las personas, incluidas las personas migrantes.

El año 2007, que inauguramos bajo un oscuro panorama, atentado terrorista en la Terminal T4, ejecución de Sadam en Irak, saluda la incorporación a la Unión Europea de dos nuevos países, Bulgaria y Rumania y comienza con una expectante Presidencia semestral de Alemania que debería contribuir a aclarar el camino de la construcción europea.

En el plano interno, España deberá acometer sin dilaciones la transposición de las Directivas comunitarias y acomodar nuestro ordenamiento a la normativa europea en materia migratoria y asilo: Reforma del RD 178/2003, Estatuto de Residentes de larga duración, Protección Internacional y Asilo.

Los ya próximos procesos electorales autonómicos y locales serán un buen momento para examinar las propuestas de los diferentes grupos y Comunidades Autonómicas.

La REDMEX, como siempre, asume el compromiso de dar cumplida noticia de todo este proceso.

* * *

La REDMEX n.º 13 dedica una parte importante de sus trabajos a examinar temas de la máxima actualidad en el contexto europeo y americano, destacando el artículo del miembro del Consejo Asesor de la Revista, Luis Fernández Arévalo sobre la eficacia en España de las resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea; los dedicados a examinar diversos aspectos de la regulación de la inmigración en Canadá e Italia y el estudio sobre extranjería y trabajo elaborado por las profesoras Carmen Estévez y Carmen Grau.

Las habituales secciones, jurisprudencia, legislación, notas bibliográficas, apuntes y convocatorias completan este número 13 de la REDMEX.

En la Crónica jurisprudencial sobresale la Crónica semestral del TEDH, elaborada por el Codirector de la REDMEX, A.G. Chueca y el trabajo de la Asesora de la Revista, María Luisa Trinidad, sobre la reciente sentencia del Tribunal Supremo que reinterpreta el Tratado de Cooperación y Amistad con Uruguay.

En el apartado Última Hora, destacamos las Notas Urgentes sobre el Régimen Jurídico aplicable a los trabajadores búlgaros y rumanos tras su incorporación a la Unión Europea en un esfuerzo por ofrecer algunas claves prácticas de la más inmediata actualidad.

Una año más aprovechamos este último número del año, que estará en vuestras manos a primeros de 2007, para desearos una buena y navideña lectura y ánimos reforzados para afrontar los retos del nuevo curso.

Artículos

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ
Instituto de Derechos Humanos
Universidad de Deusto
(ejruiz@idh.deusto.es)

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

RESUMEN

CANADÁ Y EL MULTICULTURALISMO: UN ANÁLISIS CRÍTICO

Canadá es considerado como un referente internacional del multiculturalismo cuando se analizan políticas de integración. No en vano, este país fue el primero en adoptar oficialmente dicha ideología como política normativa, y prácticamente el único que ha elevado dicha decisión al marco constitucional. Esto no obstante, el multiculturalismo canadiense actual puede leerse también en clave crítica. Por otra parte, en Canadá confluyen diversidades históricas o tradicionales con nuevas y más complejas diversidades. Este marco hace especialmente interesante realizar un análisis crítico de la eficacia real del modelo de Canadá, para calibrar su posible extensión a otras sociedades occidentales que presentan igualmente un nivel creciente de diversidad.

ABSTRACT

CANADA AND THE MULTICULTURALISM: A CRITICAL ANALYSE

When analysing integration policies, Canada is regarded as an international reference of multiculturalism. In fact, this country was the first one in officially adopting this ideology as a formal policy, and almost the only one to include such an option within the constitutional framework. Nevertheless, Canadian multiculturalism can also be seen from a critical approach. At the same time, in Canada, historical or traditional diversities are brought together with even more com-

Eduardo J. Ruiz Vieytes

plex and recently-developed diversities. This framework makes even more interesting to develop a critical analysis of the efficiency of this model, in order to foresee its possible implementation in other western societies showing as well an increasing level of diversity.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La multiculturalidad canadiense.

III. El multiculturalismo en Canadá como política oficial.

IV. El multiculturalismo y su crisis en el contexto internacional.

V. Una visión crítica del multiculturalismo canadiense. A) La escasa incidencia en el debate político. B) La escasa virtualidad jurídica. C) El desequilibrio constitucional entre grupos.

VI. Conclusión.

VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Canadá fue el primer país del mundo en adoptar oficialmente el multiculturalismo como política en 1971. Desde entonces, Canadá se presenta como uno de los modelos más avanzados de gestión de la diversidad y el referente por excelencia de las políticas multiculturales. A su vez, la opción multiculturalista fue elevada al rango constitucional en 1982, en una decisión normativa sin precedentes en el Derecho comparado. Transcurridos 25 años de este último acontecimiento, resulta procedente realizar un análisis crítico de lo que ha supuesto su implementación y una revisión del multiculturalismo canadiense. Las nuevas tendencias migratorias que se están viviendo en Europa en los últimos años aconsejan dirigir la mirada a otros modelos de gestión de la diversidad y repensar los modelos y marcos existentes en la actualidad.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

En este sentido, el modelo canadiense puede constituir una referencia especialmente relevante para la actual experiencia española. El fuerte impacto inmigratorio experimentado por la sociedad española en los últimos años, que constituye una novedad histórica sin precedentes, está provocando una alteración progresiva del panorama cultural de una sociedad, ya de por sí diversa y compleja con anterioridad. Nuevos parámetros y desafíos se incorporan a las relaciones tradicionalmente existentes entre diversas identidades, lo que aconseja pensar el modelo de integración que se ofrecerá ante este nuevo escenario. En Canadá confluyen varias suertes de diversidades que están también presentes en España en grados diferentes. Por un lado, una diversidad tradicional fundada sustancialmente sobre el elemento lingüístico y con un importante reconocimiento político. En segundo lugar, una diversidad tradicional de orden más bien cultural, que disfruta de un débil reconocimiento. Por último, una diversidad provocada y aumentada por los flujos migratorios más recientes, que ayuda sobremedida a complicar el panorama identitario existente en ambas sociedades. Si el modelo canadiense multicultural puede resultar de interés en este marco, es necesario realizar una aproximación crítica al mismo que permita valorar su impacto real, más allá de las consideraciones simbólicas que supone.

II. LA MULTICULTURALIDAD CANADIENSE¹

Canadá es el segundo país del mundo en extensión, pero su población alcanza solo los 32 millones de habitantes, lo que conduce a una de las más bajas densidades de población del planeta, con una ratio de 3,5 habitantes por kilómetro cuadrado. El reparto geográfico de la población en el mapa es muy desigual, concentrándose la inmensa mayoría de los habitantes en la franja sur del país, junto a la frontera con Estados Unidos. Los territorios norteños de Yukon, Nunavut y Noroeste, suponen el 40% de la superficie del país, pero solo albergan al 0,3% de su población. Por el contrario, las provincias de Ontario y Québec suponen el 60% de la población de Canadá, y más de un tercio de los canadienses habita en las áreas metropolitanas de Toronto, Montreal o Vancouver, en donde se concentran también la inmensa mayor parte de los inmigrantes.

La población canadiense está viviendo un proceso paulatino de envejecimiento, derivado de la conjunción de tres factores: el descenso de los índices de fertilidad, los desarrollos médicos y la mayor expectativa de vida. Así, la población mayor de 65 años se ha doblado en los últimos 35 años. En la década previa al censo de 2001, Canadá había acogido 1,8 millones de inmigrantes procedentes de todas las regiones del mundo, en especial de Asia. En el citado año, una cuarta parte de los niños residentes en Toronto y Vancouver había nacido fuera de Canadá o de padres extranjeros y en muchos de dichos hogares el idioma habitual no era ni inglés ni francés.

En el orden lingüístico, Canadá cuenta a nivel federal con dos idiomas oficiales. En el ámbito provincial, solamente New Brunswick repite el esquema bilingüe, mientras que el resto de las provincias se presentan como monolingües, siendo Québec la única francófona de entre ellas.

(1) Todos los datos demográficos que figuran en el presente apartado tienen su fuente en la página electrónica oficial de la Agencia Nacional Estadística de Canadá (<http://www40.statcan.ca/101/cst01/>).

De acuerdo al censo de 2001, el inglés es el idioma materno del 59,3% de los canadienses y el francés del 22,9%. Así, un 17,8% de los canadienses manifestaba tener un idioma materno que no correspondía con ninguno de los dos oficiales. Dentro de este sector, el idioma materno más frecuente era el chino, en sus diversas variantes, seguido a distancia por el alemán y el italiano. También constituían comunidades superiores a las 100.000 personas los colectivos cuyas lenguas maternas eran polaco, español, portugués, punjabi, ucraniano, árabe, tagalo, griego, vietnamita y holandés. El idioma indígena más numeroso es el cree, que es lengua materna de más de 70.000 canadienses. El inuktitut o esquimal, por su parte, es la lengua materna de 29.000 personas, la inmensa mayor parte de ellas residentes en Nunavut. Resulta significativo que, con independencia de las lenguas maternas, en el censo de 2001 un 1,5% de la población manifestaba no conocer ninguna de las dos lenguas oficiales, dato que aumenta sobre todo en las grandes áreas metropolitanas en las que se concentran las grandes comunidades de inmigrantes.

En relación con las primeras naciones o pueblos indígenas, en Canadá se distingue entre indios norteamericanos, metis e inuites. Los primeros suponen un 60% del conjunto, los segundos menos del 30% y los terceros ascienden apenas a 45.000. El total de los tres grupos supone casi un millón de personas. Los inuit se hallan fundamentalmente concentrados en Nunavut y el norte de Québec. Los metis, por su parte, tienden a residir en las provincias occidentales del país. En conjunto, los pueblos indígenas constituyen un porcentaje insignificante de la población total en las provincias marítimas² y centrales³ de Canadá. En las provincias más occidentales (British Columbia y Alberta) suponen entre el 4 y el 6% de la población. Sin embargo, en las provincias centro-occidentales de Saskatchewan y Manitoba, su peso asciende al 14% de la población total. Por último, en los territorios, su presencia es porcentualmente muy significativa, oscilando entre el 23% del Yukon y el 85% de Nunavut, pasando por el 51% de los Territorios del Noroeste.

De la población residente en Canadá con origen extranjero, hoy en día sigue predominando el grupo de personas nacidas en el continente europeo, seguido ya muy de cerca por el grupo de personas procedentes de Asia. A mucha distancia y en cantidades casi iguales se encuentran los grupos de personas procedentes de África, América Latina, la región caribeña y los Estados Unidos. En cuanto al origen étnico de los canadienses, solo un 39% se autodefine de origen canadiense. Sin embargo, hasta un 48% de los canadienses define su origen como inglés, escocés, galés o irlandés, y un 16% se autocalifica como de origen étnico francés. Otros orígenes étnicos con los que se identifican sectores importantes de la población (más de 300.000 respuestas) son, en orden descendente, alemán, italiano, chino, ucraniano, indígena, holandés, polaco, indio, noruego, portugués, judío, ruso y filipino.

En materia religiosa, casi un 44% de la población se define católica, un 29% protestante, el 1,6% cristiana ortodoxa, y otro 2,6% se define como cristiana no incluida en los grupos anteriores. Esto supone una clara mayoría cristiana que alcanza al 77,2% de la población. Los católicos su-

(2) En esta denominación se incluyen las cuatro provincias orientales de Canadá; Nueva Escocia, Isla del Príncipe Eduardo, Terranova y New Brunswick.

(3) Por provincias centrales se entiende tradicionalmente las de Québec y Ontario.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

peran claramente a los protestantes en Québec, mientras que la situación se invierte en las provincias de las praderas⁴ y British Columbia. En Ontario y las provincias marítimas, la relación entre católicos y protestantes es de equilibrio. Los musulmanes suponen la siguiente confesión más numerosa de Canadá y ascienden al 2% de su población. Otras comunidades religiosas que superan el 1% de la población son, en orden decreciente, la judía, la budista, la hinduista, y la sij. Finalmente, casi un 17% de la población canadiense se define como no afiliada desde el punto de vista religioso.

III. EL MULTICULTURALISMO EN CANADÁ COMO POLÍTICA OFICIAL

Durante décadas, Canadá respondió en su poblamiento y política inmigratoria al modelo extendido entre las colonias británicas. Así, en origen la población indígena se vio pronto superada por una población de origen europeo que correspondía bien a los primeros pobladores de origen francés, bien a personas nativas de las islas británicas (ingleses, escoceses, galeses e irlandeses). En un segundo momento histórico, que se desarrolla fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, Canadá constituirá también lugar de destino para otras poblaciones europeas. Entre éstas, pueden mencionarse importantes colonias de ucranianos asentados en las provincias de las praderas, o de italianos, portugueses o griegos, que se instalarían preferentemente en Ontario. Hasta después de la segunda guerra mundial, Canadá dispuso de legislaciones racistas que restringían severamente la inmigración de personas de origen asiático.

Sin embargo, a partir de la segunda posguerra, Canadá se ve obligada a interiorizar que la inmigración debía diversificarse tanto por motivos éticos como por motivos estratégicos. El país asume que necesita más población y que el estímulo de la inmigración es necesario, lo que obliga a ampliar las miras de cara a la recepción de inmigrantes. A partir de los años sesenta, la inmigración es predominantemente no europea y en particular la llegada de personas de origen asiático experimenta un fuerte incremento. Hoy en día se concibe a Canadá como una de las sociedades más multiculturales del mundo, lo cual es particularmente cierto para el caso de determinadas zonas urbanas como Toronto, Vancouver y Montreal. La multiculturalidad no resulta tan evidente en amplias zonas rurales del país en las que, aun concurriendo una pluralidad de ancestros europeos en casi todos los habitantes, las llamadas “minorías visibles” apenas tienen presencia.

Los orígenes de la opción multicultural de Canadá se remontan a la labor de la Comisión por el Bilingüismo y Biculturalismo, órgano creado para revisar el equilibrio entre las dos opciones culturales dominantes de la sociedad canadiense. La misma comisión incorporó en su seno a personas con orígenes europeos distintos al británico o francés. La perspectiva que aportaron estos miembros y la realidad social que se transformaba en los años sesenta como consecuencia de la progresiva diversificación de la inmigración y de la actitud reivindicativa de los pueblos indígenas llevó al resultado de reconvertir el mismo nombre de la Comisión. Significativamen-

(4) La denominación de “provincias de las praderas” sirve para englobar a Alberta, Saskatchewan y Manitoba.

te, se mantuvo la referencia al bilingüismo, al tiempo que se adoptó la expresión multiculturalismo. Es decir, se reconocía una diversidad cultural creciente y múltiple, pero se mantenía una referencia a la dualidad lingüística, dejando así entrever que lengua y cultura constituyen dos realidades disociables o, alternativamente, que se buscaba un cierto equilibrio entre la protección de las identidades dominantes y las que no lo eran. En todo caso, en 1971, el Gobierno proclamó por vez primera el multiculturalismo como política oficial. Canadá se convirtió así en el primer país en adoptar formalmente dicha posición.

El multiculturalismo en Canadá ha atravesado épocas diferentes desde 1971⁵. En su primera década de vigencia, se desarrollaron ante todo acciones en materia de promoción cultural, fomento de la participación, intercambio cultural, y enseñanza de las lenguas oficiales. Esta política oficial se consolidaría en la segunda década, correspondiente a los años ochenta. En dicho período, se profundizaría en la lucha contra la discriminación en los ámbitos laborales y económicos, al tiempo que se materializaron los principales desarrollos normativos. En efecto, en 1982 se adoptaría la Carta Canadiense de Derechos y Libertades⁶, incluyendo la sección 27 a la que más tarde aludiremos. De igual modo, en 1988 se aprobaba la Ley sobre el Multiculturalismo⁷. Esta fase de consolidación puede considerarse terminada en la primera mitad de la década de los años noventa, momento en el cual se percibe un movimiento de retroceso o cuestionamiento de la opción multiculturalista. Esta regresión se deja ver en la nueva ubicación de las políticas multiculturales en la nueva reorganización del gabinete, así como en la contención o incluso descenso de los fondos destinados a programas multiculturales. Desde el punto de vista ideológico y social también se recrudecen los discursos críticos con la diversidad, y aumentan las voces que solicitan un reforzamiento de la identidad nacional canadiense. Esta nueva dinámica ideológica se ve reforzada en su legitimación después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, y la nueva coyuntura internacional que ha derivado de los mismos y que ha puesto en cuestión los modelos ensayados de gestión de la diversidad.

Por otro lado, en el frente interno, la opción multiculturalista ha sido tradicionalmente vista con recelo desde determinados sectores de la sociedad canadiense que son producto de su diversidad histórica. En este sentido, tanto los pueblos indígenas como amplios sectores políticos y académicos de Québec se han posicionado con desconfianza frente a la apuesta multicultural⁸. Esta reacción parte de la sospecha de que el multiculturalismo constituya un instrumento utilizado por el grupo mayoritario de la sociedad canadiense a fin de diluir la idiosincrasia particular de los citados colectivos en un universo de múltiples diferencias culturales. En parte por estas razones, posiblemente más simbólicas que materiales, las instituciones de la provincia de Québec han preferido usar el término “interculturalismo” frente a la posición federal en

(5) ELLIOT, J.L. y FLERAS, A. (1992): *Multiculturalism in Canada. The Challenge of Diversity*, Nelson Canada, Scarborough, pp. 70-76; BICKERTON, J. y GAGNON, A. (eds.) 1999: *Canadian Politics*, 3.^a ed., Broadview press, Peterborough, pp. 465-479.

(6) Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK).

(7) Canadian Multiculturalism Act, R.S. 1985, c. 24 (4th Supp.). Ley aprobada el 21 de julio de 1988.

(8) BICKERTON J. y GAGNON, A.: *Canadian...*, cit., p. 475.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

favor del multiculturalismo. Esta diferencia terminológica ha tenido especial éxito en España, donde se ha venido a considerar el interculturalismo como un modelo alternativo al multiculturalismo, al que se acusa de promover la separación de grupos culturales y la ausencia de comunicación entre los mismos. Sin embargo, la distinción de significantes no encuentra justificación suficiente. Por una parte, es manifiesto que el término interculturalismo no ha cuajado en lengua inglesa y que el contenido de quienes defienden dicho concepto hoy viene a coincidir sustancialmente con lo que en términos políticos se entiende como multiculturalismo en el debate internacional. En segundo lugar, debe notarse que la política quebequesa se distingue fundamentalmente de la federal canadiense en su mayor incidencia en la adquisición por parte de los inmigrantes de la lengua francesa y en la existencia de un contrato moral entre inmigrantes y nativos⁹, todo lo cual nos aleja del modelo multiculturalista canadiense y, en todo caso, lo corrige hacia el asimilacionismo francés mediante la preocupación acentuada de la asimilación lingüística a la lengua provincial en lugar de a la dominante en el resto de Canadá¹⁰. Finalmente, los argumentos que acusan al multiculturalismo de no incidir en la comunicación entre grupos se demuestran poco consistentes. La idea de intercambio cultural (interculturalismo) ha estado presente en el concepto canadiense de multiculturalismo desde su adopción como política oficial en 1971. De hecho, en la propuesta gubernamental presentada ese mismo año en la Cámara de los Comunes, se incluían cuatro iniciativas o ejes básicos de actuación multicultural, consistiendo el tercero de ellos en “promover encuentros creativos e intercambio entre todos los grupos culturales canadienses en interés de la unidad nacional”¹¹.

Como decíamos anteriormente, desde el punto de vista normativo, la cúspide de la opción multiculturalista de Canadá la constituye el artículo 27 de la Carta de Derechos y Libertades, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Esta Carta será interpretada de una manera consistente con la preservación e impulso del patrimonio multicultural de los canadienses.”

La Carta constituye la Parte I de la *Constitution Act* de 1982. Por su parte, la sección o artículo 27 se encuentra ubicado dentro del apartado denominado “general” de la Carta, que incluye varias cláusulas garantistas de colectivos determinados (naciones indígenas y escuelas confesionales), y otras pautas básicas de interpretación. En particular, la sección 27 es una cláusula interpretativa que, en consecuencia, no tendría un contenido sustantivo propio, pero debería guiar la determinación del contenido de los derechos reconocidos en los restantes artículos de la Carta. El origen de esta disposición constitucional hay que buscarlo en la opción multicultural ya adoptada en 1971 y en un curioso resultado de los debates parlamentarios celebrados al efecto¹². En efecto, las propuestas realizadas en el Comité parlamentario que redactó la Carta para la intro-

(9) ELLIOT, J.L. y FLERAS, A. (1992): *Multiculturalism in Canada. The Challenge of Diversity*, Nelson Canada, Scarborough, pp. 82-84.

(10) JEDWAB, J. (2005): “Neither Finding nor Losing our Way: The Debate over Canadian Multiculturalism”, *Canadian Diversity*, vol. 4:1, p. 99.

(11) HOUSE OF COMMONS: *Debates: Statement of Prime Minister Pierre E. Trudeau*, 8 de octubre de 1971.

(12) Para una exposición de dichos antecedentes, vid. MAGNET, J.E. (2005): “Multiculturalism and Collective Rights”, *The Supreme Court Law Review*, vol. 27, pp. 431-497.

ducción de una cláusula multicultural, estaban encaminadas a que se introdujera una referencia interpretativa en el preámbulo de la Carta, o bien una cláusula de protección sustantiva en el articulado. Sin embargo, el resultado final supuso la introducción de una cláusula de naturaleza interpretativa en el propio articulado de la Carta¹³. En todo caso, resulta necesario resaltar que se trata de una cláusula única en el Derecho constitucional comparado occidental¹⁴.

Por su parte, la Ley canadiense sobre el Multiculturalismo de 1988 es un texto normativo relativamente breve y dedicado básicamente al establecimiento de grandes principios generales tanto sustantivos como organizativos. En este sentido, puede señalarse que el cuerpo ideológico que subyace a la citada ley se condensa en tres grandes ideas: identidad, participación cívica y justicia social¹⁵. Así, la política canadiense de multiculturalismo no busca la construcción de un entramado institucional separado para las diferentes identidades que conforman la sociedad, sino que parte de la asunción de que los ciudadanos de diferentes procedencias y adscripciones culturales debe integrarse en las instituciones existentes, a través de medidas de fomento y de lucha contra la discriminación. El fin último del multiculturalismo es facilitar el proceso de integración, reformando las instituciones públicas canadienses para hacerlas más adecuadas a la diversidad existente en la sociedad y a las necesidades de los distintos grupos culturales¹⁶.

Esta filosofía predominantemente integradora muestra en realidad una preferencia por las culturas dominantes o por algunas culturas minoritarias constitucionalmente protegidas. La expresión más clara de ello se manifiesta en el plano lingüístico, puesto que Canadá define su opción como la de un multiculturalismo en un marco de bilingüismo. La política multicultural pretende la adquisición de los idiomas oficiales por parte de todos los grupos existentes y no insiste en la transmisión de las demás lenguas minoritarias más allá de sus propias comunidades. El conflicto lingüístico tradicional entre inglés y francés ha marcado sin duda la consideración de la política multicultural y, al igual que el nombre de la conocida comisión parlamentaria adoptó la palabra multiculturalismo sin alterar el término bilingüismo, puede concluirse fácilmente que el multiculturalismo canadiense no apuesta por el multilingüismo¹⁷. Ello conlleva, entre otras consecuencias, que la política lingüística no coincida con la política cultural y que, por tanto, la lengua se separe de la cultura en cuanto objeto de protección jurídica, lo que puede resultar en ocasiones inviable o contradictorio. En definitiva, el sustrato de confrontación lingüística (y cultural) entre las dos naciones fundadoras del Canadá moderno, condiciona sobremanera el impacto del multiculturalismo como opción política. Si por un lado, fue uno de los motores de su adopción, por otra parte, puede diluir sensiblemente los resultados de ésta en un marco de asimilación lingüística más o menos expresa.

(13) GIBSON, D. (1990): "Section 27 of the Charter: more than a «Rhetorical Flourish»", *Alberta Law Review*, vol. 28, n.º 3, p. 591.

(14) HUDSON, M.R. (1987): "Multiculturalism, Government policy and Constitutional Enshrinement. A comparative Study", en *Multiculturalism and the Charter. A Legal Perspective*, Carswell, Toronto, p. 60.

(15) MAGNET, J.E.: "Multiculturalism...", cit., p. 479.

(16) MAGNET, J.E. (2003): "What does «equality between communities» mean?", *Supreme Court Law Review*, vol. 19, p. 282.

(17) BICKERTON, J., y GAGNON, A.: *Canadian...*, cit., p. 466.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

IV. EL MULTICULTURALISMO Y SU CRISIS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El multiculturalismo como opción normativa implica el reconocimiento y valoración de las diversas culturas de una sociedad plural, a partir de la asunción de tres premisas básicas: todos los ciudadanos tienen un componente étnico-cultural (igualdad); todas las culturas presentes merecen respeto (dignidad); y el pluralismo cultural necesita apoyo oficial (comunidad)¹⁸. Así, el multiculturalismo busca la participación plena e igual de todas las personas y grupos culturales, e implica que para ello éstos tengan el derecho a mantener y desarrollar su respectiva identidad. Para hacer posible este programa, las instituciones públicas deben ser rediseñadas y adecuadas a una diversidad creciente. El multiculturalismo implica igualmente el reconocimiento expreso de la legitimidad de las diferentes culturas que conviven en la sociedad, del derecho a la diferencia y de la igualdad de todas ellas, sobre un marco de respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

El multiculturalismo se configura así como una opción normativa alternativa a la del asimilacionismo, el diferencialismo o segregacionismo, o la de la integración simple. En la experiencia canadiense, el primero es conocido tradicionalmente como el ideal de la anglo-conformidad. El diferencialismo, por su parte, ha sido practicado en épocas anteriores como ideología de la barrera del color o de la raza en relación con los pueblos indígenas. Finalmente, la integración directa se concibe como una estrategia diferenciada en la medida en que identifica el modelo de los Estados Unidos, como el ideal del *melting-pot*, frente al que los canadienses presentan orgullosos su opción multicultural, cuya expresión gráfica es la metáfora del mosaico¹⁹. Por su parte, el término interculturalismo no ha hecho gran fortuna ni en Canadá ni en el mundo anglófono en general. Aparte de la consideración anteriormente explicada para el caso particular de Québec, la idea de interculturalidad puede considerarse una reformulación intelectual del multiculturalismo y, en el debate en lengua inglesa, más bien un elemento que forma parte del mismo. La doctrina mayoritaria en Europa, Canadá o Australia, así como las instituciones de los países que han adoptado esta política, tienden a seguir utilizando con carácter amplio el concepto de multiculturalismo, bien entendido que en su versión democrática el mismo incorpora la idea de interculturalidad. Por otra parte, ya demostramos con anterioridad cómo la idea de interculturalidad está presente en el concepto de multiculturalismo desde el primer momento en el que Canadá opta expresamente por éste, en el año 1971.

En efecto, de modo paralelo al crecimiento paulatino de las comunidades inmigrantes en los países occidentales, a partir de los años sesenta en algunos países se procede a revisar los viejos esquemas asimilacionistas, dando paso así a la reflexión que fundamentó las opciones multiculturalistas de los años setenta, empezando por la canadiense. A lo largo de dicha década, gran parte del discurso público en las sociedades receptoras se centró en las nociones de tolerancia, representación, participación y derechos culturales. Hacia los años ochenta, muchas de estas reflexiones sobre la situación de las nuevas “minorías étnicas” y la creciente diversidad lingüís-

(18) STANDING COMMITTEE ON MULTICULTURALISM: *Multiculturalism: Building the Canadian Mosaic*, Ottawa, Supply and Services Canada, 1991, p. 87.

(19) ELLIOT, J.L. y FLERAS, A.: *Multiculturalism...*, cit., pp. 60-67.

tica, religiosa o cultural, condujo en muchos países a la adopción de medidas que fueron subsumidas bajo el término general de multiculturalismo.

Las personas que invocan el multiculturalismo de un modo positivo tienden a asociar este concepto con ideas de tolerancia, trato igualitario, plena participación y derechos culturales y a la diferencia, en un marco de respeto generalizado al Estado de Derecho. Quienes enjuician negativamente el concepto de multiculturalismo, generalmente entienden que el mismo implica la adopción de medidas políticas que amenazan los valores sociales o nacionales más básicos. Desde esta segunda perspectiva, el multiculturalismo puede convertirse en un arma de erosión o destrucción de la identidad nacional o la cohesión social.

En cualquier caso, el multiculturalismo no corresponde a un único discurso o conjunto de medidas políticas, sino que como ocurre con cualquier otra opción normativa, el término es utilizado para aludir a un conjunto variado de propuestas o acciones. Con una acepción descriptiva, el multiculturalismo es a veces empleado como una forma de describir la composición actual de la sociedad. Implica en este sentido simplemente la alusión a una realidad fáctica existente en nuestras sociedades actuales. Sin embargo, para hacer referencia a esta realidad, es preferible reservar el término multiculturalidad, y utilizar el de multiculturalismo como sinónimo de una propuesta normativa, que incorpora en sí misma la perspectiva intercultural. En otras ocasiones, con el término multiculturalismo se alude a elementos parciales de lo que supone una política multicultural global. Así, a veces se usa el concepto para definir una política social orientada a la eliminación o reducción de las diferencias sociales y económicas entre grupos diferenciados de acuerdo a parámetros culturales. En este sentido, el multiculturalismo está básicamente orientado a prevenir la exclusión y la discriminación entre los grupos culturales que conforman la sociedad. Otras veces, el multiculturalismo se concibe como una política organizacional, que trata de establecer una serie de estructuras de gobierno específicamente creadas o modificadas para dotar de representación a los intereses de inmigrantes y otras minorías. Puede también ponerse el énfasis en el multiculturalismo como política de fomento cultural. Entendido de esta forma, el multiculturalismo se limitaría a una variedad de mecanismos de apoyo y fomento dirigidos a la promoción de los elementos culturales de las diferentes comunidades. El apoyo público a las mismas facilitaría su producción cultural haciendo posible su visibilidad en el espacio público y su valorización por el grupo mayoritario de la sociedad. Finalmente, en un sentido más amplio, el multiculturalismo es una opción normativa y política que agrupa las acepciones anteriores y que persigue una finalidad integradora a través del reconocimiento y protección de las diferencias culturales existentes en la sociedad, así como de las relaciones que se generan entre ellas. En definitiva, entendiendo el multiculturalismo en su acepción política más amplia, el mismo implica un conjunto de programas y medidas orientadas a gestionar la diversidad cultural en clave de integración e igualdad.

El multiculturalismo ha recibido y recibe numerosas críticas desde diferentes posicionamientos ideológicos o políticos tanto provenientes de la izquierda como de la derecha²⁰. Posiblemente, la acusación más extendida tiene que ver con el “enfoque étnico” que el multiculturalismo

(20) MAGNET, J.E.: “Multiculturalism...”, cit., pp. 484-490.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

presuntamente impone en la organización social, primando supuestamente las consideraciones colectivas sobre las opciones individuales de los ciudadanos. Se acusa al multiculturalismo de encumbrar a los elementos culturales como el principal y casi único elemento de referencia en la socialización de los individuos, de supeditar los derechos individuales a los derechos colectivos o de grupo y, por tanto, de implicar un riesgo de ruptura de la cohesión social. Al mismo tiempo, los mecanismos políticos de representación inspirados en opciones multiculturales ayudarían a la consolidación de liderazgos no democráticos en el seno de las diversas comunidades, y a fosilizar una determinada situación de diversidad cultural, beneficiando a los grupos presentes en dicho momento frente a la aparición progresiva de nuevas comunidades o frente a los grupos que eran débiles en el momento en el que se adoptó el diseño institucional vigente. Finalmente, el multiculturalismo, con su énfasis desproporcionado en los elementos culturales de identidad, relegaría a un segundo plano otros factores relevantes en la socialización de los individuos como por ejemplo la condición social, el género, las orientaciones sexuales o la integración laboral.

Al mismo tiempo, en la última década se han reforzado las críticas al multiculturalismo y a la propia diversidad cultural. Este proceso ha sido paralelo al aumento y consolidación de los movimientos de población que están complejizando el paisaje identitario de países tradicionalmente homogéneos, o bien a la constatación de que los modelos aplicados durante años de cara a la integración de inmigrantes de largo recorrido o pueblos indígenas, han derivado en numerosas ocasiones en manifiestos fracasos. Ello vale tanto para los países que han aplicado criterios asimilacionistas como para los que han aplicado modelos más cercanos al multiculturalismo, especialmente en Europa. Así, los indicadores sociales en varios países muestran que segundas y terceras generaciones de inmigrantes siguen detentando unos niveles de vida sensiblemente inferiores a los del resto de la población. De esta circunstancia, motivada sin duda por otro tipo de factores sociales y económicos, se deriva en ocasiones la presunción de que determinadas culturas no son exitosas en su proceso de integración.

En efecto, estas críticas parecen traducir en realidad el miedo a la disgregación social o el temor a que el reconocimiento de la diversidad y su necesaria acomodación socaven los fundamentos de unas comunidades políticas basadas en modelos identitarios seculares. Según estas posiciones “demasiada diversidad” perjudica la identidad nacional y la cohesión social, al tiempo que afecta al funcionamiento de las instituciones representativas y del Estado de bienestar. Se propone así volver a situar el énfasis del debate en la continuidad histórica, los símbolos y los valores nacionales. Se cuestiona así la capacidad de integración de determinadas culturas y surgen debates relativamente nuevos para la mayoría, que en no pocas ocasiones reacciona ante los mismos, temiendo perder su capacidad de control del espacio y de los recursos públicos. Por otra parte, este discurso reactivo a la diversidad, se ha reactivado aprovechando el impacto psicológico colectivo de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y otros acontecimientos relacionados con una supuesta confrontación entre la cultura occidental y otras referencias culturales ajenas, en particular la religión islámica.

Este contexto ideológico y social no resulta positivo para la consolidación y desarrollo de una política multicultural, pero al mismo tiempo reclama con urgencia la necesidad de la misma.

Las posiciones reacias a la acomodación democrática de la diversidad olvidan que toda comunidad política ha conllevado e implica actualmente diferentes dosis de diversidad y que numerosas minorías tradicionales han sufrido las consecuencias de la marginación o asimilación forzosa en el seno de los actuales Estados occidentales. En el momento actual, sin embargo, no puede entenderse el concepto de cultura como algo estático, o como un elemento que distinga de modo permanente y definitivo a los inmigrantes y las minorías étnicas del resto de la sociedad. Por otro lado, tampoco puede entenderse el Estado como la expresión jurídica de una determinada identidad nacional. La comunidad política no puede tener por objetivo la homogeneidad cultural e identitaria de las sociedades contemporáneas que son, por definición, plurales y diversas. No en vano, la democracia implica la posibilidad de disponer de múltiples caminos de acceso a la toma colectiva de decisiones, adecuados también a las identidades de las personas y grupos que ayudan a conformar la sociedad. En democracia resulta inevitable la tendencia de tener que acomodar crecientes niveles de diversidad²¹. El respeto y promoción de esa diversidad es requisito indispensable para la estabilidad social e, incluso, para la garantía de la democracia y del respeto a los derechos humanos.

V. UNA VISIÓN CRÍTICA DEL MULTICULTURALISMO CANADIENSE

Si el contexto internacional actual plantea importantes limitaciones para el desarrollo de políticas auténticamente multiculturales, no es menos cierto que éstas se hacen especialmente necesarias en un marco de aumento progresivo de los movimientos de población de larga distancia y de un proceso de globalización que facilita sobremanera los intercambios culturales. En este entorno, Canadá quiere constituir un punto de referencia a favor del multiculturalismo y, a pesar de que determinados discursos internos reproducen las tendencias internacionales ya presentadas, lo cierto es que en el ámbito simbólico y axiológico, el multiculturalismo parece estar consolidado en Canadá. Posiblemente se trate de una de las sociedades nacionales más conscientes de su conveniencia. Al mismo tiempo, parece existir una percepción ampliamente compartida entre los ciudadanos canadienses de las bondades del multiculturalismo, especialmente respecto a los logros presuntamente conseguidos en las décadas anteriores. Se insiste en el carácter plural de la sociedad canadiense, en su profunda transformación identitaria y cultural en los últimos 50 años y en el más que aceptable nivel de armonía y convivencia pacífica que en tal contexto se ha conseguido. Desde el punto de vista ideológico, como ocurre en el campo del humanitarismo o del pacifismo internacional, Canadá alardea de su política multicultural, en parte como réplica comparativa al modelo de su gigante vecino en el que las relaciones sociales entre grupos culturales son aparentemente más difíciles. Tampoco puede olvidarse en este punto la importancia que en Canadá tiene no solo el reconocimiento de la presencia de las naciones indígenas, sino sobre todo el conflicto secular entre las consideradas naciones fundadoras del Canadá moderno.

(21) KYMLICKA, W. (2003): "Canadian Multiculturalism in historical and Comparative Perspective: Is Canada Unique?", *Constitutional Forum*, vol. 13, n.º 1, p. 6.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

Sin embargo, la política multicultural de Canadá no parece sobrepasar sustantivamente el plano simbólico. Con independencia de factores externos, el esfuerzo multiculturalista de Canadá es relativo. La convivencia más o menos armoniosa de los diferentes grupos culturales parece deberse más a condiciones favorables (crecimiento económico, alto nivel de vida, control geográfico natural de la inmigración, amplias posibilidades de expansión) que a la actuación de los poderes públicos. Para argumentar esta tesis, recurriremos a tres perspectivas complementarias en el plano político, jurídico y constitucional.

A) La escasa incidencia en el debate político

Si el multiculturalismo es una de las ideas insignia de la política canadiense, puede afirmarse que la práctica institucional no corresponde adecuadamente a dicha importancia. Esto se aprecia, por una parte, en la dotación de recursos que el aparato público hace a los programas correspondientes y, por otro lado, en la escasa incidencia de la cuestión en el debate político y académico.

Por lo que se refiere a su presencia institucional, el multiculturalismo como política ha quedado relegado a un lugar secundario en la organización gubernamental, por cuanto la política multicultural se subsume dentro de las variadas funciones del Ministerio del Patrimonio Canadiense y del Estatus de la Mujer. El tema se separa así del políticamente más relevante Ministerio de Ciudadanía e Inmigración. Por lo que se refiere a los medios disponibles, la variedad de temas cubiertos por el ministerio no deja mucho margen a la dotación de recursos para las políticas multiculturales. Así, según MAGNET, Canadá apenas gasta unos 25 millones de dólares canadienses por año en programas multiculturales, lo que representa el 0,0006% de todo el gasto gubernamental²².

En el debate político, el multiculturalismo no parece constituir hoy en día uno de los temas prioritarios en las propuestas de los diferentes partidos políticos. Las discusiones actuales se centran más bien en el ámbito de la inmigración, las medidas de seguridad y la política de doble nacionalidad. Sin embargo, las cuestiones relativas a la intervención estatal a favor de la diversidad cultural no ocupan las principales discusiones. Del mismo modo, puede señalarse que en los ámbitos doctrinal y académico, es llamativo el escaso peso de la cuestión multicultural en las obras de referencia, teniendo en cuenta la singularidad de Canadá a este respecto. Así, en lo que se refiere a la cláusula multicultural de la Carta de Derechos, es de destacar la poca relevancia que se le ofrece a su estudio en las principales obras de Derecho Constitucional²³ e incluso en las obras jurídicas que tienen a la Carta como objeto principal de estudio²⁴. Del mismo modo, el tratamiento del multiculturalismo en las grandes obras de Ciencia Política de Canadá resulta

(22) MAGNET, J.E.: "Multiculturalism...", cit., p. 489.

(23) Los manuales de BEAUDOIN (2004) y BRUN y TREMBLAY (2002), ambos en lengua francesa, incluyen explicaciones breves sobre la sección 27 de la Carta. Por contra, las obras de HOGG (2003), DUPLÉ (2004), FUSTON y MEEHAN (2003), MONAHAN (1997) y FINKELSTEIN (1986) no introducen comentarios específicos sobre la misma.

(24) ROACH, SHARPER y SWINTON (2002), HIEBERT (2002), MCALLISTER y DODEK (2002), MCALLISTER (1998) y GREEN (1989).

muy irregular y en no pocas de ellas puede considerarse irrelevante²⁵. Una revisión de las principales revistas jurídicas o políticas de Canadá²⁶ avala igualmente esta impresión.

B) La escasa virtualidad jurídica

Como ya señalamos anteriormente, la principal y más alta concreción jurídica de la opción canadiense por el multiculturalismo es el artículo 27 de la Carta de Derechos, incorporada a la propia Constitución. La virtual aplicación de esta cláusula por los tribunales marca la principal pauta de medida de la incidencia jurídica real que tiene la política multicultural en Canadá. Ello es si cabe más importante si tenemos en cuenta que Canadá pertenece a la tradición británica del *common law* y que los precedentes judiciales constituyen una referencia jurídica muy relevante.

Sin embargo, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en estos 25 primeros años de vigencia de la Carta de Derechos, arroja un resultado un tanto decepcionante en lo que se refiere a la aplicación del artículo 27 como criterio interpretativo. Algunos autores limitan o reducen drásticamente la importancia del artículo 27 desde el principio, considerándolo en muchas ocasiones como vacío de contenido, vago o de escasa sustancia jurídica²⁷. Otros destacan que el artículo 27 no ha desarrollado toda su potencialidad y ha sido utilizada con parsimonia por unos jueces culturalmente eurocéntricos que tienden a juzgar en favor del *statu quo*²⁸.

El ámbito en el que más efectos ha desplegado la cláusula multicultural es el de la libertad de religión. La Corte Suprema ha recurrido al artículo 27 en diferentes ocasiones, a fin de proteger la diversidad religiosa frente a las intromisiones del Estado (casos *Big M Drug Mart*²⁹ y *Edwards Books*³⁰). La Corte se manifiesta así contra el asimilacionismo en materia religiosa. Sin embargo, el artículo en cuestión no ha servido para legitimar la idea de que el Estado está obligado a

(25) Los autores no siempre aluden al artículo 27 al abordar el multiculturalismo. El tratamiento de éste puede considerarse relevante en DYCK (2004), BROOKS (2004) y BICKERTON y GAGNON (1999), y, por el contrario, inexistente en CHAMBERS (1996), WITTINGTON y VAN LOON (1996), ARCHER, GIBBINS, KNOFF y PAL (1995), LANDES (1995), JACKSON y JACKSON (1994) y FOX (1991).

(26) Principalmente, *Review of Constitutional Studies*, *Constitutional Forum*, *Supreme Court Law Review*, *Canadian Public Administration*, *Canadian Journal of Administrative Law and Practice*, *Canadian Journal of Political Science*, *Canadian Public Policy*, *Alberta Law Review*, *McGill Law Journal*, y *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*.

(27) HOGG, P.W. (1982): *Canada Act 1982: Annotated*, Carswell, Toronto, p. 72; GIBSON, D.: "Section 27...", cit., p. 592; ROLLA, G. (2003): "La tutela dell'identità culturale e di cittadinanza negli ordinamenti multietnici: l'esperienza del Canada", en CELADA, A.R.; FRAILE MARCOS, A.M.; RODRÍGUEZ NAVARRO, M.V. y TODA IGLESIA, F. (eds.): *La Carta canadiense de derechos y libertades bajo perspectivas europeas*, Asociación española de estudios canadienses, p. 136.

(28) ROLLA, G.: "La tutela dell'identità...", cit., p. 140; BOTTOS, D. (1987): "Multiculturalism: Section 27's application in Charter Cases Thus Far", *Alberta Law Review*, vol. 26, n.º 3, pp. 631-632.

(29) Asunto *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* Sentencia de 24 de abril de 1985.

(30) Asunto *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* Sentencia de 18 de diciembre de 1986.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

actuar positivamente para garantizar la diversidad religiosa (caso *Adler*³¹), lo que en la práctica reduce la protección multicultural a la esfera negativa o pasiva de la actuación pública.

Que la cláusula multicultural del artículo 27 no es hoy en día un precepto relevante en la jurisprudencia canadiense se demuestra también por la escasa e incoherente aplicación que se hace de la misma por la Corte Suprema. Por una parte, sorprende que la Corte haya evitado utilizar dicho artículo en casos en los que las circunstancias de los hechos parecían exponer un conflicto íntimamente ligado a la diversidad cultural (casos *Bhinder*³², *Multani*³³, *Lafontaine*³⁴, o *Syndicat Northcrest*³⁵). Por otro lado, y al mismo tiempo, resulta llamativo que la cláusula multicultural haya sido utilizada por la Corte Suprema en supuestos para los que en otros sistemas constitucionales resultaría superflua. Esta segunda tendencia puede observarse cuando el argumento multicultural es utilizado para subrayar el derecho de los acusados a una interpretación lingüística adecuada en el caso de que pertenezcan a grupos culturales minoritarios (caso *Tran*³⁶), lo que habitualmente se entiende en otros sistemas incluido en el propio derecho a la defensa. Del mismo modo, el artículo 27 se ha utilizado para reforzar la imparcialidad judicial con independencia del grupo étnico al que acusado, acusador o juez pertenezcan (caso *R. v. S.*³⁷). En la misma línea, también ha sido utilizado el artículo 27 para legitimar la prohibición legal de la propaganda de odio racial, aun cuando éste pudiera ser incluido dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión (casos *Keegstra*³⁸, *Andrews*³⁹ y *Taylor*⁴⁰). En todos estos supuestos, los razonamientos supuestamente avalados por la cláusula multicultural se encuentran habitualmente consolidados en ordenamientos constitucionales que no contienen una disposición expresa similar.

En resumen, la utilización jurisprudencial de la cláusula multicultural de la Constitución en estos primeros 25 años de vigencia ha sido extremadamente limitada. Por un lado, porque no ha servido para consolidar una opinión favorable a la decidida intervención positiva estatal a favor del multiculturalismo. En segundo lugar, porque la disposición ha sido utilizada con frecuencia para argumentar soluciones que en otros sistemas constitucionales son alcanzables

(31) Asunto *Adler v. Notario*. Sentencia de 21 de noviembre de 1996. No obstante, existe un voto disidente de la magistrado Heureux-Dube, quien señala que la sección 27 implica la obligación estatal de intervenir positivamente para garantizar la libertad de religión.

(32) Asunto *Bhinder v. CN*. Sentencia de 17 de diciembre de 1985.

(33) Asunto *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*. Sentencia de 2 de marzo de 2006.

(34) Asunto *Congrégation des témoins de Jéhova de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*. Sentencia de 30 de junio de 2004.

(35) Asunto *Syndicat Northcrest v. Amselem*. Sentencia de 30 de junio de 2004.

(36) Asunto *R. v. Tran*. Sentencia de 1 de septiembre de 1994.

(37) Asunto *R. v. S.* Sentencia de 1 de septiembre de 1994.

(38) Asunto *R. v. Keegstra*. Sentencia de 13 de diciembre de 1990.

(39) Asunto *R. v. Andrews*. Sentencia de 13 de diciembre de 1990.

(40) Asunto *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*. Sentencia de 13 de diciembre de 1990.

sin necesidad de acudir a una cláusula similar. Por último, porque la Corte Suprema ha rehuido aludir al artículo 27 en supuestos que comportaban conflictos motivados por la diversidad cultural. Puede incluso defenderse que la sección 15 de la Carta, relativa al principio general de igualdad, ha tenido un impacto mayor que la sección 27 en la concreción jurisprudencial del multiculturalismo⁴¹.

C) El desequilibrio constitucional entre grupos

La reducida virtualidad que otorgan los tribunales canadienses a la sección 27 de la Carta de Derechos y al multiculturalismo en general se expresa también en el tratamiento constitucional y jurisprudencial de la relación entre los diversos grupos y colectivos que componen la sociedad canadiense. En la Constitución de Canadá se recogen arreglos constitucionales que protegen específicamente derechos determinados a cuatro tipos diferentes de colectivos. Se trata de los pueblos o naciones indígenas (denominadas en Canadá normalmente como “primeras naciones”), las comunidades denominacionales (determinadas minorías religiosas de Ontario y Québec que tienen derecho a una educación religiosa sufragada con fondos públicos), las minorías lingüísticas francófonas y anglófonas de las diferentes provincias, y la minoría nacional de Québec. El hecho de que sean éstos y no otros los grupos protegidos, así como de que los derechos reconocidos específicamente sean los que figuran en los textos constitucionales, obedece a razones de política real⁴². Como sucede en cualquier consenso constitucional, las fuerzas sociales y políticas existentes en el momento de la negociación inciden de manera más o menos exitosa en el resultado final. Canadá debe su actual configuración constitucional básicamente a sus dos momentos constitucionalmente fundacionales, 1867 y 1982. En el primero de ellos, el respeto de los derechos minoritarios en materia lingüística y religiosa constituía una preocupación fundamental para la estabilidad del nuevo país. En el segundo momento, la mentalidad colectiva respecto de la situación de las naciones indígenas había evolucionado suficientemente como para hacerse un hueco constitucional, y lo mismo puede decirse de la especificidad controvertida de la sociedad quebequesa. Por el contrario, el resto de grupos y colectivos que ya conformaban la sociedad canadiense como fruto de procesos más o menos recientes de inmigración, tuvo que conformarse con aportar un impacto menor en la constitución, que fundamentalmente se concreta en el ya mencionado artículo 27 de la Carta de Derechos.

Por una parte, hay un consenso generalizado sobre la extensión de la cláusula multicultural a todas las minorías nuevas, incluyendo las que se van conformando a medida que la inmigración se produce⁴³. Esto significa que Canadá incorpora la diversidad que genera la inmigración, de modo inmediato a su ordenamiento jurídico y constitucional. Sin embargo, por otra parte, es igualmente cierto que el reconocimiento que supone la cláusula multicultural no tiene el mis-

(41) JEDWAB, J. (2003): “To preserve and enhance: Canadian Multiculturalism before and after the Charter”, *Supreme Court Law Review*, vol. 19, p. 343.

(42) MAGNET, J.E.: “What does...”, cit., pp. 289-291.

(43) MAGNET, J.E.: “Multiculturalism...”, cit., p. 452; ROLLA, G.: “La tutela dell’identità...”, cit., p. 139.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

mo valor que las disposiciones que aluden a los cuatro grupos mencionados de modo expreso en la constitución. La interpretación que se viene haciendo por los tribunales es clara al respecto de que las nuevas minorías no pueden reclamar la extensión de los derechos específicamente reconocidos a los grupos protegidos en la constitución, ni siquiera en el caso de que las circunstancias de aquéllos pudieran considerarse equivalentes a las de éstos.

La explicación de esta posición posiblemente hay que encontrarla en el difícil equilibrio que sustenta Canadá entre la comunidad mayoritaria de origen o adopción anglófona y la comunidad francófona, fundamentalmente en lo que se refiere a Québec, que tiende a monopolizar la visibilidad de la diferencia lingüística y extiende la cuestión identitaria más allá de la lengua. Esto explica que tanto a nivel de normativa como de interpretación jurisprudencial, no pueda plantearse una visión auténticamente multicultural en el plano lingüístico. De hecho, como ya se ha señalado con anterioridad, Canadá se autodefine como un modelo de multiculturalismo en un marco de bilingüismo⁴⁴, lo que no deja de ser en parte contradictorio, pues la lengua es uno de los factores más relevantes de la identidad y de las culturas.

Esta posición, según la cual, el inglés y el francés tienen garantizada con carácter permanente su posición privilegiada frente a las restantes lenguas de la sociedad canadiense, es en definitiva incompatible con una lectura democráticamente radical del multiculturalismo a comienzos del siglo XXI. Sin embargo, la opción política y jurídica en este sentido es clara y se refleja jurisprudencialmente en casos relevantes decididos por la Corte Suprema como los asuntos *Société des Acadiens*⁴⁵, *Mahe*⁴⁶, *Public Schools Act*⁴⁷, *Solski*⁴⁸, *Gosselin*⁴⁹ o *Charlebois*⁵⁰, entre otros.

Sin embargo, esta posición no se circunscribe exclusivamente al ámbito lingüístico, sino que se extiende al conjunto de arreglos constitucionales para grupos que refleja la carta magna canadiense, estableciendo así un límite implícito pero relevante a la proyección del multiculturalismo. Esta realidad se comprueba en supuestos como el planteado en el asunto *Adler*. En dicho caso se planteaba la extensión a otras confesiones minoritarias de derechos específicamente reconocidos por el acta constitucional de 1867 a la minoría católica en la provincia de Ontario. Tanto el gobierno como los tribunales canadienses mantienen la postura negativa sobre la base de que la Constitución privilegia a determinados grupos y, por tanto, el multiculturalismo no puede implicar igualar la posición de aquéllos con los restantes, aunque sea en el sentido de extender tales derechos a los nuevos grupos que se vayan formando y presenten similares circunstancias. Sin embargo, la postura contraria es la defendida por el Comité de Derechos

(44) BICKERTON, J. y A. GAGNON, *Canadian...*, cit., p. 466.

(45) Asunto *Société des Acadiens v. Association of Parents*. Sentencia de 1 de mayo de 1986.

(46) Asunto *Mahe v. Alberta*. Sentencia de 15 de marzo de 1990.

(47) Dictamen *Reference Re Public Schools Act (Man.)*. Dictamen de 4 de marzo de 1993.

(48) Asunto *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*. Sentencia de 31 de marzo de 2005.

(49) Asunto *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*. Sentencia de 31 de marzo de 2005.

(50) Asunto *Charlebois v. St. John (City)*. Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

Humanos de las Naciones Unidas en el caso *Waldman contra Canadá*⁵¹, que constituye la extensión internacional del caso *Adler*. Para el Comité ni siquiera es necesario acudir a la opción multicultural para justificar la extensión de los derechos a todas las confesiones religiosas minoritarias de Ontario en situación similar a la católica, sino que basta para ello acudir al principio de igualdad. Para el Comité de Naciones Unidas, la denegación de dicha extensión supone una discriminación y el hecho de que existan disposiciones constitucionales expresas no implica necesariamente una justificación razonable y objetiva para la diferencia de trato⁵². Esto no obstante, Canadá se ha negado a dar cumplimiento a la decisión del Comité de Naciones Unidas en el caso referido y continúa aplicando su propia interpretación constitucional que diferencia en el trato a la minoría católica de las restantes.

Todo esto implica que respecto al tratamiento de los diferentes grupos que integran el país, Canadá está aplicando un desequilibrio constitucional que supone al mismo tiempo una limitación implícita importante de la virtualidad del multiculturalismo como opción normativa, puesto que éste no es suficiente para comportar una revisión de los consensos constitucionales básicos y de las diferencias que éstos comportan. Es decir, que el reconocimiento del multiculturalismo que se proclama oficialmente, y que se incorpora al marco constitucional a través de la sección 27, se aplica en realidad sobre la población que siendo diferente del grupo mayoritario, no está incluida en ninguno de los arreglos constitucionales expresas. Por lo tanto, no se interpreta la opción multicultural sobre el conjunto de la sociedad, sino como complemento subsidiario de otras previsiones constitucionales, lo que equivale a establecer una jerarquía protectora que desvirtúa en la práctica los efectos potencialmente positivos del primer reconocimiento.

VI. CONCLUSIÓN

No puede hoy en día dudarse del enorme valor simbólico que encierra la opción multiculturalista de Canadá. Es cierto que dicho simbolismo ha calado fuertemente en una sociedad acostumbrada a la diversidad y que lo exhibe con cierta dosis de orgullo. Pueden admitirse en este sentido avances importantes en el propio comportamiento social de los canadienses respecto a la diversidad si comparamos las pautas sociales actuales con las de hace solo 50 años.

Esto no obstante, en el nivel de las concreciones prácticas, tanto políticas como jurídicas, los efectos que genera esta opción normativa son bastante limitados. Aún más, no existe realmente ningún ámbito específico de aplicación de políticas multiculturales que no pueda ser realizado en el marco de los ordenamientos vigentes en otros países democráticos. Como hemos podido comprobar, la sustancia del multiculturalismo como opción normativa no incide de modo relevante en el debate político, ni supone grandes novedades en la interpretación de los

(51) Asunto *Waldman V. Canadá* (comunicación 694/1996), documento CCPR/C/67/D/694/1996. Dictamen de 3 de noviembre de 1999.

(52) Asunto *Waldman V. Canadá*, dictamen de 3 de noviembre de 1999, CCPR/C/67/D/694/1996, apartados 10.4 y 10.7.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

derechos, ni siquiera afecta al desequilibrio constitucionalmente reconocido entre varios de los grupos que conforman la sociedad canadiense. En gran medida, el multiculturalismo es percibido como una actitud institucional y social favorable a la expresión de diferencias, siempre y cuando éstas no afecten a los elementos básicos del consenso constitucional, que incluye determinados elementos de identidad, como lo son las lenguas oficiales del país.

A pesar de que puede considerarse que el multiculturalismo ha conseguido importantes pero imprecisos logros sociales, provocando un clima más favorable a la convivencia que en otras sociedades similares, es también cierto que persisten en Canadá significativas diferencias institucionales y socio-económicas entre grupos que se distinguen por la cultura, la religión, la lengua o el origen étnico. En añadidura, los últimos acontecimientos internacionales y las experiencias de otros países tampoco están ayudando a consolidar una opción más decidida por el multiculturalismo democrático. Por último, en clave más interna, las más recientes tendencias políticas, que han hecho bascular el país hacia posiciones más conservadoras y a un mayor peso de las sociedades tradicionalmente conservadoras del oeste del país, no invitan a pensar que pueda producirse una profundización democrática en clave multicultural. En definitiva, esta opción normativa merece, tras 35 años de vigencia política y 25 años de vigencia jurídico-constitucional, una revisión crítica de su significado que permita adaptarla a la realidad de una sociedad plural y democrática que camina ya por los senderos del siglo XXI.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARCHER, Keith; GIBBINS, Roger; KNOPFF, Rainer y PAL, Leslie A. (1995): *Parameters of power. Canada's political institutions*, Nelson Canada, Toronto.

BEAUDOIN, Gerald-A. (2004): *La Constitution du Canada*, 3.^a ed., Wilson et Lafleur ltee, Montreal.

BICKERTON, James y GAGNON, Alain-G. (eds.) (1999): *Canadian Politics*, 3.^a ed., Broadview press, Peterborough.

BILES, John; TOLLEY, Erin e IBRAHIM, Humera (2005): "Does Canada have a Multicultural Future?", *Canadian Diversity*, vol. 4:1, pp. 23-28.

BILES, John e IBRAHIM, Humera (2005): "Religious Diversity in Canada: In the Shadow of Christian Privilege", *Canadian Diversity*, vol. 4:3, pp. 67-70.

BOTTOS, Dino (1987): "Multiculturalism: Section 27's application in Charter Cases Thus Far", *Alberta Law Review*, vol. 26, n.º 3, pp. 621-633.

BROOKS, Stephen (2004): *Canadian Democracy. An Introduction*, 4.^a ed., Oxford university press, Don Mills.

BROTZ, Howard (1980): "Multiculturalism in Canada: A Muddle", *Canadian Public Policy*, n.º 6-1, pp. 41-46.

BRUN, Henri y TREMBLAY, Guy (2002): *Droit constitutionnel*, 4.^a ed., Editions Yvon Blais, Comansville.

CHAMBERS, Tom (1996): *Canadian Politics. An Introduction*, Thompson educational publishing, Toronto.

- COUTURE, Claude (2005): "Canada: Modele d'Etat multiculturel pour le monde?", *Constitutional Forum*, vol. 14, n.º 1, pp. 48-59.
- DAY, Richard J.F. (2000): *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, Universty of Toronto Press, Toronto.
- DUPLE, Nicole (2004): *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 2.ª ed., Wilson and Lafleur, Montreal.
- DYCK, Rand (2004): *Canadian Politics, Critical Approaches*, 4.ª ed., Thompson-Nelson, Toronto.
- ELLIOT, Jean Leonard y FLERAS, Augie (1992): *Multiculturalism in Canada. The Challenge of Diversity*, Nelson Canada, Scarborough.
- FAHMY, Mihad (2004): "The private School Funding Debate: A Second Look Through Charter First Principles", *Education and Law Journal*, n.º 13, pp. 397-431.
- FINKELSTEIN, Neil (1986): *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5.ª ed., Carswell, Toronto.
- FOX, Paul W. (1991): *Politics: Canada*, 7.ª ed., McGraw-Hill Ryerson, Toronto.
- FUNSTON, Bernard W. y MEEHAN, Eugene (2003): *Canada's Constitutional law in a Nutshell*, 3.ª ed., Thomson-Carswell, Toronto.
- GALL, Gerald L. (2002): "Jurisprudence under section 27 of the Charter: The second decade", *The Wilson Yearbook on Access to Justice*, n.º 21, pp. 307-330.
- GIBSON, Dale (1990): "Section 27 of the Charter: more than a «Rhetorical Flourish»", *Alberta Law Review*, vol. 28, n.º 3, pp. 589-603.
- GREENE, Ian (1989): *The Charter of Rights*, James Lorimer and Company, Toronto.
- HIEBERT, Janet L. (2002): *Charter Conflictis*, McGill-Queen's university Press, Montreal.
- HOGG, Peter W. (1982): *Canada Act 1982: Annotated*, Carswell, Toronto.
- HOGG, Peter W. (2003): *Constitutional Law of Canada*, ed. 2003, Thomson-Carswell, Toronto.
- HUDSON, Michael R. (1987): "Multiculturalism, Government policy and Constitutional Enshrinement. A Comparative Study", en *Multiculturalism and the Charter. A Legal Perspective*, Carswell, Toronto, pp. 59-122.
- JACKSON, Robert J. y JACKSON, Doreen (1994): *Politics in Canada. Culture, institutions, behaviour and Public Policy*, 3.ª ed., Prentice Hall Canada, Scarborough.
- JEDWAB, Jack (2003): "To preserve and enhance: Canadian Multiculturalism before and after the Charter", *Supreme Court Law Review*, vol. 19, pp. 309-344.
- JEDWAB, Jack (2005): "Neither Finding nor Losing our Way: The Debate over Canadian Multiculturalism", *Canadian Diversity*, vol. 4:1, pp. 95-102.
- KYMLICKA, Will (2003): "Canadian Multiculturalism in historical and Comparative Perspective: Is Canada Unique?", *Constitutional Forum*, vol. 13, n.º 1, pp. 1-8.
- LANDES, Ronald G. (1995): *The Canadian polity. A comparative introduction*, 4.ª ed., Prentice Hall Canada, Scarborough.

Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico

MAGNET, Joseph Eliot (2003): "What does «equality between communities» mean?", *Supreme Court Law Review*, vol. 19, pp. 277-308.

– (2005): "Multiculturalism and Collective Rights", *The Supreme Court Law Review*, vol. 27, pp. 431-497.

MCallISTER, Debra M. y DODEK, Adam M. (eds.)(2002): *The Charter at Twenty. Law and Practice*, Ontario Bar Association, Toronto.

MCallISTER, Debra M. (1998): *Taking the Charter to Court: A practitioner's analysis*, Carswell, Scarborough.

MONAHAN, Patrick (1997): *Constitutional Law*, Irwin law, Concord.

ROACH, Kent; SHARPE, Robert J. y SWINTON, Katherine E. (2002): *The Charter of Rights and Freedoms*, 2.^a ed., Irwin law Inc., Toronto.

ROLLA, Giancarlo (2003): "La tutela dell'identita culturale e di cittadinanza negli ordinamenti multietnici: l'esperienza del Canada", en CELADA, Antonio R.; FRAILE MARCOS, Ana María; RODRÍGUEZ NAVARRO, M. Victoria y TODA IGLESIA, Fernando (eds.): *La Carta canadiense de derechos y libertades bajo perspectivas europeas*, Asociación española de estudios canadienses, pp. 127-144.

SELJAK, David (2005): "Multiculturalism and Funding for Ontario's Islamic Schools", *Canadian Diversity*, vol. 4:3, pp. 63-66.

SUGUNASIRI, Suwanda (2001): *Towards Multicultural Growth. A look at Canada from Classical Racism to neoculturalism*, Village publishing house, Toronto.

VV. AA. (1987): *Multiculturalism and the Charter. A Legal Perspective*, Carswell, Toronto.

WHITTINGTON, Michael S. y VAN LOON, Richard J. (1996): *Canadian Government and Politics. Institutions and processes*, McGraw-Hill Ryerson Ltd., Toronto.

ZACHARIAH, Mathew; SHEPPARD, Allan y BARRATT, Leona (eds.)(2004): *Canadian Multiculturalism: Dreams, Realities, Expectations*, Canadian Multicultural Education Foundation, Edmonton.

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

Fiscal de Sevilla

II

Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea

“Honra igualmente al extranjero que al ciudadano porque todos somos viajeros esparcidos por la tierra.”

Focilides

RESUMEN

EXTRANJEROS INSCRITOS EN EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE SCHENGEN COMO NO ADMISIBLES Y EFICACIA EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES DE EXPULSIÓN ACORDADAS POR OTROS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

España viene obligada a dar tratamiento idéntico tanto a las resoluciones prohibitivas de entrada acordadas por sus propias Autoridades como a las dictadas por las Autoridades de los Estados en los que rige el acervo Schengen, y también está obligada a dar eficacia a las resoluciones de expulsión acordadas por Autoridades de Estados miembros de la Unión Europea respecto de ciudadanos que no ostenten dicha ciudadanía. El objeto de este estudio es evaluar la aplicación de estos principios en el terreno de la legalidad estatal española, a través de las figuras de las denegaciones de entrada y retorno, devolución y expulsión.

En el mismo, se concluye que la inscripción de un extranjero en la lista de no admisible del Sistema de Información de Schengen obliga a los responsables españoles del control de fronteras exteriores a denegar la entrada de esas personas, sin perjuicio de las previsiones especiales relativas a solicitantes de asilo y a causas excepcionales de índole humanitaria. A su vez, caso de localizarse en España a un extranjero respecto del que consten prohibiciones de entrada o resoluciones de expulsión acordadas por Estados miembros la Unión Europea, deberá procederse a diferenciar las situaciones siguientes: a) si únicamente constara prohibición de entrada, pero ninguna resolución de expulsión, deberá reputarse su estancia como irregular, determinando la incoación del correspondiente procedimiento de expulsión; b) si constara resolución de expulsión acordada por Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a la devolución –artículo 58.2.a) LOE– siempre que constara materializada la expulsión; y a la ejecución de la expulsión –artículo 64.3 LOE– si no constara materializada.

Luis Fernández Arévalo

II

ABSTRACT

FOREIGNERS INSCRIBED IN SCHENGEN INFORMATION SYSTEM AS NON ADMISSIBLE AND EFFECTIVENESS IN SPAIN OF EXPULSION RESOLUTIONS AUTORIZED BY ANOTHER STATES OF THE EUROPEAN UNION

Spain comes forced to give identical treatment so to the resolutions that forbid the entrance corresponding to its own Authorities as to those corresponding to the Authorities of the Schengen scope, and it is also forced to give effectiveness to the expulsion resolutions corresponding to Authorities of States members of the European Union regarding citizens that don't show this citizenship. The object of this study is to evaluate the application of these principles in the field of the Spanish state legality, through the figures of the entrance and return refusals, refoulement and expulsion.

In this work it is concluded that the inscription of a foreigner in the list of non admissible persons of the Schengen Information System obligates to the Spanish responsables of the control of external frontiers to refuse the entrance of those people, without prejudice of the special forecasts relative to asylum applicants and to exceptional causes of humanitarian nature. On his part, in the case of being located in Spain a foreigner regarding to who is known for certain entrance prohibitions or expulsion resolutions authorized by States members of the European Union, it will be proceeded to differentiate the following situations: a) if only is known entrance prohibition, but any expulsion resolution, their stay will be reputed like irregular, determining the corresponding expulsion procedure; b) if it is known expulsion resolution authorized by a State member of the European Union, it will be proceeded to the refoulement –article 58.2.a) LOEx– whenever the expulsion is realized; and to the execution of the expulsion –article 64.3 LOEx– if it is not.

SUMARIO

I. Acervo schengen e imperativo de eficacia de las prohibiciones de entrada acordadas por autoridades de otros Estados.

II. El cruce de fronteras exteriores.

III. Prohibiciones de entrada y denegación de entrada y retorno. A) Causas originarias de las prohibiciones de entrada. a) Prohibiciones de entrada originadas por expulsión previa. b) Prohi-

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

biciones de entrada originadas por otra causa reconocida por las leyes españolas. c) Prohibiciones de entrada establecidas en convenio de los que sea parte España. B) Denegación de entrada y retorno. a) Concepto. b) La detención como consecuencia del retorno. c) Control judicial de la legalidad de las decisiones de denegación de entrada y retorno y de la detención. Recursos administrativos y contencioso-administrativo, hábeas corpus e internamiento.

IV. Devolución por conculcación de prohibición de entrada derivada de expulsiones acordadas por Estado miembro de la Unión Europea. A) Concepto de devolución. B) Detención como consecuencia de la devolución. C) Control judicial de la legalidad de la decisión de devolución. Recursos administrativos y contencioso-administrativo, hábeas corpus e internamiento.

V. Ejecución de expulsión acordada por autoridad de Estado miembro de la Unión Europea.

VI. Expulsión acordada por localización en España de extranjero inscrito como no admisible en el Sistema de Información de Schengen.

I. ACERVO SCHENGEN E IMPERATIVO DE EFICACIA DE LAS PROHIBICIONES DE ENTRADA ACORDADAS POR AUTORIDADES DE OTROS ESTADOS

Los Gobiernos del Reino de Bélgica, de la República Federal de Alemania, de la República Francesa, del Gran Ducado de Luxemburgo y del Reino de los Países Bajos, suscribieron un Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985. La supresión progresiva de todos los controles fronterizos terrestres, aéreos y marítimos era su objetivo inmediato, pero su fin último era materializar en la realidad el ideal de libre circulación de personas y de libre elección de residencia de los ciudadanos comunitarios, y ello se complementó con la idea instrumental de desplegar una política común en materia de visados y condiciones de entrada en sus territorios. Así, el artículo 20 del Acuerdo señalaba que “las Partes se esforzarán por conseguir la armonización de sus políticas en materia de visados, así como sobre las condiciones de entrada en sus territorios. En la medida en que ello sea necesario, dispondrán igualmente la armonización de sus reglamentaciones relativas a ciertos aspectos del derecho de los extranjeros en lo que concierne a los nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas”.

Para la consecución material de lo que en esos momentos no dejaba de ser sino una altisonante verbalización de voluntades, con posterioridad dichos Estados suscribieron un Convenio para la aplicación del Acuerdo, firmado también en Schengen el 19 de junio de 1990. En su texto se constata la aparición de las ideas de fronteras interiores y de una frontera exterior común –artículo 1–, y como la nueva realidad hacía aflorar nuevos problemas complejos, para conjurarlos se idearon una serie de medidas instrumentales precisas, reiterándose y desarrollándose normativamente la idea de una incipiente política común en materia de visados –artículos 9 y siguientes–, que con posterioridad se ha canalizado en resoluciones vinculantes que imponen la necesidad de exigencia de visado a los ciudadanos de determinados países, y se postulaba

la necesidad de armonizar una política común en materia de asilo –artículos 28 y siguientes–, contemplándose finalmente la creación –artículos 92 y siguientes– del denominado Sistema de Información de Schengen –SISch–.

El SISch constituye así un sistema de información común que consta de una parte nacional en cada uno de los Estados contratantes, y de una unidad de apoyo técnico central, y persigue como fin declarado que las autoridades designadas de las Partes contratantes, mediante un procedimiento de consulta automatizado, dispongan de descripciones de personas y de objetos, al efectuar controles en la frontera y comprobaciones y otros controles de policía y de aduanas realizados dentro del país de conformidad con el derecho nacional, así como, en relación con la categoría de personas inscritas no admisibles, a los solos efectos de expedición de visados, de expedición de permisos de residencia y de la administración de extranjeros en el marco de la aplicación de las disposiciones sobre la circulación de personas –artículo 92.1–.

Surge así la categoría de extranjeros inscritos como no admisibles, disponiéndose que por tales habría de entenderse todo extranjero inscrito como no admisible en el Sistema de Información de Schengen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96. Nos interesa destacar a los efectos de este estudio precisamente este último aspecto, y a tal fin el Convenio estableció una previsión procedimental y otra sustantiva.

En cuanto a la previsión procedimental, el artículo 96.1 señaló que los datos relativos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles se introduciría sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes.

Respecto de la previsión material, que delimitaba los presupuestos sustantivos condicionantes de la inscripción de tales extranjeros, se establecieron dos reglas. La primera, que la presencia del extranjero en el territorio nacional supusiera una amenaza para el orden público o la seguridad nacional –artículo 96.2–, indicándose que éste podría ser particularmente el caso: a) de un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo; b) de un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante. La segunda, el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros –artículo 96.3.

A este Acuerdo y a su Convenio de aplicación se sumaron con posterioridad Italia, España, Portugal y Grecia.

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

La aspiración a una Europa sin fronteras interiores fue asumida por el Tratado de Maastricht, que la contempló explícitamente como uno de los objetivos de la Unión Europea –artículo 14–, regulando en su Título IV –artículos 61 a 69– la previsión de regulación de medidas relativas a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, previéndose entre las reformas efectuadas ulteriormente la de su artículo 100, que de forma expresa pasaba a contemplar que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, determinaría los terceros países cuyos nacionales deberían estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Esta previsión se ha materializado en el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81 de 21.3.2001, p. 1), modificado sucesivamente por los Reglamentos (CE) n.ºs 2414/2001 del Consejo de 7 de diciembre de 2001, 453/2003 del Consejo de 6 de marzo de 2003, 851/2005 del Consejo de 2 de junio de 2005, y por Acta relativa a las condiciones de la última adhesión.

La herencia o acervo Schengen fue asumida en el Tratado de la Unión Europea (TUE) en el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, que lo integra expresamente a través de un Protocolo, disponiéndose que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión –artículo 8 del Protocolo precitado–, lo que se ha asumido por los últimos Estados miembros –artículo 3 del tratado de Adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia la República Eslovaca relativo a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003.

Entre los pasos de avance concreto del acervo Schengen, puede destacarse el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 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, que ha experimentado sucesivas modificaciones, ya aludidas.

Merece además destacarse la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, que tiene como finalidad declarada –artículo 1.1– permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, denominado “Estado miembro autor”, contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, denominado “Estado miembro de ejecución”. Son previsiones de especial trascendencia las siguientes: a) toda decisión que se adopte se ejecutará

según la legislación vigente en el Estado miembro de ejecución –artículo 1.2–; b) que las autoridades del Estado miembro autor y del Estado miembro de ejecución utilizarán todos los medios de cooperación y de intercambio de informaciones para la aplicación de la presente Directiva –parr. segundo del artículo 6–; c) que el Estado miembro autor proporcionará al Estado miembro de ejecución todos los documentos necesarios para certificar por los medios adecuados más rápidos que la naturaleza ejecutiva de la decisión de expulsión tiene carácter permanente, si procede con arreglo a las disposiciones pertinentes del manual “SIRENE” –parr. tercero del artículo 6–.

Finalmente, por lo reciente, pero no por ello menos relevante, el Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, que establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras –Código de Fronteras Schengen, en lo sucesivo CFS–, en vigor desde 13 de octubre de 2006.

Así pues, y como consecuencia de todo lo expuesto, España viene obligada a dar tratamiento idéntico tanto a las resoluciones prohibitivas de entrada acordadas por sus propias Autoridades como a las dictadas por las Autoridades de los Estados en los que rige el acervo Schengen, y también está obligada a dar eficacia a las resoluciones de expulsión acordadas por Autoridades de Estados miembros de la Unión Europea respecto de ciudadanos que no ostenten dicha ciudadanía. El objeto de este estudio es evaluar la aplicación de estos principios en el terreno de la legalidad estatal ordinaria, a través de las figuras de las denegaciones de entrada y retorno, devolución y expulsión.

II. EL CRUCE DE FRONTERAS EXTERIORES

El imperativo aludido de otorgamiento de eficacia a las prohibiciones de entrada toma como punto de partida la regulación de los requisitos de la entrada a través de las fronteras exteriores. Por fronteras exteriores deben entenderse, según el artículo 2.2 del CFS, las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores; entendiéndose a su vez por fronteras interiores –artículo 2.1 del CFS– a) las fronteras terrestres comunes, incluidas las fronteras fluviales y lacustres, de los Estados miembros; b) los aeropuertos de los Estados miembros por lo que respecta a los vuelos interiores; c) los puertos marítimos, fluviales y lacustres de los Estados miembros por lo que respecta a los enlaces regulares.

A las fronteras exteriores dedica el CFS su Título II, que comprende un total de cuatro capítulos, que llevan por rúbrica, sucesivamente, el primero –artículos 4 y 5–, *cruce de las fronteras exteriores y condiciones de entrada*, el segundo –artículos 6 a 13–, *control de las fronteras exteriores y denegación de entrada*, el tercero –artículos 14 a 17– *personal y medios para el control fronterizo y cooperación entre Estados miembros*, y el cuarto –artículos 18 y 19– *normas específicas para las inspecciones fronterizas*.

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

El párrafo primero del artículo 4.1 del CFS sienta el principio general –que matiza posteriormente con determinadas excepciones el apartado 2¹– de que “las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. Las horas de apertura estarán indicadas claramente en todo paso fronterizo que no esté abierto las 24 horas del día”.

A las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países se refiere el artículo 5 del CFS, que viene a sustituir al derogado artículo 5 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen², disponiéndose en su apartado 1 que “para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses, las condiciones de entrada para nacionales de terceros países serán las siguientes: a) estar en posesión de un documento o documentos de viaje válidos que permitan el cruce de la frontera; b) estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 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, salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido; c) estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) no estar inscrito como no admisible en el SISch; e) no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos”³.

(1) Tras señalar en el párrafo segundo del artículo 4.1 que “los Estados miembros notificarán a la Comisión la lista de sus pasos fronterizos de conformidad con el artículo 34”, el apartado 2 dispone que “no obstante lo dispuesto en el apartado 1, podrán concederse excepciones a la obligación de cruzar las fronteras exteriores únicamente por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas: a) en lo que respecta a la navegación de recreo y la pesca de bajura; b) a los marinos que circulen, mientras estén de permiso, por el recinto del puerto de escala de su buque o por las localidades próximas al mismo; c) a personas o grupos de personas, en el supuesto de que exista alguna necesidad especial, siempre que estén en posesión de las autorizaciones requeridas por el Derecho interno y no haya conflicto con intereses de orden público o seguridad interior de los Estados miembros; d) a personas o grupos de personas, en el supuesto de que se dé alguna situación imprevista de emergencia”. Agrega el apartado 3 que “sin perjuicio de las excepciones previstas en el apartado 2 o de sus obligaciones en materia de protección internacional, los Estados miembros fijarán sanciones, de conformidad con su Derecho interno, en el caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas. Las sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

(2) Los artículos 2 a 8 del Convenio de aplicación han sido derogados por el artículo 39.1 del CFSch.

(3) El apartado 2 del artículo 5 dispone que “en el anexo I figura una lista no exhaustiva de documentos justificativos que la guardia de fronteras podrá pedir a los nacionales de terceros países para comprobar el cumplimiento de las condiciones contempladas en el apartado 1, letra c)”. Añade el apartado 3 que “el criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia”. El apartado 3 agrega que “los importes de referencia fijados por los Estados miembros se notificarán a la Comisión de conformidad con el artículo 34. La comprobación de los medios de subsistencia suficientes podrá basarse en el dinero efectivo, los cheques de viaje y las tarjetas de crédito que obren en poder del nacional de un tercer país. Las declaraciones de invitación, cuando las prevea el Derecho interno, y las declaraciones de toma a cargo definidas por el Derecho

La legislación española en materia de extranjería se ajusta escrupulosamente a los imperativos internacionales precisados. Así, en coherencia con lo anterior, el artículo 25.1 de la LOE dispone que “el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”, precepto éste que se desarrolla a nivel reglamentario en los artículos 1 a 16 del RLOE, ubicados sistemáticamente en los capítulos 1.º (“puestos de entrada y salida”) y 2.º (“entrada: requisitos y prohibiciones”) de su Título I (“régimen de entrada y salida de territorio español”).

Respecto de la exigencia de visado, el apartado 2 del artículo 25 de la LOE dispone que “salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso”.

Obviamente ello no será óbice para la admisión en dos casos; en los de solicitud de asilo –a la que se refiere el artículo 25.4 de la LOE, que señala que “lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por la dispuesto en su normativa específica”–, y a los casos de admisión excepcional por razones humanitarias, contemplados en el artículo 25.5 de la LOE que señala que “se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcio-

interno, en caso de que el nacional de un tercer país se aloje en el domicilio de una persona de acogida, también podrán constituir prueba de medios adecuados de subsistencia”. Concluye el apartado 4 señalando que “no obstante lo dispuesto en el apartado 1: a) podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 pero sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros o, cuando así se exija, de ambos documentos, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de regreso, a no ser que figuren en la lista nacional de no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito; b) podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir visado en la frontera en virtud del Reglamento (CE) n.º 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito. Los visados expedidos en la frontera se registrarán en una lista. En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, sobre un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso; c) por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros”.

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

nales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.” Esta segunda posibilidad debe entenderse amparada por el artículo 5.4.c) del CFS, con el único matiz de que en este caso España deberá notificar la admisión a los restantes Estados en los que rige el CFS.

III. PROHIBICIONES DE ENTRADA Y DENEGACIÓN DE ENTRADA Y RETORNO

No obstante la concurrencia de las condiciones anteriores, la admisión no será procedente respecto de los extranjeros que tengan prohibida la entrada, lo que se contempla en el artículo 26.1 de la LOE, que dispone que “no podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España”.

A) Causas originarias de las prohibiciones de entrada

Así pues la prohibición puede derivar de tres fuentes de origen: una expulsión preexistente, otra causa contemplada por la ley española, y otras reconocidas por tratados vigentes.

a) Prohibiciones de entrada originadas por expulsión previa

La primera fuente de la existencia de una prohibición de entrada nace de una expulsión previa, mientras dure la prohibición de entrada. A este respecto debemos recordar que los efectos derivados de una resolución de expulsión son básicamente tres: la primera y consustancial conforme a la *naturaleza de las cosas*, la de que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente –artículo 64.1 de la LOE–; la segunda, derivada de lo anterior, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado –artículo 57.4 de la LOE–; y la tercera, complementaria a las anteriores, que toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez –artículo 58.1 de la LOE–, por lo que atañe a las resoluciones administrativas de expulsión.

La duración de la vigencia de la prohibición de entrada en el caso de expulsiones judiciales será de 10 años –artículo 89.2 del CP respecto de las sustitutivas de penas privativas de libertad, artículo 108.2 respecto de las sustitutivas de medidas de seguridad– o en su caso el de la cancelación de la pena –específicamente para la sustitutiva de penas, ex artículo 89.2 del CP–.

Conviene aclarar que de igual manera que las prohibiciones de entrada derivadas de resoluciones de expulsión decretadas por otros Estados de la Unión Europea que asuman el Acervo

Schengen serán reconocidas por España, como veremos, a la par las resoluciones de expulsión españolas van a recibir tratamiento eficaz y ejecutivo por esos otros Estados, como lo advierte el artículo 141.2 del RLOE, que señala que “la resolución que acuerde la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez. Dicha prohibición de entrada se hará extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido”.

b) Prohibiciones de entrada originadas por otra causa reconocida por las leyes españolas

La segunda fuente de la existencia de una prohibición de entrada nace de cualesquiera otras causas que puedan definirse en un catálogo definido legalmente. En la actualidad, esta segunda fuente abstracta de previsión legal se ha concretado en la figura de la devolución. Así, la normativa de extranjería española ha contemplado en el nuevo apartado 6 del artículo 58 de la LOE –redacción introducida por artículo 1.31 de la LO 14/2003, de 20 de noviembre– que “la devolución acordada en el párrafo a) del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años”, precepto éste sustancialmente reproducido por el artículo 157.5 del RLOE. Esto es, en los casos de devolución por quebrantamiento de prohibición de entrada derivada de una previa expulsión, el plazo de prohibición inicialmente fijado en la resolución de expulsión se reinicia con “kilometraje a cero” a partir de la fecha de la materialización de la devolución ahora decretada; y por su parte, en los casos de entrada ilegal intentada se contempla de forma novedosa que la decisión de devolución lleva aparejada un plazo variable de prohibición de entrada que no podrá exceder de tres años, a establecer en el acuerdo de devolución.

c) Prohibiciones de entrada establecidas en convenio de los que sea parte España

La tercera fuente de prohibición de entrada es cualquier prohibición de entrada reconocida en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España, y en este ámbito jurídicamente reconocido se encontraría la categoría que inicialmente aludimos de los extranjeros inscritos como no admisibles –artículo 1 del Convenio de Aplicación de Schengen– en el Sistema de Información de Schengen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96.

B) Denegación de entrada y retorno

Analizaremos sucesivamente el concepto de estas figuras, la consecuencia jurídica de detención gubernativa, y las posibilidades de control judicial de la resolución de denegación de entrada y retorno, y de la propia detención cautelar.

a) Concepto

La consecuencia jurídica de la vigencia de la falta de alguno de los requisitos legales de entrada y/o de la concurrencia de una prohibición de entrada en el extranjero que se presenta en un

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

puesto habilitado español de control de entrada en territorio de España que suponga frontera exterior es la denegación de entrada, comúnmente conocida como rechazo en frontera, en terminología que se desprendía del antiguo artículo 11.3 de la LO 7/1985, de 7 de julio. Esta figura se contempla en el artículo 26.2 de la LOE, que dispone que “a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”⁴.

La denegación de entrada es competencia de los servicios policiales a los que se confía el control de fronteras, y tiene como consecuencia jurídica derivada la aplicación de la figura del retorno, como dispone el inciso inicial del artículo 60.1 de la LOE, que señala que “los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible”—que sin embargo no es competencia de dichos servicios policiales, sino de la Autoridad Gubernativa— como lo revela el inicio del inciso segundo del artículo 60.1 de la LOE, al aludir a la autoridad gubernativa que acuerde el retorno —con independencia de que sea delegable por ésta en aquéllos—.

Aunque en la práctica las dos medidas se adoptan en unidad de acto y documento, la delimitación conceptual es clara, por el titular originario de las respectivas competencias, y porque la decisión de retorno se apoya en la existencia de una decisión de denegación de entrada previamente adoptada —así lo delata el artículo 156.2 del RLOE, que dispone que “la resolución de retorno se dictará como consecuencia de la resolución de denegación de entrada dictada por los funcionarios policiales responsables del control de entrada, mediante el procedimiento oportuno”—.

b) La detención como consecuencia del retorno

A partir del momento de adoptarse la resolución de retorno, el extranjero respecto del que se acordó queda detenido *ipso facto* y *ope legis*, a efectos de poder materializar su regreso al Estado de procedencia. Se acuerda *ipso facto* al tiempo de resolverse el retorno, y se materializa al notificarse al extranjero la resolución precitada, estando encaminada a asegurar la materialización del regreso. El lugar donde permanecerá detenido el extranjero respecto del que se acordó será

(4) El precepto toma asiento en el actual artículo 13.1 del CFSch, que dispone que “se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada, tal como se definen en el artículo 5, apartado 1, siempre que no pertenezca a ninguna de las categorías de personas indicadas en el artículo 5, apartado 4. Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración”. Sobre la motivación, el artículo 13.2 del CFSch agrega en el mismo sentido de nuestro derecho interno vigente que “solo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación. La resolución será adoptada por la autoridad habilitada en virtud del Derecho interno y surtirá efecto inmediatamente. La resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de la denegación se entregará mediante un impreso normalizado, como el que figura en el anexo V, parte B, cumplimentado por la autoridad habilitada por el Derecho interno para denegar la entrada. El impreso normalizado se entregará al nacional del tercer país de que se trate, quien acusará recibo de la resolución de denegación de entrada por medio de dicho impreso”.

el que determine la Autoridad Gubernativa o responsable policial que la acordó, usualmente las propias instalaciones del puesto fronterizo –artículo 156.4 del RLOE– o zona internacional de rechazados Durante el tiempo en que el extranjero permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, siempre que no concurra el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 54 de la LOE, y sin perjuicio de la sanción que pueda llegar a imponerse –artículo 156.4 del RLOE. Al encontrarse detenido, el extranjero es titular del bloque de garantías y derechos de todos los detenidos, y en consecuencia debe ser instruido de lo dispuesto en el artículo 520 de la LECrim. Por consiguiente, también ostenta del derecho al hábeas corpus, y a la asistencia letrada, que deviene así obligatoria más allá de los términos del artículo 156.2 del RLOE. La detención del extranjero a efectos de retorno se comunicará a la embajada o consulado de su país, al que se le facilitarán los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España –artículos 60.4 de la LOE, 153.4 y 156.5 del RLOE. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España –artículo 520 de la LECrim, y 153.4 del RLOE–.

La detención a efectos de retorno tendrá un doble plazo máximo de duración: en primer lugar, el tiempo imprescindible a los efectos de poder materializar el retorno acordado al Estado desde el cual haya sido transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que haya viajado el extranjero o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión; y si el mismo no puede materializarse en el plazo de 72 horas, debe instarse el internamiento ante el Juez de Instrucción del lugar de la detención. Antes de que transcurran las 72 horas, en consecuencia, si el retorno no hubiera podido materializarse, por la Autoridad Gubernativa o responsable policial encargado del servicio de fronteras deberá formularse solicitud de internamiento del extranjero detenido al Juez de Instrucción del lugar donde se practicó la detención –artículo 153.2.b) del RLOE–.

c) Control judicial de la legalidad de las decisiones de denegación de entrada y retorno y de la detención. Recursos administrativos y contencioso-administrativo, hábeas corpus e internamiento

Las eventuales posibilidades de control judicial de la legalidad de la medida de retorno se proyectan a través de tres cauces procesales: la impugnación directa de la resolución de retorno, por vía administrativa y contencioso-administrativa, y el control jurisdiccional de la privación de libertad a través del hábeas corpus y de la resolución de internamiento.

En todo caso, y sin perjuicio de que se examinarán estos tres cauces sucesivamente, la certificación policial de la información obtenida en los archivos informáticos acredita, *prima facie*, la existencia de la prohibición expedida por las Autoridades del Estado de la Unión Europea o con el que la Unión Europea tenga concertados convenios al respecto, sin perjuicio de que se

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

podrá obtener la resolución prohibitiva a través de los mecanismos de cooperación policial y/o judicial internacional, que a los efectos que ahora interesan encuentran además amparo en el párrafo tercero del artículo 6 de la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, ya examinado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del CFS en sus apartados 1 –“los Estados miembros se prestarán asistencia y garantizarán una cooperación estrecha y permanente para efectuar de forma eficaz el control fronterizo, de conformidad con los artículos 6 a 15. Se intercambiarán toda la información pertinente”– y 2 –“la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros (en lo sucesivo denominada “la Agencia”), creada por el Reglamento (CE) n.º 2007/2004, coordinará la cooperación operativa entre los Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores”.

El primer cauce procesal se materializaría a través de un control directo de la legalidad de la decisión misma de retorno⁵, y se canalizaría a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Suscita el problema de su ilusoriedad práctica a corto plazo, ya que tal y como se contempla en la normativa vigente, la resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes –inciso primero del artículo 156.6 del RLOE–. Así pues, el interesado podrá interponer recurso de alzada contra la resolución de denegación de entrada ante el Director General de la Policía, en el plazo de 1 mes a contar desde la notificación (artículos 107, 114 y 115 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, redactados según Ley 4/1999), que no será muchas veces factible la impugnación de la resolución administrativa por el extranjero en España lo refleja la propia normativa reglamentaria, que se hace eco de que esto será lo habitual, señalando que si el extranjero no se hallase en España, podrá interponer los recursos que correspondan, tanto administrativos como jurisdiccionales, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, las cuales los remitirán al organismo competente –inciso final del artículo 156.6 del RLOE–. No obstante, la jurisprudencia del TS –STS, Sección Quinta, de 28 de febrero de 2006– ha paliado esta situación con la advertencia de que “el establecimiento del plazo de un mes para recurrir en alzada la denegación de entrada y retorno y para pedir en él la suspensión –artículo 111.2 de la Ley 30/1992–, es contrario a la ejecución del retorno en el plazo más breve posible –como ordena el artículo 60.1 de la LOE–, y obstaculiza el acceso inmediato a los Jueces y Tribunales para solicitar la suspensión judicial de la resolución administrativa, aspecto éste sobre el que nada dice la parte recurrente. 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

(5) Ello constituye además un imperativo establecido por el artículo 13.4 del CFSch, que dispone que “las personas a las que se deniegue la entrada tendrán derecho a recurrir dicha resolución. Los recursos se registrarán por el Derecho interno. Se entregará asimismo al nacional del tercer país una indicación escrita sobre los puntos de contacto en los que puede obtener información sobre representantes competentes para actuar en su nombre de conformidad con el Derecho interno. La incoación del recurso no tendrá efecto suspensivo sobre la resolución de denegación de entrada. Sin perjuicio de una indemnización otorgada de conformidad con el Derecho interno, el nacional del tercer país de que se trate tendrá derecho a que se corrija el sello de entrada cancelado y otras cancelaciones o adiciones que haya practicado el Estado miembro en que se le denegó la entrada si el recurso concluyera que la denegación de entrada fue infundada”.

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” (FJ 5.^o), concluyendo finalmente que “carece de sentido que la Administración responda a esta petición, resolviendo la alzada después del retorno, y que lo haga dejando a salvo los efectos del artículo 111.3 de la Ley 30/1992, es decir, la concesión presunta de la suspensión por el silencio de la Administración durante treinta días desde la solicitud, pues, tal como sucedieron las cosas, ese precepto es de todo punto ineficaz” (FJ 6.^o).

La segunda posibilidad se canaliza a través de la vía indirecta de control de legalidad de la resolución de retorno al cuestionarse la procedencia de la detención gubernativa mediante la solicitud de hábeas corpus. La resolución de retorno determina *ipso facto* y *ope legis* la detención inmediata del extranjero respecto del que se acuerda el retorno. Esta consecuencia jurídica se alude en el apartado 4 del artículo 60 de la LOE –“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 se hace explícita previamente en el inciso final del artículo 60.1 de la LOE –“la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”– pues al contemplarse la posibilidad de internamiento ello presupone ineluctablemente la preexistencia de la detención gubernativa: el internamiento no es sino un acto de privación judicial de libertad que legaliza y prorroga una privación cautelar de libertad gubernativa preexistente, más allá del doble plazo alternativo de su máximo de duración, esto es, el instrumental del tiempo imprescindible para la consecución de su finalidad, en este caso la materialización del retorno, y el absoluto que lo exige en todo caso más allá de las 72 horas de su aplicación inicial. Es cierto que la posibilidad de hábeas corpus fue rechazada por el TC a mediados de los años 90 respecto del retorno, entonces llamado rechazo en frontera, diferenciando claramente –ATC 55/1996, de 22 de marzo– la situación del rechazo, limitativa del derecho fundamental a la libertad de circulación –artículo 19 de la CE– pero no del derecho a la libertad ambulatoria –artículo 17 de la CE–. Sin embargo, a finales de esos mismos años 90, la doctrina del TC comenzó a cambiar de criterio, y aun con ocasión de un supuesto de hábeas corpus por razón de devolución –STC 174/1999, de 27 de septiembre– se afirmó que “la libertad de salida a otros países desde la «zona de rechazados» de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera «situación fáctica» de detención preventiva con respecto al resto del territorio español”, y avanzando aun más en la STC 179/2000, de 26 de junio. Pero la posición jurídica en la que se entiende el ciudadano extranjero a quien se le deniega la entrada y respecto del que se acuerda el retorno en tanto no se materializa la repatriación ha experimentado una decisiva modificación tras la entrada en vigor de la LOE. Efectivamente, la LO 7/1985, de 1 de julio, no había contemplado que esta figura fuese causa legal de detención ni tampoco de internamiento; no obstante, el estatus jurídico del extranjero al que se le deniega la entrada en España, desde el momento mismo en que se adopta la decisión de retorno, en tanto no se materializa o cumplimenta dicha decisión, a partir de la LO 4/2000 ha venido a configurarse como de auténtica detención gubernativa –artículo 60.4 de la LOE. En consecuencia, el acceso al hábeas corpus del extranjero detenido por causa de retorno está avalado por el artículo 17.4 de la CE, so pena de considerar que esta persona no goza de derechos fundamentales. No puede objetarse a ello que el extranjero no esté en territorio español, sino

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

en zona internacional, pues como ya se destacó en el propio ATC precitado, que en su FJ 3.º indicaba textualmente: “de la anterior afirmación no cabe, sin embargo, deducir que la llamada zona internacional del aeropuerto, donde se encontraban los demandantes, no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, tal y como declaran los artículos 1, 3, 42 y 47 de la Ley sobre Navegación Aérea, de 1960, y los artículos 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago en 1944, y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios del servicio de control de fronteras actúan en ejercicio de las potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros, en los términos detallados por el Decreto de 3 de mayo de 1946, en desarrollo de las disposiciones mencionadas, y por la Ley de Extranjería”. Así pues, la posibilidad del acceso al hábeas corpus del extranjero detenido por causa de retorno queda plenamente reconocida en nuestro sistema de extranjería vigente, y el último argumento en contra usado a veces en la práctica, que el extranjero entraría en España, se banaliza absolutamente ante el hecho de que ya se encuentra en España, y ante la evidencia de que el eventual desplazamiento a la sede del Juzgado constituye un mero instrumento que precisamente toma como punto de partida la preexistencia de la resolución administrativa de retorno previamente adoptada, y que debe realizarse en todo caso para resolver una eventual solicitud de internamiento, como ha reconocido la reciente Circular FGE 2/2006.

El tercer cauce procesal se materializaría a través de un control indirecto de la legalidad de la decisión de retorno, y se canalizaría a través de la figura del internamiento judicial. El inciso final del vigente artículo 60.1 de la LOE –modificado y reenumerado por artículo 1.53 de LO 8/2000, de 22 diciembre, siguiendo en este punto la línea trazada por el artículo 56.1 de la LOE 4/2000, en su redacción originaria–, señala que “la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”. Obsérvese, en cuanto al lugar del internamiento, que no se dice que deba de ser en un CIEx, sino en el lugar que el juez determine, lo que se acomoda al dato de la eventual existencia de las denominadas zonas internacionales de rechazados anejas a los controles fronterizos de las fronteras exteriores. El procedimiento de internamiento se inicia con la solicitud de prórroga de la situación de privación de libertad del extranjero detenido como consecuencia de la decisión de retorno, más allá de las 72 horas siguientes a la detención. Será competente para formular la solicitud de internamiento la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado –artículo 156.3 del RLOE. La solicitud debe realizarse conforme a las reglas generales al Juez de Instrucción del lugar donde se llevó a efecto la detención –artículo 153.1 del RLOE–. El juez de instrucción del lugar, previa audiencia del detenido con asistencia preceptiva de letrado y en su caso de intérprete, resolverá sobre la procedencia de acordar el internamiento. Aunque la literalidad del precepto legal (artículo 60.1 de la LOE) parece limitar la decisión al lugar de internamiento, el Juez resuelve evaluando la concurrencia de los presupuestos generales de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, conforme a doctrina constitucional. La resolución debe ser motivada, y por ello se exterioriza en forma de auto. Dicho auto es susceptible de recurso conforme a las reglas generales, al no estar exceptuada expresamente de tal posibilidad como en el caso del hábeas corpus, por lo que resulta claro que es susceptible de recurso de reforma, discutiéndose si cabe apelación o queja, aunque en la práctica forense

predomina el recurso de apelación. Los lugares del internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, y en ellos los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio –artículo 60.2 de la LOE–. A este efecto, el lugar podrá ser un Centro de Internamiento de Extranjeros –artículo 153.2.b) del RLOE– o cualquier otro que el Juez determine –artículo 60.1 *in fine* de la LOE, artículo 156.3 del RLOE–. La duración del internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica del retorno, y la autoridad gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible –artículo 153.3 *in fine* del RLOE–. La duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, y deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica del retorno no pudiera llevarse a cabo –artículo 153.5 del RLOE–. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación del mismo –artículo 60.3 del RLOE–. Durante el internamiento, el extranjero internado únicamente estará privado del derecho a la libertad ambulatoria, y gozará de los derechos no afectados por la medida judicial de internamiento, y, en especial, de aquéllos recogidos en los artículos 62 bis y 62 quáter de la LOE si estuvieran en un Centro de Internamiento de Extranjeros –artículo 153.7 del RLOE–. Durante el tiempo del internamiento la autoridad gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible –artículo 153.3 del RLOE–. Durante el tiempo en que el extranjero permanezca internado en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, siempre que no concurra el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 54 de la LOE, y sin perjuicio de la sanción que pueda llegar a imponerse –artículo 156.4 del RLOE–.

IV. DEVOLUCIÓN POR CONCULCACIÓN DE PROHIBICIÓN DE ENTRADA DERIVADA DE EXPULSIONES ACORDADAS POR ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Concepto de devolución

La devolución es una resolución adoptada por la Autoridad Gubernativa en cuya virtud se acuerda la repatriación del extranjero localizado en territorio nacional por tener vigente una prohibición de regreso a consecuencia de una resolución de expulsión, o bien sorprendido cuando intentaba entrar ilegalmente a España. Así resulta del artículo 58.2 de la LOE –sustancialmente reproducido por el artículo 157.1 del RLOE–, que dispone que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”. Así pues, los supuestos en que procede la devolución son dos: a) localización de un ciudadano extranjero en España constando prohibición de regresar a territorio nacional a consecuencia de una resolución de expulsión precedente –artículo 58.2.a) de la LOE–;

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

y b) localización de un ciudadano extranjero sorprendido flagrantemente en el momento en que pretendía entrar ilegalmente en España –artículo 58.2.b) de la LOE–.

Nos centraremos en la primera modalidad por exigencia de los límites de este estudio, esto es, la modalidad de devolución por conculcación de prohibición de regresar a España derivada de una previa resolución de expulsión.

Analizaremos en primer lugar los presupuestos materiales de aplicación. Dado que la devolución del extranjero localizado en España procede por haber conculcado una prohibición de entrada derivada de una previa resolución de expulsión materializada, sus requisitos o presupuestos materiales son dos:

1.º.– *Preexistencia de una resolución de expulsión.*– La resolución de expulsión conlleva tres efectos: cese de autorizaciones de permanecer en España –artículo 57.4 de la LOE–, orden o mandato de salida –artículo 64.1 de la LOE–, y prohibición de regreso en un plazo de duración variable (de 3 a 10 años) si la expulsión es gubernativa –artículo 58.1 de la LOE–, y de duración fija (10 años) si es judicial –artículo 89.1 del CP–. Así se entiende la razón de esta modalidad de devolución, pues *no hay que expulsar a quien está ya expulsado*, bastando la materialización de la expulsión a través de una resolución dictada en un procedimiento sumario que denominamos devolución.

A los efectos de la devolución, se discute si es exclusivamente aplicable a los casos de expulsión gubernativa previa, o si puede aplicarse también a los casos de expulsiones judiciales. La doctrina mayoritaria –aunque la solución no es pacífica en la práctica– sostiene su aplicación en los casos de resoluciones de expulsión judicial preexistente. En contra, y que deba cumplirse la pena sustituida, que ésta es la solución contemplada en el artículo 88 para los casos de conculcación de la pena sustituida; a favor de la devolución, que a la anterior solución se opone la supresión de la previsión de esta regla a consecuencia del tenor literal de la redacción vigente del artículo 89, tras la reforma de la LO 11/2003, y que tal supresión obliga a aplicar la solución general del artículo 58.2.a) de la LOE. No parece que deba hablarse de quebrantamiento de condena, pues por tal se entiende la conculcación de la pena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia –artículo 468 del CP– y la expulsión no aparece como una pena, sino como una forma sustitutiva de la ejecución de una pena privativa de libertad.

Ahora bien, a la expulsión acordada por Autoridad española se asimilarán los casos en los que la prohibición se haya impuesto por Autoridad extranjera de un Estado con el que España tenga suscrito convenios al respecto, ya que el párrafo segundo del artículo 157.1.a) del RLOE dispone que “a estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido”.

La justificación de la preexistencia de resolución de expulsión se acreditará a través de los registros y archivos informáticos correspondientes gestionados por el Cuerpo Nacional de Policía. Vale lo dicho anteriormente respecto de la figura del retorno: la certificación policial de la infor-

mación obtenida en los archivos informáticos acredita, *prima facie*, la existencia de la prohibición expedida por las Autoridades del Estado de la Unión Europea o con el que la Unión Europea tenga concertados convenios al respecto, sin perjuicio de que se podrá obtener la resolución prohibitiva a través de los mecanismos de cooperación policial y/o judicial internacional, que a los efectos que ahora interesan encuentran además amparo en el párrafo tercero del artículo 6 de la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, ya examinado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del CFS, en sus apartados 1 y 2.

Ahora bien, no basta que conste una prohibición de entrada conculcada por el extranjero localizado en España, sin la existencia de una resolución de expulsión; en este caso asistiríamos a una estancia irregular sancionable como falta grave –artículo 53.a) de la LOE– con la medida de expulsión, por lo que no procederá la devolución, pues no debemos olvidar que conforme a los principios generales nacionales e internacionales examinados, la eficacia de la resolución del Estado miembro autor debe ajustarse a la normativa estatal del Estado miembro de ejecución, y conforme a la normativa estatal española la devolución en la modalidad examinada exige no solamente la existencia de una prohibición de entrada, sino que ésta derive de una resolución de expulsión.

2.º.– *Materialización previa de la resolución de expulsión.*– Junto a la preexistencia de la resolución de expulsión, se hace necesario que conste la materialización de la resolución de expulsión antecedente, pues si el extranjero no hubiera cumplido la orden de salida de España y de los Estados en los que rige el Convenio de aplicación del Acuerdo de *Schengen*, no procederá la devolución, sino en su caso la detención y eventual internamiento conforme a los apartados 1 y 3 del artículo 64 de la LOE, según se trate de resoluciones de expulsión acordadas por la Autoridad Gubernativa Española, o de Autoridades de Estados con los que España tenga suscritos convenios al respecto. Y si la resolución de expulsión no materializada hubiera sido adoptada por la Autoridad Judicial española, procederá en su caso actuarse en los términos de la disposición adicional 17.ª de la LO 19/2003.

3.º.– *Inexistencia de presupuestos personales de exclusión de la devolución.*– Son personas excluidas de la devolución, o respecto de las que debe suspenderse la devolución decretada:

a) Los solicitantes 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 –párrafo primero del artículo 58.3 de la LOE y 157.6.b) del RLOE–.

b) Las mujeres embarazadas si la medida puede suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre –párrafo segundo del artículo 58.3 de la LOE y 157.6.a) del RLOE–.

c) Los menores de edad no acompañados, caso éste en que se deberá proceder conforme al artículo 35 de la LOE.

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

Es autoridad competente para acordar la devolución el Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales –artículo 58.4 de la LOE, en relación con 55.2 de la LOE y 157.1 del RLOE–.

El procedimiento es sumario, pero debe observar requisitos, garantías y trámites –artículo 157.3 del RLOE–. Ante todo, debe recordarse que será competente para su tramitación el Cuerpo Nacional de Policía, en la medida en que a éste se le atribuye el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros y las funciones previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración –artículo 12.1.A.b) y c) de la LFCS–. En consecuencia, aunque no exista un precepto similar al contemplado para los casos de intento de entrada ilegal en España –artículo 157.2 del RLOE–, debe entenderse aplicable y extensible su solución, y quien detenga al extranjero deberá entregarlo al Cuerpo Nacional de Policía.

Los requisitos son los siguientes:

1.º.– *Información documentada al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes.* Ello se refuerza por el hecho de que como veremos al tratar de la detención por esta causa, el presupuesto material de devolución que examinamos determina *ipso facto* la detención del extranjero –artículo 153.1 y 2.c) del RLOE– y que en consecuencia éste se encuentra detenido, gozando de todos los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, especialmente el artículo 520.2 de la LECrim, inclusive hábeas corpus y asistencia letrada preceptiva. Consecuentemente cabrá, como igualmente examinaremos, la posibilidad de solicitar la medida judicial de internamiento en CIEx a fin de prorrogar la privación de libertad más allá de las 72 horas –artículos 58 y 153.1 y .2.c) del RLOE–.

2.º.– *Eventual información documentada al interesado de su derecho a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento.*

3.º.– *La resolución debe ser motivada, expresando las causas en que se fundamenta, y notificada al interesado.*

La devolución produce los efectos siguientes: a) Repatriación al Estado de procedencia, del que sea nacional o bien que acepte su admisión. b) Reinicio del cómputo del plazo prohibitivo de entrada en los casos de detección del extranjero en España constante prohibición de regreso –artículos 58.6 de la LOE y párrafo primero del artículo 157.5 del RLOE.

B) Detención como consecuencia de la devolución

Localizado el ciudadano extranjero en territorio nacional, y una vez acreditada su identidad y comprobada la vigencia de la prohibición de entrada en España, se procederá a la detención inmediata.

Durante el período de detención deberán justificarse los extremos siguientes: a) Acreditarse la identidad del extranjero, en su caso por huellas, si careciere de documentación. b) La preexistencia de la resolución de expulsión, sea dictada por la Autoridad española –judicial o gubernativa–, o sea dictada por Autoridad de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido, siendo conveniente no solamente la comprobación informática, sino además la obtención de copia de la resolución de expulsión. c) Verificación del hecho de que la expulsión se materializó en su día, pues caso contrario no procederá la devolución, sino la ejecución de la expulsión, con eventuales solicitudes de internamiento, no por el cauce del artículo 58 de la LOE, sino de los artículos 64.1 –si la expulsión fue acordada por la Autoridad Gubernativa española–, del artículo 64.3 de la LOE –si la expulsión fue decretada por Autoridad de Estado correspondiente al territorio de Schengen–, o instar la aplicación de la disposición adicional 17.^a de la LO 19/2003, con ingreso en Centro Penitenciario, si la expulsión no materializada hubiera sido adoptada por Autoridad Judicial española. d) Será necesario verificar además si existen causas penales activas y en tramitación, pues en este caso deberá solicitarse autorización a la Autoridad Judicial competente para materializar la devolución, en los mismos términos contemplados para la expulsión –artículo 57.7 de la LOE–, en aplicación analógica por el principio *ubi est idem ratio, ibi eadem dispositio*. En principio no quedan excluidas de la detención las mujeres embarazadas ni tampoco el extranjero detenido si solicita asilo –artículo 58.6 de la LOE y 157.6 del RLOE–, pues unos y otros están excluidos de la materialización de la devolución, pero no de la detención cautelar ni de la tramitación del procedimiento. En cambio, sí están excluidos los menores en los casos de intento de entrada ilegal en España –la otra alternativa es inviable, pues un menor no pudo ser expulsado–, respecto de los que deberá procederse en los términos del artículo 35 de la LOE. La detención de un extranjero a efectos de devolución será comunicada al consulado competente, al que se le facilitarán los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España –artículo 153.4 del RLOE–. Durante el período de detención, el extranjero goza de todos los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, especialmente el artículo 520.2 de la LECrim.; así pues, entre otros, derecho de comunicación de la detención a la persona que desee, a la asistencia letrada, derecho a intérprete, en su caso, y derecho al hábeas corpus.

La duración de la detención cautelar será la imprescindible para resolver la devolución y proceder a su materialización, y en todo caso no podrá exceder de 72 horas. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de Juez de Instrucción del lugar de la detención la medida de internamiento en un Centro de Internamiento de Extranjeros –artículo 58.5 de la LOE y 157.4 del RLOE, en relación con 153.1 y 2.c) del RLOE.

C) Control judicial de la legalidad de la decisión de devolución. Recursos administrativos y contencioso-administrativo, hábeas corpus e internamiento

El primer cauce procesal se materializaría a través de un control directo de la legalidad de la decisión misma de devolución, y se canalizaría a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Nuevamente se suscita el problema de su ilusoriedad práctica a corto plazo, ya que

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

tal y como se contempla en la normativa vigente, la resolución de devolución no agota la vía administrativa y será recurrible con arreglo a lo dispuesto en las leyes –DA 10.º del RLOE–, que dispone que “... las resoluciones sobre (...) devolución... no agotan la vía administrativa. En uno y otro caso, los actos y resoluciones administrativas adoptados serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, y su régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general en la legislación vigente...” Así pues, el interesado podrá interponer recurso de alzada contra la resolución de denegación de entrada, en el plazo de 1 mes a contar desde la presente notificación (artículos 107, 114 y 115 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, redactados según Ley 4/1999),

La segunda posibilidad se canaliza a través de una vía indirecta de control de legalidad de la resolución de devolución al cuestionarse la procedencia de la detención gubernativa mediante la solicitud de hábeas corpus. La resolución de devolución determina –si no estuviera ya acordada– *ipso facto* la detención inmediata del extranjero respecto del que se acuerda la devolución. Esta consecuencia jurídica no es explícita en el artículo 58 de la LOE, pero resulta implícita en el apartado 5 del artículo 58 de la LOE –“cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”– pues al contemplarse la posibilidad de internamiento ello presupone ineluctablemente la preexistencia de la detención gubernativa: el internamiento no es sino un acto de privación judicial de libertad que legaliza y proroga una privación cautelar de libertad gubernativa preexistente, más allá del doble plazo alternativo de su máximo de duración, esto es, el instrumental del tiempo imprescindible para la consecución de su finalidad, en este caso la materialización del retorno, y el absoluto que lo exige en todo caso más allá de las 72 horas de su aplicación inicial. En todo caso, la existencia de detención se hace manifiesta en el artículo 153.4 del RLOE –“la detención de un extranjero a efectos de expulsión, devolución o retorno será comunicada al consulado competente...”–. La posibilidad de hábeas corpus es así un imperativo constitucional *ex* artículo 17.4 de la CE, so pena de entender que los extranjeros carecen del derecho fundamental a la libertad, y se ha analizado en las SSTC 12/1994, de 17 de enero, 174/1999, de 27 de septiembre, y 179/2000, de 26 de junio.

El tercer cauce de control judicial es indirecto, a través de la resolución judicial de internamiento. La decisión de internamiento no puede ser acordada de oficio por la autoridad judicial competente, ni tampoco puede ser instada por el Ministerio Fiscal, sino que únicamente podrá ser instada –artículo 153.1 del RLOE–: 1.º.– Por el instructor del procedimiento. 2.º.– Por el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido. 3.º.– Por la autoridad gubernativa que por sí misma o por sus agentes hubiera acordado dicha detención. La solicitud debe realizarse conforme a las reglas generales al Juez de Instrucción del lugar donde se llevó a efecto la detención –artículo 153.1 del RLOE, en relación con los principios generales fijados en el artículo 496 de la LECrim–. La solicitud de internamiento debe venir precedida de acuerdo de devolución, pues el internamiento no puede ser acordado por el Juez si no existe dicho acuerdo –artículo 153.2.c) del RLOE–. El lugar del internamiento solicitado debe ser necesariamente un Centro de Internamiento de Extranjeros, pues la medida de internamiento es la prevista para los expedientes de expulsión –artículo 58.5 de la LOE–, y no para los de retorno. Dicho CIEx no deberá tener carácter penitenciario. El procedimiento se ajusta a los pasos siguientes: 1.º.– Presentación ante el Juez de Instrucción del lugar de la detención de la solicitud

de internamiento suscrita por la instancia competente, a la que se debe adjuntar el acuerdo de devolución notificado al extranjero, juntamente con la persona del detenido. 2.º.- Audiencia judicial del detenido asistido de letrado y eventualmente de intérprete. 3.º.- Resolución judicial motivada en forma de auto, que al no estar declarada exceptuada de recurso será susceptible de los recursos conforme al régimen general, esto es, reforma y en la práctica apelación, si bien doctrinalmente se defiende el recurso de queja. La decisión de internamiento presupone un examen del Juez de los presupuestos de su propia competencia, la legitimación formal de la instancia que solicitó la medida de internamiento para formularla, la preexistencia de la propia resolución de devolución, y tras oír al extranjero detenido, valorar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad o imprescindibilidad de la medida en orden a los fines que la justifican. Caso de acordarse, el internamiento implica una prolongación de la situación de privación de libertad más allá de las 72 horas siguientes a su detención; el internamiento necesariamente será en un Centro de Internamiento de extranjeros, y tendrá un límite temporal máximo de 40 días, pero discrecionalmente el Juez puede reducirlo. El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, y la autoridad gubernativa deberá comunicar a aquél cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado –artículo 153.6 del RLOE-. El internamiento de un extranjero será comunicado al consulado competente, al que se le facilitarán los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España –artículo 153.4 del RLOE-.

El ingreso del extranjero en un centro de internamiento de carácter no penitenciario no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la devolución, y la autoridad gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible –artículo 153.3 del RLOE-. Su duración máxima será la establecida en el auto judicial. Aunque el RLOE no lo cite, la Autoridad gubernativa o los responsables policiales deberán obtener en este plazo las autorizaciones para materializar la devolución de las Autoridades Judiciales respecto de las cuales eventualmente consten causas penales activas pendientes respecto del extranjero internado –artículo 57.7 de la LOE-, tramitación que justificará además de la anterior la pervivencia del internamiento, siempre dentro del límite máximo fijado por el Juez, que no podrá ser superior a 40 días. Aunque la duración máxima del internamiento no podrá exceder de 40 días, deberá solicitarse de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la devolución no podrá llevarse a cabo –artículo 157.5 del RLOE-.

Los extranjeros ingresados en CIEx por causa de devolución conservan durante el internamiento todos sus derechos no afectados por la medida judicial de internamiento y, en especial, de aquéllos recogidos en los artículos 62 bis y 62 quáter de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, estarán a obligados a cumplir y respetar los deberes y obligaciones derivados de la condición de internamiento, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y sus normas de desarrollo –artículo 153.7 del RLOE-.

V. EJECUCIÓN DE EXPULSIÓN ACORDADA POR AUTORIDAD DE ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Ya hemos examinado como, en virtud del acervo Schengen y de otros actos de desarrollo, se ha venido a imponer que las resoluciones de expulsión dictadas por las Autoridades de Estados miembros de la Unión Europea deben tener eficacia en España. Ello encuentra su manifestación en nuestra normativa estatal interna en la ejecución de expulsiones acordadas por Estados miembros de la Unión Europea, regulada en el artículo 64.3 de la LOE, redacción introducida por artículo 1.34 de la LO 14/2003 que dispone que “cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley”. La norma aparece claramente inspirada en la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países

Los presupuestos materiales que justifican la modalidad de detención cautelar contemplada en el artículo 64.3 de la LOE son básicamente tres: en primer lugar, que el extranjero se encuentre en España; en segundo lugar, la preexistencia de una resolución de expulsión dictada por Autoridad de Estado de la Unión Europea; y en tercer lugar, aunque no se indique explícitamente, que dicha expulsión no se haya materializado.

1.º.- Localización del extranjero en España.- Ello implica que el extranjero debe encontrarse en territorio español. Si el extranjero pretendiera entrar en España por puesto habilitado, pero aún no hubiera entrado, asistiremos a una decisión de denegación de entrada complementada por una resolución de retorno –artículo 60 de la LOE en relación con 26 del mismo texto legal–.

2.º.- Preexistencia de resolución de expulsión dictada por Autoridad de Estado miembro de la Unión Europea. No basta con que exista una prohibición de entrada si no consta una resolución de expulsión, y debe haber sido acordada por Autoridad de Estado miembro de la Unión Europea. Quedan así excluidas las situaciones de prohibiciones de entradas en territorio de la Unión Europea si no consta la existencia de una resolución de expulsión –no siendo suficientes las prohibiciones de entrada, lo que constituiría presupuesto material de una estancia irregular que justificaría la tramitación de un procedimiento de expulsión por estancia ilegal–, o cuando de acreditarse la existencia de una resolución de expulsión, aquélla no hubiera sido resuelta por un Estado no miembro de la Unión Europea.

La detención gubernativa así debe ir encaminada a acreditar en primer lugar la existencia de la resolución de expulsión. Ello constará normalmente mediante certificación de los archivos informáticos correspondientes conectados al SISch o SIRENE, pero en ocasiones no bastará, puesto que la certificación se limita a registrar la preexistencia de una prohibición de entrada en España; la detención deberá mantenerse en estos casos comprobándose a través de los cauces policiales de comunicación internacional si la prohibición deriva de una resolución de

expulsión, procediéndose en ese caso a requerir copia de la resolución a los efectos de justificar el cauce procedimental a seguir, en los términos antes examinados.

Ahora bien, una vez constatado que la resolución de expulsión ha sido dictada por Autoridad de Estado miembro de la Unión Europea, es indiferente que dicha Autoridad sea judicial o gubernativa, a diferencia de los supuestos de resoluciones dictadas por Autoridad Judicial española, caso éste en que el internamiento en CIEx queda excluido a favor del ingreso en Centro Penitenciario –DA 17.^a de la LO 19/2003–.

3.^o. *Que la resolución de expulsión no se haya materializado*. Debe constar que la resolución de expulsión no se ha materializado, pues de lo contrario deberá tramitarse el procedimiento de devolución, e instarse el internamiento por este motivo –artículos 58.2.a) y 157.2.a) del RLOE–.

Aparentemente la decisión de detención aparece reservada al Instructor del expediente –véase encabezamiento del artículo 61 de la LOE–, pero lo cierto es que obviamente la propia Autoridad Gubernativa y cualquier agente de aquélla –artículo 61.d) de la LOE– es competente para practicar la detención del extranjero, siempre que aprecie indicios racionales de concurrir los presupuestos legales de las causas de expulsión que la prevén. En la práctica será muy relevante la medida de identificación –artículo 20 de la LOPSC– por los agentes de los Cuerpos de Policía y Fuerzas de Seguridad como presupuesto previo para procederse a la detención. Esta práctica de identificación con conducción a dependencias policiales es especialmente recomendable en los supuestos de actuación de agentes no encuadrados en las Brigadas o Grupos de Extranjería respecto de extranjeros que no portan sus documentos de identificación, a lo que están obligados conforme al artículo 11 de la LOPSC, y cuya inobservancia es sancionable conforme al artículo 26.j) de la LOPSC, y solamente una vez se constata la irregularidad de la estancia por consulta con dichas Brigadas y Grupos se procederá a la detención cautelar.

La duración de la detención administrativa cautelar será por el tiempo imprescindible y en todo caso por un plazo no superior a 72 horas, encaminándose a la conducción al puesto de salida por el que deba materializarse la expulsión decretada –artículo 17.2 de la CE, 61.d) de la LOE, 64.1 de la LOE, 141.7 del RLOE–, y subsidiariamente, de no poder materializarse la expulsión, deberá formularse la petición de internamiento al Juez de Instrucción competente, el del lugar de la detención. Transcurrido este doble plazo instrumental, el extranjero deberá ser puesto en libertad, o pasar a disposición judicial a efectos de que por ésta se adopte si procede el internamiento.

Sobre el lugar de la detención, no existe previsión legal ni reglamentaria, y en su defecto, será el que se disponga por la Autoridad o responsable de la detención.

La detención del extranjero determina todo el bloque de derechos de detenido a favor del extranjero afectado establecidos en el artículo 520 de la LECrim, de los que debe ser instruido. Tiene derecho al hábeas corpus.

La detención del extranjero se comunicará a la embajada o consulado de su país, al que se notificarán los datos sobre la personalidad del extranjero y al Ministerio de Asuntos Exteriores y

Extranjeros inscritos en el SISch como no admisibles

II

de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España; si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España. –artículo 62.4 de la LOE, 153.4 del RLOE–.

Valen las consideraciones expuestas en cuanto al internamiento por causa de devolución.

No cabe sin embargo en España recurso administrativo ni contencioso administrativo que posibilite el control judicial del acto de la expulsión, ya que ésta ha sido dictada por una Autoridad que no es estatal española.

VI. EXPULSIÓN ACORDADA POR LOCALIZACIÓN EN ESPAÑA DE EXTRANJERO INSCRITO COMO NO ADMISIBLE EN EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE SCHENGEN

Como se ha expuesto, al no constar existencia de resolución de expulsión, ni cabrá devolución, ni ejecución de expulsión, sino que asistiremos a un caso de estancia irregular, que determinará la tramitación del correspondiente procedimiento de expulsión.

SERENA BALDIN

Profesora Doctora de Derecho Público Comparado
en la Facultad de Ciencias Políticas
de la Universidad de Trieste
(jrui@ujaen.es)

III

La regulación de la inmigración en Italia: intereses encontrados entre Estado y Regiones*

RESUMEN

LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA: INTERESES ENCONTRADOS ENTRE ESTADO Y REGIONES

En Italia, tras la reforma constitucional del Título V, dedicado a la organización territorial del Estado, y que tuvo lugar en 2001, se han venido sucediendo en cascada reformas estatutarias que llaman la atención por la regulación que han hecho de ciertos derechos de los extranjeros, bien sea para mejorar su bienestar que para otorgarles determinadas vías de participación en la vida pública y política de cada Región. La constitucionalidad de dichos mecanismos de participación en la vida social y especialmente en lo que afecta a los derechos laborales, ha sido en estos últimos años puesta en cuestión por el Estado a través de los pertinentes recursos de inconstitucionalidad que en Italia sólo existen bajo la forma de conflictos de competencias. La jurisprudencia constitucional ha aprovechado, en la mayor parte de los casos, los títulos competenciales “transversales” del Estado para llevar a cabo una tarea de depuración de las disposiciones estatutarias, mientras que en otros casos ha condicionado fuertemente en un sentido restrictivo el marco normativo estatutario que establece garantías a estos inmigrantes-trabajadores extranjeros para reducir su potencialidad. La autora, a la vista de la concurrencia de títulos competenciales que se dan en la materia de inmigración, propone como solución que conduciría todos estos “desencuentros” a fórmulas negociadas, una reforma del Senado que permita a las Regiones incorporar su voluntad en orden a disponer de un marco normativo coordinado y respetuoso con la autonomía.

ABSTRACT

THE REGULATION OF THE IMMIGRATION IN ITALY: FACING INTERESTS BETWEEN STATE AND REGIONS

In Italy, after the constitutional reformation of the Title V, dedicated to the territorial organization of the State, that took place in 2001, have come happening in cascade statutory

(*) Traducción de JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén.

Serena Baldin

III

reforms that surprise for the regulation done of certain rights of the foreigners, so to improve their welfare as to grant them certain ways of participation in the public and political life of each Region. The constitutionality of this participation mechanisms in the social life and especially in what affects to the labor rights, have been in these last years questioned by the State through the pertinent unconstitutionality resources that in Italy only exist under the form of conflicts of competences. The constitutional jurisprudence has taken advantage, in most of the cases, the competencial “transversal” titles of the State to carry out a task of purification of the statutory dispositions, while in other cases it has conditioned in a restrictive sense the normative statutory scope that establishes guarantees to these foreign immigrant-workers to reduce its potentiality. The author, seeing the concurrence of competencial titles that are given in the immigration matter, proposes as a solution that would drive all these “disagreements” into negotiated formulas, a reformation of the Senate that allows to the Regions to incorporate their will in order to dispose of a normative frame coordinated and respectful with the autonomy.

SUMARIO

I. Consideraciones introductorias.

II. La atención a las nuevas minorías en los Estatutos Regionales.

III. Las denominadas competencias transversales.

IV. La regulación de la inmigración y las formas de coordinación entre Estado y Regiones.

V. La jurisprudencia constitucional en materia de inmigración.

VI. Conclusiones.

La regulación de la inmigración en Italia

III

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Tras la reforma aprobada en 2001 del Título V, parte II, de la Constitución italiana, se hace claramente más fácil especificar qué materias entran en el “núcleo duro” de ámbitos esenciales para el ordenamiento, cuya regulación no se comparte con las Regiones, dado que las competencias exclusivas estatales se enumeran ahora de forma explícita en el artículo 117.2 de la Const. Y, entre éstas, la reserva de exclusividad figura sobre la inmigración¹, ex artículo 117.2, letra b) de la Const. [además de sobre el derecho de asilo y la condición jurídica de los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, ex artículo 117.2, letra a), de la Const.]. Opción previsible, dado que esta materia se interrelaciona con distintas problemáticas, a empezar por las que afectan a la seguridad pública. En segundo lugar, la creciente importancia social que vienen asumiendo los inmigrantes impone repensar la noción clásica de ciudadanía, estatus que lleva aparejado toda una serie de derechos de otro modo negados, según una lógica de exclusión, a los extracomunitarios; y entre otras cuestiones, la primera de ellas es la del reconocimiento del derecho al voto², de un evidente interés estatal. Aún más, el actual debate sobre el fenómeno de la inmigración, pasa por cuestiones como el derecho de asilo y por la regulación del reagrupamiento familiar, sin dejar de lado su concordancia con las políticas comunitarias³. El objeto del presente estudio se incorpora a este amplio marco, intentando proporcionar una imagen del actual panorama de las actuales relaciones centro-periferia en materia de inmigración.

Un primer balance de la reforma constitucional lleva a considerar que ésta no ha facilitado mucho más la actividad legislativa regional a causa de la acción centralizadora del gobierno y de una jurisprudencia favorable al Estado⁴ y, al tiempo, por una cierta inercia de los mismos entes territoriales, que no siempre han aprovechado los espacios abiertos por la reforma⁵. Paradójicamente, el caso de la inmigración parece que desmiente tal afirmación, a la vista que la condición de los ciudadanos extracomunitarios asume en algunos Estatutos recientemente reformados y en las leyes sobre la integración social de los inmigrados. En consecuencia es

(1) Para una primera aproximación, cfr. REVENGA SÁNCHEZ, M. (a cura di): *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna. Il Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, Milano-Valencia, 2005.

(2) Entre otros muchos, v. MELICA, L.: *Lo straniero extracomunitario: valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996; NASCIBENE, B. (editor): *La condizione giuridica dello straniero: diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997; GROSSO, E.: *La titolarità del diritto di voto: partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2001; CORSI, C.: *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001.

(3) La Unión Europea adoptó dos directivas que inciden en materia de inmigración: la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 relativa al derecho de reagrupación familiar, en DOCE de 3 de octubre de 2003, L 251/12; y la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatus de los ciudadanos de terceros países con estancias de largo período, en DOCE de 23 de enero de 2004, L 16/44.

(4) En este sentido, v. GROPPI, T.: “Corte costituzionale e Regioni: riflessioni a margine della conferenza stampa del 20 gennaio 2005 del Presidente della Corte costituzionale”, en www.federalismi.it; RUGGERI, A. y SALAZAR, C.: “«Ombre e nebbia» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V”, en RUGGERI, A.: “*Itinerari*” di una ricerca sul sistema delle fonti, *Studi dell'anno 2003*, vol. VII, parte 2, Torino, 2005, p. 152.

(5) Cfr. ANZON, A.: “Il difficile avvio della giurisprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione”, en www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/avvio/#sdfootnote4sym; PALLANTE, F.: “Gli statuti delle regioni ordinarie alla fine della legislatura: niente (di nuovo) sotto il sole”, en *Dir. Pubbl.*, 2005, p. 643.

posible suponer que el esquema casi no retocado y definido en la Constitución sea realmente más complejo, siendo difícilmente justificable una reducción de las competencias regionales tras una reforma que ha pretendido reforzar justamente su poder legislativo. La reserva estatal sobre esta materia no debería ser *per se* preclusiva de ulteriores desarrollos normativos de las entidades territoriales dirigidos a los extranjeros con permiso regular de estancia: hipótesis además reforzada por la previsión del artículo 118.3 de la CI que, respecto a las funciones administrativas, reenvía a la ley la regulación de las formas de coordinación entre Estado y Regiones en materia de inmigración (además del orden público y seguridad).

A la vista de lo expuesto, los resultados de nuestro análisis deberían permitir valorar si, tras la reforma, la tendencia apuntada ha quedado igual o no. Con tal fin, nuestra indagación tiene como punto de partida la exposición de la normativa estatutaria regional que tenga como destinatarios a los inmigrados. Así, se verá qué problemáticas ha planteado el nuevo reparto de competencias y, seguidamente, se tratará de especificar los intereses estatales y regionales que subyacen en materia de inmigración y las formas de coordinación interinstitucionales previstas, ofreciendo finalmente la visión de la jurisprudencia más reciente. Del análisis se podrá también aclarar si el modelo de regionalismo rediseñado en 2001 sigue respondiendo al de la separación-garantía en esta materia de inmigración, o bien si existen bases sólidas para definir un modelo de participación-cooperación entre los distintos niveles de gobierno, como el artículo 118.3 de la CI parece dejar entender⁶.

II. LA ATENCIÓN A LAS NUEVAS MINORÍAS EN LOS ESTATUTOS REGIONALES

En la reforma de los Estatutos tras las leyes constitucionales 1/1999 y 2/2001⁷, las regiones ven estas normas como una carta constitucional: de modo que, ahora algunos estatutos han incorporado enunciados que recrean, por decir así, la “lirica institucional”, pero asimismo enuncian

(6) Sobre los modelos de separación-garantía y participación cooperación, ambos presentes en el regionalismo italiano, véase RUGGERI, A.: “Il regionalismo italiano, dal «modello» costituzionale alle proposte della Bicamerale: innovazione o «razionalizzazione» di vecchie esperienze?”, en *Le Regioni*, 1998, pp. 279 y ss. V. también ROLLA, G.: “Incertezze relative al modello di regionalismo introdotto dalla legge costituzionale n.º 3 del 20 01”, en PIERGIGLI, V. (editor): *Federalismo e devolution*, Milano, 2005, pp. 16 y ss.; GORLANI, M.: *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, pp. 571 y ss. Crítica sobre los efectos de la reforma, que habría acentuado la configuración de tipo dual en vez de los caracteres de un regionalismo de tipo cooperativo se muestra ANZON, A.: “Un passo indietro verso il federalismo «duale»”, in AA.VV.: *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, pp. 225 y ss.; Íd.: *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, pp. 209 y ss.

(7) La ley Constitucional 1/1999 introdujo la elección popular directa de los Presidentes de las Juntas Regionales ordinarias y amplió la autonomía estatutaria en relación a la forma de gobierno; la ley Constitucional 2/2001 establecía a su vez disposiciones respecto a la elección directa de los Presidentes de las Regiones de estatuto especial y de las Provincias autónomas de Trento y de Bolzano. Cfr. CUOCOLO, F.: “La nuova potestà statutaria regionale”, en *Quad. cost.*, 2003, pp. 295 y ss.; T. GROPPi e altri: “I nuovi statuti delle regioni”, en CERULLI IRELLI, V. y PINELLI, C. (editores): *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Bologna, 2004, pp. 95 y ss.; GAMBINO, S. y LOPRIENO, D.: “Statuti e forma di governo delle regioni. L’esperienza italiana e la prospettiva comparata”, en DOMINICI, D.; FALZEA, G. y MOSCHELLA G. (editores): *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Milano, 2004, pp. 137 y ss.

La regulación de la inmigración en Italia

III

principios y/o derechos que trascienden la esfera competencial disponible para la entidad regional⁸. Entre las disposiciones que hacen referencia a los inmigrantes o a las minorías étnicas o, genéricamente, a los pueblos, no faltan ejemplos de “lirismo”. Así, se pueden leer proclamações en las que las Regiones reconocen “en la paz, en la solidaridad y la acogida, en el desarrollo humano y en la protección de las diferencias, incluidas las de género, igualmente derechos fundamentales de los pueblos y de la persona, con particular atención a los sujetos más débiles, a los inmigrantes y las distintas discapacidades”⁹; o bien asumen como valores fundantes “la educación en la paz y en la no violencia; la cultura de la acogida, de la cohesión social y de la igual dignidad de género; la integración y la cooperación entre los pueblos”¹⁰.

Diversos son los enunciados que enumeran entre las finalidades regionales la consecución de la integración de los extranjeros¹¹, en algún caso especificando las formas mediante las cuales alcanzar tal objetivo, o sea reconociéndoles el disfrute de derechos¹², o el respeto de la cultura de origen¹³. Especialmente pródigo a este respecto aparece el Estatuto campano (de la Campania), que impone como tarea a la región la de asegurar “las condiciones del derecho al trabajo de todos los ciudadanos italianos o provenientes de otras partes de Europa o del mundo residentes en el territorio” (artículo 7.2) e instituye el asesoramiento de los inmigrantes para favorecer su integración en la comunidad [artículo 17.1, letra c)].

Otras disposiciones se ocupan de garantizar a todos, o a los residentes (por tanto sin los límites vinculados al estatus de ciudadano), la participación en la vida pública regional, extendiendo el dictado del Texto único de disposiciones relativas a la regulación de la inmigración y de la condición de extranjero (decreto legislativo n.º 286 de 25 julio de 1998 y sus sucesivas reformas), donde se afirma que “el extranjero regularmente residente participa en la vida pública local” (artículo 2.4 del Texto único). La participación política entendida como momento de discusión en las sedes oportunas es un instrumento insustituible para dar a conocer y tutelar las instancias de los extranjeros residentes en el territorio; en este sentido no faltan ejemplos de inserción de los inmigrantes incluso en consultas a través de referéndum, así como referencias a una posible extensión del derecho de voto a estas personas. En el artículo 72.1, del Estatuto de la Toscana se establece que “la ley promueve... la participación de los ciudadanos, de los residentes y de los sujetos sociales organizados, de diversas maneras: como iniciativa autónoma hacia la Administración, como libertad de aportación de propuestas a las iniciativas regionales, como

(8) Entre otros muchos, véanse PALLANTE, F., op. cit., pp. 619 y ss.; MORRONE, A.: “Statuti regionali, chimere federali”, en *il Mulino*, 2005, p. 232.

(9) Así el artículo 3 del Estatuto de la Región de Puglia.

(10) Así el Preámbulo del Estatuto de la Región del Piamonte.

(11) Artículo 8.2, Estat. Umbria; artículo 8, Estat. Veneto.

(12) Artículo 2, n.º 3, Estat. Liguria; artículo 2.1, letra f), Estat. Emilia-Romagna; artículo 9.1, letra m), Estat. Campania; artículo 2.2, letra h), Estat. Calabria; artículo 11.1, Estat. Piamonte; artículo 11.1, Estat. Piamonte.

(13) Artículo 7.c).2, letra c) Estat. Lazio; artículo 4.1, letra t), Estat. Toscana. Pero algún enunciado es todavía más genérico, dirigido a remover “los obstáculos económicos, sociales, culturales determinantes de las diferencias étnicas”: artículo 5.2, Estat. Campania.

intervención en las fases formales de consulta, como contribución al seguimiento de los efectos de las políticas regionales”. La región Emilia-Romagna, “en el ámbito de las facultades que la son constitucionalmente reconocidas, reconoce y garantiza a todos aquellos que residen en un municipio del territorio regional los derechos de participación contemplados en el presente Título, incluido el derecho de voto en los referéndums y en las otras formas de consultas populares” (artículo 15. 1 del Estatuto)¹⁴. La Región del Veneto, “en el respeto de la competencia del Estado para regular en materia de ciudadanía y de derechos políticos, promueve la participación en los procesos institucionales de los ciudadanos extranjeros residentes en su territorio” (artículo 8 Estatuto). La Región de Liguria, en el título estatutario dedicado a la iniciativa popular y los referéndums, sanciona el reconocimiento y la promoción de la “participación de los ciudadanos, de los residentes y de los sujetos sociales organizados” (artículo 6.1). Esta misma región, en el título dedicado a las peticiones y a las instancias, reconoce *in capo* a los ciudadanos y a los residentes la facultad de dirigir peticiones y una disposición análoga se puede leer en el estatuto de la Región de Las Marcas (Marche)¹⁵. A todos se concede la posibilidad de dirigir peticiones a los órganos regionales de las regiones del Veneto y de Calabria¹⁶.

Las disposiciones contenidas en los estatutos de Emilia-Romagna y Toscana, en las que estas regiones se comprometen a asegurar [artículo 2.1, letra f), Estat. Emilia-Romagna] o a promover (artículo 3.6 Estat. Toscana) la extensión del derecho de voto a los inmigrantes allí residentes, merecen particular atención. Las disposiciones mencionadas se han de poner en relación con un nuevo ámbito competencial reconocido a las regiones, cual es la regulación del sistema electoral del propio ente regional. Aun así, el Gobierno ha impugnado por presunta inconstitucionalidad estas normas estatutarias, además de la disposición del Estatuto de la Emilia-Romagna en la que se reconoce a todos los residentes el derecho de voto en referéndum o en las otras formas de consultas populares¹⁷.

En particular, en la Sentencia de la Corte Costituzionale 372/2004 se afirma que la disposición del estatuto toscano según la cual “la Región promueve, dentro del respeto a los principios constitucionales, la extensión del derecho de voto a los inmigrantes”, estaría en contraposición con el principio constitucional que reserva a los ciudadanos el derecho de sufragio activo (artículo 48 de la Const.), además de resultar contraria a los artículos 138, 117.2, letra. f) y p), artículo 121.2, de la Const.¹⁸. En la Sentencia de la Corte Constitucional 379/2004, los parámetros invocados

(14) Véase CARLI, M.: “Lo Statuto dell’Emilia-Romagna. Principi e partecipazione”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2005, pp. 25 y ss.

(15) Respectivamente, artículo 12.1 y artículo 41.1.

(16) Respectivamente, artículo 13.1 y artículo 10.

(17) Por otro lado, una disposición análoga sobre la participación en referéndum consultivo en el Estatuto de la Toscana no ha sido impugnado. En general, la doctrina ha apuntado a una “cierta casualidad” en los recursos gubernamentales contra los estatutos regionales. Disposiciones idénticas, contenidas en diversos Estatutos, en algunos casos han sido impugnadas, mientras que en otros casos superan felizmente el filtro gubernamental. Así, GROPPI, T.: “La «Consulta» dell’Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2005, p. 81.

(18) La norma estatutaria sería contraria con el artículo 138 Const. por cuanto el poder de reforma constitucional se reserva al Parlamento Nacional. Además violaría el artículo 117.2, letras f) y p) de la Const., en virtud del cual corresponde al Estado

La regulación de la inmigración en Italia

III

por la defensa del Estado por cuanto lesionados por la disposición estatutaria conforme a la cual la Región Emilia-Romagna asegura, “en el ámbito de las facultades que le son constitucionalmente reconocidas, el derecho de voto de los inmigrantes residentes”, son parcialmente disconformes. Mientras que aquí no se menciona la violación del artículo 138 de la Const. y quedando clara la contravención de los artículos 48, 117.2, letra f) y p), y artículo 121.2, Const., aquí la Abogacía del Estado invoca además la lesión de los artículos 1 y 122.1, Const. El primer artículo por cuanto, identificando en el pueblo el sujeto que depositario de la soberanía, estaría haciendo una referencia implícita a la ciudadanía; el segundo en el supuesto que, en el sistema de elección de los órganos representativos regionales, esté comprendida también la definición del respectivo cuerpo electoral. La Región Toscana pone en cuestión la fundamentación de los argumentos de inconstitucionalidad relativos al artículo 3.6, Estat., afirmando que la norma no violaría la reserva constitucional del derecho de sufragio activo, puesto que la citada norma prevé sólo la promoción de la extensión del derecho de voto a los inmigrantes “en el respeto de los principios constitucionales”, y por consiguiente estaría más vinculada a deliberaciones y a elecciones no necesariamente ligadas a órganos representativos. De otra parte, el propio legislador estatal ha reconocido el derecho del extranjero, residente regularmente en Italia por al menos seis años y titular del permiso de estancia renovable, de “participar en la vida pública local, ejercitando también el derecho de voto en los casos previstos por el ordenamiento y siempre en conformidad con lo previsto en el Capítulo C) de la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, firmada en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992” (artículo 9.4, letra d, del Texto Unificado)¹⁹. En cuanto a la posición adoptada por la región Emilia-Romagna, las cuestiones sobre la dudosa constitucionalidad carecerían de fundamento por cuanto no se ha tenido en cuenta la limitación general impuesta por la región mediante la expresión “en el ámbito de las facultades que le son constitucionalmente reconocidas”²⁰.

Los razonamientos de la Corte son idénticos en las dos sentencias. El órgano colegiado sostiene que a las disposiciones impugnadas, aunque incluidas en un acto-fuente, “no puede serles reconocida alguna eficacia jurídica, colocándose éstas básicamente en el plano de las convicciones pertenecientes a las distintas sensibilidades políticas presentes en la comunidad regional en el momento de la aprobación del estatuto... Por otra parte, tales proclamaciones de objetivos y de

la competencia legislativa en materia electoral relativa a órganos estatales y de las entidades locales, además del artículo 121.2 de la Const., que limitaría el poder de iniciativa legislativa del Consejo Regional.

(19) Sentencia 372/2004, punto 2.3 de los Considerandos de hecho. La Convención de Estrasburgo, ratificado y adoptado con la ley estatal de 8 marzo de 1994, n.º 203 (Ratificación y ejecución de la Convención sobre participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, firmada en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992, limitadamente en los Capítulos A) y B), prevé de hecho el compromiso de los Estados adherentes a “conceder el derecho de voto y de legibilidad en las elecciones locales a todo residente extranjero, a condición de que éstos satisfagan las mismas condiciones prescritas para los ciudadanos y que además hayan residido legalmente y habitualmente en el Estado en cuestión en los cinco años precedentes a las elecciones” (artículo 6, capítulo C)]. Con todo, el Estado italiano no ha ratificado el Capítulo C) de la Convención, que prevé el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales (v. MELICA, L.: op. cit., pp. 35 y ss.; GROSSO, E.: op. cit., pp. 118 y ss.; BONETTI, P.: “Ammissione all’elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie dell’integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative”, en www.federalismi.it).

(20) Además, las normas estatales no se aplican a ningún órgano estatal, ni se refieren a procedimientos electorales de las entidades locales, y por tanto no violan el artículo 117 de la Const., y la contravención del artículo 122.1 de la Const. aparece inexistente. Sentencia Constitucional 379/2004, punto 11 de los Considerandos de hecho.

tareas no pueden ciertamente ser asimiladas a las denominadas normas programáticas de la Constitución, a las cuales, por su valor de principio, le son reconocidas no sólo un valor programático respecto a la futura disciplina legislativa, sino sobre todo una función de integración y de interpretación de las normas vigentes. Aquí sin embargo no estamos en presencia de Cartas constitucionales, sino sólo de Fuentes regionales “de competencia reservada y especializada”, es decir de estatutos de autonomía, los cuales, si bien constitucionalmente garantizados, deben en cualquier caso “estar en armonía con los preceptos y principios todos extraíbles de la Constitución” (Sentencia n.º 196 de 2003). Si por tanto se da acogida a las consideraciones sobre el carácter no prescriptivo y no vinculante de los enunciados estatutarios de este tipo, se seguiría de aquí que lo estipulado en los estatutos cumpliría una función, por así decir, de naturaleza cultural o incluso política, pero ciertamente no normativa²¹. Así pues, con estos pronunciamientos muy criticados por la doctrina²², la Corte ha rechazado los recursos, haciendo recaer en la categoría de enunciados de mero valor cultural las disposiciones impugnadas, de manera que éstos no suponen ni violación ni reivindicación de competencias constitucionalmente atribuidas al Estado, al igual que tampoco son una base legal para el ejercicio de poderes regionales.

Por lo que se refiere a la disposición estatutaria impugnada por haber extendido el derecho de voto a los referéndums y a otras formas de consultas populares a todos los residentes en los municipios de Emilia-Romagna (artículo 15.1, Estat.), la Región ha apuntado que sería ya posible un parcial desarrollo legislativo, teniendo en cuenta que la región dispone de la facultad de regular la figura del referéndum consultivo sobre decisiones regionales y, respecto a estos referéndums, serían viables modalidades de sufragio que distingan entre el voto de los ciudadanos del voto de otros tipos de población consultados. La abogacía de la región subraya además que el Estatuto no está de este modo concediendo la cualidad de electorado a los inmigrantes, sino que más bien permite a éstos tomar parte en procedimientos en los que tal cualidad de ciudadanía no es constitucionalmente necesaria²³. La Corte rebate la argumentación gubernamental partiendo de la consideración de que la norma se refiere a un ámbito de indiscutida competencia regional, o dicho de otro modo, se trata de los derechos de participación: no subyace una pretensión “de intervenir en la materia de elecciones estatales, regionales y locales, reconociendo el derecho de voto a sujetos extraños a los definidos por la legislación estatal, o incluyendo sujetos de este tipo en procedimientos que incidan en la composición de asambleas representativas o en actos emanados por éstas. Al mismo tiempo, por contra, quedaría dentro de la esfera de decisión actuable de las regiones la opción de hacer partícipes en otras formas de consultas o de participación a sujetos que en cualquier modo tomen parte conscientemente y con al menos un cierta permanencia en la vida de la comunidad, incluso dejando aparte la titularidad del derecho de voto o incluso el requisito de la ciudadanía italiana”²⁴.

(21) Punto 2 de los Fundamentos Jurídicos de las Sentencias 372 y 379 de 2004.

(22) Para esta cuestión se reenvía a las aportaciones de S. BARTOLE, R. BIN, M. CAMMELLI, P. CARETTI, G. FALCON, G. PASTORI, F. PIZZETTI, A. RUGGERI, en *Le Regioni*, 2005, pp. 11 y ss.; y de A. ANZON, F. CUOCOLO, A. MANGIA, E. RINALDI, en *Giur. cost.*, 2004, pp. 4057 y ss.

(23) Sent. 379/2004, punto 11 de los Fundamentos de hecho.

(24) Sent. 379/2004, punto 4 de los Fundamentos Jurídicos.

La regulación de la inmigración en Italia

III

Por lo demás, los perfiles jurídicos que afectan a los extranjeros se extienden mucho más allá de la participación política, a empezar por la normativa sobre formas de tutela y de integración de los extracomunitarios en el tejido social. Y es aquí también donde el activismo regional ha tenido repercusiones que inciden en el plano de las relaciones centro-periferia.

III. LAS DENOMINADAS COMPETENCIAS TRANSVERSALES

En cuanto a los aspectos más problemáticos relativos al reparto de materias del renovado Título V, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional 282/2002 ha quedado mínimamente aclarado que el listado de atribuciones de exclusividad estatal del artículo 117.2 de la Const. comprende materias de las conocidas como transversales o no-materias, en las que se entrelazan competencias diversas, que también pueden ser regionales, pero en las que corresponde al Estado las decisiones que respondan a exigencias que requieran una regulación uniforme en todo el territorio nacional²⁵. A este concepto de materia no serían en todo caso reconducibles objetos definidos y predeterminados, antes bien un cúmulo de poderes o intereses indistinguibles caso por caso, al objeto de legitimar la injerencia estatal en esferas competenciales regionales mediante una interpretación extensiva del articulado constitucional, que se apoyaría en la necesidad de actuaciones unitarias no fraccionables²⁶.

De modo algo especulativo si se quiere, se debe subrayar la capacidad innovadora de los entes autonómicos, con la consiguiente expansión de esferas normativas no predecibles *a priori*, no sólo en virtud de la cláusula residual del número cuatro del artículo 117 de la Const., que asegura a las Regiones las materias no expresamente reservadas al Estado²⁷, sino también mediante una interpretación favorable a éstas en ámbitos que, sobre el papel, son de atribución estatal²⁸.

(25) Cfr. D'ATENA, A.: "Materie legislative e tipologia delle competenze", en *Quad. cost.*, 2003, pp. 22 y ss.; FALCÓN, G.: "Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione", en *Le Regioni*, 2001, pp. 1252 y ss.; DE SIERVO, U.: "Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni", en *Le Regioni*, 2004, pp. 1253 y ss.; CERULLI IRELLI, V. Y PINELLI, C.: "Normazione e amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri", en CERULLI IRELLI, V. Y PINELLI, C. (editores): op. cit., pp. 27 y ss.; CARAVITA, B.: *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 71; G. SCACCIA: "Le competenze legislative sussidiarie e trasversali", en *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 461 y ss.; para un primer análisis de la jurisprudencia sobre el tema de materias transversales, v. ARCONZO, G.: "Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione", en N. ZANON, CONCARO A., (editores): *L'incerto federalismo*, Giuffrè, 2005, pp. 181 y ss.

(26) Sentencias 282/2002 y 407/2002. Cfr. DE SIERVO, U.: op. cit., p. 1256; P. CAVALERI, "La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'articolo 117 della Costituzione", en www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/articolo_117/#_ftn7.

(27) Cfr. TORCHIA, L.: "La potestà legislativa residuale delle Regioni", en *Le Regioni*, 2002, pp. 348 y ss.; NIRO, R.: "Note minime sulla potestà legislativa «residuale» delle regioni ad autonomia ordinaria", en *Giur. cost.*, 2003, pp. 1855 y ss.

(28) V. Sentencia 228/2004 y, en particular, la Sentencia 431/2005, en la que la Corte reconoce que las Regiones tienen competencia legislativa en el ámbito de la regulación del servicio civil nacional. Cfr. ROSSI, E.: "Il servizio civile tra Stato e Regioni: un difficile equilibrio da provare a prendere sul serio nella logica della leale collaborazione", en www.forumcostituzionale.it.

Parece así quedar definitivamente configurado un principio bidireccional de intersección de potestades legislativas que no encuentra fundamento expreso en el artículo 117 de la Const., debiendo por el contrario basarse en una reconstrucción sistemática del marco de las fuentes y de la interacción de poderes. Materias transversales hasta ahora expresamente identificadas por la Corte costituzionale son por ejemplo la protección del medio ambiente y el ecosistema; los niveles esenciales de prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional; la tutela de la competencia o el ordenamiento penal²⁹. Pero la lógica subyacente parece que se podría aplicar también, sin ánimo de ser exhaustivos, al ordenamiento civil, a los bienes culturales e incluso a la inmigración³⁰.

Respecto a los criterios a adoptar para identificar los ámbitos de cada materia, la Corte costituzionale ha hecho un uso frecuente tanto del criterio histórico sistemático como del teleológico³¹, no obstante algunas reservas expresadas por parte de la doctrina, conforme a las cuales esa identificación debería proceder en primer lugar de la utilización del criterio objetivo, haciendo ver (al legislador nacional) que “las cláusulas generales de atribución de la potestad legislativa exclusiva estatal son específicas y no pueden ser... ampliadas más allá de sus y extensos límites, manipulando el significado de las palabras... o atrayendo al concepto” otros objetos³². Para especificar el ente al cual reconducir el conjunto de intereses que subyacen, especialmente, en las materias concurrentes, es indicativo igualmente el ejercicio del poder legislativo de asignación de las funciones administrativas³³. Apoyándose en la “actitud ascendente” del principio de subsidiariedad, la Corte costituzionale ha afirmado más o menos recientemente que, si el legislador estatal se encuentra habilitado para absorber las competencias administrativas,

(29) Respectivamente: Sentencia 407/2002; Sentencias 88 y 370 del 2003; Sentencias 14 y 370 del 2003; Sentencia 185/2004.

(30) Sobre el ordenamiento civil, cfr. CALZOLAIO, S.: “La materia «ordinamento civile»: una ulteriore competenza trasversale dello Stato?”, en *www.forumcostituzionale.it.*; sobre bienes culturales, v. FERRI, D.: “¿Italia como Estado (Regional) de Cultura? El ejercicio de las competencias en materia cultural tras la reforma del Título V de la parte II de la Constitución”, en *Patrimonio cultural y Derecho*, 10, 2006; sobre los efectos “transversales” de la materia de inmigración, v. BONETTI, P.: “Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo artículo 117 della Costituzione”, en *Le Regioni*, 2002, p. 484 y p. 493; RUGGERI, A. y SALAZAR, C.: op. cit., p. 148; R. BIN: “I criteri di individuazione delle materie”, en *www.forumcostituzionale.it*. In generale, cfr. N. ZANON: “L’assetto delle competenze legislative di Stato e Regioni dopo la revisione del Titolo V della Costituzione”, en A. LANG, C. SANNA (editores): *Federalismo e regionalismo. Esperienze italiana, svizzera e dell’Unione europea a confronto*, Milano, 2005, pp. 96 y ss.

(31) Véase BIN, R.: “I criteri...”, cit.

(32) Así TORCHIA, L.: op. cit., p. 354. Respecto a la materia de inmigración, se viene poniendo el acento en la cautela en lo relativo a la aplicación del criterio histórico-normativo, que debería tener una aplicación limitada, por la tendencia a fotografiar relaciones ahora ya cambiadas y que, además de poder variar todavía, podrían entrar en conflicto con los intereses actuales de Estado y Regiones, así como respecto a los criterios teleológico e instrumental: cfr. BONETTI, P.: “Ordine pubblico...”, cit., pp. 486 y ss.; v. también LUCIANI, M.: “L’autonomia legislativa”, en *Le Regioni*, 2004, p. 370. Sobre la negación del criterio de la “petrificación” –según el cual las materias tendrían que interpretarse a la luz de la legislación vigente en el momento de la aprobación del enunciado constitucional– como se afirma en la Sentencia Constitucional 106/1976, véase también CARAVITA, B.: op. cit., pp. 89 y ss.

(33) El sexto apartado del artículo 117 de la Const. establece que “la potestad reglamentaria corresponde al Estado en materias de legislación exclusiva, sin perjuicio de su delegación a las regiones. La potestad reglamentaria corresponde a las Regiones en el resto de materias”.

La regulación de la inmigración en Italia

III

entonces está consecuentemente habilitado para dictar la normativa legislativa³⁴. Reforzando un fenómeno tanto centrípeto como centrífugo de atracción normativa³⁵, la subsidiariedad se presta a funcionar como criterio para ordenar las relaciones entre leyes estatales y regionales. En algunas ocasiones, mediante la argumentación histórico-sistemática y así por lo que se refiere a la delegación de funciones administrativas en el sistema anteriormente vigente, la Corte ha revelado un interés regional en materias exclusivas estatales: este razonamiento podría entonces aplicarse también a la inmigración³⁶, a causa de la intervención de los entes periféricos expresamente previsto en el artículo 118.3 de la Const.

Sobre los problemas derivados de la denominada concurrencia de competencias, en las que en el mismo acto o en el mismo artículo se encuentran disposiciones reconducibles a distintas materias, que por lo tanto podrían generar interferencias entre competencias estatales y regionales, la Corte ha tenido ocasión de recordar cuáles son los principios aplicables para desintronar tales interconexiones. Dado que la Constitución no prevé expresamente ningún criterio, es “necesaria la adopción de distintos principios: el de leal cooperación, que por su elasticidad permite dirigirlo a las peculiaridades de cada situación en particular, pero también el principio de prevalencia... cuando aparezca evidente la pertenencia del núcleo esencial de un conjunto normativo a una materia más que a otras”³⁷. Aplicando el canon de prevalencia se seleccionan los intereses en juego y se identifica una competencia principal respecto a las otras: de modo subordinado, se podrá imponer a los legisladores coordinar las respectivas atribuciones con prácticas de leal cooperación³⁸. El recurso a este segundo criterio no sólo permite obtener un impulso de integración entre actividades del centro y la periferia, sino que impone al Estado proveer de instrumentos adecuados de implicación de los entes territoriales, con salvaguardia de sus atribuciones³⁹. Ya que el reparto de competencias no se encuentra fijado *a priori*, de una

(34) Sentencias 303/2003 y 6/2004. Cfr. RUGGERI, A.: “Il parallelismo «redivivo» e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia. Nota a Corte cost. n.º 303 del 2003”, en *www.forumcostituzionale.it*; MORRONE, A.: “La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?”, en *www.forumcostituzionale.it*; PESARESI, E.: “Nel regionalismo a tendenza duale, il difficile equilibrio tra unità ed autonomia”, en *Giur. cost.*, 2004, pp. 153 y ss.; LUCIANI, M.: op. cit., pp. 367 y ss.

(35) Abierto a una visión centrífuga CHESSA, O.: “Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto”, en *Le Regioni*, 2004, p. 943.

(36) En este sentido, BIN, R.: “I criteri...”, cit.

(37) Sentencia 50/2005, punto 5 de los Fundamentos Jurídicos.

(38) Cfr. BIN, R.: “I criteri...”, cit.

(39) Expresamente mencionado a partir de la Sentencia 187/85 para justificar el acuerdo centro-periferia respecto a actividades promocionales en el extranjero (sobre el particular v. PALERMO, F.: *Il potere estero delle Regioni. Ricostruzione in chiave comparata di un potere interno alla costituzione italiana*, Padova, 1999; Íd.: “Titolo V e potere estero delle Regioni. I vestiti nuovi dell'imperatore”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2002, pp. 714 y ss.), ahora convertido en derecho positivo en el artículo 120.2 de la Const., como límite, junto al principio de subsidiariedad, frente a los poderes sustitutivos del Gobierno respecto a las colectividades territoriales (y por ello al principio de la doctrina había hecho una lectura restrictiva respecto al ámbito de actuación de dicho criterio, circunscribiéndolo al artículo 120.2 de la Const.: cfr. ANZON, A.: *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002, p. 208). V. altresì R. BIN: “Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri”, en *Riv. dir. cost.*, 2001, pp. 3 y ss.; A. GRATTERI: “La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione”, en BETTINELLI, E. y RIGANO F. (editores): *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza*

vez por todas, sino que es provisional, la reciprocidad de interferencia –considerada constitucional en tanto en cuanto basada sobre un interés prevalente reconducible ya sea al Estado ya sea a las regiones– produce inevitables fricciones. Y justamente la búsqueda de un equilibrio aunque sea precario entre unidad y descentralización ha conducido (más que por la falta de sedes de concertación, por la falta de una voluntad política de cooperación) a un considerable aumento del índice de conflictualidad entre los distintos legisladores, que repercute sobre los jueces⁴⁰, por cuanto Estado y regiones no tienen “ningún interés en conocer de quién *era* en su momento la competencia, más bien beneficiando a ambos (y a las futuras prácticas de normación) identificar de quién *sea* en el momento presente⁴¹.”

IV. LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN Y LAS FORMAS DE COORDINACIÓN ENTRE ESTADO Y REGIONES

Ya desde los años noventa del siglo apenas dejado atrás, las regiones regulan ámbitos que afectan a la materia de inmigración. En un principio, la actuación legislativa se hacía recaer en el espacio de la asistencia social, o bien se apoyaba en el presupuesto de una adaptación de la normativa a fuentes internacionales o comunitarias de protección de los derechos fundamentales⁴² o, incluso, gozaba de la cobertura de ámbitos como la formación profesional, la edificación de vivienda, la sanidad y los servicios sociales, o el turismo⁴³. Seguidamente, títulos competenciales específicos fueron introducidos en el Texto Único de disposiciones relativas a la materia de inmigración y de las normas sobre la condición de extranjero. Así pues, la tesis de que la previsión *ex* artículo 117.2, letra b) de la Const., no debería impedir posteriores actuaciones legislativas regionales sobre esta materia, sería ya extraíble de la normativa estatal precedente a la reforma todavía en vigor.

En el Texto Único sobre la inmigración se prefigura un marco de derechos y deberes reconocidos a los ciudadanos extracomunitarios regularizados residentes en Italia: estas normas afectan, entre otros, a los perfiles de tratamiento de trabajadores no perteneciente a la UE; al acceso a la educación, al alojamiento, a los servicios sanitarios y socio-asistenciales; a la reagrupación familiar. Además, se prevén medidas administrativas y facilidades financieras para promover la integración a partir del asociacionismo de los inmigrantes. Dentro de este marco normativo

costituzionale, Torino, 2004, pp. 416 y ss. BARTOLE S.: (“Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali”, en *Giur. cost.*, 2003, pp. 259 y ss.) subraya cómo la Corte ha justificado a menudo intervenciones estatales incluso incisivos en las competencias regionales, aun cuando tales intervenciones se hicieran acompañar de la previsión de mecanismos de cooperación como compensación a la pérdida de autonomía decisional.

(40) Cfr. CARETTI, P.: *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, p. 100.

(41) Así A. RUGGERI, “Riforma del Titolo V ed esperienze di normazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali, tra continuo e discontinuo”, en www.federalismi.it.

(42) Cfr. C. CORSI, “Immigrazione e ruolo degli enti territoriali”, en *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, pp. 37 y ss.

(43) Así A. RUGGERI, C. SALAZAR: *op. cit.*, p. 171, nt. 37.

La regulación de la inmigración en Italia

III

y “en el ámbito de las atribuciones respectivas y dotaciones presupuestarias, las regiones, las provincias, los municipios y otros entes locales” están llamados a actuar para “remover los obstáculos que de hecho impidan el pleno reconocimiento de los derechos y los intereses reconocidos a los extranjeros en el territorio del Estado, con particular atención a aquéllos inherentes al alojamiento, a la lengua, a la integración social” (artículo 3,5 del Texto Único). Las actuaciones regionales en aplicación del Texto Único deberían considerarse un umbral mínimo obligatorio, más allá del cual cada ente sería libre de adoptar ulteriores medidas de apoyo y promoción de la integración de los ciudadanos extracomunitarios, por cuanto que recaen sobre materias de titularidad concurrente o residual de las Regiones⁴⁴.

Las disposiciones del Texto único constituyen los principios fundamentales a los que se deben atener las regiones en la regulación de sus respectivos ámbitos competenciales, mientras que, por lo que se refiere a las autonomías especiales y a las Provincias autónomas de Trento y de Bolzano, tales disposiciones tienen el valor de normas fundamentales de reforma económico-social de la República (artículo 1.4 del Texto Único)⁴⁵. Esta afirmación, incluso en el marco renovado de 2001, sigue siendo válida para las materias concurrentes, donde la co-participación entre Estado y Regiones se lleva a cabo confiando al centro la fijación de los principios fundamentales y dejando a la periferia la regulación puntual de dichas materias, o bien dejando al primero regular el modo de ejercicio y a las segundas de incidir sobre el objeto de la competencia⁴⁶. Es por otra parte legítimo interrogarse si las disposiciones sobre la inmigración sirvan de principios guía también por lo que se refiere a la regulación de objetos de exclusiva competencia regional, como son la asistencia social, la formación profesional, o las políticas ocupacionales⁴⁷. En líneas generales, la respuesta debería ser negativa, la de extender la actividad del ente descentralizado hasta llegar a alcanzar el grado de principios fundamentales. Con todo, la transversalidad de las materias exclusivas estatales erosiona la autonomía política regional, puesto que el poder central puede incidir en las esferas requeridas sobre la regulación de los entes periféricos que se superponen a la inmigración y, al contrario, también las leyes regionales pueden producir

(44) En estos términos, v. C. CORSI: op. cit., p. 43.

(45) Aunque por parte de la doctrina la referencia al límite de las grandes reformas dirigido a las Regiones de Estatuto especial se debería considerar desaparecido tras la reforma, junto al límite del interés nacional y a los límites que derivan de los principios generales del ordenamiento jurídico. El texto constitucional actual dispone que “La potestad legislativa se ejercita por el Estado y las Regiones con respeto a la Constitución, además de los vínculos derivados del ordenamiento comunitario y las obligaciones internacionales” (artículo 117.1 de la Const.). Sobre este punto, CARETTI, P.: “L’assetto dei rapporti tra competenze legislative statali e regionali, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici”, en *Le Regioni*, 2001, p. 1228; v. también DIMORA, F.: “Profili della riforma del titolo V, parte II della Costituzione”, en AA.VV, *La riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione: spunti problematici e ricostruttivi della prima attuazione*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trieste, n.º 6, Trieste, 2002, pp. 11 y ss. En *contra*, a favor de la permanencia de los límites anteriores, v. ROLLA, G.: “Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n.º 3 del 2001”, en *Le Regioni*, 2002, pp. 334 y ss.

(46) Véase DATENA, A.: op. cit., p. 19.

(47) Un esquema aproximado de materias atribuidas a la potestad legislativa residual es el propuesto por TORCHIA, L.: “La potestà...”, cit., p. 353.

efectos que indirectamente afecten a este sector normativo⁴⁸. Reflejos transversales parecen ser reconocidos por la Corte costituzionale desde el momento en que subraya que “la intervención pública no se limita al debido control de la entrada y estancia de los extranjeros en territorio nacional, sino que afecta necesariamente otros ámbitos, desde la asistencia a la educación, desde la salud a la vivienda, materias que se interrelacionan *ex Costituzione*, competencias del Estado con otras regionales, de forma exclusiva o concurrente”⁴⁹. De ahí la necesidad de una interpretación restrictiva, que de otro modo podría justificar una indebida extensión de poderes estatales⁵⁰.

En relación a la atribución de funciones administrativas entre los distintos niveles de gobierno, ésta se debe adaptar a los principios de subsidiariedad, diversidad y adecuación (artículo 118.1 de la Const.). Con expresa referencia a la inmigración y al orden público y la seguridad, se exige a la ley estatal la regulación de formas de coordinación vertical entre Estado y regiones, que pueden consistir en la previsión de procedimientos de negociación en los que los entes afectados participen en plano de igualdad o también consistentes en la institucionalización de órganos *ad hoc*⁵¹. El instrumento idóneo para la consecución de la cooperación inter-institucional es el acuerdo, mediante el cual dichos entes, en sede de la Conferencia Estado-Regiones, coordinan el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de hacer efectivos los objetivos de funcionalidad, economía y eficacia de la acción administrativa⁵².

La coordinación de las políticas migratorias se lleva a cabo a partir del documento programático que cada tres años redacta la Presidencia del Gobierno (*ex* artículo 3.1 del Texto Único), una vez escuchada la Conferencia permanente de relaciones entre Estado, Regiones y las Provincias autónomas de Trento y de Bolzano y la Conferencia Estado-ciudades y autonomías locales, en cumplimiento de una función consultiva obligatoria⁵³. El documento especifica “los criterios generales para la fijación de flujos de entrada en territorio estatal, enumera las actuaciones públicas dirigidas a favorecer las relaciones familiares, la inclusión social y la integración cultural de los extranjeros residentes en Italia, con respeto a la diversidad y a las identidades culturales de las personas, siempre que no resulten contrarias al ordenamiento jurídico, y prevé todo instrumento posible para una positiva repatriación en los países de origen” (artículo 3.3 del Texto

(48) Cfr. BONETTI, P.: *L'allocatione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell'ordine pubblico, della sicurezza e dell'immigrazione nel nuovo articolo 118 della Costituzione*, cit., p. 1122.

(49) Sentencia 300/2005, punto 5 de los Fundamentos Jurídicos.

(50) Cfr. BONETTI, P.: “Ordine pubblico...”, cit., pp. 485 y 523; RUGGERI, A. y SALAZAR, C.: op. cit., pp. 155 y ss.

(51) *Amplius*, P. BONETTI: *L'allocatione delle funzioni amministrative*, cit., pp. 1145 y ss.; Íd.: “I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie”, en B. NASCIBENE (editor): *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 154 y ss.

(52) BONETTI, P.: “Le leggi regionali su materie concernenti la sicurezza devono rispettare la potestà legislativa statale circa le forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e di sicurezza”, en *Le Regioni*, 2004, pp. 1168 y ss.

(53) La Conferencia Estado-Regiones no es un órgano electivo ni políticamente responsable, sino una institución que opera en el ámbito de la comunidad nacional como instrumento para la actuación de la cooperación entre Estado y Regiones (v. Sent. Constitucional 116/1994). Desde el punto de vista formal, la atribución de la redacción del documento programático corresponde al Presidente del Gobierno, pero en la práctica la titularidad efectiva se hace recaer al Ministro del Interior, que comparece anualmente en el Parlamento para exponer las medidas adoptadas; v. P. BONETTI, “I principi...”, cit., p. 156.

La regulación de la inmigración en Italia

III

Único). De un lado, se definen las cuotas de ingreso respecto a trabajadores extracomunitarios, de otro, se ocupa de la integración de los extranjeros regularizados residentes o presentes en Italia. El segundo mecanismo afecta no sólo la administración central, sino también a los entes territoriales: respecto a las medidas sociales y económicas que favorezcan la integración de nuevas minorías, los distintos niveles de gobierno actúan conjuntamente, con actos de rango infra-primario, a fin de respetar las competencias legislativas regionales⁵⁴.

En el Documento programático relativo a la política de inmigración y a los extranjeros en territorio del Estado para el bienio 2004/2006⁵⁵, la política de integración persigue objetivos múltiples, entre los cuales el de difundir las iniciativas adoptadas en acuerdos ya estipulados con algunas Regiones dirigidos a la alfabetización y a la enseñanza de la lengua y la cultura italianas; ofrecer soluciones de vivienda a los inmigrantes regulares con permiso de residencia; considerar los Consejos territoriales para la inmigración, creados a nivel provincial, la sede de colaboración entre los diversos niveles institucionales. Estos órganos se componen de representantes del Estado, Regiones, Provincias y entidades locales (artículo 3.6, Texto Único), actuando como canal de contacto, además de entre centro y periferia, también entre éstos y las asociaciones activas para la asistencia a los inmigrantes, con objeto de análisis de las exigencias de las nuevas minorías y de promoción de actuaciones a llevar a cabo a nivel local. Los Consejos actúan en coordinación con las Consultas regionales, que se hayan constituido de conformidad con el artículo 42.6 del Texto Único. Otra forma de acuerdo interinstitucional reside en el Comité para la Coordinación y Seguimiento, creado por la Presidencia del Gobierno y compuesto también por un presidente de Región o Provincia autónoma (artículo 2 bis Texto Único)⁵⁶.

V. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Intentamos ahora verificar hasta qué punto la materia de inmigración puede considerarse un título de intervención transversal del Estado, que le permita legislar en ámbitos reservados a las entidades territoriales, y cuáles pueden ser las cuestiones más problemáticas en orden a la coordinación interinstitucional. Si bien en la actualidad ya es copiosa la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de expulsiones y las garantías de tutela jurisdiccional implicadas –y, entre las innumerables resoluciones, resaltan las Sentencias 222 e 223 de 2004 y la Sentencia 466/2005⁵⁷–, para nuestros propósitos resultan más interesantes otros pronunciamientos. Ha-

(54) Cfr. BONETTI, P.: "I principi...", cit., p. 155.

(55) El Documento programático se puede consultar en el sitio: www.governo.it/governoinforma/dossier/immigrazione_politiche/doc_politica_immigrazione.pdf.

(56) Igualmente es Presidencia del Gobierno la que instituyó la *Consulta* para los problemas de los extranjeros inmigrantes y sus familias [artículo 42.4, letra b) del Texto Único].

(57) Los pronunciamientos 222 y 223 de 2004, declarando inconstitucionales algunas disposiciones de la ley conocida como Bossi-Fini (ley n.º 189 de 2002 modificadora de la normativa en materia de inmigración y asilo), habrían desencadenado un dispositivo basado sobre la "tolerancia cero" en materia de policía de extranjeros: así BASCHERINI, G.: "La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini", en www.costituzionalismo.it.

blamos de las Sentencias 201 y 300 de 2005, las primeras decisiones en las que se definían las atribuciones de específicos ámbitos de titularidad estatal o regional respecto a la materia objeto de nuestro estudio, y hablamos de la sentencia 30/2006, sobre la composición del Consulta regional del Abruzzo de la inmigración.

La Sentencia 201/2005 reconduce al ámbito de la inmigración –y no al de la tutela del trabajo, que recae entre las competencias concurrentes, como infundadamente reivindicaba la Provincia autónoma de Bolzano– la regulación de la legalización del permiso de trabajo de los inmigrantes sin permiso de residencia permanente. Al decir de la Corte, las disposiciones del Texto Único regulan un procedimiento particular de legalización del trabajo irregular de extracomunitarios por falta o invalidez del permiso de residencia, sin que esto incida ni sobre la regulación general de regularización del trabajo en cuanto tal, ni sobre las competencias legislativas incluidas en el Estatuto de la Provincia de Bolzano. Al órgano colegiado le parece evidente que las normas impugnadas establecen un procedimiento unitario, dirigido –mediante la indispensable complementación de competencias de dos órganos de la Administración periférica del Estado, la Prefectura-Oficina territorial del Gobierno y la *Questura*– a regular el permiso de estancia de trabajadores clandestinos y a regularizar la otra parte del problema, su situación laboral, reconociendo así la prevalencia del interés estatal sobre el regional.

Contra el recurrente se pronunció la Sentencia 300/2005. En este caso, mucho mejor argumentado que el anterior, el recurso promovido por el Gobierno, que acaba por sucumbir en todos sus aspectos, se basa sobre la presunta inconstitucionalidad de la ley de la Región Emilia-Romagna de 24 marzo de 2004, n.º 5 (Normas para la integración social de los ciudadanos extranjeros inmigrantes, que modifica las leyes regionales de 21 de febrero de 1990, n.º 14, y de 12 de marzo de 2003, n.º 2)⁵⁸. En primer lugar, la defensa del Estado considera inconstitucional la ley regional en su totalidad por desbordamiento de la potestad legislativa regional. En su defecto, los defectos de inconstitucionalidad se concentran sobre específicas disposiciones que violarían el reparto centro-periferia en materia de funcionamiento de centros de acogida temporal, formas de participación de los inmigrantes en la vida pública regional, condiciones de acceso a la vivienda pública, poder sustitutivo de la Región respecto a los entes locales⁵⁹. El bajo

it/aggiornamento.asp?id=158. La Sentencia 466/2005 declaraba inconstitucional el artículo 13, párrafo 13 bis, del Texto Único sobre la inmigración en la parte en la que se prevé la reclusión respecto al extranjero que, habiendo sido denunciado y expulsado, haya vuelto a entrar en territorio nacional. Hay que hacer notar que el número particularmente elevado de juicios en vía incidental realizados en 2004 es explicable con el número excepcional de ordenanzas (más de 800) dictadas al amparo del decreto ley n.º 51 de 2002 y de la Ley Bossi-Fini en materia de inmigración: cfr. V. ONIDA: “Corte costituzionale. Conferenza stampa del Presidente Valerio Onida del 20 gennaio 2005”, en *Giur. cost.*, 2005, p. 855.

(58) La reciente normativa regional se ha hecho necesaria tras las innovaciones introducidas por la ley n.º 189 del 2002 y por el masivo flujo de extranjeros, factores que han traído consigo la necesidad de separar las normas relativas a los emigrantes de las que afectan a los inmigrantes. Un análisis de los contenidos de la ley impugnada es expuesta por STUPPINI, A. y FACCHINI, A.: “La nuova legge regionale della Emilia-Romagna per l’integrazione sociale dei cittadini stranieri”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2004, pp. 837 y ss.

(59) Para un estudio más profundizado, permítaseme reenviar a BALDIN, S.: “La competenza esclusiva statale sull’immigrazione vs. la legislazione regionale sull’integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale (commento alla sentenza n.º 300 del 22 luglio 2005)”, en *www.forumcostituzionale.it*. Para una lectura en clave distinta so-

La regulación de la inmigración en Italia

III

“tono” constitucional de las cuestiones sometidas a la Corte se refleja en el bajo perfil y en la argumentación pobre del órgano jurisdiccional, que no necesitaba de particulares cánones interpretativos para resolver la controversia, pudiendo haber sido suficiente efectuar un reenvío a la normativa vigente. De este modo, los magistrados comienzan examinando el Texto Único sobre inmigración, apoyándose ante todo en las formas de coordinación entre Estado y Regiones previstas para esta materia (*supra*, apartado 4).

En relación a los aspectos que más interesan, en lo que concierne a las tareas regionales de vigilancia y seguimiento del funcionamiento de los centros temporales de acogida, que se van a redireccionar hacia otras competencias regionales, como la asistencia en general y la de sanidad en particular, la Corte no detecta ninguna contradicción con la normativa estatal, dado que la ley se limita a prever la posibilidad de actividades incluíbles en el espacio competencial regional, conforme a modalidades como la de impedir intromisiones indebidas. En cuanto a las condiciones de acceso a la vivienda pública reconocida a los inmigrantes, el órgano jurisdiccional acoge el argumento de la defensa regional, según el cual el ente regional se habría limitado a regular un derecho reconocido a aquéllos por el artículo 40 del Texto Único. En relación a la institucionalización de la *Consulta regional* para la integración social de los ciudadanos extranjeros inmigrantes, la Corte considera que las disposiciones impugnadas constituyen la actuación de la normativa estatal que intenta favorecer la implicación de los inmigrantes en las decisiones ciudadanas y que por lo tanto no constituyen ninguna forma de participación de extracomunitarios en las actividades político-administrativas de la Región, que el Gobierno considera conflictiva con la reserva exclusiva estatal establecida sobre la inmigración y sobre la disciplina de la condición jurídica de los extranjeros⁶⁰. En definitiva, se da acogida en su totalidad a los razonamientos del órgano autonómico: el ramillete de intereses en conflicto interfiere sólo indirectamente el ámbito de la inmigración y por tanto el ámbito competencial impugnado es reconducible en primer lugar a la Región⁶¹.

La Sentencia 30/2006 tiene por objeto la composición de la *Consulta regional* de la inmigración prevista por la ley de la Región Abruzzo de 13 de diciembre de 2004, n.º 46 (Medidas de apoyo a los extranjeros inmigrantes), en la que la Corte da la razón al recurso del Gobierno. La Región, al prever entre los integrantes de la *Consulta* también respectivamente representantes de un organismo público nacional (el Instituto Nacional de Seguridad Social) y una parte de la rama territorial de la Administración Pública (las Prefecturas con sede en la región), configura así tomando como base tales órganos nuevas y específicas atribuciones, violando así el artículo 117.2, letra g) de la Const., que reserva al Estado la tarea de dictar normas en materia de ordenamiento y organización administrativa estatal y de los organismos públicos nacionales. Aunque el ór-

bre la sentencia en cuestión véase T.F. GIUPPONI: “Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale: c’è partecipazione e partecipazione...”, en *Le Regioni*, 2006, pp. 187 y ss.

(60) Punto 6 de los Fundamentos Jurídicos.

(61) Consideraciones análogas han vuelto a ser propuestas por la Corte costituzionale en la Sentencia n.º 156 de 2006, que ha declarado carentes de base jurídica las críticas realizadas por el Gobierno contra la ley de la Región Friuli-Venezia Giulia de 4 de marzo de 2004, n.º 5 (Normas para la acogida y la integración social de las ciudadanas y ciudadanos extranjeros inmigrantes).

gano jurisdiccional confirma la posibilidad para las Regiones de idear formas de colaboración y de coordinación que afectan a actuaciones estatales, subraya que éstas no pueden, como en este caso “ser reguladas unilateralmente o arbitrariamente por las regiones, ni siquiera en el ejercicio de su potestad legislativa: éstas deben encontrar su fundamento y base habilitante en leyes estatales que las prevean o las permitan, o en acuerdos de los entes territoriales interesados”⁶². Por consiguiente, si bien el nuevo diseño no deja de resaltar el sistema de Conferencias, de acuerdos y compromisos, dado que el reparto material efectivo debe (debería) ser el resultado de un trabajo de concertación y codecisión entre los distintos niveles de gobierno⁶³, el caso estudiado revela cómo éste es uno de los puntos más espinosos de la reforma⁶⁴.

VI. CONCLUSIONES

Nuestro análisis ha puesto de relieve el interés, por lo menos de algunas Regiones, en dar una adecuada relevancia a las problemáticas que afectan a los inmigrantes, bien sea en los estatutos o en específicas leyes regionales, con miras a la integración de los extranjeros en el tejido social local. Hemos visto cómo el debate sobre el reconocimiento del derecho de voto de los inmigrantes regularizados no afecta solamente al nivel nacional, sino que afloran también en las previsiones de los entes territoriales, contra las cuales el Gobierno ha combatido con resultados desiguales. De una parte, el intento de frenar el activismo regional, desembocó en la Sentencia 379/2004, en la que la Corte, aun declinando la posibilidad de pronunciarse sobre el derecho de voto, sin embargo establecía que los derechos de participación son de titularidad regional. En el frente municipal, por el contrario, con el Decreto del Presidente de la República de 17 de agosto de 2005 se dispuso la anulación de los artículos del estatuto de la ciudad de Génova en

(62) Punto 2 de los Fundamentos Jurídicos.

(63) BIN, R.: “Le deboli istituzioni della leale cooperazione (nota a Corte cost. 507/2002)”, en *www.forumcostituzionale.it*; TORCHIA, L.: “«Concorrenza» fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria”, en *Le Regioni*, 2002, pp. 649 y ss.

(64) Véase BIN, R.: “Le deboli istituzioni...”, cit.; DE SIERVO, U.: op. cit., p. 1261.

Sobre la importancia de los instrumentos de coordinación horizontal, léase el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia 6/2004: “... para que en las materias del artículo 117, párrafos tercero y cuarto de la Const., una ley estatal pueda constitucionalmente atribuir funciones administrativas a nivel central y al mismo tiempo regular su ejercicio, es necesario que ésta ante todo respete los principios de subsidiariedad, diversidad y adecuación en la distribución de funciones administrativas, respondiendo a exigencias de ejercicio unitario de dichas funciones. Es necesario además que dicha ley dicte una regulación pertinente desde un punto de vista lógico, o sea, idónea para la regulación de las mencionadas uncciones, y que resulte limitada a lo estrictamente imprescindible a este respecto. Por último, la ley debe ser adoptada siguiendo procedimientos que aseguren la participación de los niveles de gobierno afectados mediante instrumentos de leal cooperación o, en cualquier caso, prever mecanismos adecuados de cooperación para el ejercicio concreto de las funciones administrativas asignadas a órganos centrales. Por tanto, en relación a este último aspecto, ante la persistente ausencia de una transformación de las instituciones parlamentarias y, más en general, de procedimientos legislativos... la legislación estatal de este tipo puede aspirar a superar el juicio de constitucionalidad sólo en presencia de una regulación que prevea un *iter* en el que se otorgue la debida importancia a las actividades negociadoras y de coordinación horizontal, es decir los compromisos, que deben ser adquiridos en base al principio de lealtad”.

La regulación de la inmigración en Italia

III

la parte en la que extendía a extracomunitarios el derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones municipales y de distrito⁶⁵.

Ya en otro plano de nuestro estudio, se ha hecho notar cómo el reparto de actividades destinadas a extracomunitarios con estancia en Italia se establece en el Texto Único sobre la inmigración, fuente a la que nos remitiremos para determinar los intereses que subyacen a la materia que estudiamos. En efecto, en el Texto Único de hecho ya se pone de manifiesto cómo la inmigración no engloba sólo aspectos de cierta competencia estatal, como son la determinación de los flujos de entrada y los procedimientos de expulsión, encuadrables en la política inmigratoria en sentido estricto. La transversalidad de la materia se deja ver en ámbitos que favorecen la integración de las nuevas mayorías mediante formas de protección, de promoción y de participación de las mismas en la vida pública local, cuya puesta en acción se exige sin embargo de las colectividades periféricas, con pleno respeto a los principios establecidos en el Texto Único y en la consecución de los objetivos trienalmente fijados en el correspondiente documento programático de las políticas inmigratorias.

Por tanto, todo queda como en el diseño previamente en vigor a la reforma del Título V. Así y todo la reforma constitucional ha tenido sus efectos también dentro de este ámbito. Por la pretensión de continuar utilizando conceptos actualmente obsoletos como los de materias de titularidad exclusiva⁶⁶, la reforma ha acabado teniendo en gran medida su punto de destino final en la mesa de los magistrados de la jurisdicción constitucional (e, independientemente del énfasis que acentúa la función arbitral de la Corte), ésta ha tenido sensibles recaídas sobre

(65) Ya la ley de Régimen de las Entidades Locales n.º 142/1990 preveía la posibilidad para los Ayuntamientos de extender el acceso a los mecanismos de participación de los ciudadanos a los extranjeros residentes regularizados, facultad que se transformó en obligación de promoción de formas de participación establecidas en los estatutos, ex artículo 8.5, del Texto Único de las leyes de régimen de los entes locales (decreto legislativo n.º 267/2000). El Consejo de Estado –con dictamen n.º 8007 aprobado el 28 de julio de 2004– consideraba compatible con el marco institucional y legislativo que los estatutos municipales atribuyan a los extranjeros residentes regularizados el derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de órganos de las circunscripciones municipales. A la vista de esto, algunos entes locales concedieron la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo también a los extranjeros extracomunitarios regularizados y residentes en Italia. El dictamen del Consejo de Estado de 6 de julio de 2005, sin embargo dio marcha atrás respecto al anterior y el Gobierno, con el Decreto del Presidente de la República de 17 de agosto de 2005, dispuso la anulación de los artículos del estatuto de la ciudad de Génova en la parte en la que extendía a los extranjeros el derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones municipales y de distrito. La perplejidad sobre esta iniciativa del Ayuntamiento genovés habían sido ya expresada por GIUPPONI, T.F.: “Il voto agli stranieri extracomunitari: sì, no, forse...”, en *Quad. cost.*, 2004, pp. 849 y ss., y del mismo Autor, v. “La partecipazione degli stranieri extracomunitari alle elezioni comunali e circoscrizionali: le (contraddittorie) risposte di Palazzo Spada al «caso Genova»”, en *www.forumcostituzionale.it*; cfr. También RAPARELLI, V.: “Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati”, en *www.federalismi.it*. Véase igualmente FRANCHI SCARSELLI, G.: “Quale fonte per il diritto di voto agli stranieri?”, en *Quad. cost.*, 2004, pp. 123 y ss.; GIUPPONI, T.F.: “Il voto amministrativo agli stranieri: verso un diritto «condizionato»?”, en *Quad. cost.*, 2004, pp. 126 y ss.

(66) En este sentido, CIARLO, P.: “Funzione legislativa ed anarcofederalismo”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 2002, pp. 644 y ss. RUGGERI A.: “La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione”, en *Le Regioni*, 2002, pp. 706 y ss.) sugiere una aproximación distinta, que tenga en cuenta los métodos legislativos, con la puesta a punto de “procesos productivos integrados”, que impliquen a los distintos grados de gobierno. Se pasaría así de una normación por actos a una normación por resultados, y por tanto de un sistema de fuentes a un sistema de procesos productivos.

la totalidad del sistema de la jurisdicción constitucional⁶⁷: la aclaración de las competencias se ha estado confiando de forma prevalente al juicio por vía directa, obligando así a la Corte a desempeñar un papel incómodo.

De la Sentencia 300/2005 se hace evidente de manera más clara el intento (torpe) del Gobierno de absorber en su propia esfera competencial la regulación de materias correspondientes a las Regiones, poniendo su mira en aquel concepto de transversalidad que en ocasiones diversas ha desequilibrado la configuración competencial más a favor del centro que de la periferia. Esta idea se resume bien en la idea de los letrados regionales cuando argumentan que el Estado quiere impedir a las autonomías territoriales “dictar cualquier tipo de disposición relativa a los extranjeros, sin tener en cuenta de si afectan o no a materias de competencia regional”⁶⁸. Por añadidura, apelar a la leal cooperación, como hizo la Región del Abruzzo en la Sentencia 30/2006, cuando las disposiciones inconstitucionales no son el fruto de la voluntad conforme de centro y periferia sino sólo de la de esta última, nos hace comprender con qué despropósito se invoca este principio. Y el rechazo sustancial a la utilidad de los instrumentos de cooperación es tanto más discutible si se considera que, justamente en materia de inmigración, se han previsto formas concretas de coordinación y que el acuerdo a nivel de colectividades infraestatales es estable y factible⁶⁹.

Nuestro estudio ha puesto de relieve un problema de fondo del regionalismo italiano: es fácilmente verificable la existencia de un modelo de participación, que en materia de inmigración se traduce a nivel administrativo en las formas de coordinación *supra* abordadas, pero es igualmente evidente cómo estas han sido ignoradas a veces tanto por el Estado como por las Regiones, generando la impresión de que el camino emprendido en 2001 se encuentre lleno de dificultades que, de hecho, no deberían producirse. Si la leal cooperación, principio informador de las relaciones centro-periferia, junto a otros instrumentos, expresa una cualidad del regionalismo acogido en la Constitución, el juicio a medio plazo de la reforma constitucional no es muy halagüeño. Tal y como la doctrina no se cansa de afirmar, el paso efectivo de un esquema de separación a uno de participación no puede (sólo) pasar de la atribución de mayores competencias a las regiones, sino que exige un esfuerzo de replantear los mecanismos de acuerdo

(67) Como señalan, entre otros, RUGGERI, A.: op. cit., pp. 4 y ss.; CELOTTO, A. y D'ALESSANDRO, G.: “Sentenze additive ad efficacia transitoria e nuove esigenze del giudizio in via principale”, en *Giur. cost.*, 1, 2004, pp. 236 y ss., CERRINA FERONI, G.: “Riforma del Titolo V: determina anche nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale?”, en AA.VV.: “Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso”, Torino, 2005, pp. 279 y ss. En general, D'ORLANDO, E.: “La funzione arbitrale della Corte costituzionale tra Stato e Regioni: verso una convergenza tra Verfassungsgerichtsbarkeit e Staatsgerichtsbarkeit?”, en BETTINELLI, E. y RIGANO F. (editores): op. cit., pp. 374 y ss.

(68) Sent. 300/2005, punto 2 de los Fundamentos Jurídicos.

(69) Es en el propio documento programático relativo a la política de inmigración y de los extranjeros en el territorio del Estado para el bienio 2004/2006 en el que se subraya el papel esencial desempeñado por Regiones, Provincias y Ayuntamientos en la integración de las nuevas minorías. A nivel regional, en concreto, la activación de mesas de encuentro con los Consejos territoriales para la inmigración se ha mostrado como un sistema eficaz de colaboración en respuesta a las necesidades reales expresadas por el respectivo territorio. Es de destacar que entre la importancia de las formas de coordinación se sitúa también el Consejo de Estado que en el dictamen n.º 30075 de 17 mayo de 2004, se pronunció sobre el borrador de Decreto Presidencial relativo al Reglamento de aplicación de las modificaciones y de desarrollo del Decreto del Presidente de la República de 31 de agosto de 1999, n.º 394, en materia de inmigración.

La regulación de la inmigración en Italia

III

institucional⁷⁰. Sin los adecuados mecanismos que permitan una efectiva participación de las regiones en la formación de las políticas legislativas, sólo se verán disfuncionalidades del sistema. Y aquí el problema más relevante era –y todavía permanece– el de la transformación del Senado en una verdadera cámara de representación de las autonomías, de modo que se concluya una reforma que todavía es parcial e incompleta⁷¹. Pero la duda que queda es cómo todo esto puede ser productor de efectos positivos si falta el requisito básico, que es la voluntad de los diversos niveles de gobierno a cooperar.

(70) Véase ANZON, A.: “Un passo indietro verso il federalismo «duale»”, cit., pp. 225 y ss.; CHIAPPETTI, A.: “Un passo indietro sulla via del regionalismo”, en *Quad. cost.*, 2001, pp. 343 y ss.; PIZZETTI, F.: “Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»”, en *Le Regioni*, 2001, p. 1196; RUGGERI, A.: “Il regionalismo...”, cit., pp. 288 y ss.; DE SIERVO, U.: op. cit., p. 1264.

(71) En este sentido, MEZZETTI, L.: “Il sistema (quasi) federale italiano”, en RUIZ-RICO RUIZ, G.; PEGORARO, L.; ANGUITA SUSI, A. y PAVANI G. (a cura di): *Tendenze del decentramento in Europa e America Latina – Los procesos de descentralización política en Europa y Latinoamérica*, Bologna, 2004, pp. 65 y ss. V. igualmente CARAVITA, B.: op. cit., pp. 155 y ss.; GORLANI, M. op. cit., p. 573; BIFULCO, R.: *Le Regioni*, Bologna, 2004, pp. 109 y ss. Sobre las propuestas de reforma del Senado de la República en una auténtica cámara de representación de las autonomías territoriales, entre muchos, v. MANETTI, M.: “Parlamento e autonomie”, in PIERGIGLI, V. (editor): op. cit., pp. 111 y ss.; Íd.: “Il Senato federale all’italiana”, en *www.federalismi.it.*; S. BONFIGLIO: “Il dibattito sulla trasformazione del Senato in Italia verso lo Stato federale”, en DOMINICI, D.; FALZEA, G. y MOSCHELLA G. (editores): op. cit., pp. 357 y ss.; FROSINI, T.E.: “Federalismo e bicameralismo”, en *www.federalismi.it.*

CARMEN ESTÉVEZ GONZÁLEZ Y
CARMEN GRAU PINEDA

Profesoras de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad
de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)
(cgrau@ddp.ulpgc.es)

IV

Extranjería y trabajo: consideraciones sobre el acceso al empleo y la contratación laboral de los ciudadanos extracomunitarios

RESUMEN

EXTRANJERÍA Y TRABAJO: CONSIDERACIONES SOBRE EL ACCESO AL EMPLEO Y LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS

La conversión de España en un país receptor de inmigrantes ha supuesto una gran transformación dada la rapidez con que se ha producido y la importancia de las cifras que se barajan. En España la llegada de inmigrantes y su instalación en nuestra sociedad está suponiendo uno de los cambios más importantes operados en el último cuarto de siglo. Esa fuerte demanda ha contrastado con la estrechez de las vías de acceso legal habilitadas para quienes desean venir a trabajar a España, especialmente desde el año 2000 y coincidiendo con la renovación de la regulación jurídica hasta el momento vigente. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la aparición de una nueva, inestable y restrictiva normativa sobre los ciudadanos extranjeros y sus derechos y libertades, explica sobradamente el creciente interés que suscita el tema migratorio y su tratamiento jurídico, sujeto a continuas reformas. Aunque la nueva ordenación en materia de extranjería parece asumir los desafíos que plantea la irrupción del fenómeno migratorio, las respuestas que ofrece siguen siendo parciales e insuficientes y no apuestan, de manera decidida y contundente, por la sociedad de acogida que espera encontrar el inmigrante. En este trabajo se pretende examinar la vigente regulación del trabajo de los extranjeros y conocer, procediendo a su análisis crítico, el tratamiento que dispensa a algunas de las cuestiones apuntadas.

ABSTRACT

ALIENAGE AND WORK: CONSIDERATIONS ABOUT THE ACCESS TO THE EMPLOYMENT AND LABORAL CONTRACTING OF EXTRACOMMUNISTIC CITIZENS

The conversion of Spain in a receiving country of immigrants has supposed a great transformation provided the rapidity with which it has taken place and the importance of the handled amounts.

In Spain the arrival of immigrants and their assent in our society imply one of the most important changes that have taken place in the last quarter of the century. That great demand has contrasted with the strictness of the ways of legal access qualified for those who desire to come to work to Spain, specially from the year 2000 and coinciding with the renovation of the juridical regulation prevailing until the moment. From a strictly juridical perspective, the appearance of a new, unstable and restrictive norm on the foreign citizens and its rights and freedoms, explains the increasing interest that the migratory subject provokes and its juridical treatment, subject to continuous reformations. Although the new ordination in alienage matter seems to assume the challenges that the irruption of the migratory phenomenon outlines, the answers that it offers continue being partial and insufficient and they don't bet, in a resolved and severe way, by the reception society that the immigrant hopes to find. In this work we pretend to examine the effective regulation of the work of the foreigners and to know, through its critical analysis, the treatment that it gives to some of the pointed questions.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Requisitos, presupuestos y vías de acceso al mercado de trabajo de los ciudadanos extracomunitarios. A) Sobre las autorizaciones administrativas para trabajar. a) Su fundamento y finalidad. b) Su tratamiento y tipología. c) Su regulación básica: algunos aspectos. B) Sobre la situación nacional de empleo. C) Sobre el contingente de trabajadores extranjeros.

III. Contrato de trabajo y extranjería: la relación jurídico-laboral del trabajador extracomunitario. A) La contratación y el contrato del extranjero. B) Igualdad de trato *versus* desigualdad de contrato.

I. INTRODUCCIÓN

Por muy variadas razones, en los últimos años el fenómeno migratorio y la problemática asociada al mismo se sitúan, de modo permanente, en el epicentro de la actualidad. La imagen de los inmigrantes, su llegada y su presencia en nuestro territorio tiene, por lo general, una proyección cargada de tópicos y equívocos que distorsionan la realidad de tales desplazamientos y de las mujeres y hombres que los protagonizan. La complejidad de este fenómeno demográfico y su impacto socioeconómico, tanto en los países de origen como en los de destino, han puesto

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

de manifiesto la improvisación, improcedencia e inadecuación de las políticas migratorias de muchos gobiernos.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la aparición de una nueva, inestable y restrictiva normativa sobre los ciudadanos extranjeros y sus derechos y libertades, explica sobradamente el creciente interés que ha suscitado, en España, el tema migratorio. Su tratamiento jurídico, sujeto a continuas reformas, ha propiciado elevadas dosis de incertidumbre y litigiosidad en torno a dicha regulación. De la disparidad existente en la percepción y tratamiento del fenómeno migratorio da cuenta la improvisada sucesión de normas, decisiones y medidas, a veces contradictorias, adoptadas en estos últimos años, mereciendo, en ocasiones, la censura y desaprobación de los tribunales.

Todo ello justifica la atención dispensada por estudiosos y operadores jurídicos y el elevado número de trabajos sobre extranjería y migración que han visto la luz durante este sexenio. Y es que, en dicho período se ha gestado, modificado y vuelto a revisar no sólo el marco regulador de la extranjería sino, también, los principios, bases y líneas maestras de lo que, pretendidamente, sería la política española de inmigración para el nuevo siglo. Pese al cuestionable éxito de tal proyecto, la nueva ordenación se acompasa con la política de inmigración común de la Unión Europea, todavía joven y en fase de cristalización pero de signo claramente restrictivo y excluyente en cuanto al mercado de trabajo y al control de fronteras.

Como es sabido, a comienzos del año 2000 se publicó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, decidiéndose, meses más tarde, la primera de sus reformas mediante Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Apenas tres años después, y tras la aprobación de su reglamento de desarrollo por Real Decreto 864/2001, el nuevo texto normativo vuelve a ser modificado, en esta ocasión por la cuestionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre¹, que, en el marco de la iniciativa gubernamental del Plan de lucha contra la delincuencia, introduce reformas puntuales en diferentes leyes, afectando, entre otras, a la de extranjería. De mayor envergadura, por su alcance y motivación, son los cambios operados por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, con la que se intentó subsanar los excesos del Reglamento antes citado, tras su impugnación y el posterior fallo del Tribunal Supremo (anulando varios de sus artículos, en STS de 20 de marzo de 2003, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo).

En la actualidad, se cuenta ya con un nuevo reglamento, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, de incuestionable trascendencia para –según indica el propio texto– “la arquitectura del sistema migratorio actual”, particularmente en lo que hace al acceso al empleo de los extranjeros y su trabajo en nuestro país.

(1) De Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, cuyo nombre y exposición de motivos adelantan la lamentable asociación de ideas que propicia el legislador. Y es que si ya resulta elocuente el nombre de dicha LO, revelador es, sin duda, el apartado IV de la Exposición de Motivos a lo largo del cual y con la excusa de su pretendida integración social, el acercamiento a los extranjeros se hace en clave de respuesta penal, sanción, medida de expulsión o delincuencia.

Tanto en este terreno como en el más amplio de la ordenación de la extranjería, pueden destacarse otras iniciativas, como la puesta en marcha del Consejo Superior de Política de Inmigración, cuya creación estaba prevista en la Ley 4/2000 o la aprobación, por Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001, del conocido como Programa GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la extranjería y la inmigración). De manera casi simultánea inició su andadura el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, órgano también contemplado en la LOEx, cuya regulación inicial, dictada en desarrollo del artículo 70 de la LOEx, fue posteriormente modificada². Por otro lado y además de otras variadas disposiciones, durante este sexenio se ha venido aprobando, a finales de cada año y para su aplicación en el siguiente periodo anual, el repertorio de acuerdos, instrucciones y circulares relativas a la determinación y cobertura del contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario.

Pero, sin duda, de estas variadas y numerosas iniciativas, enmarcadas de un modo u otro en el fenómeno de la inmigración y relativas al estatuto jurídico del extranjero, la Ley de Extranjería en su versión y redacción actuales (en adelante, LOEx) y el texto reglamentario ahora vigente (a partir de ahora, REx) constituyen las piezas básicas de la regulación del trabajo de los extranjeros en nuestro país. Debe señalarse al respecto que la citada normativa se ocupa, de modo especial, de aquellos que, siendo ciudadanos extracomunitarios, llegan, están o transitan en nuestro país como inmigrantes económicos, perfil que denota la intención o propósito de trabajar de aquéllos³. En torno a esta nota o circunstancia se ha planteado siempre una problemática específica –la de la inmigración en sentido estricto– relacionada con el acceso al empleo, las condiciones laborales y la integración y protección social de los trabajadores extranjeros y sus familias. El tratamiento jurídico-institucional de este complejo entramado de cuestiones ha venido abordándose hasta ahora con parámetros en los que, sin duda, prima la satisfacción de las necesidades y demandas del sistema económico y, en cualquier caso, los intereses del Estado receptor.

Aunque la nueva ordenación en materia de extranjería parece asumir los desafíos que plantea la irrupción del fenómeno migratorio, las respuestas que ofrece siguen siendo parciales e insuficientes y no apuestan, de manera decidida y contundente, por la sociedad de acogida que espera encontrar el inmigrante. La realidad de la inmigración, a remolque de la coyuntura económica y de un proceso de globalización cuyas peores y más perversas consecuencias están aún por concretarse, parece haber sido redescubierta en nuestro país, durante estos últimos años, a propósito del comentado proceso de actualización normativa. Sin embargo, pese a tal coincidencia, la inmigración es un tema central que preocupa, además de al nuestro, a otros muchos Estados, afectados igualmente por estos desplazamientos transnacionales, y, más ampliamente, al conjunto de la comunidad internacional.

(2) Mediante RD 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la integración social de los inmigrantes y se deroga el anterior RD 367/2001, de 4 de abril.

(3) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.: "El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", en *VVAA: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTSS, 2003.

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

Para valorar el nivel de sintonía de nuestro actualizado marco de ordenación con estas proclamas, se impone examinar la vigente regulación del trabajo de los extranjeros y conocer, procediendo a su análisis crítico, el tratamiento que dispensa a las cuestiones apuntadas. Con este propósito y siempre desde la perspectiva del trabajo de los inmigrantes, se comentan, seguidamente, algunos de los aspectos más significativos del régimen jurídico previsto en la misma.

II. REQUISITOS, PRESUPUESTOS Y VÍAS DE ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO DE LOS CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS

A) Sobre las autorizaciones administrativas para trabajar

a) Su fundamento y finalidad

Es de generalizado conocimiento que, para el desarrollo de una actividad productiva en nuestro país, se requiere, conforme a una arraigada y habitual práctica jurídica, la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa. Su solicitud y posterior concesión –a instancia de los sujetos obligados y en los términos previstos legal y reglamentariamente– se presentan, pues, como requisitos o condiciones que necesariamente deberán cumplirse para el ejercicio, conforme a derecho, de las referidas actividades lucrativas laborales o profesionales.

La articulación o exigencia de la referida autorización para trabajar supone, al menos teóricamente y como ocurre con toda autorización administrativa, el ejercicio de una potestad de control previo cuya finalidad es la comprobación, objetiva y jurídica, de la observancia o concurrencia de los presupuestos, condiciones y requisitos previstos en la norma. En el caso de las que ahora se comentan, la actuación de los poderes públicos va, sin duda, más allá, explicitando el propio legislador que su concesión se subordina a la situación nacional de empleo. Así, dicha intervención persigue, no tanto la adecuación procedimental del acceso al trabajo de los extranjeros, como su limitación y canalización para evitar eventuales repercusiones negativas en los niveles de ocupación de la población residente. Son pues, razones de oportunidad y conveniencia las que explican este modo de operar que posibilita la contención anticipada de trabajadores foráneos, admitiéndolos sólo en defecto de mano de obra nacional y comunitaria. Si la protección y el carácter preferente de ésta determinan una primera y trascendental diferencia de trato⁴, la subsidiariedad con la que se contempla el acceso al empleo de los ciudadanos de terceros países revela, propicia y alimenta las profundas desigualdades existentes en el trabajo de unos y otros.

Se trata de desigualdades que tienen que ver, de un lado, con el tipo de empleo o actividad productiva en los que suele ocuparse a los extranjeros, normalmente trabajos que por su dureza,

(4) Diferencia, amparada constitucionalmente, que se concreta en el reconocimiento del derecho al trabajo o la libertad de acceso al empleo sólo a los extranjeros autorizados para trabajar lo que supone una exigencia o condicionante no contemplada para los ciudadanos comunitarios. En este sentido, se ha apuntado que el artículo 35 de la Constitución que contiene el derecho al trabajo de los españoles aparece, supuesta y paradójicamente, como el límite del derecho al trabajo de los extranjeros, en VVAA: *Comentarios a la Ley de Extranjería: reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, Edijusa SL, 2001, p. 113.

peligrosidad, escasa cualificación, menor retribución, mayor precariedad, etc. acostumbran a rechazar los nacionales. Pero, además, las desigualdades tienen que ver, también, con la propia normativa de extranjería que las crea y proyecta a través de reglas que, garantizando el abastecimiento de mano de obra, flexibilizan al máximo la expulsión o salida del mercado de los trabajadores extranjeros.

De esta manera, se asegura la disponibilidad de mano de obra para cubrir las necesidades del Estado receptor⁵ que, tras beneficiarse de ella, puede prescindir con facilidad del excedente en función de sus objetivos, prioridades y exigencias. A todo esto sirve, sin duda, la regulación del trabajo de los extranjeros, por ejemplo, al contemplar autorizaciones iniciales cuya limitada operatividad y duración obliga a posteriores renovaciones. Pero, también, al condicionar su concesión a la observancia de una serie de formalidades, compromisos y trámites que dificultan la búsqueda o el acceso efectivo a nuevos trabajos o al articular una preselección en el extranjero de mano de obra foránea que pasa a integrar bolsas de reserva para eventuales bajas, ofertas y vacantes. O, en última instancia y desde otra perspectiva, al recortar el cuadro de derechos, garantías y posibilidades reales de reacción del inmigrante frente a incumplimientos empresariales, situaciones de abuso o prácticas irregulares.

La mayoría de las referidas reglas y previsiones, que casan mal con la pretendida integración sociolaboral de los extranjeros, se articulan y concretan a través de las autorizaciones de residencia y trabajo cuya regulación, junto a la del contingente de trabajadores extranjeros, conforma la columna vertebral de lo que podría considerarse el régimen jurídico del acceso al empleo y la gestión de la mano de obra de ciudadanos extracomunitarios.

Conforme a lo ya expuesto, este régimen descansa y tiene su pieza clave en la exigibilidad de una autorización para la realización de actividades lucrativas que, además de operar como filtro previo, habilita al extranjero para residir durante todo el tiempo de su vigencia. Así lo establece el artículo 36.1 de la LOEx, precepto a partir del cual el legislador regula, sintéticamente, los tipos de autorizaciones, excepciones a su exigencia, especialidades de ciertos trabajos y/o trabajadores y diversos supuestos con especificidades que la norma reglamentaria se encargará de desarrollar.

b) Su tratamiento y tipología

Al respecto ha de señalarse que, inicialmente, la normativa de extranjería configuraba el permiso de trabajo como una especie o tipo de las autorizaciones administrativas requeridas para

(5) Se ha dicho, con razón, que España y Europa necesitan a la emigración para que la sociedad del bienestar funcione, SAGARRA TRÍAS, E.: "Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la LO 8/2000", *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII-2001, p. 65. Incluso desde el punto de vista estrictamente económico, las ventajas son evidentes y los datos recientemente publicados hablan por sí mismos. Así, según el informe presentado en noviembre por la Oficina Económica del Presidente del Gobierno, la inmigración explica aproximadamente la mitad del crecimiento del PIB y del empleo en el último lustro, cifrándose la contribución de los inmigrantes a la renta por habitante en 623 euros.

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

la realización de actividades lucrativas⁶. De tal manera que, junto a la dual clasificación del permiso de trabajo en sus modalidades por cuenta ajena y por cuenta propia y el establecimiento de regímenes o permisos de trabajo especiales, se contemplaba, separadamente y destacando su entidad, el resto de las autorizaciones y habilitaciones para realizar actividades lucrativas y los supuestos en que operaban.

La utilización de esta confusa clasificación y su difícil comprensión y correspondencia con algunas previsiones del artículo 36 de la LOEx, cuya versión original presentaba también una defectuosa redacción, propició lecturas encontradas, poniéndose de manifiesto las disfuncionalidades de esta técnica de ordenación. A cambiar esta situación contribuyó de manera decisiva la Ley Orgánica 14/2003 que introdujo novedades y mejoras en lo que hace a los trámites relativos a la residencia y empleo de los extranjeros y al sistema de contingentes. Entre otras modificaciones, destacan por su trascendencia práctica, de un lado, la sustitución del término permiso por el de autorización y, de otro, la concentración, en un solo procedimiento y en un único documento, del visado, la autorización de residencia y la autorización de trabajo. Tras los cambios que incorpora el REx, el panorama parece haber mejorado desde el punto de vista de la ordenación y dinámica de las autorizaciones si bien persisten algunos defectos y deficiencias en su tratamiento.

Partiendo de la nueva lógica que impone la tramitación conjunta y única de la autorización de residencia temporal y trabajo, se identifica una dual tipología según sea éste por cuenta ajena o por cuenta propia, diferenciándose en el primer caso, otros tres subtipos o modalidades de autorizaciones, en función también de las circunstancias y peculiaridades de la actividad a desarrollar. Antes de hacer referencia a las mismas, conviene tener presente que es la autorización para trabajar la determinante de la autorización para residir de manera que, como se desprende de su regulación reglamentaria⁷, en esta situación administrativa, la residencia es un añadido o elemento adicional del trabajo cuya realización es, por tanto, el presupuesto principal o básico⁸ que cualifica la autorización misma. De hecho, los requisitos para su concesión y los supuestos de denegación (artículos 50, 56 y 64, respectivamente y artículo 53 del REx) así como, en su caso, la propia solicitud y tramitación del visado, tienen en cuenta, principalmente, consideraciones de índole laboral y, en proporción muy reducida, aspectos de carácter personal (referidos, concreta y limitadamente, al estado de salud del solicitante y la eventual constancia de condenas en sus antecedentes penales).

(6) Se trataba de la autorización por excelencia, la principal, o, como apuntó PUERTA VILCHEZ, J.M., la autorización reina, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, ya que la inmensa mayoría de las autorizaciones laborales adoptan esta forma, siendo el resto, especialidades del permiso de trabajo al que toman como referente y eje común, *Jornadas sobre la Ley de extranjería: sus repercusiones en el ámbito laboral*, Universidad de Granada, 2001, p. 26.

(7) Contenida básicamente en el Capítulo II del Título IV que regula, separadamente y en capítulos distintos, las situaciones de residencia temporal, residencia temporal y trabajo y residencia permanente.

(8) En parecidos términos se pronuncia TRINIDAD GARCÍA, M.ª L., al referirse a la situación de residencia temporal y trabajo, afirmando que la residencia es un adjetivo de la prestación sustantiva que es la realización de una actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 77.

En cualquier caso, las autorizaciones para trabajar contempladas en el Capítulo II del REx son siempre de residencia temporal y trabajo, no sólo porque así las denomina el legislador a lo largo de su articulado⁹ sino, también y sobre todo, porque la habilitación al extranjero para desarrollar, en territorio español, una actividad laboral lleva implícita la situación que la posibilita y sobre la que descansa: la de residencia temporal. Ahora bien, si es inimaginable la una sin la otra en los supuestos regulados en el ya citado Capítulo II, no necesariamente han de ir siempre de la mano; y ello porque, pese al desarrollo actual o potencial de una actividad laboral por parte del extranjero, pueden darse otras posibles situaciones. Por ejemplo, que se trate de un trabajador transfronterizo, en cuyo caso, el retorno a diario a su lugar de residencia determina que no se requiera otra autorización que la específica de este tipo de trabajo¹⁰; o que al extranjero le sea concedida una autorización de residencia temporal por razones de arraigo lo que, como prevé la norma reglamentaria, lleva aparejada una autorización de trabajo durante el período de vigencia de aquella¹¹; o, por citar alguna otra posibilidad, que para el ejercicio de la actividad productiva que pretenda realizar el extranjero no sea necesaria la obtención de una autorización por cumplirse las condiciones que exceptúan de tal obligación¹².

c) Su regulación básica: algunos aspectos

Al margen de supuestos como los enunciados y siguiendo el orden de la norma reglamentaria, el extranjero que pretenda desarrollar en nuestro país una actividad laboral deberá contar con una de las siguientes tres modalidades de autorizaciones: de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada o de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Reguladas en las secciones 1.ª, 2.ª y 4.ª del Capítulo II, Título IV, del REx, todas ellas responden al patrón común de su vigencia temporal o limitada como corresponde al alcance, igualmente temporal, de la situación de residencia. No obstante, su duración y dinámica en el tiempo varían, siendo distintas, también, sus posibilidades de ampliación. Así, mientras la primera de las autorizaciones se concede inicialmente por un período de un año, las otras dos se hacen coincidir con el tiempo de duración del correspondiente contrato de trabajo o del desplazamiento del trabajador sin que, en cualquier caso, superen idéntico tope máximo anual.

Del tratamiento reglamentario de las diferentes autorizaciones se deduce, pues, la vocación de estabilidad o mayor permanencia que, aunque de manera relativa, está presente, sólo y exclusivamente, en la autorización llamada sin más de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

(9) Salvo error u omisión como la del propio artículo 49 que se refiere a la autorización de trabajo por cuenta ajena, sin más, pese a tratarse obviamente de la autorización tipo de residencia temporal y trabajo.

(10) Bajo el epígrafe de Trabajadores transfronterizos, dicha autorización se regula en un único artículo, el 84, del Título VI del REx.

(11) Así lo señala el artículo 45.7 del REx, tras referirse a los diferentes supuestos de arraigo y a otros supuestos o circunstancias excepcionales en los que, de conformidad con el artículo 31.3 de la LOEx, puede concederse una autorización de residencia.

(12) El régimen de dichas excepciones a la autorización de trabajo (condiciones y circunstancias, acreditación y tramitación del correspondiente visado de residencia) se contiene en los artículos 68, 69 y 70 del REx.

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

Esta circunstancia incide, lógicamente, en su configuración y régimen jurídico, explicando sus peculiaridades y planteando algunos interrogantes en cuanto a su dinámica. Así, se trata de la única de las modalidades en la que se posibilita la renovación, condicionada siempre a la vigencia del contrato laboral originario, a la realización habitual de la actividad inicial o, en general, a otras circunstancias y datos que acrediten una cierta empleabilidad o posibilidad de ocupación del extranjero petionario. La referida renovación, por un período de dos años, permitirá a su titular ejercer en todo el territorio nacional cualquier actividad, ampliándose así el limitado alcance geográfico y sectorial de la autorización inicial.

El carácter eminentemente temporal de los otros dos tipos de autorizaciones para trabajar viene dado, como es obvio, por la limitada duración del contrato de trabajo, en un caso, y del desplazamiento, en el otro, si bien la norma opta por identificar las actividades y los supuestos en los que pueden y deben ser solicitadas. Así, se pretende establecer un cierto paralelismo entre las referidas actividades y algunas modalidades de contratos temporales o relaciones especiales¹³ previstos en la legislación laboral a la que se hace mención expresa en varias ocasiones¹⁴. Ello, a su vez, explica la potencial correspondencia que parecen guardar sus respectivos períodos de duración, prórrogas y límites máximos¹⁵ si bien, como se verá, dicha correspondencia no es total. Respecto a las autorizaciones de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, aunque su duración coincida con la del desplazamiento y opere idéntico tope de un año, se admite su prórroga por período análogo, limitándose en todo caso su alcance a una actividad y ámbito geográfico concretos.

De la incidencia que el condicionante temporal tiene en todas las autorizaciones para trabajar se hace eco el REx al tratar, por ejemplo, los requisitos de acceso, el procedimiento y tramitación de las mismas, las causas de su denegación o los efectos del correspondiente visado. Pero, sin duda, son factores de otro orden los que influyen, de manera más decisiva, en el desigual tratamiento y peculiar consideración que proyectan sus respectivas regulaciones. Y es que, al margen de otras muchas particularidades presentes en el régimen jurídico de las distintas modalidades de autorizaciones de residencia temporal y trabajo, hay un elemento común en las referidas al trabajo por cuenta ajena –sea para el potencialmente estable o para cualquiera de los de duración determinada– que las asemeja, diferenciándolas a su vez de manera sustancial de las vinculadas a prestaciones transnacionales de servicios: su subordinación a la situación nacional de empleo.

(13) Así, el artículo 55.2 identifica, en cuatro apartados, las siguientes actividades: las de temporada o campaña, las de obras o servicios para el montaje, construcción, puesta en marcha y reparaciones de plantas industriales o eléctricas, infraestructuras, redes de suministro, equipos productivos, etc., las realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos y otros colectivos que se determinen y las de formación y realización de prácticas.

(14) Así, por ejemplo, en los artículos 55.3, 56.3.a) y 56.4 que se remiten, respectivamente, a las posibilidades de prórroga de los contratos temporales previstas en la legislación laboral, las formalidades establecidas en la normativa española que regula los contratos en prácticas y para la formación y los aspectos previstos en el artículo 2.2 del RD 1659/98 en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

(15) Aunque, en principio, la duración de las autorizaciones coincidirá con la de los correspondientes contratos, ya se apuntó que el año es el límite máximo en todos los supuestos, salvo en el caso de las actividades de temporada y campaña para el que opera el de nueve meses en un período de doce meses consecutivos.

B) Sobre la situación nacional de empleo

Como variable tenida en cuenta para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, la situación nacional de empleo determina, pues, la posibilidad de contratación por cualquiera de estas dos vías. Salvo en aquellos supuestos exceptuados de su toma en consideración, “(...) dicha situación permitiría la contratación de trabajadores extranjeros cuando no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores (...)”¹⁶. De su importancia como condición o presupuesto para obtener la correspondiente autorización da cuenta el tratamiento y ubicación que le dispensan tanto la LOEx como el REx¹⁷, este último añadiendo nuevas excepciones que se adicionan al listado previsto legalmente¹⁸.

Otra novedad reglamentaria, quizás de mayor trascendencia, ha sido la incorporación del denominado catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, como instrumento fundamental para la coordinación de las políticas de mercado de trabajo e inmigración que permite valorar la situación nacional de empleo así como determinar las posibilidades de contratación de extranjeros¹⁹. Pese a tratarse de un recurso de primer orden que permite –respecto a las ocupaciones así calificadas– la tramitación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, para aquéllas no incluidas en dicho catálogo continúa siendo operativa la certificación de la gestión de la oferta de empleo, emitida por el correspondiente servicio público²⁰. En cualquier caso, sea a través de una u otra fórmula y ya se regule en la LOEx ya en el REx, lo cierto es que la mera consideración de la situación nacional de empleo evidencia y confirma el papel comodín que se otorga a la mano de obra foránea cuya extraordinaria ductilidad sirve a los fines y conveniencias de España, en este caso, de su mercado de trabajo, nivel de productividad y sistema de protección social.

Con todo, debe precisarse que la consideración de la situación nacional de empleo en los términos que acaban de exponerse opera, únicamente, en caso de optarse por la gestión directa y no

(16) En estos términos debe entenderse, según la Resolución de 4 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura.

(17) En sus artículos 38.1 y 50.a), respectivamente.

(18) Artículo 40 de la LOEx que recoge hasta doce supuestos, calificados como específicos y reconducibles a circunstancias relacionadas con la condición de menor tutelado, apátrida o refugiado del extranjero, su parentesco con nacionales o nacidos en España, el trabajo a desarrollar en nuestro país o la titularidad o concesión previa de algunos otros tipos de autorizaciones. A este listado se suman los dos nuevos supuestos reglamentarios referidos a nacionales de Estados con los que se haya suscrito, en los términos previstos, un convenio o acuerdo internacional al efecto.

(19) Como se ha señalado, “(...) también es posible que las personas que busquen trabajo se informen de las necesidades no cubiertas del mercado de trabajo, funcionando a modo de observatorio periódico y preciso acerca de las necesidades de formación y, en última instancia, es un servicio que agiliza la tramitación de la contratación de los inmigrantes en origen (...)”, SACRISTÁN ROMERO, F.: “Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España”, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, n.º 12, 2006, p. 71.

(20) Según apunta el ya citado artículo 50.a) del REx, tal certificación será emitida en el plazo máximo de 15 días y dará cuenta del resultado negativo de la gestión de la oferta de empleo, acreditando la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para su aceptación.

programada de la contratación de trabajadores extranjeros. Y ello porque, además del anterior procedimiento de acceso al trabajo y coexistiendo con lo que podría catalogarse como régimen general, se articula otra vía de incorporación al empleo para los ciudadanos no comunitarios: la del denominado contingente.

C) Sobre el contingente de trabajadores extranjeros

A dicho conocido y polémico procedimiento, que es contemplado en el artículo 39 de la LOEx, se refieren con mayor detalle y claridad los artículos 77 a 83 de la vigente norma reglamentaria, dedicándole un Título específico, el V, inmediatamente después de regular la figura de la residencia. Aunque tanto una como otra dan cuenta de la importancia que tiene el contingente en la actual política migratoria, se trata de una fórmula que viene utilizándose desde hace más de una década²¹, como instrumento de regulación de flujos migratorios y de satisfacción de las necesidades de mano de obra de las empresas ubicadas en nuestro país.

La progresiva evolución y el forzado protagonismo de la figura se ha visto acompañada en estos últimos años de un cúmulo de problemas suscitados en torno a su diseño legal, concepción teórica y aplicación práctica. Con todo, se mantiene su consideración como una determinación anticipada del número y características de los empleos ofertados a ciudadanos extracomunitarios y que pueden ser cubiertos por éstos. Dicho cálculo o estimación de los puestos y trabajos destinados a extranjeros tiene carácter o vigencia anual, aunque puede revisarse a lo largo de este período²², y presenta la singularidad de dirigirse exclusivamente a aquellos que se encuentran fuera de nuestro país. Así, el artículo 77.3 del REx señala, a propósito del contingente, que "(...) permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen (...)". De la anterior previsión se deduce, así, otra de las claves del contingente, el tratarse de un procedimiento de gestión indirecta de la contratación de trabajadores foráneos cuya colocación se planifica y propicia en España, tramitándose parte del proceso en el país de origen o residencia del extranjero.

Al respecto ha de señalarse que, también en el marco del contingente, será preceptiva la correspondiente autorización inicial de residencia y trabajo cuya concesión y dinámica sigue, en sus líneas básicas, la regulación, ya comentada a propósito del régimen general, de los artículos 49 y siguientes del REx. Como técnica de canalización, control y contención de la llegada de trabajadores foráneos, la fórmula del contingente es una herramienta que, además de la modulación de los flujos migratorios, permite seleccionar la nacionalidad u origen de la mano de obra, modularizando en mayor medida el perfil del trabajador requerido. Así, por aplicación de lo previsto en el artículo 78.5 del REx, para las ofertas incluidas en el contingente se dará preferencia a los

(21) La posibilidad de recurrir a un sistema de cupos fue reconocida en un Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 si bien fue dos años más tarde cuando el Gobierno aprobó el primer cupo anual de autorizaciones para trabajar a extranjeros (Resolución de 4 de abril de 1993).

(22) Tal posibilidad de revisión es una más de las novedades introducidas por el REx que, en su artículo 78.4, la predica tanto del número como de la distribución de las ofertas de empleo, permitiendo su adaptación a la evolución del mercado de trabajo.

nacionales de países con los que España haya suscrito los correspondientes acuerdos sobre regulación u ordenación de las migraciones. Pese a las ventajas, declaradas o implícitas, de esta solución, no puede ignorarse que también tiene sus riesgos por la perversidad que supone una inadecuada y torticera aplicación de la misma²³.

De cualquier manera, el también conocido como sistema de cupos no es más que una vía para dirigir las solicitudes de empleo de trabajadores foráneos hacia aquellos puestos de trabajo que, conforme a los estudios, previsiones y cálculos realizados, se estiman de difícil o improbable cobertura por mano de obra nacional, comunitaria o extranjera extracomunitaria residente en España²⁴.

En última instancia, las particularidades del empleo gestionado a través del contingente tienen que ver con la fijación previa de las ofertas pero, también, con el procedimiento de contratación de los trabajadores extranjeros que, conforme al artículo 80.1 del REX, será el establecido en el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se apruebe el contingente. Para el año en curso, dicho acuerdo, adoptado el 23 de diciembre de 2005 y hecho público el día 30 del mismo mes mediante la correspondiente Resolución de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, contiene algunas novedades de interés. Entre ellas, debe hacerse referencia a la propia ordenación del contingente cuya cifra, siempre provisional, se asigna y ordena teniendo en cuenta la tipología de puestos de trabajo y ofertas de empleo (estables o de duración determinada y genéricas o nominativas, respectivamente) y la nueva figura del visado de búsqueda de empleo con los que opera el REX²⁵.

No debe olvidarse, en este sentido, que el contingente que se comenta es el primero en ver la luz después de la aprobación del RD 2393/2004 y tras la ampliada vigencia del contingente inicialmente previsto para el año 2004²⁶ que, como es obvio, seguía las pautas del anterior y ya derogado texto reglamentario. Pero, además, la aprobación del contingente para el año 2006 tiene lugar una vez concluido el proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del REX. A la conclusión de dicho proceso y según datos del MTAS, más de medio millón de extranjeros había regularizado su situación administrativa, desarrollando, a partir de entonces en condiciones de absoluta y total legalidad, una actividad productiva²⁷. Obviamente, todo

(23) Un tratamiento detallado y extenso sobre el tema, en varios capítulos de la obra de TRINIDAD GARCÍA, M.ª L. Y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España: Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, 2005, Lex Nova.

(24) Sobre las relaciones existentes entre el contingente y la suficiencia de trabajadores, vid. CAMOS VICTORIA, I.: "El contingente de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 5, 2004, pp. 89 y ss.

(25) Sobre el mismo, IGARTÚA MIRÓ, M.ª T.: "El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006", *AS*, n.º 22, 2005.

(26) Conforme a la Resolución de 4 de febrero de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de diciembre de 2004, se prorrogó la vigencia del Acuerdo de 19 de diciembre de 2003, por el que se determinaba el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004.

(27) A falta de la resolución de un 0,06% de las solicitudes presentadas (691.655), el 83,45% (577.159 solicitudes) se resolvie-

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

ello ha influido en una minoración del número de empleos estables ofertados en este contingente²⁸, al que ha de añadirse, de un lado, el referido a empleos de temporada, para cuya gestión se establecen algunas particularidades, y, de otro, el asignado para búsqueda de empleo en sus dos modalidades.

Respecto a este último, se trata de otra novedad, introducida por la LO 14/2003²⁹ y regulada con mayor detalle en los artículos 81, 82 y 83 del REx, que es puesta ahora en marcha por primera vez. Esta vía de incorporación al mercado de trabajo –cuya experiencia piloto permitirá una mejor apreciación de las ventajas e inconvenientes que presenta– es ofertada a los extranjeros no residentes para que, una vez desplazados a nuestro país y durante su estancia de tres meses, busquen empleo y obtengan el correspondiente contrato. Su gestión a través del contingente hace de éste un instrumento de canalización de flujos migratorios con una función adicional: la de fijar el número de visados para búsqueda de empleo, sean los dirigidos a hijos o nietos de españoles de origen o sean los limitados a concretos sectores de actividad u ocupación³⁰.

III. CONTRATO DE TRABAJO Y EXTRANJERÍA: LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL TRABAJADOR EXTRACOMUNITARIO

A) La contratación y el contrato del extranjero

No deja de ser paradójico que, pese al espacio y el peso que tiene la regulación del acceso al trabajo de los extranjeros en la normativa que se comenta³¹, el legislador apenas repare en la peculiar dinámica del contrato de trabajo suscrito por éstos y centre sus miras en los estadios previos al mismo. Así, se ocupa casi exclusivamente de las vías de incorporación al mercado de trabajo y las preceptivas autorizaciones, de la figura del contingente y, en general, de las distin-

ron positivamente, siendo denegadas el 16,55% (114.496 solicitudes). Datos disponibles en <http://www.mtas.es/balance/proceso-norm.pdf>.

(28) A propósito de la interconexión existente entre los procesos de regularización y las deficiencias, disfuncionalidades y limitaciones del contingente, CEINOS SUÁREZ, A.: “El trabajo de los extranjeros en España”, *La Ley*, 2006, capítulo IV.

(29) La citada LO 14/2003, de 20 de noviembre, incorpora, entre otras novedades, la tipología de visados que contiene el artículo 25 bis de la LOEx y la posibilidad de establecer, a través del contingente, un número de visados para búsqueda de empleo que autorizan el desplazamiento de los extranjeros y su estancia en nuestro país, durante un período máximo de tres meses, con la finalidad de buscar trabajo (artículo 39.3, 4 y 5 de la LOEx).

(30) Y que, como se ha señalado, “(...) no es, como se dijo, un útil para hacer realidad un cupo de solidaridad con las personas que buscan trabajo, dándole una oportunidad para hacer efectivo su derecho a inmigrar por razones económicas, sino que es, una vez más, una vía más para satisfacer necesidades del mercado (...)”, ESTEBAN DE LA ROSA G. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La reordenación del régimen de situaciones de trabajo y de los extranjeros en España (Comentario del RD 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000)”, en *Revista de Estudios financieros. Trabajo y Seguridad Social*, n.º 265, 2005, p. 60.

(31) De hecho, tanto la LOEx como el REx le dedican buena parte de su articulado, la primera todo el Capítulo III y, este último, una considerable y extensa relación de preceptos ubicados, principalmente, a lo largo de sus Títulos IV, V, VI y IX.

tas situaciones administrativas relacionadas, de un modo u otro, con el desarrollo de actividades laborales o profesionales por los ciudadanos extracomunitarios.

La inserción laboral del extranjero y su condición de trabajador son contempladas, pues, como realidades probables o situaciones potenciales lo que resulta lógico si se tiene en cuenta la finalidad, explícita por otro lado, de esta regulación. Desde una perspectiva o posición previa, la norma busca, no tanto la efectiva normalización o permanencia del extranjero en el mercado de trabajo ni su protección en cuanto trabajador, sino, precisamente, la restricción y ordenación de dicha entrada, procurando garantizar el regreso a su país de origen una vez concluya el correspondiente contrato. Es más, el compromiso de retorno del trabajador extranjero al país de origen es contemplado, expresamente, como condición o requisito para obtener la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada³². Tal previsión se completa al establecerse, a modo de sanción por incumplimiento, que la inobservancia de la obligación de retorno podrá ser causa de denegación de ulteriores solicitudes, durante los tres años siguientes³³.

En realidad, por mucho que el legislador confiese tener una visión integral e integradora del fenómeno de la migración, fundamentando en esta concepción algunas de las reformas operadas en la normativa de extranjería, tales planteamientos son casi un adorno estético³⁴ frente a la imponente presencia de otros condicionantes y prioridades. Así, pese a las proclamas formales, ya con la LO 8/2000 se acentúa el propósito de control de flujos y cierre de fronteras, lo que, como ya se apuntó, está en consonancia con los objetivos de la Unión Europea y los restrictivos postulados de su política migratoria común. En esta línea incide posteriormente la LO 14/2003, anunciando que, “(...) tras mejorar el régimen jurídico de entrada y permanencia en territorio español de los extranjeros (...) se trata ahora de mejorar la regulación actual en materia de expulsión (...)”³⁵.

Conforme a estas claves, la LOEx encauza el acceso al mercado de trabajo, dificultándolo, al imponer requisitos y condiciones que confirman el amplio margen de maniobra de las correspondientes instancias estatales; son éstas las legitimadas para decidir cuándo, cómo y dónde trabajará el extranjero, en función de la situación nacional de empleo y de otras eventuales preferen-

(32) En el artículo 56, apartados 1.c), 2.b) y 3.b) referidos a los supuestos de actividades de temporada o campaña y de obras o servicios, trabajos temporales realizados por los colectivos a los que alude la norma y contratos para la formación y en prácticas, respectivamente.

(33) A ello se añade, en el caso de las autorizaciones para trabajos de temporada o campaña y de obras o servicios, que la acreditación del regreso facultará para cubrir otras ofertas de empleo que se generen en la misma actividad, si bien no se formula garantía alguna al respecto; previamente, la norma reglamentaria ha recogido como requisito, para los mismos anteriores supuestos pero, ahora, con las miras puestas en el empresario, su diligente actuación, en ocasiones anteriores, en orden a garantizar el regreso de los trabajadores extranjeros.

(34) PEDRAJAS PÉREZ, F.: “Igualdad y no discriminación del trabajador extranjero en España”, en VVAA: *Jornadas sobre la Ley de Extranjería: sus repercusiones en el ámbito laboral*, op. cit., p. 75. Con esta concluyente valoración y en el marco de sus apreciaciones generales de la Ley, el autor destaca la importancia y el papel que, en su letra e intención, tiene la determinación de las condiciones y requisitos para trabajar en España.

(35) Apartado IV, 5.º de su amplísima Exposición de Motivos.

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

cias, circunstancias y compromisos. En la norma reglamentaria, igualmente preocupada por los extremos relativos a la contención y canalización de los movimientos migratorios, tampoco hay una labor de regulación en cuanto a la posición jurídica de los trabajadores extranjeros³⁶ y son contadas las referencias a los derechos que la Ley les reconoce³⁷.

Lo dicho explica, si bien sólo en parte, las puntuales menciones al contrato de trabajo³⁸ del extranjero que, en lo que hace a su régimen jurídico, no parece preocupar excesivamente al legislador. Puede igualmente argumentarse para justificar tal ausencia de regulación, el hecho de que, tras superarse las trabas y una vez adquirida por el inmigrante la condición de trabajador, su situación jurídico-laboral y los derechos derivados de la misma se equiparan a los de cualquier trabajador nacional. Y ello, aun cuando del artículo 32.1 de la LOEx³⁹ pudiera concluirse que el legislador sólo reconoce al extranjero el derecho a trabajar en igualdad de condiciones a partir de la autorización de residencia permanente. Obviamente, no es ésta la lectura que debe darse al precepto que, al regular dicha situación administrativa en la que se exige al extranjero de la preceptiva autorización para trabajar, predica el derecho a hacerlo en igualdad de condiciones; y lo hace desde la perspectiva concreta del empleo, a partir de entonces de libre acceso, sin que puedan imponerse presupuestos o requisitos distintos a los exigidos a los españoles.

Si, hasta la obtención de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, la situación del trabajador extranjero respecto al nacional es de desigualdad por el trato de preferencia dado a éste, tras incorporarse legalmente al trabajo no pueden ya establecerse distingos, similitudes o discriminaciones en el empleo en relación con los trabajadores españoles. Considerado ilegítimo el establecimiento de diferencias de trato entre los trabajadores en función de su nacionalidad, parecería del todo innecesario que la normativa de extranjería contemplara de manera específica el régimen jurídico de un contrato de trabajo al que se aplica, en bloque, la legislación laboral y que no puede, por otra parte, someterse a una regulación distinta por mucho que el trabajador sea ciudadano extracomunitario.

Partiendo de tal premisa, el principio de igualdad de trato, que entra en juego cuando es concedida la preceptiva autorización y se actualiza la condición de trabajador extranjero, propicia y determina la solución legislativa adoptada de no regular el contrato en cuestión. Vigente éste, resulta irrelevante la nacionalidad del trabajador por lo que, al operar la máxima que prohíbe

(36) RAMOS QUINTANA, M.I.: "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", op. cit., p. 49.

(37) Se trata de previsiones fundamentalmente referidas a la información sobre los elementos esenciales del contrato (caso, por ejemplo, del artículo 80), si bien respecto a algunas de las autorizaciones de trabajo se señalan, además, ciertas condiciones y garantías, por ejemplo las que afectan al alojamiento del trabajador extranjero [artículo 56.1.a)].

(38) Si bien el vigente REx, a diferencia de su antecesor, se refiere con relativa frecuencia al contrato de trabajo, el alcance y funcionalidad de las citas es meramente instrumental, a los efectos de regular la tramitación, requisitos, duración, etc. de las distintas autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

(39) El citado artículo 32.1 de la LOEx, reproducido casi literalmente por el artículo 71 del REx define la situación de residencia permanente como aquella que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

la discriminación en atención a tal condición, es obligado igualar las condiciones laborales de nacionales y no nacionales. Por tanto, si en la prestación de servicios por cuenta ajena de los extranjeros no existe especificidad alguna que aconseje la modalización de la regulación del contrato de trabajo efectuada por el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), tampoco hay razón que justifique el establecimiento de un régimen diferenciado de derechos y obligaciones. Dicho en otras palabras, la ausencia de singularidades en la relación laboral de los ciudadanos extracomunitarios conlleva la aplicación de las mismas condiciones, reglas y principios previstos para la generalidad de los trabajadores.

B) Igualdad de trato *versus* desigualdad de contrato

Pero, precisamente por imperativo del principio de igualdad de trato, distorsionado por sus fisuras y quiebras respecto a determinados derechos fundamentales y libertades públicas, la LOEx tipifica como infracción muy grave la realización de conductas de discriminación [artículo 54.1.c)]. Además, entre los actos discriminatorios, veda expresamente la adopción de criterios que presupongan un impacto desigual desproporcionado en perjuicio de trabajadores extranjeros [artículo 23.2.e)].

La paridad de trato con los nacionales ha de informar, pues, el tratamiento del trabajador extranjero en el seno de la relación laboral en la que no puede repercutir este elemento subjetivo de extranjería y respecto a la cual no cabe apuntar otra singularidad que el hecho de requerirse, con carácter previo a su constitución, una autorización administrativa.

Con todo y dado que ésta parece operar como requisito para la válida constitución de la relación de trabajo, no puede afirmarse, sin más, que el contrato de trabajo del extranjero es idéntico, en cuanto a su formalización, ejecución o dinámica, al del trabajador nacional. Por mucho que, en efecto, el principio de igualdad de trato impida establecer diferencias entre uno y otro en lo que hace a retribuciones, condiciones de trabajo o protección en materia de seguridad y salud, tal principio no alcanza a equiparar del todo y de manera absoluta los contratos de trabajo de nacionales y extranjeros. Y ello porque, en consonancia con todo lo expuesto, el empleo de estos últimos depende del juego de unas autorizaciones que tienen por finalidad, precisamente, priorizar o preservar el empleo de los primeros y facilitar, o al menos flexibilizar, la expulsión del mercado de trabajo de los segundos.

Con esta premisa, la peculiaridad del contrato de trabajo del extranjero no es tan irrelevante ni, en consecuencia, debe ignorarse la incidencia que tales controles, formalidades y trámites tienen en la constitución y vigencia de la relación laboral. Es más, en torno a la contratación de trabajadores extranjeros, a las singularidades que están presentes en la celebración y dinámica de sus contratos y a los efectos que produce en ellos la falta de autorización administrativa han tenido que pronunciarse los Tribunales, haciéndose eco de la envergadura y consecuencias prácticas del tema, fundamentalmente en lo que hace a esto último.

Así, aunque no pase de ser un presupuesto legal habilitante para la realización de una actividad lucrativa, la referida autorización para trabajar ha venido siendo valorada en términos de

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

requisito determinante de la validez o nulidad de la relación contractual del extranjero. La tesis de la nulidad por la carencia del anterior permiso de trabajo, fundamentada inicialmente en una pretendida falta de capacidad para contratar del extranjero⁴⁰, ha seguido manteniéndose, en algún caso por pura inercia⁴¹, si bien sobre la base ya de la contravención de una norma de carácter imperativo. Con esta solución, que terminó por imponerse como criterio judicial ante el silencio del legislador⁴², no hizo más que acentuarse la ya de por sí frágil, precaria y desventajosa situación del trabajador extranjero al que, hasta hace poco, se ha venido reconociendo, como único derecho, el de la remuneración por los servicios prestados⁴³. Por otro lado y desde la óptica de su fundamentación jurídica, el recurso a la tesis de la nulidad del contrato resultaba, cuanto menos, forzado y no del todo coherente con los postulados que han hecho que su presencia y operatividad en el ámbito de la contratación laboral sea casi testimonial.

En cualquier caso, y precisamente porque hasta ahora la norma no se había pronunciado con firmeza sobre la eventual eficacia o ineficacia del contrato suscrito sin la preceptiva autorización, la calificación y consecuencias que debían predicarse del mismo y las repercusiones de todo ello en materia de protección social formaban parte de un debate inconcluso. Así, ante la posibilidad de convalidación posterior del contrato al resolverse positivamente la solicitud, se llegó a hablar, incluso, de anulabilidad, barajándose también la tesis de que una eventual denegación podría operar como condición resolutoria de aquél.

De ahí que, para evitar pronunciamientos jurisprudenciales dispares y, en ocasiones, poco convincentes, hubiera sido deseable que la LOEx pusiera fin al ambiguo silencio del legislador y se pronunciara de manera clara, precisa y contundente sobre tan polémico tema. Sin embargo, lejos de ser así, el tratamiento inicialmente dispensado en la LOEx, cuya primitiva versión abordaba la cuestión en el artículo 33.3, no hizo sino introducir elementos adicionales de confusión y lecturas encontradas.

Dicho precepto fue retocado posteriormente por la LO 8/2000 –que reubica en el artículo 36 la regulación de la autorización para realizar actividades lucrativas– conservando, intencionadamente o no, sus bondades en lo que hace a los efectos o consecuencias que, para el empleador

(40) Y ello por la inadecuada ubicación en el ET, concretamente en el artículo 7 referido a la capacidad para contratar la prestación de trabajo, de una de las contadas referencias a los extranjeros contempladas en dicha norma legal.

(41) O, como apunta RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, M., porque “se ha convertido en un lugar común, aceptado con frecuencia acríticamente, que la falta de autorización administrativa para trabajar acarrea la ineficacia del contrato así suscrito. Sin embargo, falta una prescripción legal que así lo disponga (...), “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, op. cit., p. 32.

(42) Y es que, ni el ET ni la ya derogada LO 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España se pronuncian sobre las consecuencias jurídicas que se derivan para el contrato de trabajo en caso de falta del preceptivo permiso o autorización administrativa.

(43) Éste es el resultado al que conduce la aplicación automática del artículo 9.2 del ET que se limita a señalar que el trabajador, en caso de que el contrato resultase nulo, podrá exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido. Por su parte y en lo que hace al empresario, cumple con abonar tal remuneración si es reclamada, pudiendo unilateralmente prescindir de los servicios del trabajador sin que de ello, ni del contrato que no existe, se derive otra consecuencia, obligación o responsabilidad.

y para el empleado, se derivan de la falta de dicha habilitación, Así establece que “(...) sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero (...)”. El optimismo inicial que suscitó una lectura generosa y bienintencionada de tal solución legal, se acentuó posteriormente con la aprobación de la LO 14/2003 que da nueva redacción, entre otros preceptos, al artículo 36 de la LOEx en cuyo apartado 3 se intercalaron nuevas previsiones en materia de seguridad social⁴⁴.

Aunque está aún por concretarse cuál será su alcance efectivo y su difícil entendimiento permitió sugerir propósitos de muy distinto calado⁴⁵, la propuesta del citado artículo es, sin duda, la mejor de las ofrecidas hasta ahora. Y es que la actual redacción del precepto supone un nuevo enfoque en el tratamiento del contrato de trabajo del extranjero no autorizado, al predicar su validez y eficacia y reconocer, de modo más amplio y generoso que la opción del artículo 9.3 del ET, derechos al trabajador. No obstante, hubiera sido deseable una mayor certeza sobre cuáles son estos derechos, su alcance real y sus eventuales limitaciones y garantías⁴⁶ o, al menos, alguna indicación que permitiera adivinar el modo o momento de su ejercicio, teniendo en cuenta los condicionantes de la autorización de trabajo del extranjero. A la espera de que se confirmen o no las expectativas, se sigue depositando en manos del juzgador la interpretación de variadas cuestiones por lo que subsiste una peligrosa dosis de inseguridad jurídica.

Con todo, ha de señalarse que, junto a la anterior cuestión, considerada como uno de los caballos de batalla en el estudio de la extranjería⁴⁷, hay otros temas conexos que tampoco quedan resueltos en el vigente marco normativo. Es el caso, por ejemplo, de la eventual caducidad de la autorización inicial de trabajo y de los efectos que produce en el contrato el que no se inste o se deniegue la renovación de la misma –se recurra o no tal decisión administrativa–, la incidencia que tiene en la relación laboral la falta de correspondencia entre los supuestos y ámbitos para los que se concede la autorización de trabajo y la actividad efectivamente realizada o el lugar y sector productivo en el que se prestan los servicios o, por citar sólo una más de las posibles vicisitudes, las consecuencias que tendría en los derechos del trabajador extranjero una eventual orden de expulsión del territorio español.

(44) El artículo 36.3 establece que para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas 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.

(45) Desde la vía encubierta de regularización, apuntada, para la anterior versión, por RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, op. cit., p. 33, hasta la apuesta decidida por la validez del contrato que sugiere RAMOS QUINTANA, M.I.: “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios”, op. cit., p. 69.

(46) A propósito de éstos y otros interrogantes y efectuando un concienzudo estudio sobre el tema, los trabajos de CAMÓS VICTORIA, I.: “Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar” y GÓMEZ ABELLEIRA, F.: “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero”, ambos en *RL*, n.º 12, 2004.

(47) CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, p. 131.

Extranjería y trabajo: acceso al empleo y la contratación de los extracomunitarios

IV

Particular trascendencia tiene la posible quiebra del principio de causalidad en la contratación temporal de los trabajadores extranjeros. Y ello porque, pese al propósito de la norma reglamentaria, la correspondencia entre las actividades de duración determinada para las que se concede la autorización de trabajo y las modalidades de contratos previstos en la legislación laboral es más aparente que real. La falta de sintonía entre unas y otras es más que evidente si se comparan sus respectivos límites temporales o sus posibilidades de ampliación o prórroga fijadas en términos discordantes y difíciles de coherencia. Es el caso, por citar alguno, de las obras o servicios previstos en el artículo 55.2.b) del REx, para cuyo desarrollo deberá contarse con una autorización, no renovable, cuya duración, coincidente con la del contrato, no puede superar el año⁴⁸. Otro ejemplo de disfuncionalidades, afortunadamente alguna ya corregida⁴⁹, tiene que ver con el tratamiento reglamentario de las actividades para la formación –contempladas en el apartado d) del citado artículo y para cuya realización se exige la previa obtención de una autorización con las condiciones y requisitos que establece el artículo 56.3– no del todo consecuente con el diseño legal del correspondiente contrato formativo⁵⁰.

En este sentido, se ha censurado que los artículos 55 a 57 del REx utilizan como punto de partida modelos de contrato que no existen en el ordenamiento jurídico español, lo que no sólo es cuestionable desde el punto de vista de la inadecuación del instrumento regulador sino, también y sobre todo, desde la perspectiva legal que veda el trato discriminatorio⁵¹.

Si, ante circunstancias o supuestos de hecho como los apuntados, se confirma la desigual posición del trabajador extranjero respecto al nacional o comunitario, puede imaginarse cuál será el panorama y las condiciones de empleo en caso de inmigrantes irregulares respecto a los cuales el principio de igualdad es pura entelequia. Y es que a la lógica desigualdad en el plano laboral que se concreta en peores condiciones de trabajo y nula protección (jornada y descansos, cálculo y abono de salarios, indemnizaciones, seguridad y salud laboral, etc.), se añade la total indefensión de los trabajadores que, por su irregular situación administrativa, no suelen reclamar sus derechos y, menos aún, denunciar al empresario o demandarlo acudiendo a la jurisdicción social.

Con un sistema tan perverso, excluyente y selectivo que condiciona, vincula y asocia la autorización de trabajo a variables tan numerosas y distintas, no dejarán de presentarse situaciones que podrían calificarse de paradójicas, cuando no de auténticos dislates y ejemplo de incoherencia.

(48) Conforme al artículo 15 del ET y su normativa de desarrollo (RD 2720/1998, de 18 de diciembre), el contrato para la realización de una obra o servicio determinados es, pese a su carácter temporal, no prorrogable y de duración incierta, extinguiéndose al concluir la obra o el servicio que constituyen su objeto lo que, no necesariamente ocurre en el marco temporal de un año.

(49) Recientemente, por RD Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, se eliminó la anterior referencia del artículo 11.2 del ET a los trabajadores extranjeros y la posibilidad de que, durante los dos primeros años de vigencia de sus permisos de trabajo, puedan celebrar contratos para la formación pese a superar los 21 años de edad que opera como límite general para los trabajadores contratables.

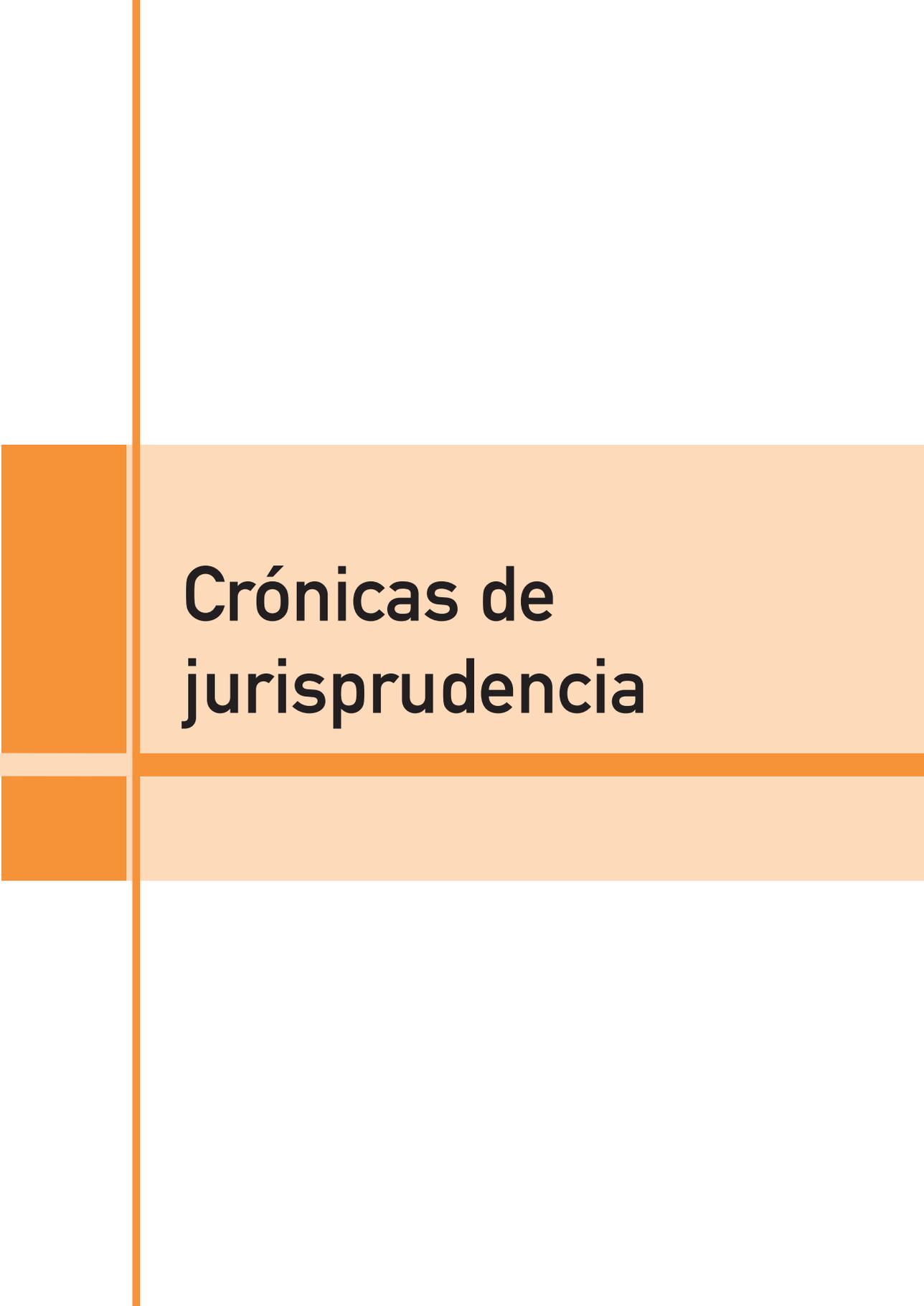
(50) Contemplado en el artículo 11.2 del ET, objeto de desarrollo reglamentario mediante RD 488/1998, de 27 de marzo.

(51) CARDENAL CARRO, M.: "Permisos de trabajo y modalidades contractuales", AS, n.º 6, 2005.

Como lo es el hecho de posibilitar que quien esté legalmente obligado a tramitar la autorización para trabajar, el empresario, lejos de verse compelido a operar como garante del empleo regular, resulte principal beneficiario de la contratación ilícita de extranjeros.

Nuevamente, el sistema sobreprotege a los de dentro (nacionales o ciudadanos comunitarios, sujetos formal y materialmente incorporados al mercado laboral, trabajadores extranjeros autorizados, activos que cotizan y contribuyen al sostenimiento de un sistema que los protege) pero ignora y da la espalda a los de fuera (extranjeros que abandonan países con dificultades económicas, ocupados en empleos marginales, peligrosos, precarios e infravalorados, inmigrantes en situación irregular, mano de obra sumergida), marcando las distancias de aquéllos respecto a éstos, primeras y más directas víctimas de su precaria situación.

Por cuestiones como las apuntadas y por otros muchos interrogantes que quedan sin resolver, puede afirmarse que, a día de hoy, el régimen jurídico de la extranjería sigue teniendo en el contrato de trabajo del extranjero una asignatura pendiente. Aunque algo se ha avanzado, nuevamente se desaprovecha una excelente oportunidad para zanjar, de manera definitiva, las numerosas controversias que se suscitan en torno al mismo.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 1 de septiembre de 2006.

Recurso de Casación: 3895/2003.

Ponente: Don Rafael Fernández Valverde.

Voz: Asilo: inadmisión. Colombia.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por don G. El recurrente tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.

“El motivo debe ser estimado, en cuanto del propio relato de la solicitante se deduce, en principio, una persecución protegible, que merece ser estudiada en un procedimiento administrativo admitido a trámite, aunque después, en la tramitación del expediente administrativo, los hechos alegados acaso se revelen inciertos.

(...) el solicitante describió unos hechos acaecidos en un lugar concreto y determinado (finca Tambores en Puertonare) así como en una fecha cierta (13 de marzo de 2001); el recurrente informó a la guerrilla —al ser preguntado— si había gente armada, contestando afirmativamente; sin embargo, momentos después sus hermanos, que habían salido por leña lo hicieron en un sentido diferente, produciéndose la muerte de su hermano Pedro Enrique; que aunque es cierto que no describe una situación concreta de persecución contra él, lo cierto es que su familia —madre, esposa e hijos— se encuentra, desde aquellos hechos desplazados en un campamento.

Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que es doctrina jurisprudencial reiterada que procede otorgar la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, cuando tal persecución provenga de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las Autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz. El recurrente afirma que tal es su caso, y esta alegación no aparece tan manifiestamente infundada como para descartarla directamente ya en fase de admisión a trámite de la solicitud; al contrario, se trata de una cuestión que habrá de valorarse en la resolución que conceda o deniegue el asilo, una vez practicados los actos de instrucción correspondientes.

En consecuencia, el solicitante del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, ha aducido, para impetrar ese derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España para que se reconozca la condición de refugiado, circunstancia determinante para que se tramite su solicitud.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 7 de septiembre de 2006.

Recurso de Casación: 6285/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Asilo: inadmisión. Ciudadano de Afganistán.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La confusión se acentúa en el relato del recurrente quien se refiere a la realidad política del régimen cubano y formula alegaciones sobre la situación de

Asilo

los peticionarios de asilo procedentes de Cuba, lo que carece del menor sentido habida cuenta que el actor dice venir de Afganistán.

“En el caso de autos, la solicitud de asilo tiene como fundamento la situación de persecución sufrida por el recurrente en Afganistán, país del que dice ser nacional. Ello no obstante, del expediente administrativo que se acompaña a las actuaciones judiciales se desprende que el peticionario de asilo desconoce aspectos básicos del citado país, tales como la relación entre los meses y las estaciones del año, según el calendario afgano, las principales fechas o acontecimientos que celebran las fiestas del país, etc., omisiones éstas que permiten dudar sobre la nacionalidad alegada. Ha de advertirse, además, que el relato del recurrente es sumamente genérico y no concreta fechas, lugares y personas relacionadas con la persecución que afirma haber sufrido, persecución que atribuye a los Talibanes y refiere a un momento anterior a la finalización de la guerra que acabó con el régimen político dirigido por aquéllos. Tan genéricas alegaciones, no acreditadas siquiera indiciariamente, unidas a la ausencia de datos que permitan corroborar la nacionalidad del recurrente, determinan que el relato en que fundamenta su petición de asilo pueda reputarse inverosímil, debiendo entenderse por ello justificada la inadmisión a trámite de la solicitud, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6.d) de la Ley 5/1984, como hizo la Administración en la resolución recurrida, decisión administrativa que vino avalada por el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en España (ACNUR). Dicha conclusión es independiente de que se autorizara al recurrente la entrada en territorio español por aplicación del artículo 12.4 de la derogada Ley 7/1985 de Extranjería, por cuanto la citada autorización se basa en presupuestos muy diferentes de aquellos que determinarían la admisión a trámite de la solicitud de asilo y, en su caso, la concesión del referido derecho.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 7 de septiembre de 2006.

Recurso de Casación: 6316/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Asilo: inadmisión a trámite. Nacional de Ucrania.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que inadmitió a trámite su solicitud de asilo.

“(…) el interesado expuso que su padre era de origen bielorruso y en su familia se hablaba en ruso, pero desde 1995, con la efervescencia del nacionalismo ucraniano, comenzó a tener problemas. Tras la celebración del referéndum sobre la independencia de Ucrania, los mismos funcionarios comunistas siguieron en el poder y se dedicaron a robar al pueblo, creándose una situación complicada política y psicológicamente, la economía se derrumbó, cerrándose las fábricas. Por ser ruso parlante vio que tanto en la puerta de su casa como en su coche escribieron palabras insultantes e intentaron quemar la casa y rompieron los cristales del coche. A su hijo pequeño le insultaban en la calle. Tras la muerte de un poeta se acentuó la persecución contra los rusos. El solicitante fue despedido de su trabajo, con la excusa de una reducción de plantilla, y con la aprobación del Comité Sindical, llamado a defenderlo.

De este modo, el interesado adujo la existencia de insultos, amenazas, daños contra su patrimonio y discriminación laboral como consecuencia de la persecución contra los ruso hablantes en Ucrania. Dicho relato describe, pues, una persecución por motivos étnicos y una situación de pasividad de las autoridades ucranianas, y no puede calificarse apriorísticamente de manifiestamente falso o inverosímil (nada ha dicho la Administración en tal sentido), por lo que no cabe acordar su inadmisión a trámite por la única causa aplicada por la Administración [la prevista en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo], visto que para que dicha inadmisión proceda se requiere que la causa de inadmisión concorra de forma manifiesta (ar-

Asilo

tículos 17.1 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero), lo que no es el caso; de forma que la solicitud merece el trámite. Siendo, obviamente, cuestión distinta que luego, una vez instruido el expediente, no se encuentren indicios suficientes para una resolución final favorable.

Procede, por lo tanto, declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso contencioso administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho del actor a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

Fecha: 14 de septiembre de 2006.

Recurso de Apelación: 87/2006.

Ponente: Doña María Luz Lourdes Sanz Calvo.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Colombia. Petición de reexamen.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se desestima la petición de reexamen contra la inadmisión a trámite de la petición de asilo.

“(…) lo primero que hay que destacar es que en dicho escrito se omite toda referencia a la estancia de tres años del solicitante en España —de 2001 a 2004— con posterioridad a sufrir las amenazas que invoca de las FARC y a la muerte de su hermano ocurrida según su relato en 1996, período de tiempo durante el que Pedro Enrique no solicitó asilo en España.

Se trata de un dato muy relevante que no puede en modo alguno ser desconocido o pasado por alto, como se pretende por el apelante, ya que si el solicitante de asilo dice que vino a nuestro país para huir de las amenazas sufridas, no resulta creíble que, de ser ciertas las amenazas que alega, no solicitara asilo en España durante ese período de cuatro años que estuvo residiendo en nuestro país.

Para justificar su regreso a Colombia en febrero de 2004, esgrime que fue para proteger a sus padres que recibían amenazas de las FARC y les pedían que sus hijos regresaran a su país —folio 14 del expediente—. No relata en qué consistían esas amenazas, ni aporta tampoco dato alguno que permita explicar el interés de las FARC por el solicitante después de permanecer cuatro años fuera del país, hasta el punto de exigir su vuelta.

También se muestra muy genérico respecto a las amenazas recibidas tras regresar a Colombia, dice que le obligan a cooperar con ellos transportándoles y que en marzo de 2005 le secuestraron y que logró escapar.

(…).

Aunque en la solicitud de reexamen aporta ya más datos sobre el secuestro sufrido, sigue siendo impreciso sobre la manera en que pudo eludir el control de un grupo de hombres armados.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

Fecha: 14 de septiembre de 2006.

Recurso de Apelación: 94/2006.

Ponente: Doña María Luz Lourdes Sanz Calvo.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Guinea Bissau. Inadmisión a trámite.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se inadmitía a trámite su solicitud para la concesión de asilo en España.

“El solicitante hace referencia a la situación bélica existente en su país en el año 2000, que es cuando dice que lo abandona y presenta la solicitud de asilo en la Oficina de Extranjeros en Ceuta en fecha 19 de octubre de 2005 —folio 1.2 del expediente— es decir cinco años después.

Durante ese período de tiempo y siempre según lo manifestado por el solicitante, ha permanecido

un año aproximadamente en Guinea Conakry, otro año en Malí, un año más en Argelia y dos años en Marruecos de donde pasó a pie a Ceuta —folio 1,5 del expediente— país este último, al que se omite toda referencia en el escrito de interposición del recurso de apelación, signatario de la Convención de Ginebra donde pudo pedir asilo y no lo hizo.

Pero es que además, como informa la instrucción, el solicitante de asilo no invoca ninguna persecución de tipo personal en que fundamentar la protección que solicita.

(...).

En el caso de autos, a la vista de las circunstancias concurrentes, no puede hablarse de persecución en el sentido a que alude la Convención de Ginebra que es la que aquí nos interesa, siendo éste también el criterio del ACNUR —folios 5,3 en relación con el 5.2 del expediente—.

(...) el largo tiempo transcurrido, 5 años, desde que el recurrente salió de su país hasta que efectuó la petición de asilo, lo que redundaba en la falta de apreciación de temores de riesgo para la integridad física del solicitante caso de regresar a su país, no apreciándose la concurrencia de los presupuestos exigidos por el artículo 17.2 de la Ley de Asilo para su aplicación.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

Fecha: 14 de septiembre de 2006.

Recurso de Apelación: 39/2006.

Ponente: Doña María Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: nacional de Nigeria.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de la concesión del derecho de asilo en España.

“(...) se argumenta también en la apelación que la persecución descrita encajaría en el motivo “per-

tenencia a grupo social” previsto en la Ley de Asilo por remisión a la Convención de Ginebra de 1951. Efectivamente tal “grupo social” es una categoría residual que se aplica a motivos de persecución que no pueden ser catalogados en los demás legalmente previstos (ni por razón de raza ni de religión ni de nacionalidad ni de opiniones políticas), que en ocasiones anteriores hemos aplicado, por ejemplo, a los homosexuales rumanos (Sentencia de 24 de septiembre de 1996) o a los periodistas argelinos (Sentencia de 25 de noviembre de 1997) o incluso la pertenencia a clase social acomodada en Colombia se ha considerado como motivo de persecución en la SAN de 13 de enero de 2005 (recurso 1009/2003). En la misma encajan también los supuestos de ablación SAN de 12 de diciembre de 2002, Rec. 858/2001), por haberse considerado que tal mutilación genital femenina es en realidad una manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las «mujeres» o «género femenino».

Esta última pretensión, sin embargo, tampoco puede ser atendida por la Sala pues el pretendido grupo de esposas de un hombre rico (en Nigeria) que es perseguido por otra u otras de las esposas del mismo carece de diferenciación y de características innatas, y por tanto no puede ser conceptualizado como «grupo social determinado» a los efectos de ser merecedor de la protección que dispensa la institución de asilo en nuestro país.

En definitiva, y como señala el Abogado del Estado en su escrito de oposición a la apelación, puesto que el relato se basa en las presuntas amenazas de muerte de una de las otras mujeres de su esposo, ello evidencia que la recurrente no está perseguida por las autoridades de su país, y que su temor no es debido a alguna de las causas previstas en la normativa de asilo, sino que se trata de una cuestión incardinable en el ámbito delictivo y por tanto penal, que debería haber sido denunciado ante las autoridades, y no desplazándose a varios miles de kilómetros, fuera de su país.”

Expulsión

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

Fecha: 14 de septiembre de 2006.

Recurso de Apelación: 98/2006.

Ponente: Doña María Nieves Buisán García.

Voz: Solicitud de asilo: nacionales de Argelia.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por los recurrentes contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de asilo.

“Los motivos que fundamentaban dicha solicitud de asilo, que figuran en el fundamento de derecho segundo de dicha sentencia de instancia, son en síntesis los siguientes:

Trabajaba como músico en las fiestas que se celebraban en su ciudad, y en el año 2003 recibió una carta donde le comunicaban que debía dejar su trabajo porque la religión islámica lo prohibía. En otro caso, le matarían a él y a su familia. Como no tenía otro trabajo, siguió trabajando. Un día le llamaron para una fiesta, pero al venir a recogerle, se dio cuenta que era un terrorista. Consiguió escapar pero desde ese día sabía que su vida corría peligro, por lo que decidió salir de Argelia junto a su esposa, y venir a Melilla a pedir asilo político.

La sentencia apelada, en el siguiente fundamento jurídico, párrafo tercero, recoge las alegaciones del Instructor del expediente en el sentido de que no consta que las autoridades argelinas ni toleran, ni promueven, ni autorizan, ni permanecen inactivas ante el fenómeno del terrorismo integrista. Por el contrario lo están persiguiendo, y si bien se producen deficiencias, éstas pueden ser solventadas acudiendo al desplazamiento interno, ya que no consta que los terroristas dominen de una forma total y con plena eficacia todo el territorio argelino, por lo que perfectamente pudo haber cambiado de domicilio y/o lugar de residencia. Tampoco consta que los hechos alegados fueran denunciados en su momento.

(...).

De todo ello esta Sala concluye que la solicitud de asilo de los apelantes ha de ser inadmitida a trámite, por provenir la persecución descrita de agentes no estatales, y por ende, que el presente recurso ha de ser desestimado, sin que tampoco concurren las circunstancias de especial significación en dichos solicitantes de asilo que, para apreciar las razones humanitarias del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, exige la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 2986/2002.

Ponente: Don Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Sanción de expulsión: notificación.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Impugnación de la orden de expulsión notificada verbalmente.

“(…) consta en el expediente administrativo remitido por la Administración que contra el interesado se inició un procedimiento de expulsión; ahora bien, con fecha 29 de enero de 2001 el instructor del expediente propuso el archivo de lo actuado a la vista de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000 (“habiendo desaparecido como causa de expulsión la participación del extranjero en actividades ilegales, artículo 49.g”), y el Comisario Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Madrid, (...) informó que no constaba que se hubiese dictado posteriormente resolución de archivo, (...).

Así las cosas, no existiendo ningún Acuerdo de expulsión que pusiera término a dicho expediente, y habiéndose acreditado esta circunstancia al remitirse el expediente a la Sala por la Administración,

Expulsión

acertó la Sala *a quo* al inadmitir el recurso contencioso administrativo, (...).

(...) una notificación verbal, de la que no hay constancia alguna, no puede justificar por sí sola la existencia del acto que se dice impugnar. De hecho, la propia parte admite que es dudoso que la resolución denegatoria de entrada en el territorio nacional exista (véase alegación tercera del recurso de súplica), lo que impide la tramitación del proceso, cuyo objeto sería de existencia dudosa: el primer requisito del proceso contencioso administrativo es que se dirija contra un acto administrativo cierto y concreto.

Por lo demás, no puede pedirse que se declare caducado un expediente sancionador sin pedirlo previamente a la Administración, en casos (como el presente) en que no existe resolución final impugnada. Y, en todo caso, en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se dijo muy claramente que lo que se impugnaba era una orden de expulsión notificada verbalmente; no se señalaba como acto impugnado una desestimación presunta de una petición de caducidad. (Por cierto, esa petición de declaración de caducidad no se había formulado ante la Administración, pues no puede considerarse tal el escrito de fecha 27 de agosto de 2001, con sello de entrada de 3 de septiembre siguiente, que consta en el expediente administrativo, en el que se pedía una certificación acreditativa del silencio producido, aunque en él se citase de pasada la caducidad).

En fin, mal puede hablarse de infracción de los principios de tutela judicial efectiva e igualdad por el hecho de que el recurso contencioso administrativo fuera inadmitido, ya que ninguno de esos principios obliga a tramitar recursos contenciosos administrativos sin acto impugnado, y ni se razona ni se alcanza a comprender en qué consiste esa supuesta infracción del principio constitucional de igualdad.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 147/2003.

Ponente: Don Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Sanción de expulsión: silencio administrativo.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra el auto del TSJ de Madrid por el que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo sobre incoación de expediente de expulsión de extranjero.

“(…) 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, no produce como efecto el surgimiento por silencio de una resolución desestimatoria 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 del vencimiento del plazo son bien distintos de los que regula el artículo 43 del mismo cuerpo legal, en concreto en su apartado 3. Así, 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, en el caso de silencio negativo, 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 procedimiento. Y en el caso presente no puede discutirse la naturaleza sancionadora del procedimiento que nos ocupa y, por ende, su cobijo en el artículo 44 de la LRJPAC y su exclusión del régimen contemplado en su artículo 43. Al hilo de esto último, precisemos que a pesar

Expulsión

de las vagas e incluso contradictorias afirmaciones del recurrente, a lo largo de su actuación procesal, no es el acuerdo de incoación del procedimiento de expulsión lo que podemos tener por impugnado en este recurso contencioso administrativo, ahora en grado de casación, porque, como hemos apuntado, con la interposición de dicho recurso, y a los efectos de identificación de lo que se recurría, lo único que se acompañó fue, primero, un acuerdo de incoación de procedimiento de expulsión, de fecha 16 de enero de 2001, y segundo, un escrito de alegaciones, presentado el día 24 de enero de 2001, y es el silencio frente a aquellas alegaciones el que ahora insiste en identificar el propio recurrente en casación como objeto del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 4702/2002.

Ponente: Don Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Sanción de expulsión: notificación verbal.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución de expulsión notificada verbalmente.

“(…) el actor dijo de forma expresa y bien clara que interponía el recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa por la que se había acordado su expulsión del territorio nacional, pero la Sala de instancia inadmitió el recurso sin siquiera reclamar el expediente a la Administración. Tal forma de proceder no es conforme a Derecho, porque en casos como el examinado, en que la parte recurrente insiste en la real existencia del acto administrativo que dice impugnar, sólo puede declararse que no existe la resolución impugnada previa reclamación y examen del expediente administrativo, cosa que, insistimos, la Sala de instancia no llegó a hacer. Las actuaciones desplegadas por el Tribunal *a quo* para concluir que no existía el Acuerdo impugnado resultan insuficientes, pues se conformó con realizar una

llamada telefónica a la Delegación del Gobierno en Madrid para preguntar si existía alguna resolución de expulsión contra el recurrente, y a la vista de la contestación telefónica negativa (recogida en una mera diligencia en la que no constan datos relevantes como la identificación del interlocutor de la Delegación del Gobierno) archivó las actuaciones, y cuando el actor recurrió el archivo en súplica reiterando que el Acuerdo de expulsión, único realmente impugnado, existía y se le había notificado verbalmente, no añadió ninguna actividad de comprobación orientada a ratificar la inexistencia del mismo y persistió en el indebido enfoque de la cuestión planteada.

La inadmisión declarada por la Sala de instancia infringe así el artículo 51.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por lo que deberá continuar ante la propia Sala de instancia la tramitación del recurso contencioso-administrativo, mediante la reclamación del expediente administrativo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Jurisdiccional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 3741/2002.

Ponente: Don Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Sanción de expulsión: notificación verbal.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra lo que calificaba como resolución de expulsión del territorio nacional.

“La parte recurrente, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, denuncia la infracción del artículo 359 de la LEC, imputando un vicio de incongruencia externa al auto de fecha 23 de abril de 2002, por el que se desestimaba el recurso de súplica interpuesto frente al anterior de 7 de febrero de 2002, al no haberse dado respuesta a todas cuestiones planteadas en dicho recurso de súplica. Afirma concretamente el actor que en aquel recurso de súplica «cuatro fueron las cuestiones deba-

Expulsión

tidas: la falsedad de las afirmaciones del Tribunal de instancia al declarar que el recurso contencioso-administrativo se dirigía contra la iniciación del procedimiento de expulsión, la falta de certeza de que no se haya producido resolución de expulsión, la indefensión en que se coloca al recurrente, y la necesaria condena en costas. Pues bien, a salvo de lo que más adelante se expondrá, únicamente se ha dado respuesta a la última de las cuestiones, eso sí, mediante una cláusula estereotipada y carente de fundamento. Las otras tres únicamente se han calificado como de ‘bagas (sic) e imprecisas’ sin entrar en el fondo de su argumentación».

Este motivo no puede ser aceptado.

(...).

La inadmisión del recurso acordada por la Sala de instancia es disconforme a Derecho, porque en casos como el examinado, en que la parte recurrente insiste en la real existencia del acto administrativo que dice impugnar, sólo puede declararse que no existe resolución de expulsión previa reclamación y examen del expediente administrativo, cosa que la Sala de instancia no llegó a hacer. Las actuaciones desplegadas por el Tribunal *a quo* para concluir que no existía el Acuerdo impugnado resultan insuficientes, pues se conformó con realizar una llamada telefónica a la Delegación del Gobierno en Madrid para preguntar si existía alguna resolución de expulsión contra el recurrente, y a la vista de la contestación telefónica negativa (recogida en una mera diligencia en la que no constan datos relevantes como la identificación del interlocutor de la Delegación del Gobierno) archivó las actuaciones, y cuando el actor recurrió el archivo en súplica reiterando que el Acuerdo de expulsión existía y se le había notificado verbalmente, no añadió ninguna actividad de comprobación orientada a ratificar la inexistencia del mismo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 24 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 653/2005.

Ponente: Don José Manuel Maza Martín.

Voz: Improcedencia de la expulsión automática.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes. Se declara indebido el acuerdo de expulsión al tener en cuenta su carácter automático sin haberse 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, un Único y semejante motivo, 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, lo que iría contra la doctrina sentada en esta materia por STS de 8 de julio de 2004 y 17 de mayo de 2005, entre otras.

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

Derecho al trabajo

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 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 fundamentalmente...”.

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.

Por consiguiente, los Recursos han de estimarse, dando lugar a la Segunda Sentencia que, a continuación se dictará, con efectos extensivos al otro condenado, que no recurrió, 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 Madrid.

Fecha: 16 de mayo de 2006.

Recurso: recurso de suplicación n.º 131/2006.

Ponente: Dña. María del Rosario García Álvarez.

Voz: Trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo: despido: improcedente. Finiquito: valor.

Resumen: “QUINTO: Los motivos quinto a noveno de recurso aparecen todos ellos amparados en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se destinan a denunciar las siguientes infracciones: artículos 55 y 56 del ET en relación con el 1214 CC (motivo quinto); del artículo 49.1.a) y d) en relación con los artículos 55 y 56 del ET y 1255 CC (motivo sexto); de los artículos 7.c) en relación con el artículo 9.2 del ET y 33.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y 35.3 de la LO 4/2003, de 20 de noviembre (motivo séptimo); del artículo 56.1.b) del ET (motivo octavo) y del artículo 56.1.a) del ET (motivo noveno).

El relato de hechos probados ha quedado inalterado siendo circunstancias específicamente relevantes del mismo las siguientes: 1) la actora fue despedida el día 30 de septiembre; 2) el 11 de octubre recibió 400 euros en concepto de finiquito; y 3) la demandante es trabajadora extranjera sin permiso de trabajo.

En primer lugar, por tanto, el hecho del despido aparece como indubitado, por lo que no es preciso establecer elucubraciones al respecto. En segundo término, el finiquito firmado solo refleja la percepción o liquidación de unas determinadas cantidades salariales a una concreta fecha, en modo alguno la

Derecho al trabajo

aquiescencia del trabajador al acto extintivo que la empresa pretende; solo es un documento finiquitador de cuentas, sin proyección alguna sobre el despido. Finalmente, y en tercer y último lugar, el artículo 33.3 de la LO 4/2000, que pasó a ser el artículo 36.3 tras la reforma efectuada por la LO 8/2000, señalaba 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», afirmación que se reproduce en el actual artículo 36.3 de la LO 4/2003 y que solo puede ser interpretada en el sentido de considerar que el contrato es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales y administrativas a que pudiera dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo.

Esta norma, en definitiva, viene a dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pueda exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier prestación de servicios por cuenta ajena, con arreglo al Estatuto de los Trabajadores, incluidas, por tanto, las derivadas del despido.

Por lo demás, el importe de los salarios de tramitación y la indemnización resultante está calculado conforme al salario declarado probado, por lo que ninguna infracción puede estimarse producida al respecto. En cuanto a lo percibido por la demandante en otro empleo, el correspondiente descuento deberá efectuarse en fase de ejecución de sentencia, una vez se pruebe por el empresario lo percibido por la trabajadora, no siendo procedente en esta fase efectuar deducción alguna.”

* * *

NOTA: Nada extraordinario o excepcional podemos encontrar en los hechos de los que trae causa la sen-

tencia objeto de comentario; de nuevo nos encontramos ante un supuesto en que existe prestación de servicios laborales sin que la trabajadora extranjera sea titular de autorización administrativa de residencia y trabajo por cuenta ajena (lógicamente no figura tampoco en situación de alta en ningún régimen del sistema de la Seguridad Social), pues aunque se cumplimentó el documento oficial de “oferta de empleo para trabajadores extranjeros”, nunca llegó a ser tramitado. En un momento determinado, la empresa despide a la trabajadora, quien recibe de la empresa una cantidad económica en concepto de finiquito.

Interpuesta la demanda por despido, el Juzgado de lo Social n.º 16 de los de Madrid lo declara improcedente. Contra dicha sentencia, la empresa interpone recurso de suplicación que es desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La selección de esta sentencia obedece no al carácter novedoso del iter fáctico, que no lo tiene, sino al hecho de que en su fundamentación jurídica se aluda al valor del llamado finiquito sobre el que, aunque existe abundante jurisprudencia, continúa siendo objeto de controversia.

El finiquito es el documento que se firma en el momento de extinguirse la relación laboral, o una vez extinguida ésta, que cumple básicamente dos funciones: declarar concluida la relación laboral y liquidadas las deudas y obligaciones nacidas de la misma. Por lo demás, el artículo 49.2 del ET impone al empresario la obligación de acompañar a la comunicación de la denuncia o, en su caso, al preaviso de la extinción del contrato de trabajo, una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas, refiriéndose al finiquito como saldo y no con valor extintivo.

Tradicionalmente, los órganos judiciales sociales venían predicando el valor liberatorio de los recibos de finiquito, no sólo desde el punto de vista de la liquidación de deudas, sino también en cuanto

Derecho al trabajo

documento extintivo de trabajo. En consecuencia, tras la suscripción del finiquito, los Tribunales rechazaban las acciones que, por reclamación de cantidad o despido, hubiesen incoado eventualmente los trabajadores (entre otras, STSJ Madrid de 2 de noviembre de 1994, rec. n.º 4277/1993).

Sin embargo, la más moderna corriente judicial, además de resaltar el contenido variable del finiquito y el riesgo importante de que las dos funciones que puede cumplir aquél se confundan, mantiene que para que tenga valor extintivo debe constar la manifestación de forma clara, expresa y carente de vicio, de la voluntad de poner fin al contrato de trabajo (STS de 26 de noviembre de 2001, rec. unif. doctrina n.º 4625/2000), que no ocurre cuando contiene una mera declaración de tener por liquidadas las deudas anteriores ni con la referencia a la causa invocada por la empresa en orden a la extinción contractual. En suma, realiza una interpretación restrictiva de los documentos de finiquito y declara inválidas las cláusulas generales liberatorias.

Sobre la base de las siguientes consideraciones, los tribunales habrán de valorar en cada caso el alcance del documento firmado por el trabajador, porque en muchas ocasiones no tendrá “proyección alguna sobre el despido”, ni supondrá “la aquiescencia del trabajador al acto extintivo que la empresa pretende”, no siendo extraño que obedezca a la necesidad del trabajador de conseguir unos ingresos a corto plazo para el período de incertidumbre en el que entra.

Dicho esto, en aplicación de la vigente normativa sobre extranjería, la ausencia de autorización de residencia y trabajo, con independencia de las responsabilidades penales y administrativas a que pudiera dar lugar el incumplimiento por el empresario de la prohibición de contratar a un trabajador que carece de aquella autorización, no impide considerar válido el contrato de trabajo, y que el trabajador extranjero pueda exigir a su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones laborales

que nacen de cualquier prestación de servicios por cuenta ajena, con arreglo al ET, incluidas las derivadas de despido.

Y declarado improcedente el despido, la sentencia objeto de comentario confirma el fallo en instancia que condena a la empresa a optar en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución judicial entre la readmisión de la actora en las mismas condiciones que antes del despido o a extinguir el contrato con abono de la indemnización correspondiente y, en todo caso, con abono de los salarios de tramitación. No vamos a detenernos en una idea en la que venimos insistiendo, que no es otra que, en nuestra opinión, entre los derechos del trabajador extranjero a que se refiere el apartado 3 del artículo 36 Ley de Extranjería no se encuentra el derecho a la readmisión, porque ello supondría tanto alterar el sistema legal basado en la obligatoriedad de autorización administrativa para que el trabajador extranjero extracomunitario pueda prestar servicios laborales como suplantarse la competencia de la autoridad laboral en orden a la concesión de las autorizaciones administrativas para trabajo y otorgar de hecho al trabajador una “pseudo-autorización para trabajar” (véase el n.º 12 de esta Revista, p. 158), pero sí advertiremos que será de aplicación la regla contenida en el artículo 56.1.b) del ET, por la que se abre la posibilidad de rebajar la condena a los salarios de tramitación cuando el trabajador hubiera encontrado otro empleo “si tal colocación fuera anterior a [la sentencia en la que se declara improcedente el despido] y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

* * *

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 16 de mayo de 2006.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1454/2006.

Ponente: Dña. María del Rosario García Álvarez.

Voz: Trabajador extranjero. Falta de comunicación a la empresa de la renovación: despido: improcedente.

Derecho al trabajo

Resumen: “TERCERO: El tercer y último motivo de recurso se formula por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL y en él se alega la infracción de lo establecido en los artículos 7, 8, y 9 del ET y 24 de la CE, así como los relacionados de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Como es sabido, la carta de despido delimita el objeto del debate y los hechos probados, por su parte, delimitan la actividad de revisión de esta Sala. En consecuencia, si la empresa imputa a la demandante no haber aportado la solicitud de renovación del permiso de trabajo y residencia pese a los diversos requerimientos efectuados al respecto, de esta imputación debemos partir, observando que, sin embargo, en los hechos probados consta expresamente que la actora tramitó la renovación el 13 de abril de 2005, entregando a la empresa la copia sellada, dictándose resolución de 22 de agosto concediendo el permiso solicitado hasta el 21 de agosto de 2007, sin que la empresa, a la fecha del despido ocurrido el día 2 de septiembre, hubiera realizado requerimiento o actuación alguna cercana a la trabajadora antes de tomar tan drástica decisión de extinguir el contrato para cuyo mantenimiento, la demandante no había perdido la capacidad. Tal proceder empresarial, como razona acertadamente la Juez *a quo*, no es correcto ni ajustado a derecho, pues al dar entrada directamente a la cláusula contractual que permite la extinción, ha actuado con precipitación no ajustándose a las elementales reglas que la buena fe impone para el normal desarrollo de la relación laboral, máxime cuando, como en el presente caso ocurre, el permiso se había tramitado, presentado a la empresa y, finalmente, obtenido.

Por consiguiente, sobra cualquier disquisición ulterior sobre la aplicación de las normas de la LO 4/2000, dado que el contrato es válido, no siendo imputable a la empresa ni al trabajador la tardanza de la Administración en resolver la solicitud de renovación.

Se desestima el recurso y se confirma la sentencia, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 202 y 233 de la LPL.”

* * *

NOTA: La actora, de nacionalidad keniana, venía prestando servicios por cuenta de la empresa demandada desde el día 15 de mayo de 2001, con la categoría profesional de Ayudante de cocina, en virtud de contrato de trabajo cuya cláusula adicional, a los efectos que ahora nos interesan, establecía que la validez del contrato quedaba condicionada a los límites del correspondiente permiso de residencia y trabajo.

La trabajadora había obtenido en fecha 14 de julio de 2000 un permiso de trabajo y residencia B (inicial) de un año de duración, que fue renovando conforme a la legislación vigente, concediéndole el último con validez hasta el día 2 de abril de 2005.

A la vista de la fecha de expiración del permiso de residencia y trabajo renovado, en los meses de febrero y marzo de 2005 la empresa requirió a la actora para que iniciase los trámites necesarios para la solicitud de su permiso de residencia y trabajo (en virtud de lo establecido en el artículo 54 del Reglamento de Extranjería, RD 2393/2004, la renovación deberá solicitarse durante los 60 días naturales previos a la expiración de la vigencia de la autorización así como dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiese finalizado la vigencia de aquélla), indicándole que era imprescindible que entregara a la empresa copia sellada de dicha solicitud.

La actora, con fecha 13 de abril de 2005, presentó la solicitud de renovación de la autorización de residencia y trabajo, remitiendo a la empresa copia sellada de la misma.

No obstante lo anterior, el día 2 de septiembre de 2005, la empresa le entregó una carta de extinción

Derecho al trabajo

del contrato de trabajo con efectos de igual fecha, cuyo contenido reproducimos a continuación:

“Estimada colaboradora: El motivo de la presente es comunicarle que con fecha de hoy, día 2 de septiembre de 2005, causa baja en esta empresa por los motivos que a continuación se exponen. En fecha 15 de mayo de 2001 suscribió un contrato de trabajo por tiempo indefinido con SIGLA S.A. habida cuenta de su nacionalidad keniana y con carácter previo a la firma del citado contrato laboral, se le exigió la obtención del preceptivo permiso de residencia y trabajo. La exigencia del permiso de trabajo viene impuesta por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, a su vez reformado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, la cual condiciona con carácter general el contrato de trabajo de los extranjeros a la obtención de una autorización administrativa. Realizando una revisión rutinaria se ha comprobado que usted a pesar de haber presentado la solicitud de renovación de su permiso de trabajo y residencia el 13.04.2005, no ha aportado la resolución de la misma, ni documento acreditativo de que la misma está pendiente para resolverse, por lo que entenderemos que ha sido denegada, salvo acreditación en contrario por su parte. Como sabe la falta de dicho permiso determina la nulidad de su contrato de trabajo, al carecer del requisito legal básico fijado en el artículo 7, apartado c) en relación con los artículos 36 y 38 de la Ley Orgánica 4/2000. Requerido en diversas ocasiones tanto en su nómina como por carta, no nos ha podido acreditar que tiene la preceptiva autorización para trabajar en España. En su consecuencia, procede por imperativo legal y en virtud de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato que le vinculaba con esta empresa. Por lo expuesto, por medio de la presente le comunicamos su baja en esta empresa, con efectos de hoy mismo, 2 de septiembre de 2005. Le comunicamos que la liquidación de haberes correspondientes se le abonará por transferencia bancaria en la cuenta en la que habitualmente recibía sus

haberes en el plazo de 15 días. Si en el plazo de 15 días desde la recepción de la misma no manifiesta lo contrario, se entenderá la misma como aceptada y conforme, no teniendo más que reclamar por ningún concepto.”

Lo cierto es que con fecha 22 de agosto de 2005 se dictó resolución en la que se concedía la renovación solicitada por la actora, autorizándola para trabajar hasta el 21 de agosto de 2007, dándole cita para hacerle entrega de la correspondiente autorización para trabajar para el día 25 de octubre de 2005.

En instancia se declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución opte entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones anteriores o al abono de una indemnización y, en todo caso, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha resolución. Frente a dicha sentencia, la empresa interpuso recurso de suplicación, que es desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Compartiendo el fallo de instancia y de suplicación, debemos precisar, no obstante, que tratándose de una solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, el silencio administrativo es positivo (artículo 54.10 del RD 2393/2004: “Transcurrido el plazo para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta se entenderá estimada”); y ello con independencia de que el interesado pueda solicitar a la autoridad competente la expedición del certificado que acredite la renovación, contando con el plazo de un mes desde su notificación para que el titular solicite la renovación de la tarjeta de identidad del extranjero.

Habiendo transcurrido un plazo superior a tres meses desde la presentación de la solicitud de renovación (se presentó el 13 de abril de 2005), plazo general máximo para notificar la resolución sobre dicha

Permiso de trabajo

solicitud (disp. adicional octava RD 2393/2004), dicha solicitud se debía entender estimada.

En el supuesto que ahora nos ocupa, además, días antes de fecha en que la trabajadora recibiese la carta de extinción del contrato de trabajo (2 de septiembre de 2005), conocía la existencia de la resolución favorable a su solicitud, si bien no estaba citada para proceder a la entrega de la autorización hasta el día 25 de octubre de ese mismo año, por lo que en modo alguno procedía aplicar la cláusula contractual que permitía la extinción del contrato de trabajo.

Otra cosa es que conforme a las elementales reglas de la buena fe la actora debería haber comunicado a la empresa tal extremo, y que su inobservancia sea, en su caso, constitutiva de una falta laboral merecedora de algún tipo de sanción distinta al despido.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 4 de mayo de 2006.

Recurso de apelación: 1236/2004.

Ponente: D. José Félix Martín Corredera.

Voz: Inadmisión a trámite. Permiso de trabajo. Certificado de los Servicios Públicos de Empleo.

Resumen: “SEGUNDO: El artículo 84.5 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, preveía la posibilidad de resolver la inadmisión de las solicitudes de permiso de trabajo entre otros supuestos, cuando el empresario o empleador no acredite en su caso que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo.

Pero de inmediato ha de advertirse que dicho apartado 5 ha sido declarado nulo de pleno derecho por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, sec. 5.ª, de 21-10-2004, rec. 24/2003 por la que se estima la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de Pontevedra.

Dicho en apretada síntesis, el Tribunal Supremo considera que un reglamento ejecutivo no puede limitar los derechos de la ley que desarrolla y, en consecuencia anula el apartado impugnado al limitar la posibilidad del solicitante del permiso de trabajo de subsanar la no aportación inicial de un documento preceptivo, porque vulnera el artículo 71.1 LRJPA como normativa de referencia.

Conviene reproducir *in extenso* los particulares de dicha sentencia:

Del análisis del precepto (71.1 de la LRJPA), tras su modificación por la LMLRJPA puede deducirse que son dos los supuestos que habilitan y obligan a la Administración actuante para articular el requerimiento de subsanación en dicho precepto contemplado: 1.º Cuando la solicitud de iniciación «no reúne los requisitos» que se señalan en el artículo 70 de la LRJPA, anterior, de forma pormenorizada. 2.º Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan «los documentos preceptivos».

Esto es, la concurrencia de alguno de los dos supuestos es lo que, como hemos expresado, habilita y obliga a la Administración actuante para, imperativamente, facilitar al administrado el trámite de subsanación, el cual, en consecuencia, se configura como:

Permiso de trabajo

a) Un derecho inderogable de todo particular en relación a cualquier procedimiento administrativo; y, consecuentemente.

b) Una obligación de la Administración.

Por otra parte el contenido y mandato del presente se nos presenta plenamente conforme y coordinado con el reconocimiento que de los denominados Derechos del ciudadano, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, se efectúa en el artículo 35 de la citada LRJPA. Sobre todo cuando en dicho precepto se reconoce, en su apartado e) el derecho «a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución»; y en su apartado g) «a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar».

Aunque desde una perspectiva jurisdiccional, la STC 114/1998, de 1 de junio señaló que «Es, sin embargo, como dijimos en la STC 105/1989, doctrina reiterada de este Tribunal que la legalidad procesal debe ser interpretada en el sentido más favorable a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de la CE... y que el juzgador debe procurar la subsanación o reparación del defecto antes de rechazar un recurso defectuoso siempre que no tenga su origen en una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni, muy especialmente, los derechos de la otra parte. El artículo 11.3 de la LOPJ constituye una cláusula genérica en la que, como se declara en la STC 2/1989, puede apoyarse un trámite de subsanación, aunque no esté expresamente previsto en la Ley».

TERCERO: Pues bien, en los términos en los que se redacta el precepto reglamentario de cuya legalidad se duda, debe conducir a la estimación de la cuestión suscitada por el Juzgado de lo Contencioso, y

en consecuencia, a la declaración de la nulidad de pleno derecho del apartado 5 del artículo 84 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, pues, como dijimos en nuestra STS de 20 de marzo de 2003 EDJ 2003/6838 –en relación con el apartado 6 del mismo precepto, que resultó anulado– «resulta contrario al mandato legal contenido en el artículo 71 de la LRJ-PAC que establece que si la solicitud de iniciación del procedimiento administrativo no reúne los requisitos señalados en 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, archivándose sin más trámite...’».

El artículo 81 del mencionado Reglamento contempla la Documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación, exigiéndose, en concreto, a la empresa que contrate al trabajador extranjero, entre otros documentos, los Certificados de los servicios públicos de empleo donde se recoja el resultado de la gestión de la oferta presentada [apartado 5.2.e)]. Sin embargo, ni el artículo 82 siguiente (en el que se contemplan el Lugar, plazos, forma y efectos de la presentación de la solicitud de permiso de trabajo ni tampoco en el 83 (dedicado a la Tramitación de la solicitud del permiso de trabajo e instrucción del procedimiento) ni se contempla –ni se exige– la subsanación prevista en el citado artículo 71.1 de la LRJPA, por falta de «los documentos preceptivos».

Ello es lo que posibilita que, de conformidad «la autoridad competente», sin cumplir la obligación prevista en el mencionado precepto, pueda «resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo en los siguientes supuestos (...) Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso,

Permiso de trabajo

que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo».

La circunstancia de que lo que el precepto reglamentario (84) permita a la Administración actuante sea, simplemente, una «declaración de inadmisión» de la solicitud de permiso de trabajo –que, posiblemente, permitiría una reiteración del mismo permiso– no constituye obstáculo para la declaración de nulidad que efectuamos, por la ausencia del mencionado trámite de subsanación, que concluiría y conduciría (como ahora señala *in fine* el artículo 71.1) a una «declaración de desistimiento», «previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42» de la LRJPA. Tal desistimiento, como antes la inadmisión –a diferencia de la renuncia del derecho, igualmente prevista en el citado artículo–, también permitiría la nueva solicitud del permiso, pero, con la evidente diferencia que así como la declaración de inadmisión vendría dictada de plano por la Administración actuante –sin posibilidad de defensa y audiencia–, la de desistimiento, a la que el artículo 71.1 obliga, sería dictada previo cumplimiento del expresado trámite de audiencia que es lo que, en síntesis, posibilita el requerimiento de subsanación.

CUARTO: 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 solo 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.

Recordando la vieja STS de 1 de junio de 1973 hemos de señalar (aunque aquí no nos encontremos, estrictamente, ante una norma reglamentaria de desarrollo de la LRJPA, sino de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social) que «las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la Ley misma (SSTS, entre otras, de 5 y 14 de mayo de 1972 y 19 de junio de 1967, etc.), dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y más restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la STS de la Sala de 23 de junio de 1970, y que aquí se reitera».

Por su parte el Tribunal Constitucional también señaló que la Ley contiene «una formulación general, que tendrá su complemento indispensable mediante una reglamentación» (STC 71/1982, de 30 de noviembre); y, por otra parte que el principio de reserva de ley «entraña, en efecto, una garantía esencial del Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponde a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción de ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.

El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a nor-

Permiso de trabajo

mas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador». Añadiendo que «esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio).

Por todo lo expresado y habiendo la norma reglamentaria cuestionada (apartado 5 del artículo 84 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), al permitir la declaración de inadmisión sin el previo trámite de subsanación, vulnerado 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 (71.1 de la LRJPA)–, procede, como hemos dicho declarar nulidad. Lo anterior, conduce necesariamente a la estimación del primer motivo impugnatorio.”

* * *

NOTA: La sentencia comentada se apoya para fundamentar el fallo en otra del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 que declaró nulo el número 5 del artículo 84 del derogado Real Decreto 864/2001. El precepto preveía la posibilidad de resolver la inadmisión de las solicitudes de permiso de trabajo, entre otros supuestos, cuando el empresario o empleador no hubiese acreditado en su caso que, con carácter previo, había cumplido con la obligación

de gestionar la oferta ante los Servicios Públicos de Empleo.

Como se sabe, en el artículo 50 del vigente Reglamento, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, se contempla como primer requisito para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero para la cual se deberá consignar en el modelo oficial de solicitud –EX 01– los ocho dígitos que identifican la ocupación incluida en el Catálogo de Ocupaciones de difícil Cobertura en la que se incluye la concreta oferta que se efectúa al trabajador extranjero.

Alternativamente, se considera que la situación nacional de empleo permite la contratación del extranjero en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo; en la práctica, ello supone que al modelo citado de solicitud ha de acompañarse el certificado de los Servicios Públicos de Empleo donde se recoja el resultado de la gestión de la oferta presentada, la fotocopia de la que se presentó, sellada por ese Organismo, además de acreditar que el trabajador extranjero cumple con los requisitos exigidos por el empleador a los demandantes de empleo en su oferta.

A diferencia de lo que establece el número 4 del artículo 51 del Reglamento de Extranjería respecto al resto de los documentos que han de acompañarse a la solicitud –que aparecen relacionados en el número 2 de ese precepto– cuando no sean presentados, que prevé el requerimiento al interesado y la advertencia de que si no se aportan en el plazo de 10 días, se le tendrá por desistido de la petición y se producirá al archivo del expediente, el artículo 50 guarda silencio sobre las consecuencias de la falta de presentación de aquellos otros documentos.

Derecho penal

De acuerdo con la doctrina del TS en la Sentencia de 21 de octubre de 2004, consideramos que sería de aplicación el artículo 71 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y, por tanto, también aquí cabría la subsanación prevista en el número 4 del artículo 51 que, como recoge con rotundidad la referida resolución judicial, “habilita y obliga a la Administración actuante para, imperativamente, facilitar al administrado el trámite de subsanación, el cual, en consecuencia, se configura como: a) un derecho inderogable de todo particular en relación a cualquier procedimiento administrativo; y, consecuentemente, b) una obligación de la Administración”.

Debe advertirse, por otra parte, que la disposición adicional cuarta de la vigente Ley de Extranjería sigue contemplando como un supuesto de inadmisión a trámite la falta de legitimación del solicitante o insuficiente acreditación de la representación, previsión que, a los efectos que ahora interesan, se concreta en la letra a) del número 2 del artículo 51 y a la que sería de aplicación el trámite de subsanación previsto en el referido número 4 del citado artículo y la doctrina del Alto Tribunal, por lo que tampoco cabría aquí la inadmisión a trámite, a la vista de que el artículo 71 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común se califica por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia comentada, a nuestro entender acertadamente, como “norma de referencia” para los procedimientos administrativos recogidos en la normativa de extranjería.

DERECHO PENAL

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 24 de mayo de 2006.

Recurso de Casación: 1389/2005.

Ponente: Don José Manuel Maza Martín.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso formalizado por el recurrente. Las circunstancias reflejadas en los hechos probados ponen de manifiesto las pésimas condiciones en las que se produce el traslado del inmigrante y el evidente riesgo que se origina para su integridad y su vida.

“A) El recurrente alega que no han existido nada más que meras presunciones que hayan servido de base al Tribunal para dictar sentencia condenatoria. El recurrente censura los juicios de inferencia por los que el Tribunal ha estimado que el acusado tenía pleno conocimiento de que en la maleta que transportaba en el portaequipajes del vehículo que conducía se encontraba oculto su hermano.

B) Cuando se trata de acreditar la existencia de un elemento subjetivo del tipo o en todo caso un elemento perteneciente a la esfera íntima de la persona, en cuanto que no es perceptible externamente, su acreditación sólo se puede lograr mediante juicios de inferencia que el Tribunal de instancia debe expresar y que son resultado de una valoración de hechos y datos objetivos plenamente probados, mediante un mecanismo de razonamiento lógico.

(...).

C) El Tribunal de instancia parte para pronunciar sentencia condenatoria del dato, admitido por las partes, de que el hermano del recurrente se encontraba en una maleta en el interior del portaequipajes del vehículo que conducía aquél. El Tribunal infiere el pleno conocimiento que el acusado tenía que *saber* ahí se encontraba su hermano, en base a los siguientes razonamientos:

—En primer lugar, porque el recurrente viajaba sólo con lo que debió resultarle extraño encontrarse una maleta que no le pertenecía.

Derecho penal

—En segundo lugar, porque sus alegaciones de que sus hermanos o familiares debieron cogerle las llaves cuando se encontraba en su domicilio resultaban carentes de lógica. Para el transporte del inmigrante, era preciso tener que realizar la infraestructura necesaria para acomodarlo, lo que implicaba calcular la situación de la maleta, perforar la chapa de los bajos del vehículo, conectar el tubo y camuflar u ocultar la maleta.

—En tercer lugar y fundamentalmente, porque el inmigrante, desde el interior de la maleta, no podía abrir la maleta, y, como así lo depuso el testigo, agente de la Guardia Civil, carecía de navaja, cuchillo o cualquier objeto punzante que le permitiese salir de allí, lo que, en definitiva, implicaba que necesitaba el auxilio desde fuera. El Tribunal pone de manifiesto que, en la postura en que se encontraba el inmigrante, sin ayuda externa, le hubiese sido imposible que hubiese salido por su propio pie.

En base a los juicios de inferencia citados, el Tribunal estima que el acusado tenía pleno conocimiento del habitáculo que se había dispuesto en el interior de su vehículo y que en el mismo se encontraba su hermano. Los juicios de inferencia por los que Tribunal de instancia llega a tal conclusión se ajustan a las reglas de la lógica y no pueden ser tachados de absurdos.

Consecuentemente, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el artículo 884.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 10 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 957/2005.

Ponente: Don Carlos Granados Pérez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien fue sorprendido cuando intentaba acceder al barco con destino a Algeciras llevando con él a una inmigrante de origen marroquí a quien pretendía introducir ilegalmente en la Península.

SEGUNDO: En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 318 bis, 1, 4 y 6 del Código Penal y vulneración del derecho de presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*.

“El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el artículo 318 bis del Código Penal requiere, en primer lugar, que el extranjero carezca de autorización para entrar o residir en España, pues sólo en este caso puede hablarse de tráfico ilegal y que la inmigración sea clandestina, es decir realizada al margen de los controles administrativos o mediante fraude a las autoridades competentes, que actúan con un conocimiento erróneo causado por engaño.

La consumación, como delito de mera actividad, se producirá con la mera actuación de promoción, favorecimiento o facilitación, aunque el desplazamiento efectivo no llegue a realizarse.

Y en el tipo subjetivo, el dolo debe abarcar el hecho de que la conducta se dirige a las finalidades expresadas de promoción, favorecimiento o facilitación, así como el carácter del desplazamiento de las personas a las que afecta. No es exigible el ánimo de lucro, ya que su presencia constituye uno de los elementos de agravación del apartado tercero.

Así las cosas, la subsunción típica realizada por el Tribunal de instancia es perfectamente correcta ya que concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos, a los que se ha hecho mención, y que caracterizan esta figura delictiva, ya que el acusado, con pleno conocimiento de que estaba facilitando la in-

Derecho penal

migración clandestina de una ciudadana extranjera, trató de hacerla pasar con engaño, utilizando su condición de Guardia Civil, identificándose como tal, como si fuera una ciudadana española, con un billete que le había comprado, sin que se precise ánimo de lucro en el tipo básico, que es el que se le ha aplicado, y que de haber concurrido hubiese determinado el tipo agravado previsto en el apartado tercero del mismo artículo.

En este motivo se alega la no concurrencia de los elementos que caracterizan la figura delictiva por la que ha sido condenado y al mismo tiempo niega la existencia de prueba de cargo que contrarreste el derecho de presunción de inocencia y que, en su caso, debió apreciarse el principio *in dubio pro reo*.

El motivo debe ser desestimado.

Es de dar por reproducido lo expresado en el anterior motivo sobre la presencia de cuantos elementos caracterizan este delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y tampoco lleva razón el recurrente cuando denuncia la ausencia de prueba de cargo ya que el Tribunal de instancia ha podido valorar pruebas obtenidas legítimamente en el acto del plenario, en el que depusieron testimonios los funcionarios policiales que impidieron la entrada en el barco así como los empleados de la agencia de viajes que habían vendido el billete al acusado y otro, que se utilizaba para facilitar el viaje a la ciudadana extranjera y que llevaba el nombre de otra persona, como igualmente ha podido valorar las discrepantes versiones ofrecidas por el acusado para justificar su conducta.

El Tribunal de instancia no ofrece duda alguna en la valoración de la prueba practicada, por lo que carece de fundamento la invocación que se hace del principio *in dubio pro reo*.

En el tercer motivo del recurso se invoca infracción de los artículos 25 y 14 de la Constitución por vulneración del derecho de igualdad ante la ley.

Se alega que el Tribunal de instancia ha venido considerando atípicas conductas similares.

Como antes se ha dejado expresado, ha sido correcta la calificación jurídica de los hechos que se ha realizado por el Tribunal sentenciador, acorde con la interpretación que de ese precepto se ha realizado por doctrina de esta Sala respecto a lo que debe entenderse por inmigración clandestina, que incluye tanto la realizada al margen de los controles administrativos o mediante fraude a las autoridades competentes, que actúan con un conocimiento erróneo causado por engaño.

No se ha producido vulneración alguna del principio de igualdad.

El motivo debe ser desestimado.”

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 13 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 1387/2005.

Ponente: Don José Ramón Soriano Soriano.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Resumen: La Sala acuerda no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por el recurrente. Queda acreditada la agravación de la conducta atendiendo a una serie de circunstancias, como son: la propia dinámica comisiva, el lanzarse al mar con escasos medios materiales para efectuar una travesía a nado hasta una costa, más o menos lejana; la frialdad de las aguas y el estado del mar; la falta de constancia de que la persona remolcada supiera nadar y, en su caso, hacerlo en forma que le permitiera alcanzar la costa; y que los hechos se estaban llevando a cabo de noche, con las dificultades añadidas que ello supone para una posible acción de salvamento.

“El recurrente alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Afirma que no existe prueba de cargo que determine la comisión

Derecho penal

del delito, ya que no se ha acreditado que intentara introducir en el territorio nacional a una persona extranjera a cambio de un precio, por cuanto el mismo recurrente también tenía intención de introducirse en tal territorio y permanecer en él.

La doctrina de esta Sala sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia alcanza a los supuestos en los que hay una total ausencia de prueba y a los casos en los que no ha existido un mínimo en la actividad probatoria de cargo razonablemente suficiente (Sentencias n.º 2.388/2001 y 2.402/2001, ambas de fecha 17 de diciembre, o n.º 15/2005, de 11 de enero). De esta manera, es revisable únicamente en casación la estructura racional consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos.

En aplicación de la referida doctrina jurisprudencial procede analizar la racionalidad de las pruebas e indicios que llevaron a sostener la condena del recurrente. La Sala sentenciadora de instancia ha valorado la declaración testifical de los agentes de la Guardia Civil que interceptaron al inmigrante y detuvieron al acusado en el agua; y la declaración prestada por la propia víctima en fase de instrucción con la presencia del Letrado defensor, declaración de claro sentido incriminatorio contra el recurrente, en la que consta expresamente que quería entrar en territorio español, contactó con el recurrente y le pagó 5.000 dirhams. Esta declaración fue introducida en el juicio oral a través del cauce del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sobre este particular, en autos consta que la Sala de instancia intentó la localización policial del referido testigo y que se citó al mismo por edictos. De manera que no siendo posible localizar al testigo y ante su incomparecencia, se procedió a acudir a la vía del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previa petición del Ministerio Fiscal, con lectura de su declaración en el acto del juicio. En consecuencia, la declaración testifical fue introdu-

cida oportunamente en el acto del juicio con respecto de las garantías exigidas, de manera que se debe entender como medio de prueba válido y legal.

Si existen versiones de hechos completamente distintas e incompatibles entre sí, determinar la mayor o menor credibilidad de aquéllas corresponde al Tribunal de instancia y sólo una conclusión arbitraria o irracional podría generar la censura casacional de la prueba de cargo, lo que no sucede en el presente caso, por cuanto la sentencia otorga prevalencia a elementos que no permiten calificar la conclusión probatoria que la sentencia recoge como absurda, ilógica o arbitraria o abiertamente contraria a la lógica y la experiencia, sin que esta Sala, carente de la percepción inmediata en el desarrollo de la prueba, pueda variar la convicción racionalmente valorada.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 884, n.º 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se ha considerado como segundo motivo de casación la infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando la indebida aplicación del artículo 318 bis 1.º y 3.º del Código Penal. El recurrente considera que no es posible la aplicación del subtipo agravado porque no existió peligro para la vida del inmigrante.

La utilización del cauce casacional previsto en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige el pleno respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Por lo tanto, sólo son objeto de impugnación las cuestiones de derecho que constan en la sentencia. Es, en este sentido, una reiterada doctrina jurisprudencial recogida en innumerables sentencias, entre otras, las SSTs n.º 264/2003, de 25 de febrero o n.º 1.152/2003, de 8 de septiembre.

La sentencia recurrida aplica correctamente la agravación por entender que la vida o integridad de la

Homologación de títulos

persona inmigrante que era remolcada corrió serio peligro, lo que es constatable si se acude al relato de hechos probados de la sentencia, de cuya inmutabilidad se ha de partir dado el motivo de casación esgrimido. Sobre supuestos similares al de autos se ha pronunciado esta Sala, en Sentencias n.º 784/2005, de 13 de junio y n.º 830/2005, de 27 de junio, que han concluido que es factible apreciar la agravación atendiendo a una serie de circunstancias que también concurren en el presente caso, como son: la propia dinámica comisiva, al lanzarse al mar con escasos medios materiales para efectuar una travesía a nado hasta una costa, más o menos lejana; la frialdad de las aguas y el estado concreto de la mar; la falta de constancia de que la persona remolcada supiera nadar y, en su caso, hacerlo en forma que le permitiera alcanzar la costa; y que los hechos se estaban llevando a cabo de noche (con las dificultades añadidas que ello supone para una posible acción de salvamento).

Por lo que procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 884, n.º 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1029/2004.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Homologación de título: especialidad médica obtenida en México.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. No existe equivalencia en la duración de los estudios ni procede una prueba de conjunto, pues el ejercicio

profesional posterior lo fue en un país distinto al de la expedición del título cuya homologación se pretende.

“El programa formativo que desencadena la expedición a favor del actor del título de médico especialista mexicano, fue valorado negativamente por la Comisión Nacional de la Especialidad el 22-9-2003, tanto en duración como en contenidos (folios 75 y ss. del expediente). En cuanto a la duración la especialidad médica española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (denominación instaurada por RD 139/2003) exige una licenciatura previa en medicina y tiene una duración de cinco años (RD 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista). En el caso de autos el programa formativo que condujo a la expedición del título cuya homologación se pretende (es el programa formativo de la Universidad Nacional Autónoma de México) solo comprende 3 años (folio 33 del expediente) que el recurrente cursó de 1990 a 1992. Por tanto nada aporta a la duración a valorar el que posteriormente ejerciera profesionalmente en dicha especialidad en Colombia.

Por ello es más que evidente que la falta de equivalencia en duración impedía la homologación directa y en cuanto a la posibilidad de una prueba de conjunto, la disposición decimotercera apartado segundo de la reiteradamente mencionada Orden Ministerial prevé tal posibilidad cuando la duración del período formativo realizado por el solicitante fuese inferior a la exigida en España (en el caso de autos la diferencia existente entre ambos períodos formativos es del 40% respecto de la duración exigida en España) y siempre que la duración del ejercicio profesional la especialidad posterior a la obtención del título cuya homologación se pretende sea al menos el doble de la diferencia existente entre la de la formación especializada efectuada en el extranjero y la exigida en España (en el caso de autos se reclama un ejercicio profesional posterior de 9 años). Es cierto que la OM de

Homologación de títulos

14 de octubre de 1991 cuando determina la documentación a presentar junto con la solicitud alude en su apartado séptimo letra f) a la «certificación expedida por la autoridad competente del Estado, en el que se obtuvo el documento a que se refiere el apartado séptimo, letra c), que acredite el tiempo dedicado por el solicitante, después del período formativo, al ejercicio profesional específico de la especialidad cuya homologación se solicita», y que ello conduce a entender que la certificación de ejercicio profesional en la especialidad posterior al período formativo necesariamente debe provenir de las autoridades del Estado que otorgue el título de especialista, por lo que tal ejercicio profesional ha de haberse realizado en tal Estado. En el caso de autos no es así pues el ejercicio profesional posterior al período formativo se corresponde con Colombia siendo el título cuya expedición se pretende mexicano y sin que siquiera conste que el título mexicano hubiese sido homologado en Colombia, única situación contemplada por la propia Comisión de la Especialidad como flexibilizadora de la exigencia normativa acerca del país de realización del ejercicio profesional posterior.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 256/2001.

Ponente: Don José Díaz Delgado.

Voz: Homologación de título de arquitecto: República Federal de Alemania.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Se pretende homologar, no un título obtenido en Alemania, sino la convalidación obtenida en Alemania de un título español.

“(…) el recurrente, como señala la resolución impugnada y resulta del expediente, presenta certificado del Ministerio de Ciencia y Educación de la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, por el que se declara la equivalencia de la formación

cursada en la Escuela Técnica de Grado Medio el 31-7-1969 (que como se ha dicho antes lo fue en la Escuela Universitaria Politécnica de Barcelona) a la formación de la carrera de Arquitectura en una Universidad Técnica de la República Federal de Alemania, certificado que no responde a la formación obtenida en Alemania, que es lo que es objeto de reconocimiento según el artículo 2 de la Directiva invocada, sino a la homologación en la misma de los estudios realizados en España, y en ningún caso es posible incluirlo en los distintos apartados de diplomas, títulos y certificados que el artículo 11 establece en relación a Alemania, que se han descrito en lo fundamental anteriormente, ya que no constituye Diploma o Certificado expedido por las instituciones a que se refiere dicho precepto.

Lo anteriormente expuesto no queda desvirtuado por los demás documentos incorporados al expediente, pues la certificación del Colegio de Arquitectos de Hamburgo acreditando la colegiación del recurrente como Arquitecto desde el 13 de mayo de 1980 no altera la titulación invocada por el mismo y su alcance; y, por otra parte, la certificación del referido Colegio, aportada en período de alegaciones, acredita la colegiación como arquitecto estructural libre desde el 1 de julio de 1995, refiriendo la equivalencia de la formación obtenida en España concedida en 1989 que antes se ha dicho, añadiendo una valoración de tal equivalencia en relación con la Directiva 85/384/CEE y que la formación que obtuvo cumple los requisitos de los artículos 3 y 4 de la misma, certificados que evidentemente no constituyen ni equivalen a ninguno de los diplomas y certificados a que se refiere el artículo 11 y que antes se han citado, ni se han expedido por ninguna de las instituciones señaladas en el mismo.

Debe añadirse, frente a las alegaciones de la parte, que el recurrente no obtuvo el título de Arquitecto a través de una «Fachhochschule» (Escuela Técnica Superior), sino que obtuvo la certificación de equivalencia en razón de los estudios cursados en España, por lo que en Alemania se certifica tal equivalencia

Homologación de títulos

concedida por el correspondiente Ministerio, pero en modo alguno se ha acreditado la expedición de los diplomas y títulos a que se refiere el artículo 11 de la Directiva invocada en razón de formación cursada en dicho país, que es lo que en su caso constituiría el objeto de reconocimiento según la Directiva, haciéndose referencia por el interesado a unos exámenes y experiencia que no se acreditan en su existencia y alcance, sin que ello pueda deducirse, como se pretende en la demanda, del punto dos del certificado del Colegio de Hamburgo, que se limita a referir la certificación de equivalencia obtenida por el recurrente en 1989.

(...).

Por otra parte, también el Abogado del Estado, como la propia sentencia, ponen de manifiesto que lo que pretende homologar el recurrente no es un título obtenido en Alemania, sino la convalidación obtenida en Alemania de un título español, y con independencia de la validez de dicha convalidación en Alemania, lo cierto es que esta forma de actuar provocaría una discriminación en relación con los nacionales que han cursado sus estudios superiores en España, y aun con los que habiendo cursado los mismos estudios que el recurrente, sin embargo no tienen la equiparación que él solicita para sí.

Finalmente, en cuanto al requisito de la experiencia aun alegado, la sentencia recurrida no lo reconoce como probado y es conocida la doctrina de esta Sala que impide la revisión de la prueba de los Tribunales de Instancia en vía de recurso de casación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 14 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 3449/2001.

Ponente: Don José Díaz Delgado.

Voz: Homologación de título de ingeniero industrial: la Habana.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios de Ingenieros Industriales. Existe en este caso el grado de equivalencia necesario para la homologación solicitada.

“El artículo 1 del Real Decreto 86/1987 no hace sino declarar que la homologación de títulos extranjeros a que se refiere el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, supone el reconocimiento en España de la validez oficial a los efectos académicos de los títulos de educación superior obtenidos en el extranjero. Según la corporación colegial recurrente este precepto se habría infringido porque se ha otorgado la homologación de un título que no viene precedido de la misma formación que el título español. Y también señala la recurrente que el artículo 6 del propio Real Decreto se remite a lo que establezcan los tratados o convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, y en el Convenio de cooperación cultural de 17 de marzo de 1982 que España tiene suscrito con la República de Cuba no se establece la equivalencia de los títulos obtenidos en ambos países ni se establecen tablas de homologación.

El planteamiento resulta desacertado pues en el caso que nos ocupa la homologación del título de Ingeniero de Control Automático del Instituto Superior Politécnico «José Antonio Echeverría» de La Habana (Cuba) no se basa en las determinaciones del Convenio hispano-cubano de cooperación cultural sino en la apreciación del Ministerio de Educación y Cultura, 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 Ingeniero Industrial, especialidad Electrónica y Automática Industrial. 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

Homologación de títulos

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. 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.

Y, como consecuencia de lo anterior, tampoco puede prosperar el argumento relativo a la supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución. Según el recurrente el trato desigual o discriminatorio vendría dado porque, al haberse otorgado la homologación sin que la formación recibida con el título cubano sea equiparable a la del título español, se estaría discriminando a los nacionales españoles que para poder ejercer su profesión han tenido que realizar unos estudios más complejos que los que se exigen al solicitante. El planteamiento no puede ser aceptado porque parte de la consideración de que el contenido de la formación recibida para la obtención del título cubano no es equiparable a la del título español y tal premisa no puede ser asumida pues lo que señalan la resolución administrativa y la sentencia aquí recurrida es justamente lo contrario.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 17 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 561/2001.

Ponente: Don Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Homologación de título especialista en cirugía plástica: Brasil.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Supeditación de la homologación a la previa superación de una prueba teórica-práctica.

“Según el recurrente, el informe final que la Comisión Nacional de la Especialidad de Cirugía Plástica y Reparadora emitió con fecha 11 de diciembre de 1998, y en el que se sustenta la resolución ad-

ministrativa impugnada, no está debidamente motivado pues en el documento que obra en el expediente aparecen en blanco los espacios habilitados para informar sobre la equivalencia en la duración y contenidos de los programas formativos sujetos a cotejo y únicamente en el apartado final del documento («otras observaciones y valoraciones») se hace una escueta indicación de que «su formación no se ajusta al programa de formación vigente en España...» apreciación ésta que a juicio del recurrente incurre en una absoluta falta de motivación.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la resolución administrativa en la que se acuerda subordinar la homologación del título a la superación de la correspondiente prueba teórico-práctica no se sustenta únicamente en el informe que acabamos de mencionar sino que viene respaldada por los restantes documentos e informes que obran en el expediente administrativo. Entre éstos cabe mencionar el acta de la Comisión Nacional de la Especialidad de Cirugía Plástica y Reparadora correspondiente a la sesión celebrada el 2 de abril de 1998, en cuyo apartado 4.7 se informa desfavorablemente la solicitud del Sr. Serafín «... al no existir correspondencia entre los contenidos, rotaciones, actividad quirúrgica, etc. realizadas por el solicitante y los contemplados en nuestro programa de formación de la especialidad». Y en otro informe anterior de la propia Comisión Nacional —que se emitía en sentido desfavorable, es decir, sin contemplar siquiera la posibilidad de homologación previa superación de la prueba teórico-práctica— se concretaba esa apreciación de falta de correspondencia entre los contenidos de los programas formativos destacando las carencias de formación detectadas en materias tales como «cuidados intensivos» y «quemaduras»; carencias todas ellas que aparecen luego recogidas en la sentencia aquí recurrida.

(...).

El recurrente cuestiona la valoración realizada, primero por la Administración española y luego por

Homologación de títulos

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: 20 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 413/2004.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Homologación de título de odontólogo: Universidad Central de Ecuador.

Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente. Se considera vulnerado el principio de igualdad al haberle concedido a otros solicitantes, que obtuvieron sus títulos de odontólogo en la misma Universidad y con el mismo Plan de Estudios, la homologación, previa superación de una prueba específica.

“La parte recurrente alega que existe equivalencia entre los planes de enseñanza conducentes a la obtención del título español de Licenciado en Odontología y del título ecuatoriano de Doctor en Odontología, pues las supuestas carencias formativas no son tales por cuanto o tiene equivalencia en materias de igual o similar denominación de los planes españoles o están integrados en otras asignaturas de dichos planes y procede a un estudio comparativo de las mismas; el Consejo de Universidades en dictámenes emitidos respecto de otros licenciados en Odontología de la misma Universidad y país que la recurrente, con el mismo plan de estudios y

en fechas muy próximas y pese a observar carencias en varias materias llegó a la conclusión de que procedía someter la homologación a la superación de una prueba de conjunto específica, mientras que a la recurrente se le denegó la homologación y ello pese a que la propia Administración admitió que el Plan de estudios de las personas tomadas como término de comparación eran «aparentemente similares»; el Plan de Estudios en Odontología cursado en Ecuador por la interesada acreditada una carga horaria de 5.260 horas, que comparado con el plan de estudios cursado en España determina una diferencia a favor del plan ecuatoriano de +75,33%; Invoca el Convenio de Cooperación Cultural de 14 de julio de 1975 (artículo 16) y normas sobre aplicación de tratados internacionales, para concluir en la procedencia de homologación sin condicionantes, con cita de sentencias del Tribunal Supremo de 1992 y 1995; finalmente entiende vulnerado el principio de igualdad en relación a otros compañeros, incluso de promoción, que obtuvieron la homologación previa superación de prueba de conjunto específica.

(...).

Pues bien, en este caso, como resulta del expediente y las pruebas aportadas en autos, y se reconoce expresamente en el informe al recurso de reposición emitido por la Secretaría General Técnica (folio 137 del expediente administrativo), se aprecia que en los casos de los solicitantes Dña. Alicia, D. Carlos María, Dña. Montserrat y Dña. Daniela, que presentaron el mismo título, obtenido en la misma Universidad (Universidad Central de Ecuador) y bajo el mismo Plan de estudios se emitieron informes favorables a la homologación tras superar prueba de conjunto específica sobre determinadas materias, sin que en el informe emitido en caso del recurrente se justifique la diferencia con aquéllos. Es más, se llega a reconocer en el citado informe que los planes de estudios cursados por tales personas a los que se concedió la prueba de conjunto son «aparentemente similar al cursado por la recurrente», lo

Homologación de títulos

cual implica un eufemismo pues el plan de estudios cursado por la ahora recurrente es el mismo que los correspondientes a tales expedientes incluso algunos de ellos son de la misma promoción, y en los demás casos de promociones muy cercanas, por lo que necesariamente ha de entenderse que el citado informe y la subsiguiente resolución administrativa que le deniega la homologación pretendida sin posibilidad de superar una prueba de conjunto, se aparta de tales precedentes sin justificación alguna, y por ello resulta contraria al principio de igualdad, lo que determina su nulidad debiéndose reconocer el derecho del recurrente a la homologación previa superación de prueba de conjunto específica sobre las materias cuya insuficiencia o carencias se aprecian en el informe obrante en el expediente administrativo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 4 de septiembre de 2006.

Recurso de Casación: 1242/2001.

Ponente: Don Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de título de ingeniero civil: República Dominicana.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Equivalencia de formaciones.

“El principal punto de polémica que suscita el recurso de casación, como resulta de lo anterior, es el de la inexistencia de Informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades; y hay que decir que éste es su principal argumento porque de él son derivados los otros dos, referidos a la falta de equivalencia de las formaciones correspondientes a los Títulos extranjero y español que aquí se están comparando y a la necesidad, debida a esa falta de equivalencia, de que la homologación quedara condicionada a una prueba de conocimientos.

No tiene razón el recurso de casación en ese su principal argumento, por no ser de compartir el rechazo

que, para sostener esa inexistencia, realiza a la posibilidad de que el Informe se remita al contenido de otro que ya había sido emitido con anterioridad.

Para apreciar si efectivamente existió el Informe que resulta necesario lo decisivo es que obre en el expediente una declaración de la Comisión Académica del Consejo de Universidades que haga constar estos extremos: que ha examinado la formación correspondiente al título sometido a homologación; el resultado en cuanto a equivalencia con la formación española que aprecia en la del título extranjero; y las razones consideradas para ese resultado.

Hay que añadir que, si un informe sobre esos extremos ha sido ya emitido con anterioridad sobre un Título extranjero expedido por la misma Universidad y que acredite la misma formación, nada impide remitirse a ese informe anterior para evitar la arbitrariedad que significaría emitir dictámenes contradictorios sobre un mismo objeto.

Y la objetividad y rectitud que ha de presumirse en el Consejo de Universidades aconseja considerar, mientras no se demuestre eficazmente lo contrario, que hay identidad en la formación constatada en esos dos títulos para los que el Consejo de Universidades considera procedente emitir un único informe.

El fracaso de ese primer argumento lleva consigo también el de los demás.

Aceptado que la Comisión Académica del Consejo de Universidades emitió un juicio favorable a la equivalencia de formaciones, debe darse prioridad a ese dictamen como hace la sentencia recurrida. Y así ha de ser no sólo porque se trata del órgano normativamente previsto para hacer esa valoración, sino porque la neutralidad y solvencia técnica que ha de reconocérsele aconseja considerar acertados sus informes mientras no se demuestre eficazmente lo contrario.

Homologación de títulos

En todo caso, la declaración de la sentencia recurrida en este punto representa una valoración del material probatorio existente en las actuaciones de instancia que no puede ser revisada en esta casación. Para esto último habría sido necesario, y no se ha hecho así, que el recurso de casación hubiera denunciado que esa valoración infringió el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE) o alguna norma sobre valoración tasada de la prueba.

La equivalencia que aquí debe ser reconocida descarta la infracción que ha sido denunciada de los preceptos del RD 86/1987 y de la jurisprudencia referida a esa normativa.

La anterior norma reglamentaria acoge precisamente el dato de comprobación de la equivalencia de formaciones cuando no procede la homologación en virtud de las fuentes inicialmente previstas, y dispone la prueba de conjunto para el supuesto en que la formación acreditada no guarde esa equivalencia con la que proporciona el Título español.

Y la jurisprudencia invocada sobre la necesidad de la prueba de conjunto también la proclama para los casos de falta de equivalencia.

Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y con imposición de las costas a la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen su no imposición (artículo 139.2 de la LJCA).

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de 1.200 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y que se trata de un recurso que no ha exigido una especial dedicación para la formulación de la oposición.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 4 de septiembre de 2006.

Recurso de Casación: 3366/2001.

Ponente: Don Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de título de ingeniero industrial: Instituto Politécnico de Bucarest (Rumanía): homologación procedente.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales.

“La sentencia recurrida en esta casación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra la resolución del Ministerio de Educación y Cultura que acordó quedara homologado al título español de Ingeniero Industrial, Especialidad Mecánica, el obtenido por doña Elena Verónica C., en el Instituto Politécnico de Bucarest (Rumanía).

(...).

El procedimiento de homologación de títulos extranjeros de educación superior que regula el Real Decreto 86/1987 se dirige a la comprobación de la equivalencia entre los conocimientos que la formación exigida para obtener el título extranjero comporta y los necesarios para lograr el español con el que se quiere homologar. Cuando no procede la homologación en virtud de la previsión de Tratados o Convenios internacionales, ni existen tablas de equivalencia a las que ajustarse, la decisión de la Administración debe adoptarse previo informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades. Informe preceptivo en tales casos, uno de los cuales es el que nos ocupa. Y el dictamen del Consejo de Universidades, además de participar del principio de objetividad que la Constitución impone a las Administraciones Públicas, tiene un carácter técnico, dada la especialización del órgano que lo emite. Por eso, posee un especial valor y debe presumirse su acierto, aunque esa presunción —como, precisa el Tribunal Constitucional en su

Nacionalidad

Sentencia 34/1995— pueda destruirse por prueba en contrario.

Aquí lo que la Comisión Académica dijo es que el título sometido a homologación acredita los requisitos suficientes para ello, tanto por la duración de los estudios cursados, intensidad y extensión de los mismos, así como por la formación y contenidos acreditados.

Por tanto, dándose las condiciones de equivalencia imprescindibles, según acredita el parecer de un órgano cualificado no desvirtuado por el recurrente mediante la propuesta —y defensa procesal— de una prueba pertinente dirigida a ese fin, no se infringen las normas del Real Decreto 86/1987 ni las del Real Decreto 921/1992. Y tampoco el artículo 14 de la Constitución, porque si los estudios son equivalentes no puede hablarse de mayor rigor en la exigencia para unos y para otros.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 3 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 476/2004.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Recuperación de la nacionalidad española: solicitud de dispensa de residencia efectiva en España.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. No consta que haya residido en momento alguno en España ni mantenga con nuestro país vínculos profesionales, sociales o culturales distintos del hecho de que su padre, nacional español por opción, resida en España y también lo hagan algunos parientes.

“La cuestión queda circunscrita, por tanto, a determinar si en el supuesto que nos ocupa concurren

circunstancias excepcionales para acceder a la dispensa del requisito de residencia legal en España, necesaria para poder recuperar la nacionalidad española.

(...).

El objeto del actual proceso es justamente verificar si en el caso litigioso el ejercicio de la potestad de dispensa conferida por dicho precepto se ha ajustado o no a Derecho. A la hora de ejercer el mentado control judicial es preciso dilucidar el alcance del poder de decisión que la susodicha potestad confiere a la Administración demandada, para lo cual resulta útil determinar si estamos en presencia de una potestad discrecional o reglada. Ya en este punto, una primera interpretación literal del precepto parece llevar a calificar como discrecional la potestad de referencia, sin que los demás elementos hermenéuticos aporten razones para desvirtuar esta primera conclusión calificadora. Se trataría, pues, de una potestad discrecional, lo que no implica —innecesario es decirlo— exención del control judicial, si bien es de reconocer el amplio margen de apreciación de que goza la Administración en presencia del concepto jurídico indeterminado representado por «las circunstancias excepcionales» a que alude el artículo 26 del Código Civil.

En el supuesto que nos ocupa, si bien consta acreditado que su padre había adquirido la nacionalidad española por opción y actualmente reside en España desde 1999, no consta que el propio recurrente ni el momento de optar por la nacionalidad española ni posteriormente haya residido en momento alguno en España. En efecto, el recurrente optó por la nacionalidad española al alcanzar la mayoría de edad cuando residía en Tánger y posteriormente no consta que residiese en España sino que se trasladó al Reino Unido, según manifestaciones del recurrente para ampliar sus estudios. Cinco años después de adquirir la nacionalidad española contrajo matrimonio en Casablanca (Marruecos) con ciuda-

Nacionalidad

dana marroquí, siguiendo el ritmo musulmán, y utilizando para ello la nacionalidad marroquí.

No consta que el recurrente hay residido en momento alguno en España ni mantenga con nuestro país vínculos profesionales, sociales o culturales distintos del hecho de que su padre, nacional español por opción, resida en nuestro país y también lo hagan algunos parientes. El hecho de que el recurrente hable correctamente nuestro idioma y que su padre y sus tíos residan en España no pueden considerarse circunstancias excepcionales que justifiquen la dispensa del requisito de la residencia en España, pues desde el momento de su adquisición de la nacionalidad española el recurrente no consta que haya mantenido vínculos especiales con España ni siquiera haya estado en nuestro país sino que residía en el Reino Unido en donde cursó sus estudios. No se aprecian, por tanto, circunstancias excepcionales que justifiquen la dispensa solicitada ni razones que desvirtúen el juicio negativo emitido por las autoridades administrativas, haciendo uso de sus facultades discrecionales que para concederla o denegarla le confiere nuestro ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 3 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1039/2004.

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica. Denuncias previas por falta.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Si bien es cierto que a fecha de la solicitud se carecía de antecedentes penales, el recurrente demuestra una innegable y muy reprochable conducta irregular y asocial con trascendencia en el ámbito penal-delictivo, expuesta en una clara actitud de violencia, enfrentamientos y amedrentamiento de las personas generadora de conflictividad social, lo que lleva sin más a confirmar la falta de buena conducta cívica en la que descansa la resolución recurrida.

“En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 12 de abril de 2002, siendo el recurrente de Perú. El expediente refleja que el recurrente aparece denunciado el 5 de julio de 1999 por lesiones y amenazas y el 17 de noviembre de 1999 por amenazas y agresión, hechos que dieron lugar a la incoación de dos juicios de faltas que concluyeron, ambos, con sentencias absolutorias (22 de enero de 2000 y 24 de enero de 2000) por razón del principio acusatorio al no comparecer los denunciados al juicio oral sin que se formulase acusación por el Ministerio Fiscal.

Por ello, si bien es cierto que a fecha de la solicitud se carecían de antecedentes penales, y que los policiales se cancelaron el 25 de mayo 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 en el ámbito penal-delictivo (se vio sometido a dos procesos por falta), expuesta en una clara actitud de violencia, enfrentamiento y amedrentamiento de las personas, generadora de conflictividad social, 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 obtención del permiso de trabajo y de residencia (con ello se viene a integrar el requisito de la residencia legal) ni con el hecho de que venga trabajando, desde noviembre de 2000 (este dato incidiría en todo caso en su tendencia a la integración, tendencia que incluso se puede cuestionar a la vista de su comportamiento cívico).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 4 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 1150/2002.

Ponente: Don Enrique Lecumberri Marti.

Voz: Concesión de nacionalidad española a ciudadano paquistaní.

Nacionalidad

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Resulta irrelevante a los efectos de la concesión o denegación de la nacionalidad el acontecer procesal protagonizado por el demandante por un presunto delito de “agresión sexual” por el que no fue condenado.

“La sentencia recurrida, después de analizar los requisitos exigidos por el artículo 22 del Código Civil para la adquisición de la nacionalidad por residencia, sostiene en el fundamento jurídico tercero que «al momento de tramitar la solicitud, no sólo constaban tales antecedentes policiales sino que el recurrente se hallaba sujeto a las correspondientes diligencias penales por agresión sexual, siendo de destacar que la sentencia absolutoria se ha producido en junio de 2001 y, según se expresa literalmente en la misma, ‘ante el resultado de la prueba de cargo practicada, por este Tribunal ante las dudas que se le presentan, no puede tomar convicción de culpabilidad, y por ello hace aplicación del principio *in dubio pro reo*’, pero ello no excluye la realidad de la detención justificada del recurrente en relación con tales hechos, la existencia de actuaciones penales y su desarrollo, por lo que, al margen de la valoración penal correspondiente y el resultado plasmado en la sentencia absolutoria, la Administración tenía que valorar la situación existente que incidía negativamente en las normas generales de convivencia, dando lugar a las actuaciones policiales y judiciales señaladas, dado que, como se ha dicho antes con referencia a la doctrina jurisprudencial, no basta la carencia de antecedentes penales para entender justificada la buena conducta cívica, sin que la circunstancia de que los hechos imputados al recurrente no hayan supuesto exigencia de responsabilidad penal por los motivos ya citados, impidan valorar la situación creada a efectos del requisito que aquí se examina, que no supone atribución de responsabilidad penal que sólo corresponde a los órganos de dicho orden jurisdiccional, ni imposición de sanción administrativa alguna que sólo es posible mediante el correspondiente procedimiento, lo que excluye la vulneración del principio de presunción de inocencia que se invoca, teniéndose

en cuenta aquí únicamente el aspecto que afecta a la convivencia cívica en los términos antes examinados y que resulta relevante dada la proximidad de los hechos a la tramitación de la solicitud. A ello ha de añadirse, que si bien se invoca el trabajo realizado en la minería durante diez años, tampoco se ha aportado elemento probatorio o dato que de manera positiva acredite la buena conducta cívica que se invoca, que no resulta del mero aspecto negativo de carencia de antecedentes penales o sancionales administrativas».

En base a estos datos, considera la Sala de instancia que «en consecuencia, ha de concluirse que la valoración efectuada por la Administración, al apreciar la falta del requisito de buena conducta cívica, resulta proporcionada y conforme a Derecho, lo que supone la denegación de la pretensión ejercitada por el mismo de reconocimiento de la nacionalidad española, al resultar exigible tal requisito por el artículo 22 del Código Civil, sin que el cumplimiento de los demás exonere de aquella exigencia cuya carencia determina la denegación de la nacionalidad».

(...).

Este motivo de casación debe ser estimado, pues la razón expresada por la Administración para denegar la concesión de la nacionalidad española por residencia continuada exclusivamente viene determinada como señala el Tribunal *a quo* «por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica ya que según el informe de la Dirección General de la Policía de diecisiete de abril de mil novecientos noventa y siete fue detenido como presunto autor de un delito de agresión sexual por el que se encuentra procesado», cuando en el caso que enjuicamos no se puede aunar el concepto de la buena conducta al proceso penal en que se vio implicado el recurrente por un supuesto delito de agresión sexual, pues la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid le eximió de toda responsabilidad penal, por lo que resulta irrelevante a los efectos de la con-

Nacionalidad

cesión o denegación de la nacionalidad el acontecer procesal protagonizado por el demandante por un presunto delito de «agresión sexual» por el que no fue condenado, y que precisamente fue la única causa o motivo aducida por la Administración para denegar la nacionalidad por residencia.

En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción procede casar la sentencia impugnada y declarar el derecho del recurrente a obtener la nacionalidad española por concurrir los presupuestos o requisitos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 22 del Código Civil.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 5 de julio de 2006.

Recurso de Casación: 4414/2002.

Ponente: Don Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación de nacionalidad española: matrimonio de complacencia.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El propósito de los contrayentes sólo era que constaran casados, sin asumir por tanto, los efectos propios de dicho estado matrimonial, reconociendo las actuaciones de ficción y expresando su deseo de que sea anulado el matrimonio.

“El presente recurso se fundamenta en un primero y único motivo casacional donde, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia como infringido el artículo 22 del Código Civil, afirmándose que la fundamentación de la desestimación del recurso carece de pruebas y se sustenta en sospechas o dudas. Se afirma por ello que existe una presunción de ilicitud civil del matrimonio, lo que vulnera la tutela judicial efectiva y causa indefensión, y que, aun cuando el matrimonio tuviera algún vicio de nulidad civil, ni los cónyuges ni el Ministerio Fiscal, de oficio o de instancia de parte, han solicitado la declaración de nulidad del matrimonio, por lo que ha-

biendo pasado el plazo de caducidad de 4 años para ejercitar la acción de nulidad con base en el artículo 1301 del Código Civil había caducado dicha acción contada desde la sentencia absolutoria del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1997. El recurso no puede prosperar dado que ya en la sentencia de 16 de marzo de 1999 esta Sala declaró que en el supuesto de concesión de nacionalidad por residencia es necesario justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil la buena conducta cívica, además del suficiente grado de integración en la sociedad española, lo que constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y envuelve aspectos que trascienden de los de penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante el tiempo de permanencia en España, sin que pueda identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales. Y ello por cuanto que, como declaramos en Sentencia de 15 de diciembre de 2004, al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, 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, puesto que, como hemos dicho, el otorgamiento de una condición, la de nacional, constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, pues no en vano la nacionalidad constituye la base misma de aquél y conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones que en todo caso puede ser denegada por razones de interés público o interés nacional.

Nacionalidad

Para enjuiciar la conducta del recurrente, tomada en consideración por la sentencia de instancia a efectos de la desestimación del recurso contencioso administrativo, es necesario partir de la base de que, conforme a la sentencia de la Sala Segunda de este alto Tribunal de 9 de julio de 1997, «la celebración del matrimonio se realizó con el propósito único de servir de medio para obtener la nombrada nacionalidad española o permiso de residencia»; por ello la recurrente, después de la celebración del matrimonio «regresó a Las Palmas sin haber hecho convivencia alguna entonces ni con posterioridad, ya que, como queda narrado, el propósito de ambos, y así lo sabía también el repetido funcionario, sólo era el que constaran casados, sin asumir, por tanto, los efectos propios de dicho estado matrimonial, reconociendo las actuaciones la ficción y expresando su deseo de que sea anulado el matrimonio».

La citada sentencia absuelve a la recurrente en el ámbito penal conforme a las consideraciones que se contienen en el fundamento de derecho quinto de la misma afirmando que «Los matrimonios de complacencia, los matrimonios interesados o los matrimonios de conveniencia no pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante ni en los contrayentes, aunque uno y otro conozcan y consientan las particularidades del acuerdo, del interés o de la ventaja que se quiere obtener con tal unión. Podrá tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, mas nunca llegar a la incriminación de tal conducta en el contexto del Código Penal».

A la luz de la jurisprudencia de la Sala las consideraciones que se dejan expuestas conducen a la necesidad de confirmar la denegación de la nacionalidad española por residencia de la recurrente, dado que mal puede conciliarse una buena conducta cívica con el hecho de que participara como contrayente en la celebración del matrimonio que tenía, precisamente, por único objeto el conseguir la nacionalidad, y cuando se declara como hecho probado por la sentencia penal tal finalidad así como la ausencia

de convivencia conyugal, lo que necesariamente tiene consecuencias en el orden administrativo al juzgar el requisito de la buena conducta cívica cuya justificación compete a quien solicita la nacionalidad y que no puede pretenderse por quien, superando los estándares normales de conducta social acomodada a los mismos, ha intentado vulnerar la legislación española contrayendo un matrimonio de conveniencia, precisamente con el objetivo de conseguir la nacionalidad.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 981/2004.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Solicitud de nacionalidad española: grado de integración.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. La solicitante de nacionalidad española habla con dificultad, no entiende bien, lee mal, no sabe escribir el castellano y desconoce cuáles son las instituciones españolas.

“La recurrente, de nacionalidad marroquí, presentó su solicitud el 28 de abril de 2000; había contraído matrimonio con un ciudadano español el 7 de febrero de 1997, siendo padres de una niña nacida el 31 de diciembre de 1996; era titular de una TFCEE expedida el 23 de septiembre de 1998, que había sido solicitada el 7 de abril de 1998; figura en el expediente un informe de convivencia de la policía local de la Ciudad Autónoma de Melilla. Por otra parte, en un informe policial de 31 de enero de 2001 se reseña que la solicitante carece de ocupación laboral remunerada. En otro orden de cosas, en relación ya directa con la *ratio decidendi* de las resoluciones puestas en tela de juicio, un informe del CESID de 4 de septiembre de 2001 participa que «la informada no parece integrada en la sociedad española dado su escaso nivel de conocimiento del idioma de este país»; existe un acta de audiencia ante el Encargado del Registro Civil de 3 de mayo de 2000 en que consta que «de sus contestaciones re-

Nacionalidad

sulta que habla el idioma castellano y se encuentra integrado en las costumbres españolas, comprende el sistema institucional español», si bien es de advertir que el expediente fue devuelto por la DGRN al Juez Encargado del Registro Civil el 14 de abril de 2003 para —entre otros extremos— un nuevo examen de integración de la solicitante en la sociedad española y conocimiento del idioma, siendo así que obra en el expediente una ulterior acta de audiencia ante el Juez Encargado de fecha 21 de mayo de 2003 donde se deja constancia de lo siguiente: «habla con gran dificultad el castellano, su marido no trabaja, habla con dificultad ni lo entiende bien, lee con dificultad, no sabe escribir castellano. Sabe que el Rey vive en Madrid, no conoce las instituciones españolas»; por último, figura en el expediente un certificado de fecha 5 de diciembre de 2001 de participación de la interesada en un curso de alfabetización con una duración de trescientas horas.

La demanda rectora del proceso pone de relieve las circunstancias familiares de la actora, alega que la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, incide en la contradicción en que incurrían las actas ante el Juez Encargado de que hicimos mérito más arriba, y termina suplicando la anulación de la resolución recurrida.

Vistos los antecedentes fácticos que acabamos de exponer, es de recordar que esta Sala ha dicho en ocasiones anteriores que la integración social no deriva exclusivamente del nivel de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente. Por otra parte, también hemos dicho que el conocimiento de la lengua española forma parte del grado de adaptación a la cultura española, que, a su vez, es un componente del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española

que la interesada debe justificar, siendo así que dicho conocimiento lingüístico es un dato altamente significativo del mentado requisito de integración social, si bien, por otra parte, aquel conocimiento idiomático es un factor que debe ser valorado en cada caso en función de las circunstancias concurrentes.

En el supuesto que ahora nos ocupa es posible afirmar el arraigo familiar de la demandante, cuyo arraigo familiar, sin embargo, no llena por sí mismo el requisito legal del suficiente grado de integración en la sociedad española. Las razones aducidas por la Administración demandada para fundar su decisión estriban en el deficiente conocimiento de la lengua y en el desconocimiento del sistema institucional español por parte de la interesada, cuyas circunstancias no se ven contrarrestadas por otro tipo de relaciones económicas, sociales o culturales de la misma que denoten su integración social como ineludible presupuesto para la adquisición de la nacionalidad pretendida, por lo que hemos de concluir que la actora no cumple las condiciones legales necesarias para el éxito de su acción, debiendo en este punto notarse que es preciso estar al resultado de la segunda comparecencia de que se deja constancia en el acta de 21 de mayo de 2003, que se produjo con el exclusivo objeto de examinar el grado de integración social de la interesada tras ser devuelto el expediente por la DGRN. En otro orden de ideas, parecería excesivo exigir un conocimiento pleno del sistema institucional español para la adquisición de la nacionalidad, si bien no puede obviarse que un razonable nivel de conocimiento del mismo representa un índice más del necesario grado de integración social como requisito para la adquisición de la nacionalidad.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 13 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 341/2004.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Nacionalidad

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La ausencia de antecedentes penales o policiales no es elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica.

“En el caso que ahora nos ocupa, la parte recurrente –natural de Ecuador– solicitó la nacionalidad española el 30 de marzo de 2001; el 30 de septiembre de 1999 había contraído matrimonio con una ciudadana española, siendo así que era titular de una TFRC desde el 17 de febrero de 2000, que había solicitado el 8 de noviembre de 1999. Un informe policial de 2 de noviembre de 2001 señala que no existe convivencia con su esposa, que el interesado trabaja por cuenta propia en un negocio dedicado a locutorio telefónico, dejando constancia del rendimiento neto a efectos del IRPF de los dos primeros trimestres de 2001, y que fue detenido en dos ocasiones: en Madrid el 13 de mayo de 1998 por apropiación indebida, y en Palma de Mallorca el 26 de julio de 2000 por daños y amenazas. En relación con esta última detención el meritado informe indica que hay «sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 8 de dicha ciudad, J. Faltas 827/00, de fecha 18 de enero de 2001, absolutoria y archivándose las actuaciones».

La demanda rectora del actual proceso hace hincapié en las circunstancias personales, familiares y laborales del recurrente, alega que carece de antecedentes penales y que sólo fue detenido en Madrid, cuyas actuaciones terminaron en sobreseimiento provisional de la correspondiente causa penal, negando cualquier otra detención o procedimiento penal, y concretamente el que consta en el susodicho informe policial relativo a la detención en Palma de Mallorca, respecto del que argumenta que no obra documentación alguna en el expediente, lo que le genera —se dice— una absoluta indefensión, terminando por suplicar la anulación de la resolución recurrida y el reconocimiento del derecho a la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

(...) prescindiendo de otras consideraciones relativas al grado de integración social del demandante o a la convivencia de este último con su esposa, que no afectan a la *ratio decidendi* de las resoluciones puestas en tela de juicio, es de observar que el interesado fue detenido en Madrid el 13 de mayo de 1998 por apropiación indebida, dando lugar en el Juzgado de Instrucción n.º 10 de Madrid a la incoación de las correspondientes diligencias previas, que fueron archivadas por auto de 20 de agosto de 2002, que acordó el sobreseimiento provisional al amparo del artículo 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tras un informe policial de 8 de julio de 2002 en el que se afirmaba que no había denuncia alguna de los establecimientos comerciales que figuraban en el atestado origen de las actuaciones con la descripción de la ropa referida en dicho atestado, a lo que se añadía en meritado informe que dichos centros no podían –dado el tiempo transcurrido– aseverar que las prendas de referencia hubieran sido sustraídas en sus comercios. Por otro lado, es de notar que no responde a la realidad la alegación de la parte actora relativa a la ausencia de documentación en el expediente en lo que hace a la detención sufrida en Palma de Mallorca. La demandante niega que esta última se produjera y alega que aquella falta de documentación le genera una situación de indefensión, cuya tesis no es compartida por la Sala. Al respecto es de indicar que el antedatado informe policial de 2 de noviembre de 2001 reseña en relación con la controvertida detención de Palma de Mallorca los datos necesarios para su identificación, así como los del subsiguiente procedimiento de faltas que —según el repetido informe— terminó en una sentencia absolutoria. No puede obviarse que el informe policial de referencia es un documento público suscrito por funcionario competente, siendo así que el mentado documento reseñaba los datos necesarios para la identificación del hecho de la detención en Palma de Mallorca que era negado por la actora, a la que correspondía desvirtuar el meritado informe en dicho extremo con la correspondiente prueba, cuya prueba no ofrecía dificultad alguna pues se

Nacionalidad

trataba de verificar los precisos datos ofrecidos en el repetido informe policial. En lugar de proponer la mentada prueba a que acabamos de aludir la actora solicitó en la demanda que el recurso se fallara sin recibir el pleito a prueba, desaprovechando la oportunidad procesal para desacreditar el informe policial de constante cita, que de este modo ha resultado incólume como elemento de juicio a tener en cuenta en la valoración del supuesto litigioso. Interesa *hic et nunc* subrayar que en casos como el presente corresponde a la parte recurrente la carga de demostrar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, cuyo requisito no ha quedado probado en el supuesto que nos ocupa en función de lo que precedentemente hemos expuesto, y ello con abstracción de aquel otro requisito de la integración social, de modo que el arraigo familiar o laboral no basta para el éxito de la pretensión actora si falta aquella exigencia de la buena conducta cívica, por lo que el recurso ha de decaer al no ser de recibo tampoco el razonamiento expuesto en la demanda en torno a la violación de la presunción de inocencia, pues –aparte de otras posibles consideraciones– no se trata de que la Administración demandada haya dado por probada la inexistencia de conducta cívica en el recurrente, sino de que no se ha acreditado por este último el cumplimiento del requisito de la buena conducta cívica.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 19 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1024/2004.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Nacionalidad: buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Ausencia de buena conducta cívica: no se ha demostrado el cumplimiento por la parte actora de deberes tributarios o cargas sociales o, en su caso, la participación en cualquier tipo de actividades cívico-sociales.

“(…) no basta para el éxito de la pretensión actora con la ausencia de antecedentes penales o la cancelación

de los antecedentes policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales o policiales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, cual es el caso que nos ocupa. En efecto, y prescindiendo de otras consideraciones relativas al grado de integración social del demandante, que no afecta a la *ratio decidendi* de la resolución puesta en tela de juicio, es de observar que el interesado fue detenido en numerosísimas ocasiones en el lapso temporal que va desde el año 1961 hasta 1986 por delitos de diferente naturaleza (hurto, robo, allanamiento de morada, tenencia de drogas para tráfico, lesiones, resistencia y desobediencia, falsificación de documentos, etcétera), a lo que es de añadir una requisitoria de 7 de noviembre de 2000 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Ceuta, si bien esta última es posterior a la data de la presentación de la solicitud de la nacionalidad española, siendo así que los meritados antecedentes configuran una línea de comportamiento incompatible con el requisito de la buena conducta cívica. El escrito de demanda arguye la lejanía de los referidos antecedentes, si bien hemos de advertir que aunque prescindiéramos de los mismos la pretensión actora no podría prosperar. Interesa *hic et nunc* subrayar que en casos como el presente corresponde a la parte recurrente la carga de demostrar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, cuyo requisito no ha quedado probado en el supuesto que nos ocupa pues, amén de todo lo anterior, no se ha demostrado el cumplimiento por la parte actora de deberes tributarios o cargas sociales o, en su caso, la participación en cualquier tipo de actividades cívico-sociales, de tal suerte que en tales circunstancias el actual recurso deviene improsperable.”

Nacionalidad

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de julio de 2006.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Solicitud de nacionalidad.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente quien ha acreditado su residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a su petición. Los retrasos en la solicitud de renovación de los permisos de residencia no pueden llevar a concluir que la recurrente no cumpliera con el presupuesto de la residencia legal.

“En el supuesto de autos, de la certificación expedida por la Comisaría General de Extranjería de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, incorporada al expediente administrativo, se desprende que la recurrente solicitó su primera tarjeta de estudiante con fecha 11 de diciembre de 1989, tarjeta que fue concedida el 13 de diciembre de 1989; y la última con fecha 20 de enero de 2000, concedida el 18 de febrero de 2000 y con validez hasta el 30 de octubre de 2000.

Consecuentemente, cuando la recurrente solicitó la nacionalidad española —el 17 de mayo de 2000— venía residiendo en España desde hacía más de diez años, reconociendo la Administración en la resolución recurrida que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, aplicable a la solicitud de nacionalidad de la actora, la tarjeta de estudiante debía configurarse como una verdadera autorización de residencia.

Es cierto que la recurrente se retrasó en varias ocasiones al solicitar la renovación de sus tarjetas, pero las referidas interrupciones no son lo suficientemente relevantes, en atención a su corta duración y al período total de residencia legal de la actora en España, para llevarnos a concluir que incumplió el requisito de la continuidad en la residencia a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, sobre todo teniendo en cuenta el criterio reiteradamente sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en supues-

tos similares al enjuiciado (SSTS de 22 de febrero de 2003 y 25 de enero y 4 de octubre de 2005, entre otras).

Además, el artículo 59.4 del Real Decreto 155/1996, de 2 febrero, que aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, establecía que, sin perjuicio de las sanciones que procedieran, podría renovarse el permiso de residencia siempre que se solicitara la renovación durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración y se cumplieran el resto de los requisitos exigidos, y que, concedida la renovación, ésta surtiría efectos desde la fecha de caducidad del permiso anterior. Consecuentemente, de los períodos de interrupción de la residencia denunciados por la Administración posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 155/1996, sólo puede tenerse en cuenta el mes de febrero de 1997. Al referido mes deben unirse los cuatro meses del 25 de junio de 1991 al 7 de octubre de 1991 —con el mes de agosto por medio—, un mes por cada una de las sucesivas renovaciones hasta la del año 1995, y dos meses por la renovación de la tarjeta que expiraba en el año 1995.

En definitiva, el tiempo en que la recurrente no mantuvo la continuidad en la residencia por retrasos en las solicitudes de las renovaciones de sus tarjetas de estudiante no superó los seis meses en un período total de más de diez años, interrupción insuficiente para considerar incumplido el requisito de la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad, como hemos expresado anteriormente.

Y como quiera que la Administración no cuestiona la buena conducta cívica o la integración de la recurrente en la sociedad española, presupuestos, por lo demás, sobradamente acreditados en autos, y deniega la nacionalidad exclusivamente por la no acreditación de la continuidad en la residencia legal, procede la anulación de la resolución recu-

Nacionalidad

rrida y el reconociendo del derecho de la recurrente a la adquisición de la nacionalidad española.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de julio de 2006.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1278/2003.

Ponente: Don José Luis Terrero Chacón.

Voz: Solicitud de nacionalidad española: falta de integración en la sociedad española.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente quien no ha aportado pruebas que acrediten una conducta y actividad reveladora de su integración en nuestra sociedad, no bastando con alegar su tiempo de residencia en España o que se encuentra casada con un ciudadano español y tiene hijos españoles.

“Como hemos expresado en los antecedentes de hecho de la sentencia, la resolución recurrida deniega a la recurrente la nacionalidad española por no haber justificado suficiente grado de integración en nuestra sociedad, ya que, según la comparencia ante la Juez Encargada del Registro, no sabe leer ni escribir en castellano, aunque lo entiende y habla, no conoce ninguna costumbre española y manifiesta que quiere el carné para irse a Holanda, y según otros informes oficiales habla deficientemente el castellano.

Pues bien, conviene recordar, como hemos puesto de manifiesto, entre otras, en nuestra Sentencia de 11 de octubre de 2005, que el ordenamiento jurídico español condiciona la adquisición de la nacionalidad por residencia, a que dicha residencia vaya acompañada de una integración en la sociedad española (artículo 22.4 del Código Civil) y, por ende, en su estilo de vida, costumbres y valores, pues aquel que pretenda adquirir la nacionalidad española ha de reunir unos requisitos distintos, entre ellos de adaptación a nuestra sociedad, de aquellos otros que tan solo pretendan residir en nuestro territorio.

La nacionalidad española concede un estatus y unos derechos superiores que los derivados de la mera residencia legal en España, y por ello también se establece en nuestro ordenamiento la exigencia de un grado de adaptación superior para los peticionarios de nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, en cuanto pretenden su total equiparación, política y jurídica, a los ciudadanos españoles, lo cual sería incongruente con una residencia que, con independencia de su duración, se desarrollase al margen de la forma de vida, costumbres y valores que conforman nuestra sociedad.

Es por ello que la mera residencia en España durante un largo período de tiempo tan solo justifica el cumplimiento de uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la nacionalidad española –residencia legal y continuada– pero resulta, por sí misma, insuficiente si no va acompañada de una integración real y efectiva en las costumbres y la forma de vida española.

La integración social, a los efectos de la adquisición de la nacionalidad, implica la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado, o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo. Sin olvidar que el conocimiento de nuestro idioma constituye un medio fundamental de comunicación e integración social, revelador del intento de adaptación a nuestra sociedad, considerado, además, como una obligación para todos los españoles por el artículo 3.1 de la Constitución Española.

En el supuesto enjuiciado, de la documental incorporada al expediente administrativo se desprende que la recurrente «habla deficientemente el castellano» (informe del Centro Superior de Información de la Defensa obrante el folio n.º 6 del expedien-

Régimen comunitario

te), se expresa deficientemente en castellano, no sabe leer y escribir y se encuentra arraigada a las costumbres de su origen (informe de la Sección de Extranjería y Documentación de la Comisaría Provincial de Melilla, obrante en folios 7 y siguientes del expediente). Además, en la segunda comparecencia ante la Juez Encargada del Registro Civil de Melilla, la recurrente manifestó que quería «el carné» para irse a Holanda y que no conocía «ninguna costumbre española» (sólo costumbres musulmanas como ir a rezar o ir a la mezquita).

Por otra parte, la recurrente no ha aportado a lo largo del expediente administrativo, y posteriormente en sede jurisdiccional, pruebas que acrediten una conducta y actividad reveladora de su integración en nuestra sociedad, tal y como le incumbía, no bastando con alegar su tiempo de residencia en España o que se encuentra casada con un ciudadano español y tiene hijos españoles.

Las expresadas consideraciones nos llevan al convencimiento de que la recurrente no se encuentra suficientemente integrada en la sociedad española, a los efectos de la obtención de nuestra nacionalidad, no obstante a la anterior conclusión el contenido de su primera comparecencia ante la Juez Encargada del Registro Civil de Melilla, pues basta con analizar el acta de dicha comparecencia para comprobar que se utilizó un impreso estereotipado en uno de tantos expedientes de concesión de nacionalidad tramitados en dicho Registro y que, posteriormente, a la vista de los informes policiales y de la solicitud de una nueva comparecencia, específicamente destinada para acreditar el extremo referido al grado de integración en la sociedad española y dominio de nuestro idioma de la recurrente, el referido contenido fue matizado y completado con mayores precisiones, de las que se desprende la falta de integración de la recurrente en nuestra sociedad.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de julio de 2006.

Cuestión prejudicial: C-50/05.

Ponente: Sr. Puissechet.

Voz: Seguridad social: prestaciones por enfermedad y maternidad. Cálculo de cotizaciones.

Resumen: El Reglamento (CEE) 1408/1971, no se opone a que, para la determinación de la base de las cotizaciones al seguro de enfermedad aplicadas en el Estado miembro de residencia del titular de pensiones abonadas por instituciones de ese Estado miembro competente para otorgar prestaciones en virtud del artículo 27 de dicho Reglamento, se incluyan en dicha base, además de las pensiones percibidas en el Estado miembro de residencia, las abonadas por instituciones de otro Estado miembro, siempre y cuando las referidas cotizaciones no superen el importe de las pensiones otorgadas en el Estado miembro de residencia.

“La Sra. Nikula, jubilada residente en Kemi (Finlandia), percibió durante el año 2000, en concepto de pensiones de jubilación, diversas prestaciones de instituciones de dos Estados miembros: el Reino de Suecia, donde trabajó durante varios años, y la República de Finlandia, Estado en el que reside.

En el marco de la tributación correspondiente al año 2000, la Sra. Nikula fue declarada en Finlandia sujeto pasivo por obligación personal. Las pensiones que percibió de instituciones suecas se incluyeron en su renta imponible, con arreglo a los artículos 18, apartado 1, y 25, apartado 3, letra d), del Convenio (26/1997) celebrado entre los países miembros del Consejo Nórdico con el fin de evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta e impuestos sobre el patrimonio.

Régimen comunitario

La Sra. Nikula solicitó una modificación de su tributación a fin de que las pensiones percibidas de instituciones suecas no se tuvieran en cuenta en la renta imponible que sirve de referencia para el cálculo de sus cotizaciones al seguro de enfermedad. Mediante resolución de 11 de septiembre de 2002, la Inspección tributaria de Laponia denegó su solicitud.

La Sra. Nikula apeló esta resolución ante el Rovaniemen hallinto-oikeus (Tribunal administrativo de Rovaniemi). Éste desestimó el recurso de la Sra. Nikula mediante resolución de 12 de diciembre de 2003.

La Sra. Nikula solicitó la autorización para recurrir la resolución del Rovaniemen hallinto-oikeus y en dicho recurso, interpuesto ante el Korkein hallinto-oikeus, solicitó la anulación de la referida resolución y que las pensiones que percibe de instituciones suecas no se tuvieran en cuenta en el cálculo de la renta imponible que sirve de base para calcular sus cotizaciones al seguro de enfermedad.

En estas circunstancias, el Korkein hallinto-oikeus decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 33, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/1971 (...) en el sentido de que no es conforme a dicho artículo un régimen según el cual para la determinación de las cotizaciones al seguro de enfermedad se utiliza como base en el Estado miembro donde reside la persona jubilada, además de las pensiones recibidas en el Estado de residencia, las pensiones recibidas de otro Estado miembro, con la condición, sin embargo, de que las cotizaciones al seguro de enfermedad no superen la cantidad que en concepto de pensión se percibe en el Estado de residencia, en una situación en la cual, según el artículo 27 del Reglamento, la persona jubilada únicamente tiene derecho a recibir prestaciones de enfermedad y maternidad

de la institución del Estado de residencia y a cargo de ésta?».

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 33, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 1408/1971 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 118/1997 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, no se opone a que, para la determinación de la base de las cotizaciones al seguro de enfermedad aplicadas en el Estado miembro de residencia del titular de pensiones abonadas por instituciones de este Estado miembro competente para otorgar prestaciones en virtud del artículo 27 de dicho Reglamento, se incluyan en dicha base, además de las pensiones percibidas en el Estado miembro de residencia, las abonadas por instituciones de otro Estado miembro, siempre y cuando las referidas cotizaciones no superen el importe de las pensiones otorgadas en el Estado miembro de residencia.

2) No obstante, el artículo 39 de la CE se opone a que se tenga en cuenta el importe de las pensiones percibidas de instituciones de otro Estado miembro si ya se abonaron cotizaciones en este otro Estado miembro sobre los ingresos procedentes del trabajo obtenidos en este Estado. Corresponde a los interesados determinar la existencia de dichos pagos anteriores de cotizaciones.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de julio de 2006.

Régimen comunitario

Cuestión prejudicial: C-406/04.

Ponente: Sr. Lapuerta.

Voz: Libre circulación y residencia en la Unión Europea: prestaciones por desempleo.

Resumen: La libertad de circulación y residencia que se reconoce a todo ciudadano de la Unión no se opone a que un desempleado de más de 50 años de edad, exento de la obligación de acreditar su disponibilidad en el mercado laboral, se le imponga, como requisito para conservar su derecho a una prestación por desempleo, una cláusula de residencia como la aplicada en el asunto principal.

“El Sr. De Cuyper, nacional belga nacido en 1942, trabajó por cuenta ajena en Bélgica. El 19 de marzo de 1997 se le reconoció el derecho a prestaciones por desempleo.

El 1 de abril de 1998, en virtud de la normativa nacional aplicable en aquel momento, obtuvo la dispensa de la obligación de someterse a los procedimientos municipales de control, obligación que el Real Decreto de 25 de noviembre de 1991 imponía con carácter general a las personas en situación de desempleo.

El 9 de diciembre de 1999, presentó ante el organismo que le abonaba las prestaciones por desempleo una declaración en la que afirmaba que «vivía solo» y habitaba efectivamente en Bélgica.

Durante el mes de abril de 2000, los servicios del ONEM practicaron una inspección de rutina con el fin de comprobar la exactitud de las declaraciones del interesado. Con ocasión de tal inspección, el Sr. De Cuyper reconoció que desde enero de 1999 no residía de manera efectiva en Bélgica, sino que vivía en Francia. Precisó que regresaba a Bélgica aproximadamente una vez al trimestre, que conservaba una habitación amueblada en un municipio belga y que no había comunicado este cambio de domicilio al organismo que le abonaba las prestaciones por desempleo.

Basándose en la referida inspección, el ONEM notificó al Sr. De Cuyper el 25 de octubre de 2000 una resolución en virtud de la cual se le retiraba el derecho a prestaciones por desempleo con efectos desde el 1 de enero de 1999, debido a que, a partir de dicha fecha, había dejado de cumplir el requisito de residir de manera efectiva en Bélgica previsto en el artículo 66 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991. En esa misma resolución el ONEM reclamaba al interesado la devolución de las prestaciones abonadas desde aquella fecha, a saber, el equivalente en francos belgas de 12.452,78 euros.

El Sr. De Cuyper impugnó dicha resolución ante el órgano jurisdiccional nacional.

En tales circunstancias, el tribunal du travail de Bruxelles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Constituye un obstáculo a la libertad de circulación y de residencia, reconocida a todo ciudadano europeo en los artículos 17 (CE) y 18 (CE), la obligación de residir de manera efectiva en Bélgica, a la que el artículo 66 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991 sobre la normativa del desempleo supe- dita la concesión de las prestaciones, aplicada a un desempleado de más de 50 años de edad que haya obtenido, con arreglo al artículo 89 de dicho Real Decreto, una dispensa de la obligación de control que supone la exoneración del requisito de permanecer disponible en el mercado laboral?

¿Cumple dicha obligación de residencia en el territorio nacional del Estado competente para la concesión de las prestaciones por desempleo, justificada en Derecho interno por las necesidades del control del cumplimiento de los requisitos legales de indemnización de los desempleados, la exigencia de proporcionalidad a la que debe responder la persecución de dicho objetivo de interés general, por

Régimen comunitario

cuanto constituye una limitación a la libertad de circulación y de residencia reconocida a todo ciudadano europeo en los artículos 17 (CE) y 18 (CE)?

¿No tiene por efecto dicha obligación de residencia establecer una discriminación entre los ciudadanos europeos nacionales del Estado miembro competente para garantizar la concesión de las prestaciones por desempleo, al reconocer dicho derecho a los que no hacen uso de su derecho de libre circulación y residencia reconocidos en los artículos 17 (CE) y 18 (CE), al mismo tiempo que lo deniega a los que pretenden ejercerlo, por el efecto disuasorio que dicha restricción entraña?»

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La libertad de circulación y de residencia que el artículo 18 de la CE reconoce a todo ciudadano de la Unión no se opone a que a un desempleado de más de 50 años de edad, exento de la obligación de acreditar su disponibilidad en el mercado laboral, se le imponga, como requisito para conservar su derecho a una prestación por desempleo, una cláusula de residencia como la aplicada en el asunto principal.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 19 de julio de 2006.

Cuestión prejudicial: C-506/04.

Ponente: Sr. Lenaerts.

Voz: Ejercicio permanente de la profesión de abogado en Estado distinto de aquel en que se ha obtenido el título.

Resumen: La inscripción de un abogado ante la autoridad competente de un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido su título, solicitada para ejercer en éste con su título profesional de origen, no puede supedi-

tarse a un control previo de su nivel de conocimiento de las lenguas del Estado miembro de acogida.

“El Sr. Wilson, de nacionalidad británica, es Barrister. Es miembro del Colegio de abogados de Inglaterra y del País de Gales desde 1975. Ejerce la profesión de abogado en Luxemburgo desde 1994.

Con fecha 29 de abril de 2003, la Junta del Colegio de abogados citó al Sr. Wilson para el examen oral previsto en el artículo 3, apartado 2, de la Ley de 13 de noviembre de 2002.

El Sr. Wilson compareció al examen el 7 de mayo de 2003, asistido por un abogado luxemburgués, pero la Junta del Colegio de abogados rechazó la presencia de este último.

Mediante correo certificado de 14 de mayo de 2003, la Junta del Colegio de abogados comunicó al Sr. Wilson su decisión de denegar la inscripción de éste en la lista IV de abogados ejercientes con su título profesional de origen. En la motivación de dicha decisión figuraba lo siguiente:

«Al ser informado por la Junta del Colegio de abogados de que ésta no admitía la presencia de un abogado, no prevista por la Ley, Vd. se negó a someterse al examen oral sin la asistencia de Maître (...). Por ese motivo, esta Junta no ha podido comprobar que Vd. dispone de los conocimientos lingüísticos exigidos por el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Ley de 10 de agosto de 1991 (...).»

En ese mismo escrito, la Junta del Colegio de abogados informó al Sr. Wilson de que, «con arreglo al artículo 26, apartado 7, de la Ley de 10 de agosto de 1991, la presente decisión es recurrible ante el Consejo disciplinario y administrativo (apartado de correos 575, L-1025 Luxemburgo) en el plazo de cuarenta días desde el envío de la presente».

Mediante escrito de 28 de julio de 2003, el Sr. Wilson interpuso ante el tribunal administratíf de

Régimen comunitario

Luxembourg un recurso de anulación contra esta decisión denegatoria.

Mediante resolución de 13 de mayo de 2004, dicho tribunal declinó su competencia para conocer del recurso.

El Sr. Wilson interpuso contra dicha resolución un recurso, recibido en la secretaría de la Cour administrative el 22 de junio de 2004.

El órgano jurisdiccional remitente expone que la cuestión de si el procedimiento de recursos establecido por la normativa luxemburguesa es conforme con la Directiva 98/5 repercute directamente en la de si la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer del litigio principal. En cuanto al fondo, el órgano jurisdiccional nacional se cuestiona la compatibilidad con el Derecho comunitario de las disposiciones luxemburguesas que establecen un control de los conocimientos lingüísticos de los abogados europeos que deseen ejercer en Luxemburgo.

En estas circunstancias, la Cour administrative decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 9 de la Directiva 98/5 (...) en el sentido de que no permite un procedimiento de recurso como el que establece la Ley de 10 de agosto de 1991, en su versión modificada por la Ley de 13 de noviembre de 2002?

2) ¿Puede considerarse, en particular, que órganos como el Consejo disciplinario y administrativo y el Consejo disciplinario y administrativo de apelación constituyen órganos competentes para conocer de los ‘recursos jurisdiccionales internos’ previstos en el artículo 9 de la Directiva 98/5 y que este artículo debe interpretarse en el sentido de que no permite que sea necesario interponer un recurso ante uno o varios órganos de ese tipo antes de interponerlo

ante un ‘juzgado o tribunal’, a efectos de dicho artículo, para que éste pueda pronunciarse sobre una cuestión jurídica?

3) ¿Pueden las autoridades competentes de un Estado miembro someter al requisito del dominio de las lenguas de dicho Estado miembro el derecho de un abogado de otro Estado miembro a ejercer permanentemente la profesión de abogado con su título profesional de origen en los ámbitos especificados en el artículo 5 de la Directiva 98/5?

4) ¿Pueden, en particular, supeditar el ejercicio de la profesión al requisito de que el abogado supere un examen oral de idiomas en las tres lenguas principales del Estado miembro de acogida (o en más de una de éstas) a efectos de que las autoridades competentes puedan comprobar si el abogado domina todas ellas y, en el supuesto de respuesta afirmativa, cuáles son, en su caso, las garantías procesales exigidas?».

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 9 de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un procedimiento de recursos en cuyo marco la decisión de denegación de la inscripción contemplada en el artículo 3 de dicha Directiva debe ser impugnada, en primera instancia, ante un órgano integrado exclusivamente por abogados ejercientes con el título profesional del Estado de acogida y, en apelación, ante un órgano integrado mayoritariamente por tales abogados, mientras que el recurso de casación ante el supremo órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro permite únicamente un control jurisdiccional del fundamento jurídico y no de la relación fáctica.

Constitucional

2) El artículo 3 de la Directiva 98/5 debe interpretarse en el sentido de que la inscripción de un abogado ante la autoridad competente de un Estado miembro distinto de aquel en el que haya obtenido su título, solicitada para ejercer en éste con su título profesional de origen, no puede supeditarse a un control previo de su nivel de conocimiento de las lenguas del Estado miembro de acogida.”

CONSTITUCIONAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 3 de julio de 2006.

Recurso de Amparo: 4168/2003.

Ponente: Don Roberto García-Calvo y Montiel.

Voz: Hábeas corpus: interceptación de patera.

Resumen: El Tribunal otorga el amparo solicitado. Solicitud de hábeas corpus tras interceptación de patera. Vulneración del derecho a la libertad personal.

“Se impugna en este proceso el Auto de 12 de junio de 2003 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite la petición de hábeas corpus deducida por don Makan K., inadmisión de plano que argumentó el órgano judicial en que la legislación de extranjería permitía la detención del mismo, detención que había sido llevada a cabo, en opinión del Juez, por autoridad competente.

(...).

En el presente caso, sustancialmente análogo al resuelto en la STC 169/2006, de 5 de junio y a cuyos fundamentos jurídicos nos remitimos, procede, por las mismas razones expuestas en la citada sentencia, la estimación del amparo solicitado, ya que del análisis de las actuaciones no puede razonablemente deducirse que en el momento en el

que se dictó el Auto ahora impugnado de 12 de junio de 2003 mediante el cual se inadmitió de plano el hábeas corpus solicitado por el recurrente, éste estuviera ya efectivamente a disposición judicial. Determinante en este sentido es el propio tenor del Auto impugnado, que inadmite la solicitud por razones de fondo atinentes a la legalidad de la detención gubernativa, pero no porque se tratara de una detención judicial.

Como advertíamos en la citada STC 169/2006, lo trascendente no es que la audiencia del recurrente y el control judicial de su situación de privación de libertad como consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería, tuvieran lugar el mismo día 12 de junio, sino que a partir de la vista de las actuaciones y muy significativamente del tenor del Auto impugnado, no puede afirmarse que el demandante estuviera efectivamente a disposición judicial con anterioridad al momento en el que se inadmitió de plano y por motivos de fondo el procedimiento de hábeas corpus. Por ello, constatada la diferencia sustancial con el supuesto de la STC 303/2005 alegada por el Ministerio Fiscal, y, conforme a la doctrina de este Tribunal sobre el hábeas corpus, no cabe entender ajustada a la misma en el presente caso la inadmisión de plano del procedimiento.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 11 de septiembre de 2006.

Recurso de Amparo: 332/2003.

Ponente: Don Pablo Pérez Tremps.

Voz: Suspensión de la orden de expulsión. Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: inadmisión del recurso de amparo por no haber agotado los recursos en la vía judicial contencioso-administrativa previa mediante súplica.

Resumen: El Tribunal inadmite el recurso de amparo presentado por don Abdesslam.

“El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

Constitucional

a) El recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias contra el Decreto de la Subdelegación del Gobierno de las Palmas de 16 de diciembre de 2002 por el que se acordaba su expulsión del territorio nacional, dando lugar al procedimiento ordinario n.º 1735-2002. En dicho recurso se solicitó la medida cautelar provisionalísima de suspensión de la orden de expulsión hasta que se resolviera sobre la medida cautelar ordinaria, que también se solicitaba, con el fin de no frustrar la posibilidad de la tutela cautelar.

b) La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, por Auto de 18 de diciembre de 2002, acordó no acceder a la suspensión provisional y urgente de la resolución impugnada y continuar la tramitación ordinaria de la medida cautelar solicitada. A esos efectos se argumenta que si bien la suspensión de la expulsión se solicita por haber nacido el recurrente en Sidi Ifni cuando era provincia española, haber pertenecido al Frente Polisario y ser de nacionalidad saharauí, sin embargo, no hay razones de especial urgencia para acordar una suspensión pro-

visionalísima *inaudita parte*, toda vez que, por un lado, aun siendo expulsado puede tener acceso a la tutela cautelar a través de la continuación del procedimiento mediante los representantes que tiene designados y, por otro, no han quedado siquiera indiciariamente acreditadas las alegaciones referidas a su pertenencia al Frente Polisario ni los perjuicios que le causa su devolución a Marruecos, no pudiendo tampoco considerarse la existencia de arraigo en España, al no pertenecer el territorio saharauí al Estado español. El Auto fue notificado por la oficina judicial a la representación del recurrente el 18 de diciembre de 2002 haciendo constar expresamente que la resolución no era firme, «[p]udiendo solicitar del Magistrado Ponente la súplica en el plazo de cinco días».

El recurrente aduce en la demanda de amparo que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en su vertiente de derecho a la tutela cautelar, en tanto que la resolución impugnada ha denegado la suspensión provisionalísima sin valorar las razones de urgencia concurrentes que impedían un pronunciamiento judicial efectivo respecto de la solicitud de suspensión cautelar.”

M.ª LUISA TRINIDAD GARCÍA

Profesora Derecho Internacional Privado
Universidad de Almería
(mluisa.trinidad@ual.es)

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006. Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, firmado el 23 de julio de 1992^(*)

El 26 de septiembre de 2006, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, dicta sentencia por la que se fija la siguiente doctrina legal: “Sin perjuicio de las facilidades que han de otorgárseles, derivadas de lo dispuesto en el artículo 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, firmado el 23 de julio de 1992, los nacionales de Uruguay, ni quedan equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen jurídico que regula los derechos de residencia y trabajo en España, ni dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en sus normas reglamentarias de desarrollo, siéndoles de aplicación, por ende, la norma contenida en el artículo 38.1 de dicha Ley, según la cual: para concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo”. (BOE 13 noviembre de 2006).

La importancia de esta doctrina radica en la diferente interpretación que, al respecto, había establecido, entre otras, la sentencia del mismo tribunal el 10 de octubre de 2002¹. No obstante, hay que precisar –como indica la propia sentencia de 2006–, que su razonamiento tiene lugar sobre la vigencia del artículo 8 del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad celebrado entre España y la República Oriental de Uruguay el 19 de julio de 1870, sobre la que se entiende no entró la sentencia de 2002.

La duda se suscita por la firma en 1992 de un nuevo tratado denominado Tratado General de Cooperación y Amistad. El Alto Tribunal considera derogado el artículo 8², por “incompatibilidad” con lo previsto en el nuevo artículo 14.

(*) Vid. web de extranjería www.intermigra.info/extranjeria y BOE n.º 271 de 13 de noviembre de 2006.

(1) *RAJ* n.º 8748. Véase mi comentario “Incidencia del Tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI”, *REDMEX*, 2, marzo, 2003, pp. 231-247.

(2) El texto lo hemos obtenido gracias a la gentileza de la Profesora Vivien MATTEO TERRA de la Universidad de Uruguay que lo localizó en: E. ARMAND UGON, J.C. CERDEIRAS ALONSO, L. ARCOS FERRAND y C. GOLDARACENA: *R.O.U. Compilación de leyes y decretos 1825-1930*, tomo VIII 1869-1872.

El artículo 8 dice que:

“Los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República en España, *podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones*, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos en vida o por muerte y suceder en los mismos por testamento o *ab intestato*, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida.”

Por su parte, el artículo 14 del tratado de 1992 afirma que:

“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.”

Por último, tengamos en cuenta que el artículo 18 de este mismo texto convencional dice en sus disposiciones finales que:

“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.”

La clave para llegar a la doctrina legal que se fija en la sentencia que analizamos se encuentra en que el TS entiende incompatible el alcance del artículo 8 del tratado de 1870 con el tenor del actual artículo 14 y, en consecuencia, aquél queda derogado y éste se interpreta en el sentido de someter a los uruguayos al régimen general de extranjería y el único privilegio se tendrá que derivar de las “facilidades” que la Administración determine o conceda.

A continuación haremos un breve repaso por los antecedentes jurisprudenciales al respecto para ver a qué conclusión podemos llegar sobre la doctrina legal ahora establecida.

A) Sobre el derecho de contenido propio y la cláusula de la nación más favorecida.

Cuando en 2002 el Supremo se pronunció sobre el alcance del artículo 8 tantas veces mencionado, el Ponente de la Sala, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, entendió que consagra un derecho propio para trabajar en España de igual manera que una “consolidada doctrina jurisprudencial” (las STS de 7 de julio de 1990, 15 y 19 de noviembre de 1990 y 12 de noviembre de 1991), lo había establecido del tenor del artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad suscritos entre España y Chile el 24 de mayo de 1958 y entre España y Perú el 16 de mayo de 1959, que se redacta de manera idéntica. Asimismo, se refuerza la interpretación porque no se hace una remisión abstracta a la normativa española –como ocurre con los Convenios con Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Ecuador...–, sino que hay una remisión específica del contenido

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006

propio, que permite entender que nos encontramos ante un *derecho de ejercicio de la profesión* exactamente igual en los tres casos.

Sin embargo, lo cierto es que esa línea jurisprudencial de interpretación de los Convenios con Chile y Perú no es única. En este punto concreto³, el Tribunal Supremo nos ha deparado interpretaciones dispares según que la Sección de la Sala 3 fuera la número 6 o la número 7. Para los integrantes de aquella, la lectura del artículo 7 debía hacerse según una remisión a lo dispuesto en la legislación interna de extranjería, con lo que no se reconoce la existencia de un derecho a obtener el permiso de trabajo que no se contemple en dicha legislación (STS de 16 de febrero de 1991)⁴.

Dada esta disparidad de criterio doctrinal, acudimos a otros referentes legislativos para intentar refrendar el criterio más favorable. En este sentido, estudiamos el Protocolo de modificación del Convenio de doble nacionalidad con Ecuador⁵, en el que también se encuentra un artículo 7 con idéntico tenor al de Chile y Perú. El resultado fue comprobar que se había producido una modificación sustancial en la redacción del precepto. Ahora se explicita en su texto que la sujeción a la legislación interna comporta la previa obtención de los permisos de residencia o de trabajo necesarios otorgándose, entonces, 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.

El diferente alcance nos permitía mantener una interpretación favorable al derecho propio en la redacción original, junto al hecho de que esas prerrogativas específicas no se encuentran en ninguno de los otros convenios de doble nacionalidad.

Dicho lo anterior, éramos y somos conscientes de que la salvedad final –“el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”–, puede introducir la duda razonable de si, en definitiva, para dicho ejercicio hay que estar a lo dispuesto en la Ley de Extranjería y, por tanto, someterse a las mismas condiciones previstas en el régimen general, o se trata de una mención en la que el ejercicio del derecho se somete, como es lógico, a la misma legislación que corresponda al ejercicio por parte de los españoles. En consecuencia, la cuestión no estaba zanjada.

(3) Vid., MOYA ESCUDERO, M.; TRINIDAD GARCÍA, M.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ: *El permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia*, Ed. Comares, Granada, 1993, pp. 75-78.

(4) *RAJ*, n.º 1501. Véase el estudio más detenido al respecto en el trabajo antes citado pp. 235-242.

(5) El Protocolo modificador que entró en vigor el pasado 5 de julio de 2000 ha dejado el artículo con un alcance muy distinto: “Los españoles en Ecuador y los ecuatorianos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgan las legislaciones ecuatoriana y española, respectivamente. Con sujeción a su legislación y de conformidad con el Derecho internacional, una vez concedidos los permisos de residencia o de trabajo necesarios, 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. La expedición de los permisos de trabajo será gratuita. Las respectivas autoridades garantizarán el goce efectivo de las facilidades mencionadas, con sujeción al criterio de reciprocidad”. El texto del Convenio en BOE n.º 11, de 13 de enero de 1965. El Protocolo en BOE n.º 196, de 16 de agosto de 2000.

En otro orden, también advertimos que en el Tratado con Uruguay de 1870 se incorpora una referencia a la cláusula de la nación más favorecida, que puede encontrar en el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, que entró en vigor el 22 de junio de 2002⁶, la base normativa para compartir las prerrogativas en él establecidas para los nacionales suizos (artículos 1 y 3)⁷. Si bien, tal afirmación se hace con las cautelas propias que exige la “activación” de una cláusula surgida en un contexto determinado a otro totalmente distinto. No obstante, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el Supremo, en el Fundamento de Derecho cuarto, dice textualmente que:

“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.”

En nuestra reflexión, el Estado de referencia no es un país miembro de la Unión Europea regido por un ordenamiento común, sino, precisamente, un Estado como Suiza que recibe un trato de favor del que se benefician sus nacionales para ejercer la libre circulación de trabajadores en los Estados miembros.

Por último, señalar que como existen criterios distintos en el conjunto de sentencias emitidas –unos favorables y otros contrarios– cuando interpretan si hay o no un derecho propio a obtener un permiso de residencia o de residencia y trabajo, la unanimidad se da para negar un derecho a obtener una exención de visado. Por tanto, se descarta toda posibilidad de regularizar la situación de aquel que habiendo entrado en España sin necesidad de visado –por tratarse de una estancia inferior a tres meses–, apela posteriormente a determinados convenios internacionales para *legalizar* su permanencia.

De los dos bloques de decisiones jurisprudenciales que se pronuncian acerca del alcance del artículo 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú –aplicables, por tanto, al artículo 8 del Tratado con Uruguay que comparte tenor–, es posible, en síntesis, afirmar: Que existe un derecho a obtener el permiso de residencia o de trabajo (hoy autorización) siempre que se parta de una situación previa de legalidad, y que, a nuestro juicio, es extensible a la obtención, en su caso, del correspondiente visado, bien sea de residencia lucrativa o no lucrativa.

(6) BOE, n.º 148 de 21 de junio de 2002

(7) Sobre el alcance y juego de la mencionada cláusula, puede verse, el comentario a la sentencia de la Aud. Territorial de Las Palmas de 29 de octubre de 1980 por M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA: *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXV, 1984, pp. 120-124. Otros trabajos genéricos de interés son de A. MARTÍNEZ MORENO: “La cláusula de la nación más favorecida a la luz del Derecho contemporáneo”, *REDI*, vol. XXXIII, 1981-II y DÍEZ-HOCHLEITNER: “La cláusula de la nación más favorecida y su incidencia en el trato conferido a los países en desarrollo”, *REDI*, 1983-II; J.J. FORNER i DELAYGUA: *La cláusula de la nación más favorecida*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, en especial, pp. 19-40.

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006

B) La interpretación concreta de la STS de 3 de octubre de 2000.

Que la cuestión seguía abierta, lo prueba la STS de 3 de octubre de 2000⁸, que, podemos decir, inicia el siglo XXI queriendo marcar diferencias entre lo que se menciona como “doctrina no consolidada” –la que apoya el reconocimiento del derecho propio– y aquella que no lo entiende así en función, en particular, del Canje de Notas de 14 de abril de 1959 suscrito entre España y Perú⁹.

En dicha sentencia, el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, señala que:

“(…) analizada la doctrina sentada en dichas resoluciones –se citan la sentencias de 12 de junio de 1998, 28 de abril de 1998, 15 de enero de 1998, 16 de diciembre de 1997, 14 de abril de 1997, 24 de marzo de 1997, 20 de enero de 1997, 24 de febrero de 1996, 19 de diciembre de 1995, 19 de diciembre de 1995, 7 de noviembre de 1995, 20 de noviembre de 1995, 20 de diciembre de 1994, 10 de julio de 1993 y 13 de mayo de 1993– se desprende que el Tratado de España con Perú de 16 de mayo de 1959 no permite eludir la necesidad del visado, porque obliga a los ciudadanos peruanos a cumplir todas las disposiciones vigentes en España, entre las que se encuentran los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y 5, 7 y 22 del Reglamento para su ejecución, de 26 de mayo de 1986, que exigen para obtener el permiso de residencia o el conjunto de residencia y trabajo el correspondiente visado de residencia, salvo que conforme a los preceptos antes citados de este Reglamento (artículos 5.4 y 22), concurran las razones excepcionales que obliguen a su dispensa, e idéntica conclusión se obtiene a la vista de lo dispuesto en el Canje de Notas entre España y Perú de 14 de abril de 1959, Convenio de naturaleza más específica en cuanto se rubrica como «Suspensión de Visados» (suspendido temporalmente por el Gobierno Peruano en 7 de febrero de 1992), por cuanto las normas primera y tercera expresan que los ciudadanos peruanos podrán entrar y permanecer en España, sin visado, siempre que la permanencia sea por períodos no superiores a tres meses, en tanto que se reputa necesaria (norma cuarta) la formalidad del visado para quienes entren para estancia superior al plazo indicado con el ánimo de establecer en España su residencia, agregando la norma tercera que en el caso de que entre sin visado y desee prolongar la estancia más de tres meses, deberá el ciudadano extranjero solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se halle, las cuales podrán concederlo o no.”

Y, en cuanto a la jurisprudencia citada por el Letrado, el Fundamento cuarto se ocupa de indicar que el criterio ahora expresado, “comporta una evolución en la doctrina sentada originariamente por esta Sala, por lo que no pueden invocarse con el título de precedente jurisprudencial sentencias cuya orientación no ha resultado definitivamente consolidada” (aseveración discutible habida cuenta del similar volumen de sentencias que se pronuncian con un sentido diferente).

La sentencia merecía una lectura detenida del Canje de Notas con Perú de 1959. Conforme a dicho instrumento –que se firma en aras a facilitar los viajes entre España y Perú–, se elimina la necesidad de visado para las estancias inferiores a tres meses. Según la norma tercera “en el caso de que esas personas hubieran entrado en el país del que son extranjeros sin visado y

(8) RAJ, n.º 8465.

(9) BOE n.º 150 de 24 de junio de 1982.

desearan prolongar su estancia más de los tres meses, deberán solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se hallen, *autorización que las referidas autoridades podrán conceder o no* (la cursiva es nuestra).

Por su parte, la norma quinta señala que:

“Los súbditos de ambos países contratantes provistos o no de visado consular quedan sujetos, desde el momento de su entrada en el territorio del otro país, a las Leyes, Reglamentos y demás disposiciones locales que afecten a los extranjeros.”

Y la norma séptima, prevé la posibilidad de suspensión “por causas de orden público”.

El 27 de enero de 1992, el Gobierno de la República de Perú mediante Nota Verbal comunica al nuestro su decisión de suspender temporalmente el Canje por un período de dos años haciendo uso del artículo 7. Entendemos que tal suspensión implica que el visado consular se hace necesario en todos los casos, pero ello no tendría por qué desvirtuar la prerrogativa sobre el derecho a su concesión, siempre que se cumplan los elementos objetivos reseñados en la legislación de extranjería.

En todo caso, España, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, comunicaba el 23 de diciembre de 1993 a la Embajada de la República de Perú, “que haciendo uso de la cláusula de suspensión temporal (artículo 7) del Acuerdo constituido por Canje de Notas de 14 de abril de 1959 entre España y Perú sobre supresión de visados, dicho Acuerdo continuará sin aplicarse para España a partir del día 15 de febrero de 1994”. “(...) en consecuencia, desde el día 15 de febrero de 1994 se aplicará, como régimen general, la exigencia de visado consular español previo a la entrada, tránsito o permanencia de ciudadanos de la República del Perú en territorio español, como ya viene sucediendo desde el 15 de febrero de 1992”.

Lo que aquí interesa es la interpretación que cabe otorgar a la norma cuarta del texto de 14 de abril de 1959, esto es, a la expresión de que “las autoridades correspondientes *podrán conceder o no la autorización* para permanecer cuando se desee prorrogar la estancia más de los tres meses se haya entrado con visado o sin él”.

La STS de 3 de octubre de 2000, a propósito de reiterar la doctrina más reciente en la que se consolida la exigencia de visado –en el caso particular con Perú–, utiliza como fundamento el aludido Canje de Notas, al que se refiere con prioridad en la jerarquía normativa al ser un convenio de naturaleza más específica en cuanto se rubrica como “Suspensión de Visados” (aunque no se repara en que es de fecha anterior al convenio de doble nacionalidad). Sobre el mismo (se alude a la suspensión temporal realizada por el Gobierno Peruano el 7 de febrero de 1992), se extiende en lo previsto en diversas de sus normas. Así señala que:

“... los ciudadanos peruanos podrán entrar y permanecer en España, sin visado, siempre que la permanencia sea por períodos no superiores a tres meses, en tanto que se reputa necesaria (norma cuarta) la formalidad del visado para quienes entren para estancia superior al plazo indicado con el ánimo de establecer en España su residencia, agregando la norma tercera que en el caso de que entre sin visado y desee prolongar la estancia más de tres meses, deberá el ciudadano extranjero

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006

solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se halle, las cuales *podrán concederlo o no.*”

El Canje de Notas sobre supresión de visados no tiene porqué alterar el derecho reconocido en el convenio de doble nacionalidad, puesto que éste es de fecha posterior (16 de mayo de 1959) a la firma de aquél (14 de abril de 1959). De otra parte, es oportuno recordar que de los doce convenios de doble nacionalidad que España tiene suscritos, sólo en tres –aunque, finalmente, son cuatro con el Tratado con Uruguay–, hay una mención concreta como la que se ha visto y, de hecho, cuando se ha querido modificar su alcance, se ha llevado a cabo un Protocolo modificatorio.

Es verdad, también, que en las normas recogidas en el Canje de Notas para la supresión de visado –aunque sea de fecha anterior al convenio de doble nacionalidad– se advierte la clara intención de que los respectivos nacionales se sometan a la legislación de extranjería y, en este sentido, puede pensarse que en la redacción del inciso segundo del artículo 7, el ejercicio del derecho se somete a dicha legislación. En la letra y el espíritu de la Ley de Extranjería vigente, se distingue entre la titularidad del derecho y su ejercicio de manera que sólo los que se encuentren legalmente en España pueden reivindicar los derechos reconocidos por igual a españoles y extranjeros. De aquí que nuestra posición se ciña a entender que se trata de un derecho a obtener la preceptiva documentación que permite que se cumpla lo expresado en su tenor:

“En consecuencia, podrán (los españoles en Chile y los chilenos en España, e igual con Perú) especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.”

Si aceptáramos –porque, sin duda, es una de las posibles lecturas que cabe hacer del párrafo segundo del artículo 7–, que la remisión a la legislación del país es a la legislación sobre extranjeros y no a la propia del ejercicio de cada derecho en cuestión como sostienen algunas decisiones del Supremo (sentencias de 8 y 25 de febrero de 1992, 22 de diciembre de 1995 o 15 de septiembre de 1998) –y que pueden no verse seguidas a tenor de la línea que pretende imponerse desde el año 2000–, todavía creemos posible insistir en una posición intermedia que no desvirtúe totalmente la proclamación que se acaba de transcribir. El párrafo primero del artículo 7 o el artículo 8 del Tratado con Uruguay tienen que servir para reforzar la garantía de que se pueda realizar lo que en ellos se consagra, sin perjuicio de que el marco jurídico a considerar sea el de la Ley española de Extranjería.

Creemos razonable y ajustado a derecho interpretar que los nacionales chilenos y peruanos y, por extensión, los uruguayos, gozan de un derecho a obtener la documentación correspondiente según sea la finalidad de su estancia o permanencia recogida en nuestra Ley de Extranjería. Pero la remisión a dicha legislación no puede suponer la pérdida de prerrogativas que derivan de un convenio internacional. De sobra conocemos la jerarquía de los convenios internacio-

nales en el orden de las fuentes del ordenamiento español por imperativo del artículo 96 de nuestra Constitución. Por ello, si quisieran trabajar por cuenta ajena o cuenta propia tienen que cubrir las exigencias de la ley en cuanto a poseer una oferta o contrato de trabajo pero, a nuestro modo de ver, no se debe aplicar la situación nacional de empleo puesto que esto, justamente, es el elemento que diferencia el régimen general de un régimen privilegiado. Además, debe tenerse presente que es la propia Ley de Extranjería la que, a propósito de la expedición del visado (cualquiera que sea la tipología), señala que:

“El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana” (artículo 27.4 de la LOEXIS).

Entre los compromisos internacionales vigentes se encuentran tanto el Canje de Notas sobre supresión de visados con Perú de 14 de abril de 1959 y su suspensión, como los dos Convenios de doble nacionalidad con Chile y Perú de 24 de mayo de 1958 y 16 de mayo de 1959, respectivamente. En cuanto al Tratado con Uruguay de 1870, acontecimientos recientes en el que se han visto involucrados súbditos uruguayos (con retenciones y devoluciones en el aeropuerto de Barajas)¹⁰, ya suscitó la duda sobre su vigencia. De hecho, uno de los afectados puso de manifiesto su improcedencia sobre la base del tenor del artículo 8 que ya conocemos, mientras que el Embajador de España en Uruguay, por su parte, replicó que dicho convenio se encuentra derogado por otros posteriores.

C) La cuestión de la vigencia del artículo 8 del Tratado de 1870.

Es en este punto donde inicia su razonamiento la STS de 26 de septiembre de 2006. En efecto, España y Uruguay suscriben un tratado denominado Tratado General de Cooperación y Amistad que se firma el 23 de julio de 1992¹¹, –en plena conmemoración del V Centenario del descubrimiento de América–, que *completa* –según expresión recogida en su propio Preámbulo– a otros específicos en vigor y en cumplimiento del Acta de Bases del Tratado de Cooperación y Amistad entre Uruguay y España, firmada en Madrid el 7 de abril de 1992. Hasta aquí, pues, parece que la intención es que los compromisos internacionales posteriores sean un *complemento* de los anteriores.

En este sentido, aun en el caso de que los nacionales uruguayos se sometieran al régimen general de extranjería, los convenios internacionales existentes entre ambas naciones, respaldan que las solicitudes, bien de visados, bien de autorizaciones iniciales, deben ser concedidos sin aplicar la situación nacional de empleo porque, como ya hemos dicho, esa es la única facilidad

(10) La edición digital de *El País* daba cuenta el 4 de octubre de 2002 de varias devoluciones de nacionales uruguayos que las autoridades consulares de este país calificaron de preocupantes. Uno de los devueltos se puso en contacto con el diputado Enrique Pérez Morad y, precisamente, se apeló al artículo 8 del Tratado de 1870 para manifestar la improcedencia de la devolución. Por su parte, el Embajador de España en Uruguay, Fernando Martínez, afirmó al medio de comunicación que el convenio “fue derogado por otras convenciones posteriores”. Información obtenida en la dirección www.diarioelpais.com/02/10/04/pciuda14227.asp.

(11) BOE n.º 131 de 2 de junio de 1994; rec. err. BOE n.º 174 de 22 de julio.

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006

material a efectos de poder trabajar en España para una autorización inicial. Es decir, que si se acepta el criterio del Alto Tribunal en cuanto al sometimiento a la legislación de extranjería por considerar “incompatible” el tenor del nuevo artículo 14 frente al artículo 8, en aplicación del artículo 18 de las disposiciones finales, las “facilidades” –como elemento específico del tratado– no pueden ser otras que la eliminación del filtro de la situación nacional de empleo.

De otra parte, no quiero pasar por el alto el atinado estudio comparativo que realiza el Letrado I. VALIENTE BASTANTE (cuyo texto me ha sido remitido por gentileza de P. AGUELO NAVARRO) sobre los convenios vigentes entre España con Argentina y con Uruguay. El análisis le permite manifestar su clara disconformidad con la conclusión fijada en la doctrina legal. Así hace ver que España tiene tratados suscritos con ambos Estados en el siglo XIX que reproducían el tenor del artículo 8 tantas veces referido. Ya en la década de los noventa, se redactan dos nuevos textos con uno y otro país. Curiosamente, sin embargo, el precepto que alude en la nueva etapa a las cuestiones de extranjería tiene de forma nítida un alcance muy distinto en el caso de Argentina que en el de Uruguay. En el tratado con Argentina la nueva redacción señala que,

“(…) 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, *siempre que se hubiera concedido los permisos de residencia o de trabajo* necesarios para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo será gratuita.”

Como ya se ha visto, esta condición previa no se prevé en el caso de Uruguay, es más, añadimos, es la que aparece en el Protocolo modificadorio del Convenio con Ecuador.

El Letrado también tiene una visión crítica cuando en el Fallo se habla de la diferencia de los términos jurídicos y de su significado en relación con la voluntad de los firmantes, valiéndose de un *criterio de interpretación literal de las palabras*. En este sentido, pone de relieve que los **Tratados de 1988** entre España y Argentina y el de 1992 entre España y Uruguay **se redactan de forma significativamente distinta**, pudiendo haberlo hecho del mismo modo cuando, además, el de Uruguay es cuatro años posterior y se firman con el mismo Presidente de Gobierno. Por tanto, de haber querido que los ciudadanos uruguayos vieran condicionados los derechos que el Tratado les otorga, se hubiera establecido la condición como se hace en el artículo 8 del Tratado de Argentina y España de 1988. Por último, nos interesa destacar la referencia que se hace al principio de reciprocidad en el artículo 14 párrafo 2.º del Tratado de 1992, (se garantizará el efectivo goce de las facilidades, con sujeción al criterio de reciprocidad), que queda incumplido en tanto que los ciudadanos españoles en Uruguay no tienen ningún condicionamiento para trabajar por cuenta ajena o propia.

Compartimos con VALIENTE BASTANTE, que en un análisis del término “incompatible” contenido en el artículo 18 del Tratado de 1992, a la luz de las expresiones vertidas en el Preámbulo tales como “fortalecer”, “completar”, “en pie de igualdad”, “ampliación” y “facilidades” –entre otros–, permiten concluir que al no haber reproducido los términos claros y precisos del Tratado con Argentina (1988) y que sí se usan en el año 2000 con el Protocolo de modificación con el

Convenio con Ecuador, la interpretación aplicable a los nacionales uruguayos debe ser la más favorable.

Así las cosas, a nuestro parecer, sin negar el criterio de lógica jurídica en la doctrina legal asentada, otros elementos de enjuiciamiento como los aquí expuestos, nos llevan a afirmar que las *facilidades* a las que se alude en el Tratado con Uruguay de 1992, sólo pueden entenderse practicadas si la Administración, no obstante exigir el sometimiento a la Ley de Extranjería en cuanto a la necesidad de solicitar, bien el visado para estancias superiores a tres meses, bien la autorización para residir o para residir y trabajar, debe eliminar la aplicación del filtro de la situación nacional de empleo. De otro modo, con independencia de la vigencia o no vigencia del artículo 8 del Tratado de 1870, lo que quedaría desvirtuado es el mandato convencional de que “cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena,…” que contempla con vigencia indiscutible el artículo 14 del Tratado con Uruguay de 1992.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

II

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2005 a 30 de junio de 2006)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. El reconocimiento de los Derechos Humanos (artículo 1 de la Convención). El caso XENIDES/ARESTIS/TURQUÍA (Sentencia de 22 de diciembre de 2005).

III. El derecho a la vida (artículo 2 de la Convención). A) La pena de muerte: El caso BADER Y OTROS/SUECIA (Sentencia de 8 de febrero de 2006). B) La muerte por accidente de trabajo: El caso PEREIRA HENRIQUES/LUXEMBURGO (Sentencia de 9 de mayo de 2006).

IV. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 de la Convención). A) El caso SAID/HOLANDA (Sentencia de 5 de julio de 2005). B) El caso N./FINLANDIA (Sentencia de 26 de julio de 2005). C) El caso AOULMI/FRANCIA (Sentencia de 17 de enero de 2006). D) El caso D. Y OTROS/TURQUÍA (Sentencia de 22 de junio de 2006)

V. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4 de la Convención). El caso SILIADIN/FRANCIA (Sentencia de 26 de octubre de 2005).

VI. La detención del extranjero para su expulsión o su extradición (artículo 5 de la Convención). A) El caso MODH/GRECIA (Sentencia de 27 de abril de 2006). B) El caso GEORGIEV/BULGARIA (Sentencia de 15 de diciembre de 2005).

VII. El derecho a un proceso equitativo (artículo 6 de la Convención). A) El caso DEMIR/FRANCIA (Sentencia de 4 de abril de 2006). B) El caso ZENTAR/FRANCIA (Sentencia de 13 de abril de 2006).

VIII. No hay pena sin ley (artículo 7 de la Convención). El caso ACHOUR/FRANCIA (Sentencia de 29 de marzo de 2006).

IX. El respeto al derecho de la vida familiar (artículo 8 de la Convención). A) Las sentencias que podemos considerar como generales. a) El caso AOULMI/FRANCIA. b) El caso SCHEMKAMPER/FRANCIA (Sentencia de 18 de enero de 2006). c) El caso KELES/ALEMANIA (Sentencia de 27 de enero de 2006). d) El caso XENIDES-ARESTIS/TURQUÍA (Sentencia de 22 de diciembre de 2005). e) El caso ARISTIMUÑO MENDIZÁBAL/FRANCIA (Sentencia de 17 de abril de 2006). B) Las senten-

Ángel G. Chueca Sancho

II

cias que afectan a menores (muchas veces, secuestro internacional). a) El caso H.N./POLONIA (Sentencia de 13 de diciembre de 2005). b) En los casos KARADZIC/CROACIA (Sentencia de 15 de marzo de 2006, demanda de una bosnia), C./FINLANDIA (Sentencia de 9 de mayo de 2006, demanda de un suizo) y BIANCHI/SUIZA (Sentencia de 22 de junio de 2006, demanda de un italiano). c) Las sentencias que recogen la situación de apátridas surgidos tras la disolución de la antigua Unión Soviética.

X. La libertad de pensamiento, conciencia y religión de los extranjeros (artículo 9 de la Convención).

XI. La libertad de expresión, opinión e información del extranjero (artículo 10 de la Convención). El caso GINIEWSKI/FRANCIA (Sentencia de 31 de enero de 2006).

XII. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 de la Convención). A) El caso PEREIRA HENRIQUES/LUXEMBURGO (Sentencia de 9 de mayo de 2006). B) También se adujo esta norma en el caso SCHEMKAMPER/FRANCIA (Sentencia de 18 de enero de 2006). C) El caso BARRY/IRLANDA (Sentencia de 15 de marzo de 2006).

XIII. Expulsión y discriminación (artículo 14 de la Convención). Los casos OKPISZ Y NIEDZWIECKI contra ALEMANIA (sentencias ambas de 25 de octubre de 2005).

XIV. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención).

XV. Condiciones de admisibilidad de la demanda (artículo 35 de la Convención). El caso KAKOULLI/TURQUÍA (Sentencia de 22 de febrero de 2006).

XVI. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2 Protocolo n.º 4). El caso RIENER/BULGARIA (Sentencia de 23 de mayo de 2006).

XVII. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º 4).

XVIII. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1 Protocolo n.º 7). El caso LUPSA/RUMANIA (Sentencia de 8 de junio de 2006).

XIX. La igualdad jurídica entre los esposos (artículo 5 Protocolo n.º 7). El caso D.D./FRANCIA (Sentencia de 8 de febrero de 2006).

XX. La satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención).

XXI. La condena en gastos y costas procesales.

XXII. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 de la Convención).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

I. NOTA PRELIMINAR

El Consejo de Europa cuenta ahora mismo con 46 Estados miembros y dos candidatos: Bielorrusia (lo es desde 1993) y Montenegro (desde el 6 de junio de 2006). En este segundo caso se aduce una sucesión de Estados (siendo la República de Montenegro sucesora de la extinta Unión de Estados de Serbia-Montenegro).

En la misma dirección, en el período analizado –en concreto el 21 de febrero de 2006– veía la luz el Tercer Informe sobre España, adoptado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) el 14 de junio de 2005¹. Su lectura nos demuestra los avances de España pero pone de relieve asimismo los problemas suscitados por la Ley de Extranjería, los centros de internamiento, los menores no acompañados, los grupos vulnerables (gitanos, inmigrantes del norte de África y musulmanes, víctimas del tráfico, Ceuta y Melilla, etc.).

En el terreno normativo el Consejo de Europa adoptaba la Convención del Consejo de Europa para la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados². Nos encontramos ante una cuestión de gran interés como demuestra la lectura de la jurisprudencia del TEDH en este período, en el cual ha decidido nada menos que 4 casos contra Letonia, acusada de este fenómeno.

Esta quinta Crónica examinará casi 36 sentencias, que afectan cada día en mayor medida a todos los ámbitos de la Convención. Como novedad (parece mentira en la civilizada Europa de comienzos del s. XXI, pero es desgraciadamente real) incorporaremos el examen del artículo 4 de la Convención, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, y del artículo 35, que regula las condiciones de admisibilidad de la demanda.

En todo caso, el texto completo de las sentencias analizadas en esta Crónica puede consultarse en inglés o francés (ambas lenguas oficiales del Consejo de Europa y de su Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en <http://www.echr.coe.int>.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 1 de la Convención:

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.”

(1) CRI (2006) 4, texto en la Web del Consejo de Europa.

(2) La REDMEX n.º 12 publicaba “Una reflexión sobre la Convención Europea para prevenir la apatridia en la sucesión de Estados” (pp. 197-202), de quien realiza esta Crónica.

El caso XENIDES/ARESTIS/TURQUÍA (Sentencia de 22 de diciembre de 2005)

Hechos:

La Sra XENIDES posee en Famagusta, Chipre, un terreno y tres casas; tras la ilegal ocupación turca de 1974, no puede disfrutar de su vivienda habitual.

El Tribunal dice y decide:

Turquía alega no ser responsable, siéndolo la llamada República Turca de Chipre del Norte (un sedicente Estado no reconocido por nadie salvo su creadora).

El Tribunal rechaza este argumento.

Nota crítica:

En ese territorio, como ha reconocido ya el TEDH en diversas sentencias (siendo la más conocida la dictada en el caso LOIZIDOU) Turquía ejerce la jurisdicción y debe responder si hay violaciones de los Derechos Humanos.

III. EL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 2 de la Convención:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”

Dos interesantes casos se presentan en esta materia: El de una condena a muerte y el de una muerte por accidente de trabajo.

A) La pena de muerte: El caso BADER Y OTROS/SUECIA (Sentencia de 8 de febrero de 2006)

Hechos:

Cuatro nacionales sirios (Kamal Bader, Hamida Abdilhamid y sus dos hijos) de origen kurdo y confesión sunita, solicitan asilo en Suecia. El primer demandante y tres de sus hermanos ha-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

bían sufrido ya prisión, siendo torturados. Abandonaron Siria legalmente y llegaron a Estocolmo, tras destruir sus pasaportes.

Kamal Bader fue juzgado en rebeldía y condenado a muerte por el Tribunal Regional de Alepo, acusado de uno de los denominados “crímenes de honor”. Para evitar fraudes, la embajada sueca en Damasco comprobaba que la sentencia era auténtica. Ante todo ello, el TEDH adoptaba en abril de 2004 medidas provisionales, prohibiendo al Órgano Nacional de Migraciones (*Migrationsverket*) la deportación del demandante. Los demandantes alegaban la violación de los artículos 2 y 3 de la Convención.

El TEDH dice y decide:

Sobre el artículo 2 el Tribunal afirma:

“42. El Tribunal en ningún caso excluye la posibilidad de que el Estado Parte incurra en responsabilidad según el artículo 2 de la Convención o el artículo 1 del Protocolo n.º 6 cuando un extranjero es deportado a un país donde un serio riesgo de ser ejecutado como resultado de la imposición de la pena de muerte...”

En el caso *OCALÁN/TURQUÍA* la Gran Sala del Tribunal observó que el territorio cubierto por los Estados miembros del Consejo de Europa es una zona libre de la pena capital..

45. (...) Otra cosa muy importante es que el Gobierno Sueco no ha obtenido garantías de las autoridades sirias de que el primer demandante vería reabierto su caso y que el fiscal no pediría la pena de muerte para él...”

Sobre el artículo 3, el Tribunal observa que

“imponer la pena de muerte a una persona después de un juicio injusto puede generar, en circunstancias en las que existe la posibilidad real de que la sentencia sea ejecutada, un significativo grado de angustia humana y de miedo, violando el tratamiento que prescribe el artículo 3 de la Convención.”

“Por todo ello, la deportación a Siria de los demandantes constituiría una violación de los artículos 2 y 3 de la Convención.”

Nota crítica:

Siguiendo la más clásica de sus líneas jurisprudenciales, afortunadamente reforzada frente a tan importante número de Estados que todavía piensan en ejecutar a personas humanas (cometiendo un asesinato, por muy legal que sea), el TEDH declara el territorio europeo ZONA LIBRE DE LA PENA DE MUERTE.

La idea del restablecimiento de la más inhumana de las penas se conjuga con frecuencia en algunos Estados europeos. El argumento del carácter preventivo de esta pena queda totalmente desprestigiado por cualquier análisis de la realidad por ejemplo de los Estados Unidos, donde las ejecuciones no limitan el número de asesinatos.

B) La muerte por accidente de trabajo: El caso PEREIRA HENRIQUES/LUXEMBURGO (Sentencia de 9 de mayo de 2006)

Hechos:

El marido de la primera demandante fallece en accidente de trabajo, en la construcción de una casa. Cuando trabajaba, a él y a otra persona les cae encima un muro que los sepulta. Los demandantes (esposa y dos hijos) aducen que no ha existido una investigación efectiva para conocer las circunstancias de la muerte del trabajador y aducen el artículo 2.

El Tribunal dice y decide:

“54. El Tribunal recuerda que la primera frase del artículo 2 impone a los Estados partes la obligación no sólo de abstenerse de dar muerte «intencionalmente» o mediante «el recurso a la fuerza» desproporcionada (...) sino también de adoptar todas las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas dependientes de su jurisdicción...

56. Según el Tribunal, la ausencia de una responsabilidad directa del Estado en la muerte de una persona no excluye la aplicación del artículo 2... Al constreñir al Estado a adoptar todas las medidas necesarias para la protección del derecho a la vida de todas las personas dependientes de su jurisdicción (...) el artículo 2.1.º, le impone el deber de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta que disuada de cometer atentados contra la persona y se apoye sobre un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones...

57. La efectividad de la investigación exige que las autoridades adopten las medidas razonables de las que disponen para asegurar la obtención de las pruebas relativas a los hechos en cuestión, incluyendo, entre otras, las deposiciones de los testigos oculares, de expertos y, en el caso, una autopsia...”

El Tribunal decide que “ha existido violación del artículo 2 de la Convención, en su ámbito procesal”.

Nota crítica:

El razonamiento del Tribunal esconde en definitiva una responsabilidad internacional de Luxemburgo por omisión, también en el terreno procesal. Objetivamente hablando, el TEDH amplía el contenido del artículo 2, consiguiendo una argumentación bastante débil. Como además apreció violación del artículo 13 (que veremos después), ¿no habría sido mejor no retorcer tanto los argumentos?

IV. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCION).

Dice el artículo 3 de la Convención:

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

La aplicación de esta norma da lugar a cuatro casos en el período examinado: Desde un desertor eritreo hasta un matrimonio condenado a sufrir penas inhumanas por haber contraído matrimonio un sunita con una chiita.

A) El caso SAID/HOLANDA (Sentencia de 5 de julio de 2005)

Hechos:

Mahmoud Mohammed Said, soldado eritreo, solicita asilo en Holanda, tras haber desertado. Tras 18 meses de servicio militar, es movilizado para la guerra contra Etiopía; cuando su batallón evaluaba las acciones de guerra, varios soldados criticaban ciertas carencias, entre ellas la de armamento; por esa crítica sufrió las condiciones de un batallón de castigo y, en cuanto pudo, huyó a Sudán. Ciertos informes, entre ellos de Amnistía Internacional y del Departamento de Estado de EEUU corroboraron las argumentaciones del demandante.

El Tribunal dice y decide:

“46. El Tribunal reitera que los Estados partes tienen, según una norma bien establecida de Derecho Internacional y sin perjuicio de los compromisos derivados de tratados internacionales incluida la Convención, el derecho de controlar la entrada, la permanencia y la expulsión de extranjeros. Pero la expulsión de un extranjero por un Estado parte puede suponer la violación del artículo 3 y por tanto comprometer la responsabilidad del Estado según la Convención (...) si la persona en cuestión, al ser expulsada, se enfrenta al riesgo de sufrir un trato contrario al artículo 3 por parte del Estado receptor. En tales circunstancias, el artículo 3 supone la obligación de no expulsar a esa persona a ese Estado...

47. El maltrato debe conseguir un mínimo nivel de severidad, para caer bajo el imperio del artículo 3. Su evaluación es relativa, dependiendo de todas las circunstancias del caso...

51. (...) El Tribunal observa en primer lugar que el demandante ha aportado alegaciones consistentes y, en segundo término, que ha presentado argumentos persuasivos para rechazar la alegación del gobierno de su falta de credibilidad...

54. Subsiste el tema de si el demandado corre el riesgo de sufrir malos tratos si retorna a su país de origen (...) Las informaciones del Tribunal permiten constatar que el trato dado a los desertores en Eritrea (...) va desde la prisión incomunicada hasta exposiciones prolongadas al sol a altas temperaturas o su mantenimiento esposados en penosas condiciones. No hay ninguna duda de que todo ello constituye trato inhumano. Además el último informe del Ministro de Asuntos Exteriores del Estado demandado también recoge el maltrato a los desertores.”

Por tanto su expulsión a Eritrea implicaría violación del artículo 3.

Nota crítica:

El derecho militar ya no constituye hoy un “coto vedado” en el que no pueden jugar los Derechos Humanos. A pesar de que se pueda juzgar negativamente su deserción, el desertor también tiene derechos.

Destaca en la sentencia la necesidad de fundamentar las argumentaciones lo mejor posible; porque en caso contrario las posibilidades de éxito son mínimas.

B) El caso N./FINLANDIA (Sentencia de 26 de julio de 2005)

Hechos:

Un nacional de la República Democrática del Congo solicita asilo en Finlandia, tras no serle concedido asilo en Holanda. Aducía que había pertenecido a la guardia presidencial de Mobutu y el dictador que le sucedió (Kabila) ponía en peligro su vida por tales actividades y por su origen étnico.

El Tribunal dice y decide:

“163. El Tribunal observa que el riesgo de mal trato que puede sufrir el primer demandante en el momento en el que retorne a la RDC puede no emanar necesariamente de las actuales autoridades sino de disidentes que busquen venganza contra el demandante por sus actividades pasadas al servicio del Presidente Mobutu...”

Por seis votos contra uno decide que la expulsión del demandante a la República Democrática del Congo supondría una violación del artículo 3 de la Convención.”

Nota crítica:

El TEDH analiza ahora riesgos derivados de la inseguridad existente en un Estado; la posibilidad de sufrir un trato inhumano a manos de particulares también obliga a los Estados a no expulsar o extraditar.

C) El caso AOULMI/FRANCIA (Sentencia de 17 de enero de 2006)

Hechos:

Rachid AOULMI, un argelino que vivía en Francia desde los cuatro años, cae gravemente enfermo de hepatitis crónica activa. Condenado a varias penas de prisión por tráfico de drogas, un Tribunal de Lyon decide su expulsión; antes de que se ejecute, se casa con una francesa, matrimonio disuelto cuatro años después. Además tiene una hija nacida de otra relación.

En 1999 era embarcado con dirección a Argelia pero cuatro meses después otro tribunal anulaba la pena de expulsión. Pero ni las autoridades argelinas le concedían el pasaporte ni las francesas le permitían la entrada en territorio galo. Aduce la violación de los artículos 3, 8 y 34. Examinaremos ahora sólo la cuestión del artículo 3.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

El Tribunal dice y decide:

“55. Es cierto que el artículo 3 ha sido aplicado en general por el Tribunal a asuntos en los cuales el riesgo de que la persona sea sometida a cualquier trato prohibido deriva de actos intencionales de las autoridades públicas del país de destino o de organismos independientes del Estado (...) Teniendo en cuenta la importancia fundamental del artículo 3, el Tribunal se ha reservado suficiente flexibilidad para aplicar este artículo a otras situaciones...”

57. El Tribunal considera que en el caso el demandante no ha probado que su enfermedad no podía ser curada en Argelia. El hecho de que el tratamiento sea menos fácil de conseguir que en Francia, suponiendo que ello sea cierto, no es determinante según el artículo 3...”

El Tribunal decide que no hay violación de esta norma.

Nota crítica:

Esta conocida jurisprudencia desde hace al menos una decena de años amplía considerablemente el juego del artículo 3 y exige a los Estados partes en la Convención un trato humano (incluyendo la obligación de no expulsarlos) a los gravemente enfermos que no puedan recibir tratamiento médico adecuado en su Estado de destino. Pero lógicamente hay que probar ese esencial dato.

D) El caso D. Y OTROS/TURQUÍA (Sentencia de 22 de junio de 2006)

Hechos:

Dos iraníes y su hija demandan a Turquía cuando van a sufrir la expulsión por hallarse irregularmente en territorio turco. Aducen que pueden sufrir latigazos por haber contraído matrimonio nulo según un tribunal islámico y estar acusados de “fornicación”. De hecho ya habían sido condenados a sufrir cada uno 100 latigazos y el marido los recibió; la esposa se libró por estar embarazada; antes de la ejecución de tan inhumana pena a la esposa lograron huir de Irán.

Según Amnistía Internacional, en 2003 fueron flageladas en Irán 197 personas. En 2005 continuaba la imposición de esta pena y Amnistía informaba que una persona había fallecido tras sufrirla.

El Tribunal dice y decide:

“45. La prohibición del artículo 3 es absoluta también en materia de expulsión. El Tribunal insiste sobre todo en el hecho de que el recurso a ciertas formas de penas, incluidos los castigos judiciales corporales, contrarios a esta disposición de ningún modo es admisible...”

49. Como ya ha señalado el Tribunal, un castigo corporal puede considerarse incompatible con la dignidad y la integridad física de la persona, nociones protegidas por el artículo 3 de la Convención. Para que una pena sea degradante y viole esta norma, la humillación o el envejecimiento del que va acompañada, debe situarse a un nivel particular y diferir en todo caso del elemento habitual de

humillación inherente a cada pena. Al prohibir expresamente las penas «inhumanas» y «degradantes», el artículo 3 implica pues que aquéllas no se confunden con las penas en general.

La apreciación de este mínimo de gravedad depende del conjunto de los datos del caso...

50. En este caso el Tribunal recuerda las informaciones no impugnadas, en cuanto a las modalidades de ejecución de las penas de flagelación en Irán (...) Que se permita que un ser humano pueda, en tales condiciones, sufrir tal violencia física por parte de uno de sus semejantes, y además, públicamente, es suficiente para calificar la pena de la demandante como «inhumana» en sí misma...

51. (...) El Tribunal recuerda que una eventual ejecución mediante la administración de un solo golpe de látigo formado por cien cuerdas de ningún modo confiere a esta pena un carácter «simbólico» ni modifica su calificación de «inhumana».

El Tribunal decide que la expulsión supondría la violación de esta norma.

Nota crítica:

Resulta un buen test del grado de civilización de un Estado el mantenimiento de las penas de este tipo, sean cuales sean las presuntas razones. El caso tiene además esa connotación tristemente sesgada, anacrónica e intolerante de la prohibición del matrimonio entre personas de distinta confesión religiosa (aun cuando ambas sean musulmanas).

V. PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y DEL TRABAJO FORZADO (ARTÍCULO 4 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 4:

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.
 - b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
 - c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
 - d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”

El caso SILIADIN/FRANCIA (Sentencia de 26 de octubre de 2005)

Hechos:

Una togolesa, Siwa-Akofa Siliadin demanda a Francia por haber sufrido una situación al menos de servidumbre. Con 15 años llega a Francia, acompañando a una francesa de origen

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

togóles, la Sra D., en cuya casa trabaja sin recibir ningún salario. Seis meses después, Siliadin es “prestada” a los esposos B, trabajando 14-15 horas diarias, sin jornada de descanso, sin salario.

Tras huir de casa de los B, un tío paterno le aconseja que vuelva al domicilio de B, pues van a regularizar su situación migratoria. Logra recuperar su pasaporte, denuncia su situación y la policía detiene a los B. Los tres acusados fueron condenados a 12 meses de prisión, 100.000 francos de multa cada uno y al pago (conjunto) de otros 100.000 francos a la demandante.

Esta forma de esclavitud (el Consejo de Europa la denomina “esclavitud doméstica”) parece estar bastante generalizada en Europa.

El Tribunal dice y decide:

“82. El Tribunal considera que, con los artículos 2, y 3, el artículo 4 de la Convención consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman parte del Consejo de Europa...

89. (...) El Tribunal estima que limitar el respeto del artículo 4 de la Convención únicamente a las actuaciones directas de las autoridades del Estado iría contra los instrumentos internacionales específicamente consagrados a este problema y vaciaría de contenido esta norma...

112. (...) esta norma no sufre ninguna derogación, ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación... Las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados partes en virtud del artículo 4 de la Convención exigen la criminalización y la represión efectiva de cualquier acto tendente a mantener a una persona en este tipo de situación...

117. Queda por saber si hay trabajo «forzado u obligatorio».

118. El Tribunal observa que en el caso si la demandante no estaba sometida a una «pena», no es menos cierto que se hallaba en una situación equivalente en cuanto a la gravedad de la amenaza que podía sentir...

120 (...) El Tribunal estima que la demandante, como mínimo, ha sido sometida a un trabajo forzado...

121. Hay que preguntarse además si la demandante ha sido mantenida en una situación de servidumbre o esclavitud...”

El Tribunal decide que ha existido violación del artículo 4, sin concretar si existió servidumbre o esclavitud.

Nota crítica:

Los hechos se comentan por sí solos. La falta de diligencia de las autoridades francesas queda de manifiesto no cuando sucedieron los hechos, sino cuando se conocieron y no pusieron un remedio efectivo, cuando las escasas condenas de esos delincuentes no llevaron al fiscal a apelar solicitando una aplicación más clara del Derecho Francés.

VI. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 5:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

En aplicación de esta norma examinaremos dos casos, uno contra Grecia y otro contra Bulgaria.

A) El caso MODH/GRECIA (Sentencia de 27 de abril de 2006)

Hechos:

Raza Ali Modh, nacional de Bangladesh, demanda a Grecia, que lo iba a expulsar por vender copias ilegales de CD. Se quejaba de dos detenciones ilegales, una desde el 4 al 11 de diciembre de 2000 y la otra desde el 9 al 17 de febrero de 2001; alegaba el artículo 5.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

El TEDH dice y decide:

“18. (...) El artículo 5.1 de la convención establece la lista exhaustiva de circunstancias bajo las cuales una persona puede ser privada de su libertad, bien entendido que estas circunstancias exigen una interpretación estricta, pues son excepciones a una garantía fundamental de la libertad individual...”

19. Nadie impugna que, durante los dos períodos, el demandante estaba detenido esperando una expulsión, según el artículo 5.1.f), de la Convención. Esta norma exige solamente que un procedimiento de extradición esté en curso...

20. Corresponde sin embargo al Tribunal investigar si la detención del demandante era «regular» según esta norma...

23. Por tanto, durante el primer período de detención examinado, o sea desde el 4 hasta el 11 de diciembre de 2000, el Tribunal comprueba que no se había adoptado ninguna decisión interna para precisar sobre qué base había sido detenido el demandante con el fin de definir la duración y las modalidades de la detención. A este respecto, el Tribunal no puede aceptar el argumento según el cual había un procedimiento de expulsión en «curso» incluso antes de que se hubiera adoptado una orden de expulsión por parte de la autoridad administrativa competente, porque ello conduciría a justificar privaciones de libertad que no tendrían otro fundamento en derecho interno más que puras especulaciones o informaciones no oficiales de las que dispondría la policía sobre la expulsión de una persona...

24. Sobre el segundo período de detención el Gobierno no ha invocado ninguna norma precisa... Por tanto ha existido violación del artículo 5, 1.º, f).”

Nota crítica:

El caso demuestra cómo una norma puede ser instrumentalizada en su aplicación. Afortunadamente el TEDH no lo permite y no admite poderes policiales más allá de lo permitido por la Convención.

B) El caso GEORGIEV/BULGARIA (Sentencia de 15 de diciembre de 2005)

Hechos:

Dian Nikolaevichgt Georgiev, nacional ruso menor de edad en el momento de los hechos y acusado de violación y de robo con violación, acusa a Bulgaria de haber sufrido un trato inhumano, alegando además que ha sufrido la violación del artículo 5

El Tribunal dice y decide:

Sobre el artículo 5.3.º, que obliga a que el demandante sea llevado inmediatamente ante un juez,

“87. el Tribunal ha constatado ya en el pasado en cierto número de casos relativos al sistema de detención provisional que existía en Bulgaria antes del 1 de enero de 2000 que ni los investigadores ante los cuales comparecían las personas examinadas ni los procuradores que aprobaban la deten-

ción provisional no podían ser considerados como «magistrados habilitados por la ley para ejercer funciones judiciales».”

Como en el presente caso sucede lo mismo, ha existido violación del artículo 5.3.º.

Se alega asimismo violación del artículo 5.5.º, porque en el sistema búlgaro una persona que hubiera sufrido violación de esta norma no tenía un derecho efectivo a la reclamación. A pesar de existir una ley de la responsabilidad del Estado, no contemplaba la detención provisional y por tanto también violaba la Convención.

Nota crítica:

Estamos ante una aplicación habitual de esta norma, en la jurisprudencia del TEDH. No obstante, parece que la situación en Bulgaria ha cambiado, mejorando su test particular en Derechos Humanos (mejora imprescindible ante su ingreso en la Unión Europea).

VII. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN)

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

Examinamos en relación con esta norma dos casos contra Francia, el caso DEMIR y el caso ZENTAR.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

A) El caso DEMIR/FRANCIA (Sentencia de 4 de abril de 2006)

Hechos:

Un francés, dos alemanes, seis turcos y un austriaco (esposa e hijos del fallecido) demandan a Francia por no permitir entrar en su territorio a un nacional turco que había trabajado en ese Estado durante 7 años. Aducen que el procedimiento ha desconocido el principio del “plazo razonable”, recogido por el artículo 6.

El Tribunal dice y decide:

“17. El Tribunal recuerda que el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta los criterios consagrados por su jurisprudencia, en particular la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes...

19. El Tribunal constata que los retrasos no son imputables al demandante, sobre todo tratándose del plazo de seis años entre la demanda ante el tribunal administrativo el 13 de mayo de 1989 y la notificación del juez a los demandantes el 12 de mayo de 1995 y la sentencia de 5 de mayo de 1998. Precisa que la demanda ante el tribunal administrativo no presentaba una cuestión particularmente compleja...

Por tanto ha existido violación del artículo 6.1.º”

Nota crítica:

No ofrece novedades esta sentencia; en todo caso, se cumple el viejo adagio francés, según el cual la justicia francesa (al menos en tiempos de la monarquía) siempre era justa porque o bien se moría el rey (en cuyo nombre se impartía justicia) o se moría el asno (objeto del litigio) o se moría el juez (y se quedaba el asunto sin ser juzgado).

B) El caso ZENTAR/FRANCIA (Sentencia de 13 de abril de 2006)

Hechos:

Un argelino, acusado de tráfico ilícito de vehículos robados, es expulsado a Argelia sin haber sido oído. Alega su inocencia y la violación del artículo 6.

El Tribunal dice y decide:

“26. La admisibilidad de las pruebas depende en primer lugar del derecho interno y en principio corresponde a las jurisdicciones nacionales el apreciar los elementos recogidos por ellas (...) Los elementos de prueba deben en principio producirse ante el acusado en audiencia pública...

En el pasado el Tribunal ha establecido claramente que se restringen los derechos de la defensa violando las garantías del artículo 6 cuando una condena se fundamenta, únicamente o en una medida determinante, sobre la deposición de un testigo al cual ni en el momento de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar...

27. En el caso, el Tribunal observa que durante la instrucción judicial el demandante, tras ser expulsado a Argelia, jamás fue oído por el magistrado competente y no pudo solicitar una medida particular en la instrucción, ni confrontarse con sus acusadores...

29. (...) Además el Tribunal observa que el Gobierno admite que la condena del demandante se ha fundado «en gran medida» en los testimonios de personas anónimas...

31. (...) Teniendo en cuenta la importancia particular que tienen los derechos de la defensa en el proceso penal, el Tribunal estima que el demandante no se ha beneficiado de un proceso equitativo.”

Hay violación del artículo 6.

Nota crítica:

La solución parece perfectamente razonable; lo irrazonable es que en un Estado de Derecho se condene a alguien sólo por el testimonio de una persona anónima.

VIII. NO HAY PENA SIN LEY (ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 7:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

El caso ACHOUR/FRANCIA (Sentencia de 29 de marzo de 2006)

Hechos:

Un nacional argelino, Cuidar Achour, es condenado a 10 años de prisión por tráfico de drogas, tras ser detenido con 10 kg de hachís; en su condena se aprecia reincidencia. Por el mismo delito se condena a su madre y a la compañera de Achour.

El Tribunal dice y decide:

“41. El Tribunal recuerda que el artículo 7 de la Convención consagra, de manera general, el principio de legalidad de los delitos y las penas (...) y prohíbe en particular la aplicación retroactiva del derecho penal cuando aquélla se produce en detrimento del acusado...”

55. (...) El Tribunal considera que tanto el derecho de origen jurisprudencial como el derecho de origen legislativo eran «previsibles» en el sentido del artículo 7 de la Convención...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

60. En conclusión, la pena infligida al demandante, declarado culpable y en estado de reincidencia en el proceso impugnado, era aplicable en el momento en el que había cometido la segunda infracción, por aplicación de una «ley» accesible y previsible. El Sr. Achour podía pues conocer con precisión, en la época de los hechos, las consecuencias legales de sus hechos delictivos.”

Por seis votos contra uno decide el Tribunal que no hay violación del artículo 7.

Nota crítica:

No ofrece demasiados problemas esta sentencia. A pesar de todo, la opinión disidente del Juez Popovic tampoco está mal fundamentada.

IX. EL RESPETO AL DERECHO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 8:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Tres grandes bloques de sentencias surgen en el período considerado respecto al siempre fecundo artículo 8:

- a) Las que podemos considerar como generales.
- b) Las que afectan a menores (muchas veces, secuestro internacional).
- c) Las que recogen la situación de apátridas surgidos tras la disolución de la antigua Unión Soviética.

Veamos brevemente los aspectos interesantes para la extranjería que aportan estas sentencias.

A) Las sentencias que podemos considerar como generales

a) El caso AOULMI/FRANCIA

Los hechos han sido analizados en el artículo 3. El argelino enfermo de hepatitis alegaba la ruptura de su vida familiar en Francia; pero esa vida familiar había comenzado cuando ya estaba encausado y sabía que podía sufrir la expulsión.

Por eso el Tribunal recuerda los principios fijados en 2000 en el caso BOULTIF/SUIZA y decide que el demandante “no podía ignorar la relativa precariedad de su situación (...) El Tribunal recuerda sin embargo que para examinar la cuestión debe saber si el demandante tenía una vida familiar según el artículo 8, debe colocarse en el momento en el que la medida criticada fue definitiva...”

Por tanto no ha habido violación del artículo 8.

b) El caso SCHEMKAMPER/FRANCIA (Sentencia de 18 de enero de 2006)

Se trata de un alemán, condenado a 20 años de prisión en Francia por asesinato y robo, que solicita un régimen de salidas fuera de territorio francés; ante la negativa, tras la muerte de su padre y la imposibilidad material de asistir a su funeral, aduce la violación de su vida familiar. Esta alegación es rechazada por el Tribunal.

c) El caso KELES/ALEMANIA (Sentencia de 27 de enero de 2006)

Una turca, con cuatro hijos y el marido viviendo regularmente en Alemania, provoca reiterados desórdenes públicos, sobre todo en estado de embriaguez; tras ser condenada a diversas multas, se decide su expulsión.

Dado que llevaba 27 años en territorio alemán, que mantenía una vida familiar claramente demostrada, el Tribunal decide que Alemania ha violado el artículo 8, sobre todo por adoptar una medida desproporcionada.

d) El caso XENIDES-ARESTIS/TURQUÍA (Sentencia de 22 de diciembre de 2005)

Se alegaba en este caso (también examinado desde el artículo 1) la violación del artículo 8, porque la demandante no podía vivir en su casa, al estar en territorio ocupado por el ejército turco. El Tribunal admitía esta alegación y consideraba que hubo violación de esta norma.

e) El caso ARISTIMUÑO MENDIZÁBAL/FRANCIA (Sentencia de 17 de abril de 2006).

Una española de origen vasco consigue asilo político en Francia; allí nace su hijo. Como debía lograr permiso de residencia, alega dificultades en su vida familiar. Mientras tanto, España se había convertido en miembro de la UE y ella en ciudadana de la UE, con derecho a la libre circulación y a la libre residencia.

Aplicando el derecho de la UE, el Tribunal decide que “la no concesión de un documento de residencia a la demandante durante tan largo período de tiempo (desde 1992 hasta 1999) aunque residía regularmente en Francia desde hacía 14 años, indudablemente ha constituido una ingerencia en su vida privada y familiar” (pár. 72).

Como dicho plazo “no estaba previsto por la «ley», sea francesa o comunitaria, hay violación del artículo 8” (pár. 79).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

B) Las sentencias que afectan a menores (muchas veces, secuestro internacional)

En este segundo grupo encontramos cuatro casos, en los cuales se alegaba la violación de esta norma. En todos ellos se aprecia violación, con argumentos muy semejantes. En ellos se aduce además la violación de la Convención de La Haya sobre secuestro internacional de menores, de 1980.

a) El caso H.N./POLONIA (Sentencia de 13 de diciembre de 2005)

El matrimonio de un noruego y una polaca tienen dos hijos; la disolución del mismo conduce al padre a un secuestro; la madre obtiene una sentencia favorable del TEDH y una compensación económica, dado que Polonia no había sido demasiado diligente en la búsqueda del secuestrador.

b) En los casos KARADZIC/CROACIA (Sentencia de 15 de marzo de 2006, demanda de una bosnia), C./FINLANDIA (Sentencia de 9 de mayo de 2006, demanda de un suizo) y BIANCHI/SUIZA (Sentencia de 22 de junio de 2006, demanda de un italiano)

Las argumentaciones son idénticas y las soluciones también (incluyendo la compensación económica).

c) Las sentencias que recogen la situación de apátridas surgidos tras la disolución de la antigua Unión Soviética

Nada menos que cinco sentencias, todas ellas dictadas contra Letonia, examinan esta problemática. Se trata de los casos MOISEJEVS, KORNAKOV y SHEVANOVA (las tres dictadas el 15 de junio de 2006), SYSSOYEVA Y OTROS (de 16 de junio de 2006) y KAFTAILOVA (de 22 de junio de 2006).

Hechos:

En todos esos casos se califica a estas personas como “no ciudadanos residentes permanentes”. En realidad son auténticos apátridas, surgidos tras la disolución de la Unión Soviética y por el nacionalismo de los Estados bálticos, que mantienen a veces una clara rusofobia.

Todas estas personas son acusadas de graves crímenes y corren el riesgo de ser expulsadas.

El Tribunal dice y decide:

En los dos primeros casos los demandantes alegan varias normas convencionales (artículos 3, 5, 6 y 8). En ellos el Tribunal decide que ha existido violación de todas ellas. En los tres restantes el TEDH decide que ha habido violación sólo del artículo 8. En los dos primeros se aduce y se prueba una violación del artículo 34, que veremos después.

Nota crítica:

Conociendo los problemas del pasado, teniendo presentes todas las circunstancias, no resultan demasiado admisibles estas situaciones, que afectan a personas concretas.

Recordaré que en la legislación letona sólo se considera nacional a quien tuviera esa nacionalidad en 1940 o sea descendiente suyo. Por eso, diversos órganos de la ONU se han pronunciado contra esta situación que viola numerosos derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en sus OBSERVACIONES FINALES de 6 de noviembre de 2003 sobre Letonia, “toma nota de las medidas adoptadas por el Estado Parte para que el proceso de naturalización sea más asequible y para que aumente la tasa de naturalización de los no ciudadanos. Sin embargo, expresa preocupación por los limitados resultados de esas políticas, ya que muchos candidatos ni siquiera inician el procedimiento. El Comité toma nota de las diferentes razones que dan lugar a ese fenómeno, pero considera que tiene consecuencias adversas para el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto, y que el Estado Parte tiene el deber positivo de garantizar y proteger esos derechos. Además, preocupan al Comité los obstáculos que puede plantear el requisito de la aprobación de un examen de idioma” (texto en <http://www.ohchr.org>).

X. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCION).

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión a sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

(No hay jurisprudencia sobre esta materia en el período analizado.)

XI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OPINIÓN E INFORMACIÓN DEL EXTRANJERO (ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCION)

Artículo 10. Libertad de expresión:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

El caso GINIEWSKI/FRANCIA (Sentencia de 31 de enero de 2006)

Hechos:

Un austríaco, Paul Giniewski, señala que es periodista, sociólogo e historiador. En 1994 critica duramente una encíclica del Papa Juan Pablo II, observando que, en lugar de practicar la verdad, la Iglesia Católica se mantiene en la “oscuridad del error”. Además mantiene que la “Nueva Alianza” es superior a la “Antigua”.

La “Alianza General contra el Racismo y para el Respeto de la Identidad Francesa y Cristiana” (AGRIF) lo demanda ante los tribunales franceses y, condenado por ellos, aduce después ante el TEDH el artículo 10 de la Convención.

El TEDH dice y decide:

“38. La condena impugnada conlleva sin duda una «ingerencia» en el ejercicio por el demandante de su derecho a la libertad de expresión. Tal ingerencia viola la Convención si no respeta las exigencias del párrafo 2 del artículo 10...”

El TEDH se detiene sobre todo en la exigencia de que la ingerencia sea “necesaria en una sociedad democrática” y en la proporcionalidad de la medida.

“52. Si, como reconoce el mismo demandante, el texto publicado contiene conclusiones y formulaciones que pueden extrañar, chocar o incluso inquietar a algunos, el Tribunal ha afirmado en varias ocasiones que tales ideas no pierden, en cuanto tales, el beneficio de la libertad de expresión... El artículo redactado por el demandante no tenían ningún carácter «gravemente ofensivo» (...) ni injurioso (...) y no incita ni a la pérdida del respeto ni al odio...”

53. (...) Los motivos alegados para apoyar la condena del demandante no son suficientes para convencer al Tribunal de que la ingerencia en el ejercicio del derecho del interesado a la libertad de expresión era «necesaria en una sociedad democrática»; en particular, su condena por difamación pública contra la comunidad de los cristianos no respondía a «ninguna necesidad social imperiosa».

54. Respecto a la proporcionalidad de la ingerencia impugnada respecto al fin legítimo perseguido teniendo en cuenta las sanciones impuestas, el Tribunal recuerda que la naturaleza y la pesadez de las penas infligidas son elementos a tener en cuenta (...) El Tribunal debe mostrar asimismo la mayor prudencia cuando las medidas o sanciones adoptadas por las autoridades nacionales pueden persuadir a la prensa o a los autores de participar en la discusión de cuestiones que presentan un interés general legítimo...

56. Por tanto ha existido violación del artículo 10 de la Convención.”

Nota crítica:

Nos encontramos ante una polémica entre religiones: La judía y la cristiana. Como puede comprobarse en esta misma Crónica, también el tema afecta a la extranjería.

La práctica nos demuestra que muchas veces las iglesias se enzarzan en peleas y no precisamente por cuestiones teológicas.

XII. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCION).

Dice el artículo 13:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

A) El caso PEREIRA HENRIQUES/LUXEMBURGO (Sentencia de 9 de mayo de 2006)

Hechos:

Ver artículo 2.

El TEDH dice y decide:

“87. Vista la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 impone, además del pago de una indemnización cuando sea conveniente, investigaciones profundas y efectivas propias para lograr la identificación y el castigo de los responsables de la muerte y que supongan un acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación...”

91. Teniendo presente que el Gobierno no ha demostrado que los demandantes disponían de un recurso efectivo para obtener una indemnización por causa de la investigación ineficaz, el Tribunal considera que ha existido violación del artículo 13.”

Nota crítica:

Una vez la jurisprudencia exige un recurso “efectivo”, tanto de hecho como de derecho. Desde luego la “efectividad” de tal “recurso” en el sentido del artículo 13 no depende de la certeza de un resultado favorable para el demandante.

B) También se adujo esta norma en el caso SCHEMKAMPER/FRANCIA (Sentencia de 18 de enero de 2006)

Apreciando violación de la misma, pero sin aportar ningún aspecto judicial novedoso.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

C) El caso BARRY/IRLANDA (Sentencia de 15 de marzo de 2006)

Hechos:

Un británico, el Dr. J. Barry, acusado de obtener vídeos de sus pacientes desnudas sin su consentimiento e incluso acusado de violación, es llevado ante el Medical Council y ante los tribunales irlandeses. Alega violación de los artículos 6 y 13, pero se centra en la segunda norma.

El TEDH dice y decide:

“52. El Tribunal considera que el recurso judicial de revisión, alegado por el Gobierno, no es capaz de revisar la decisión de los tribunales penales. El fin del recurso judicial de revisión, es evitar futuros procedimientos penales, no borrarlos. Pero el recurso judicial de revisión ha durado siete años. Como es un plazo más largo del normal, ello demuestra que el recurso judicial de revisión no es suficiente para evitar futuros retrasos...”

53. Además el Tribunal no considera que el recurso de revisión judicial sea capaz de ofrecer remedios adecuados para los retrasos acumulados...”

Por eso ha existido violación tanto del artículo 6 como del 13.

Nota crítica:

Resulta frecuente alegar los artículos 6 y 13 conjuntamente, sintetizando los derechos de la defensa. El plazo razonable, el recurso efectivo y los demás derechos de la defensa resultan imprescindibles en cualquier Estado de Derecho.

XIII. EXPULSIÓN Y DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 14:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Dos casos afectan a esta norma en el período analizado. Desde luego, dado el carácter dependiente de esta norma, se hallan afectadas asimismo otras normas convencionales.

Los casos OKPISZ Y NIEDZWIECKI contra ALEMANIA (Sentencias ambas de 25 de octubre de 2005)

Hechos:

En el primer caso, dos polacos demandan a Alemania, donde viven, porque su hijo no recibía los beneficios concedidos a los niños alemanes, a pesar de que sus padres cotizaban a la Seguridad

Social y pagaban sus impuestos desde hacía años. En el segundo un polaco demanda asimismo a Alemania por las mismas razones. Aducen un atentado a su vida familiar y, sobre todo, discriminación. Argumentación y decisión final son idénticas en los casos.

El TEDH dice y decide:

“30. El Tribunal reitera que, según su jurisprudencia anterior, el artículo 14 sólo es aplicable a hechos que afecten a una o más normas sustantivas de la Convención y sus Protocolos...”

31. El artículo 14 entra en juego cuando «el objeto de la desventaja... constituye una de las modalidades del ejercicio de un derecho garantizado» o medidas que «están conectadas con el ejercicio de un derecho garantizado»...

32. Al garantizar los beneficios a los niños, los Estados son capaces de demostrar su respeto por la vida familiar regulado en el artículo 8 de la Convención...

33. Según la jurisprudencia del Tribunal, una diferencia de trato es discriminatoria según el artículo 14 de la Convención «cuando no tiene una justificación objetiva y razonable», cuando no persigue un «fin legítimo» o no mantiene una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que va a ser realizado». Los Estados partes tienen cierto margen de apreciación para evaluar cuáles y en qué medida determinan diferencias en situaciones similares justifican un trato diferente...”

Por tanto, decide por unanimidad que ha existido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención.

Nota crítica:

La discriminación se practica mientras muchas veces mientras los propios Estados claman por la integración. Además tienen toda la razón los demandantes cuando observan que pagan sus impuestos.

XIV. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 34:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

En el caso Aoulmi/Francia (ver artículo 8) el TEDH decide que Francia ha violado el artículo 34 de la Convención por no haber aplicado las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal, según el artículo 39 del Reglamento del Tribunal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

En los casos *Moisejevs y Kornakovs contra Letonia* el TEDH declara que ese Estado ha violado esta norma, al dificultar la relación de los posibles demandantes con el Tribunal. Entre otras acciones, se considera probado que los demandantes enviaron cartas al Tribunal que el Director de la prisión no cursó; además amenazaron al posible demandante y a sus familiares.

En ambos casos el Tribunal reitera que, para que el mecanismo de recurso individual establecido por el artículo 34 sea eficaz, es de suma importancia que los demandantes tengan la libertad de estar en comunicación con el Tribunal sin que las autoridades les presionen de cualquier manera para retirar o modificar sus alegaciones.

XV. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA (ARTÍCULO 35 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 35:

“1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34, cuando:

a) sea anónima; o

b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

3. El Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento.”

El caso *KAKOULLI/TURQUÍA* (Sentencia de 22 de febrero de 2006)

Hechos:

Se trataba de cuatro grecochipriotas detenidos por soldados turcos, uno de ellos fallecidos por disparos de tales soldados. Turquía aduce que deberían haber agotado los recursos internos de la República Turca de Chipre del Norte.

El Tribunal dice y decide:

“87. El Tribunal reitera que la norma del agotamiento de los recursos internos, recogida en el artículo 35 de la Convención, obliga a los demandantes a usar primero que son válidos y suficientes en los

sistemas jurídicos internos para superar las violaciones alegadas. La existencia de los recursos debe ser suficientemente segura tanto en la teoría como en la práctica...

88. Incumbe al Gobierno demandado que alega el no agotamiento el probar ante el Tribunal con suficiente claridad los recursos que el demandante no ha agotado y demostrar ante el Tribunal que los recursos son efectivos y válidos...”

Por eso rechaza la objeción preliminar del Gobierno turco.

Nota crítica:

Estamos ante un caso más derivado de la ilegal ocupación de parte de territorio chipriota por el Ejército turco desde 1974, en este caso con el trágico resultado de un fallecido. Turquía pretendía que se hubiesen agotado los recursos internos del sedicente “Estado” llamado “República Turca de Chipre del Norte”, cosa que el TEDH sigue sin admitir.

XVI. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2 PROTOCOLO N.º 4)

Dice el artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4:

“1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.”

El caso RIENER/BULGARIA (Sentencia de 23 de mayo de 2006)

Hechos:

La Sra. Ianka Riener, nacional búlgara de origen, adquiere la nacionalidad austriaca por matrimonio, perdiendo la suya de origen; desde 2004 recupera la nacionalidad búlgara. Antes de la fecha indicada, Riener reside a temporadas en Sofía; pero, tras la aparición de problemas fiscales por sus actividades comerciales, se le restringe su libre circulación por territorio búlgaro, se le prohíbe abandonarlo e incluso se le prohíbe residir en él.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

El Tribunal dice y decide:

“109. El artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4 garantiza el derecho de toda persona a la libertad de movimiento, incluyendo el derecho a abandonar cualquier país hacia otro país, según elección personal, siempre que él o ella pueda ser admitido. Cualquier medida que restrinja este derecho debe estar prevista por la ley, perseguir uno de los fines legítimos contemplados en el párrafo 3 de dicha norma convencional y adoptarse respetando el equilibrio entre el interés público y el derecho individual..”

110. La prohibición de que la demandante resida en Bulgaria constituye una interferencia de la autoridad pública..”

Tras examinar el Tribunal si en el caso se han cumplido las exigencias del artículo 2, párr. 3.º, del Protocolo n.º 4, decide que no ha existido proporcionalidad y por tanto ha habido violación de esta norma, así como del artículo 13 de la Convención.

Nota crítica:

Muchas veces no se viola un derecho de modo frontal, o directo, sino a través de la imposición de medidas o sanciones desproporcionadas, como sucede en el caso.

XVII. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4 PROTOCOLO N.º 4)

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional n.º 4:

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.”

(No hay jurisprudencia sobre esta materia en el período analizado.)

XVIII. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1 PROTOCOLO N.º 7)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 7:

“1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

- a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión.
- b) hacer que se examine su caso, y
- c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

El caso LUPSA/RUMANIA (Sentencia de 8 de junio de 2006)

Hechos:

Dorjel Lupsa, nacional de la Unión de Serbia y Montenegro (ya disuelta), mantiene un negocio de café en Bucarest; en un viaje a Belgrado, su compañera da a luz un niño. En otro viaje, Lupsa entra sin problemas en territorio rumano, pero al día siguiente la policía lo detiene y lo expulsa, acusándolo de haber violado el derecho rumano de extranjería y de atentar contra la seguridad nacional.

Él aduce que se ha violado su derecho al respeto de la vida familiar y las garantías procesales en su expulsión.

El Tribunal dice y decide:

“51. (...) En caso de expulsión, además de la protección que les ofrecen los artículos 3 y 8, combinados con el artículo 13 de la Convención, los extranjeros se benefician de garantías específicas previstas por el artículo 1 del Protocolo n.º 7...”

52. Por otro lado, el Tribunal recuerda que tales garantías no se aplican más que al extranjero que reside regularmente en el territorio de un Estado que haya ratificado este Protocolo...

53. En el caso, el Tribunal observa que no se ha impugnado el hecho de que el demandante residía regularmente en el territorio rumano en el momento de la expulsión. Por otro lado, aun cuando fue expulsado por la vía de urgencia por motivos de seguridad nacional, caso autorizado por el párr. 2 del artículo 1, tenía derecho de prevalerse, después de su expulsión, de las garantías ofrecidas por el párr. 1...

54. El Tribunal recuerda que la primera garantía concedida a las personas afectadas por esta norma es que no pueden ser expulsadas más que «en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley»...

56. El Tribunal reitera su constante jurisprudencia según la cual (...) la orden de urgencia n.º 194/2002, que ha constituido la base legal de la expulsión del demandante, no le ofrece garantías mínimas contra la arbitrariedad de las autoridades.

57. Por consiguiente, aun cuando la expulsión del demandante haya tenido lugar en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley, hay violación del artículo 1 del Protocolo n.º 7 puesto que esta ley no responde a las exigencias de la Convención.”

Nota crítica:

De nuevo el Tribunal no admite como buena cualquier ley o norma interna; debe tener la calidad necesaria para superar el parámetro de la constitucionalidad, para pasar por el tamiz de la Convención. Y en ese tamiz resulta esencial evitar la arbitrariedad.

XIX. LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE LOS ESPOSOS (ARTÍCULO 5 PROTOCOLO N.º 7)

Artículo 5. Igualdad entre esposos:

“Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. Este artículo no impedirá a los estados tomar las medidas necesarias en beneficio de los hijos.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

II

El caso D.D./FRANCIA (Sentencia de 8 de febrero de 2006)

Hechos:

Se trataba de dos argelinos, casados en Francia; tras convivir más de 30 años y haber tenido 6 hijos, el marido marcha a Argelia, la mujer no le sigue; el marido logra el divorcio por su sola voluntad, admitido en el derecho argelino.

El Tribunal dice y decide:

“25. La Cour de Cassation francesa, mediante cinco sentencias de 17 de febrero de 2004, rechazó dar efecto en Francia a los repudios argelinos y marroquíes. Recordó sobre todo que estos repudios desconocían el principio de la igualdad jurídica de los esposos, proclamado por el Protocolo n.º 7 adicional a la Convención, incluso si tales decisiones impugnadas habían sido adoptadas al finalizar un procedimiento leal y contradictorio. La Cour de Cassation afirmó que una jurisdicción que examinara el fondo estaba fundada para rechazar la solicitud de ejecución de una sentencia extranjera que pronunciase el repudio unilateral de una esposa por su marido, en estos términos (decisión n.º 01-11549):

«... considerando que la sentencia (de apelación) admite que el divorcio de los esposos X ha sido pronunciado por el juez argelino, a pesar de la oposición de la mujer, por el solo motivo, admitido en la ley argelina, de que el poder conyugal permanece en manos del marido y que el divorcio puede pronunciarse por la sola voluntad de éste...»

26. La doctrina puso de relieve la «firmeza de la motivación adoptada» y la «importancia considerable» de estas sentencias de principio...

28. El Tribunal observa que el 13 de julio de 2005 ha sido informado por el abogado de la demandante de la decisión de su cliente de desistir de su demanda (...) Este desistimiento carece de cualquier ambigüedad.”

Por eso el Tribunal decide borrar el caso de su registro.

Nota crítica:

Aun habiendo sido borrado el caso del registro del TEDH, la publicación del mismo ofrece un enorme interés. Se enmarca de lleno en la interculturalidad jurídica, que no tiene por qué suponer la asunción de cualquier sentencia dictada en un Estado.

La igualdad jurídica entre los esposos resulta una piedra angular en el sistema convencional. Dejar que sea arrastrada por un mero formalismo jurídico a la hora de ejecutar sentencias extranjeras implica poner en peligro todo el sistema, todo el edificio.

XX. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 41 de la Convención:

“Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias

de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

En el caso PEREIRA HENRIQUES, los demandantes solicitaban 60.000 euros por daño moral, por no haber conocido la causa del fallecimiento de este trabajador en Luxemburgo; dicha cantidad les fue asignada por el TEDH.

En el caso DEMIR/FRANCIA el Tribunal concedía 3.000 euros a cada uno de los diez demandantes por daño moral.

En el caso ZENTAR el demandante solicitaba 50.000 euros por daños morales, pero el Tribunal le concedió 3.000 euros.

El caso ARISTIMUÑO MENDIZÁBAL/FRANCIA supuso el abono de 50.000 euros a la demandante.

El caso LUPSA/RUMANIA todavía resalta más la desproporción de las peticiones económicas: Pedía 271.000 euros y el Tribunal le concedía 15.000 euros.

XXI. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES

Veamos algunos ejemplos de este tipo de condenas:

En el caso PEREIRA HENRIQUES, los demandantes solicitaban 12.443,24 euros por gastos y costas procesales; el TEDH les asignó 12.000 euros.

En el caso SILIADIN, la demandante solicitaba 26.209,69 euros, que el TEDH concedió.

En el caso DEMIR/FRANCIA, el Tribunal otorgaba conjuntamente a todos los demandantes 2.400 euros por gastos y costas procesales.

En el caso LUPSA, el demandante solicitaba 6.500 euros y el Tribunal le concede 3.000 euros.

XXII. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 46 de la Convención:

“1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.

2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución.”

Consultar la Web del Consejo de Europa sobre ejecución de sentencias del TEDH, [http://www.coe.int/T/F/Droits de l'Homme/execution/](http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/execution/).

DANIEL SENOVILLA HERNÁNDEZ

Phd candidate: IUEM- Universidad de Comillas de Madrid
Hosted by Migrinter- Université de Poitiers- CNRS
Consultant at International Juvenile Justice Observatory- Diagrama Foundation, Spain.
(dansenher@yahoo.es)

III

Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica¹

SUMARIO

I. Sobre la relevancia general de la sentencia como un nuevo instrumento para contribuir a mejorar la situación de los menores extranjeros no acompañados en Europa.

II. Resumen de los hechos.

III. Resumen de las apreciaciones del Tribunal. A) Respetto de las violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometidas a partir de la detención de la niña. B) Respetto de las violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de derechos Humanos cometidas a partir de la devolución de la niña. C) Respetto de las violaciones del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometidas a partir de la detención y de la devolución de la niña. D) Respetto de la violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometida a partir de la detención de la niña. E) Respetto de las violaciones del artículo 5.4 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

IV. La incidencia que ha tenido el caso Tabitha en la reglamentación de la situación de los menores extranjeros no acompañados en Bélgica.

V. Algunos comentarios sobre los aspectos más significativos que contempla esta sentencia con relación al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa.

(1) Referencia: Mubilanzila Mayeka et Kanini Mitunga c. Belgique (au principal et satisfaction équitable) n.º 13178/03 de 12 de octubre de 2006. Cour européenne des droits de l'homme - European Court of Human Rights. Por el momento, solamente existe una versión original en lengua francesa.

I. SOBRE LA RELEVANCIA GENERAL DE LA SENTENCIA COMO UN NUEVO INSTRUMENTO PARA CONTRIBUIR A MEJORAR LA SITUACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EUROPA

Este reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal) condenando a Bélgica por la violación de diferentes artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el caso de la detención y posterior devolución de una niña de 5 años de edad considerada como no acompañada², puede constituir un precedente jurisprudencial de gran valor en el objetivo de defender los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados. Como sabemos, la definición que realiza el Consejo de Europa de esta categoría de emigrantes los considera como nacionales de terceros países que son localizados o interceptados en frontera o el territorio de un Estado miembro sin estar acompañados de un adulto responsable legalmente que asuma el cuidado de los mismos³.

Si bien está considerado que el principal Instrumento internacional de protección de la infancia es la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, creemos poder afirmar que los mecanismos de control en cuanto al cumplimiento de los contenidos de esta Convención por parte de los Estados ratificadores no son suficientemente coercitivos. En suma, los Estados ratificadores deben presentar periódicamente informes relativos a las acciones y medidas que han adoptado para garantizar la aplicación del contenido de la Convención al Comité de los Derechos del Niño⁴. En virtud del examen de esos informes y su contraste con otros aportados por organizaciones no gubernamentales, organismos intergubernamentales, instituciones académicas, prensa, etc., el Comité elabora un documento de “observaciones finales” que evalúa el grado de cumplimiento de las disposiciones de la Convención por parte del Estado en cuestión. Este mecanismo de control se nos antoja insuficiente, especialmente en aquellos países en que no se ha explotado suficientemente la vía de la presentación de “informes alternativos” sobre la realidad de la situación de los derechos del niño por parte de ONG u otros organismos independientes, ya que el Comité dicta sus observaciones en principio a partir de la información proporcionada por los Gobiernos. Por otro lado, las Observaciones no constituyen sino un instrumento de denuncia pública de posibles situaciones generales o prácticas que atenten contra los derechos del niño, pero no son vinculantes para los Estados ni prevén un protocolo a partir del cual puedan denunciarse determinados casos concretos en que se haya

(2) Fue interceptada en frontera junto a su tío, nacional holandés, que sin embargo no contaba con ninguna documentación que acreditase la delegación de la patria potestad o la responsabilidad legal temporal sobre la menor.

(3) Artículo 1 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (97/C 221/03): “La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos”.

(4) El Comité de Derechos del Niño es un órgano creado por Naciones Unidas encargado de la supervisión del cumplimiento de la Convención. La periodicidad con que los Estados deben presentar sus informes es de 5 años, excepto una primera vez que ha de hacerse dos años después de la ratificación.

Comentario sobre la STEDH de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006

III

producido violación flagrante de los derechos de un individuo menor de edad por parte de un determinado Estado⁵.

En contraste con esta falta de “contundencia” de que adolecen los mecanismos de control de la Convención de Derechos del Niño, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es un instrumento dotado de un sistema coercitivo propio que, como bien lo indica Ortiz Pica⁶, constituye su principal acierto. Su gran innovación es que los particulares pueden denunciar ante un Tribunal internacional las supuestas violaciones de sus derechos que un determinado Estado haya podido cometer contra su persona. Este Tribunal, el de Estrasburgo, puede asimismo obligar a los Estados a la restitución y compensación de las víctimas. En este sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son obligatorias y, si bien la competencia para ejecutarlas recae finalmente sobre el Estado en cuestión, éste deberá poner los medios necesarios para la consecución del resultado establecido en tal decisión⁷.

En otro orden de cosas, cabría evaluar de forma general que la mayoría de Estados de la Unión Europea reconocen un amplio catálogo de derechos y una adecuada protección a las personas menores de edad. No obstante, la situación de irregularidad administrativa en que se encuentran los menores extranjeros no acompañados dentro de algunos países europeos o su condición de solicitantes de asilo en otros, determina el establecimiento por parte de los Estados de un *tratamiento dual* que combina de forma ambigua la aplicación restrictiva de las normas de extranjería y asilo con la obligación de proteger a las personas menores de edad en situación de riesgo, necesidad o desamparo, impuesta tanto por los diferentes ordenamientos nacionales como por los compromisos internacionales previamente asumidos. Como veremos, la sentencia nos va a aportar claridad frente a esta situación de ambigüedad al determinar expresamente la prevalencia del elemento protector por delante del restrictivo.

Creemos poder afirmar que la situación de los menores extranjeros no acompañados es particularmente *vulnerable* en la casi totalidad de los países de la Unión Europea que se han visto confrontados a este tipo de migración. Una de las circunstancias que acentúa esta vulnerabilidad está determinada por la incapacidad del menor extranjero de contestar u oponerse a las decisiones que se toman respecto de su persona. En el caso de Bélgica, en el año en que se produjeron los hechos que nos ocupan, el ordenamiento no preveía siquiera el nombramiento de un tutor que representara los intereses de los menores no acompañados en todos los procedimientos concernientes a su estatuto personal. Por su parte, en los últimos meses en España,

(5) En el apartado 2 de la Introducción de la Observación general n.º 5 CRC/GC/2003/5 de 27 de noviembre de 2003, sobre las “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, se especifica lo siguiente: “En su examen periódico de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo a la Convención, el Comité presta particular atención a lo que ha denominado «medidas generales de aplicación». En las observaciones finales que formuló tras ese examen, el Comité hace recomendaciones específicas sobre esas medidas generales. El Comité espera que los Estados Partes describan, en sus futuros informes periódicos, las medidas adoptadas en cumplimiento de esas recomendaciones”.

(6) ORTIZ PICA, M.I.: *El patrimonio constitucional europeo: su asimilación por el orden jurídico comunitario (análisis específico del patrimonio europeo de los derechos fundamentales)*, Tesis Doctoral del Departament de Ciència Política i Dret Public. 2003, Universitat Autònoma de Barcelona. http://www.tdx.cesca.es/TDX-1021103-181651/index_cs.html.

(7) *Ibidem*, pp. 227-228.

diversas decisiones judiciales, en aplicación del artículo 299 del Código Civil, han reconocido la necesidad de nombrar un defensor judicial que represente y ampare el interés del menor en las situaciones de conflicto con la entidad pública que ostenta su tutela (y que en ocasiones no actúa de forma manifiesta en interés del menor, a pesar de que como es sabido este interés ha de ser superior a cualquier otro concurrente⁸).

Al igual que estas recientes decisiones de los Tribunales españoles, los argumentos que desarrolla la sentencia que nos ocupa suponen una perspectiva de resistencia frente a la situación de indefensión que viven habitualmente los menores no acompañados en Europa. No solamente tales argumentos y razonamientos jurídicos podrán ser invocados directamente frente a los órganos judiciales de los diferentes Estados, sino que la Sentencia Tabitha (en alusión al nombre de la niña) puede y debe motivar tanto a los menores y a sus representantes legales como a las organizaciones especializadas a denunciar futuros casos de abuso, ataque o violación de los derechos de la infancia ante la Corte de Estrasburgo.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS⁹

La sentencia resuelve la demanda de dos nacionales de República Democrática del Congo –madre e hija– alegando vulneración de los artículos 3, 5, 8 y 13 del CEDH por la detención de la segunda y su posterior devolución a Kinshasa por parte de las autoridades belgas.

El 17 de agosto de 2002 la niña llegó al aeropuerto de Bruselas acompañada por su tío, nacional holandés, que no contaba con ningún documento responsabilizándole de la menor (y no pudiendo por tanto ser considerado su representante legal.) La intención de este pariente era acompañarla hasta Canadá, donde se encontraba su madre, que había adquirido el estatuto de refugiada en este país.

El 18 de agosto, las autoridades competentes belgas tomaron la decisión de rechazar inicialmente la entrada de Tabitha (en adelante T.) en el territorio del Estado a causa de que no contaba con los documentos necesarios y, en aplicación de la legislación vigente¹⁰, procedieron a su detención en el centro de tránsito “127”¹¹. Un abogado fue designado para asistir a la niña en su solicitud de asilo. El tío de la niña se vio obligado a regresar a Holanda.

(8) Destacar entre otras el Auto de 14 de abril de 2006 y la Sentencia de 25 de septiembre de 2006 ambas dictadas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 14 de Madrid.

(9) Párrafos 8 a 37. Páginas

(10) Ley de 15 de diciembre de 1980 *sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*. Artículo 74/5 actualmente todavía en vigor.

(11) El Centro de tránsito 127, es un centro cerrado próximo al aeropuerto de Bruselas donde son trasladadas tanto las personas que solicitan asilo en frontera mientras se tramita la admisibilidad a trámite de la misma y de las personas que no cuentan con la documentación necesaria para acceder al territorio durante el tiempo en que se procede a la ejecución del eventual rechazo de entrada y devolución dictados contra su persona.

Comentario sobre la STEDH de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006

III

El 27 de agosto la solicitud de asilo de T. fue declarada por la Oficina de extranjeros manifiestamente infundada y confirmado el rechazo de su entrada en Bélgica y decretada su devolución. Se recurrió tal decisión ante una instancia superior sin éxito.

El día 26 de septiembre el abogado de T. se puso en contacto con la Oficina de Extranjeros belga para acreditar la condición de refugiada de la madre en Canadá. Asimismo, solicitó el traslado de T. a una familia de acogida, invocando razones humanitarias ligadas a su edad y estado, durante el tiempo necesario para tramitar una autorización de entrada en territorio canadiense. La Oficina de extranjería nunca contestó a esta solicitud. Durante todo este tiempo, T. permanecía detenida en el centro 127, destinado a personas adultas.

A partir de octubre, el ACNUR, la embajada belga en Kinshasa y la Cruz Roja Internacional comenzaron a investigar la situación de la familia de la niña en República Democrática del Congo. Por medio de la Embajada, se localizó a un segundo tío de la niña, estudiante, que declaró no encontrarse en disposición de hacerse cargo de ella.

El 9 de octubre, el abogado de T. llevó a cabo una demanda ante el órgano judicial competente, la *Chambre du Conseil de Bruxelles*, solicitando su puesta en libertad, la anulación de la orden de devolución y su traslado a una familia o a un centro de acogida para niños de corta edad.

Por su parte, el día 10 de octubre, las autoridades belgas gestionaron una reserva de plaza de avión con destino a Kinshasa para el día 17 del mismo mes. Se informó de tal medida al ACNUR, a la embajada belga en Kinshasa y al *Service d'aide à la jeunesse*.

El 15 de octubre, la Oficina de extranjeros informó al Fiscal que se había localizado a la familia de la menor en Kinshasa y que se iba a proceder a su repatriación el día 17. Según la misma comunicación, a la llegada de T. a Kinshasa su familia estaría esperándola. Paralelamente, la Embajada belga se limita a enviar una carta certificada con acuse de recibo para informar al tío de la menor residente en Kinshasa de su inminente llegada.

El día 16 de octubre, la *Chambre du Conseil* del Tribunal de primera instancia de Bruselas considera que la detención de la menor es contraria a los artículos 3.1 y 3.2 de la Convención de Derechos del Niño y ordena su inmediata puesta en libertad. Teniendo la posibilidad de interponer un recurso contra esta decisión en un plazo de 24 horas desde su notificación, el Fiscal deja en suspenso tal posibilidad. Se informa por fax en este sentido al director del centro 127. Paralelamente, el ACNUR había informado a la Oficina de extranjeros de que no existía ninguna persona de la familia en Congo que pudiera hacerse cargo de T. y confirmaba que su madre había obtenido el estatuto de refugiada en Canadá unos meses antes.

El día 17 de octubre, tal y como estaba previsto, la menor fue reenviada por vía aérea a Kinshasa acompañada de una azafata de la compañía y de otros tres adultos congolese expulsados. A su llegada, nadie de su familia estaba allí para recibirla. Después de varias horas de espera en el aeropuerto (en concreto desde las 5 de la tarde hasta las 11 de la noche), una funcionaria del

gobierno congolés aceptó hacerse cargo de ella y alojarla. La repatriación no fue notificada a su madre que se enteró cuando ésta ya se había producido.

El 18 de octubre de 2002, la Embajada canadiense en Holanda informó a las autoridades belgas que la madre de T. era efectivamente refugiada y tenía por tanto derecho a la reagrupación familiar de la menor.

El día 23 de octubre de 2002, tras la intervención del Primer ministro belga y de su homólogo canadiense, T. viajó hacia París con todos los gastos pagados por Bélgica. El mismo día, desde París, partió hacia Canadá –acompañada por dos funcionarios belgas– donde por fin pudo reencontrar a su madre.

III. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES DEL TRIBUNAL

A) Respecto de las violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometidas a partir de la detención de la niña¹²

Según el Tribunal, para que se estime violación del artículo 3, un maltrato debe tener un mínimo de gravedad, lo cual depende del conjunto de circunstancias de la causa, de la naturaleza y contexto del tratamiento, de las modalidades de ejecución, de la duración así como, en ocasiones, del sexo, edad y estado de salud de la víctima¹³.

La menor, de corta edad, se encontraba ilegalmente en un país desconocido y separada de su familia. Por tanto, en situación de extrema vulnerabilidad. Con respecto a la protección absoluta que reconoce el artículo 3 del CEDH, conviene remarcar que *este elemento (de vulnerabilidad) es determinante y en todo caso prevalece sobre la situación de estancia ilegal de la niña*. La niña pertenece a una de las categorías de personas más vulnerables en una sociedad y corresponde por tanto al Estado belga protegerla a través de la adopción de medidas adecuadas a título de las obligaciones positivas que se desprenden del artículo 3 del Convenio¹⁴.

En todo caso, e independientemente de que existiera un vacío legal respecto a la situación de los menores extranjeros no acompañados, el Tribunal considera que las medidas tomadas por las autoridades belgas (detener a la menor en un centro destinado a personas adultas) no son en absoluto suficientes para garantizar la obligación positiva que impone el artículo 3. El Tribunal aprecia asimismo que la madre de la niña fue también víctima de los malos tratos inflingidos

(12) Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: artículo 3- Prohibición de la tortura: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

(13) Párrafo 48, p. 16.

(14) Párrafo 55, p. 18.

Comentario sobre la STEDH de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006

III

a su hija. En consecuencia, se estima que los actos denunciados constituyen una violación del artículo 3 del CEDH respecto de las dos demandantes, madre e hija¹⁵.

B) Respeto de las violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometidas a partir de la devolución de la niña

Según el Tribunal, las autoridades belgas no previeron una acogida ni una atención adecuada tras la devolución ni tuvieron en cuenta la situación real que habría de afrontar la niña a su llegada al país de origen¹⁶.

El Tribunal estima que la devolución de la niña en tales condiciones le causó necesariamente un sentimiento de extrema angustia y por tanto constituye una falta de humanidad flagrante contra su persona –teniendo en cuenta *su edad y su situación de menor no acompañada*– que determina en sí misma su calificación como tratamiento inhumano. Las autoridades belgas tampoco se molestaron en advertir a la madre de T. de la medida de devolución, por lo que no tuvo conocimiento de ésta hasta después de haberse producido, cuando intentó localizar a su hija en el centro de detención¹⁷.

Se estima por tanto que existe violación del artículo 3 del CEDH respecto de las dos demandantes¹⁸.

C) Respeto de las violaciones del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometidas a partir de la detención y de la devolución de la niña¹⁹

El Tribunal recuerda que para un padre o madre y su hijo o hija, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar. Un ataque al derecho de un individuo al respeto de su vida familiar y privada viola el artículo 8 cuando no está previsto por la ley, cuando no persigue un objetivo legítimo de los previstos en el párrafo segundo (ver nota de pie 18) y cuando no es necesario en una sociedad democrática en el sentido que sea desproporcionado a los objetivos perseguidos.

(15) Párrafos 56 a 63, pp. 18 a 20.

(16) Párrafo 68, p. 22.

(17) Párrafo 69 y 70, pp. 22 y 23.

(18) Párrafo 71, p. 23.

(19) CEDH- Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

La detención en los centros de retención de los extranjeros a la espera de su expulsión es solamente aceptable para permitir a los Estados combatir la inmigración clandestina siempre que se respeten sus compromisos internacionales tales como la propia CEDH y por supuesto la propia Convención de Derechos del Niño. Asimismo, la preocupación de los Estados por desbaratar los intentos de esquivar las restricciones a la inmigración *no debe privar a los extranjeros de la protección acordada por las convenciones internacionales y menos aún privar a un menor extranjero, por añadidura no acompañado, de la protección vinculada a su situación*. Es necesario por tanto conciliar la protección de los derechos fundamentales con los imperativos de la política migratoria de los Estados²⁰.

En este sentido la ausencia absoluta de riesgo de que la niña escapase al control de las autoridades provoca que su detención sea completamente innecesaria. Otras soluciones que parecían conforme al interés superior del niño eran posibles (como la acogida en un centro especializado o en una familia.) En definitiva, considerando que la demandante era una menor extranjera no acompañada, el Estado belga tenía como obligación facilitar la reunificación familiar²¹.

En cuanto a la devolución, es evidente que esta medida no favoreció precisamente la reunión entre madre e hija sin olvidar que las autoridades belgas no habían previsto que la menor fuese acogida a su retorno a Kinshasa.

Se considera por parte del Tribunal que se ha atacado de forma desproporcionada al derecho al respeto de las vidas familiares de las demandantes y se estima que ambas medidas –detención y devolución– implican violación del artículo 8 del CEDH²².

D) Respecto de la violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cometida a partir de la detención de la niña²³

El derecho a la libertad tiene como objetivo asegurar que nadie sea desprovisto de forma arbitraria de la misma. En este caso, la detención estaba motivada por el carácter ilegal de la estancia de la niña (ver la letra f del artículo 5.1 del CEDH en la nota 23.) Sin embargo, esta motivación

(20) Párrafo 81. Página 26. Se reproduce el original en francés dada la relevancia que representa el argumento aportado por el Tribunal: "Par ailleurs, le souci des États de déjouer les tentatives de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'elle ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la protection liée à son état. Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États".

(21) Párrafo 83-85, pp. 27 y 28.

(22) Párrafos 87 y 91, pp. 28 y 29.

(23) CEDH- Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición."

Comentario sobre la STEDH de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006

III

no implica necesariamente que la detención sea regular ya que debe existir un vínculo entre el motivo invocado para la detención y el lugar y régimen de la misma. Al haber sido la niña encerrada en un centro para adultos en las mismas condiciones que éstos, se considera que estas condiciones no estaban adaptadas a la situación de extrema vulnerabilidad propia de su estatuto de menor extranjera no acompañada²⁴.

Se estima entonces violación del artículo 5.1 del CEDH respecto de la menor demandante²⁵.

E) Respeto de las violaciones del artículo 5.4 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶

El examen de la violación del artículo 5.4 excluye el del 13 ya que el primero invoca el mismo derecho que el segundo pero planteando un caso particular que requiere condiciones más estrictas²⁷. Este artículo exige a los Estados aportar garantías de recurso para que un individuo pueda contestar la privación de libertad que ha sufrido. El Tribunal constata que en este caso la devolución de la niña fue programada por las autoridades belgas al día siguiente de la introducción por parte de su representante legal de un recurso para lograr su puesta en libertad. Existiendo posteriormente una decisión de Justicia declarando ilegal la detención de T., el Fiscal dejó deliberadamente pasar su propio plazo de recurso para que tal decisión no fuese firme y poder proceder a la devolución preprogramada.

Se considera por tanto que el recurso utilizado por la demandante fue dejado sin efecto por la actuación de las autoridades y por tanto que existe violación del artículo 5.4 del CEDH²⁸.

(24) Párrafos 95 a 104, especialmente 102 y 103, pp. 31 y 32.

(25) Párrafo 105, p. 32.

(26) CEDH artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad:

“4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.”

CEDH- Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

(27) Párrafo 110, p. 34.

(28) Párrafos 109 a 114, especialmente 113, pp. 35 y 36. Los párrafos 115-122, pp. 35-37, evalúan la aplicación del artículo 41 y el otorgamiento de una compensación económica a las víctimas. Por tanto, independientemente de la violación de los diferentes artículos de la Convención que hemos ido reseñando, el Tribunal condena finalmente al Estado belga a indemnizar a las víctimas con una suma de 35.000 euros + 14.036 de gastos.

IV. LA INCIDENCIA QUE HA TENIDO EL CASO TABITHA EN LA REGLAMENTACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN BÉLGICA

El caso de Tabitha supuso un punto de inflexión en el tratamiento de los menores no acompañados en Bélgica. Como lo recalca la sentencia en dos ocasiones, en el periodo en que se produjeron los hechos (entre agosto y octubre de 2002) existía un vacío jurídico importante en cuanto a la regulación de la acogida y protección de las personas menores de edad que llegaban solas al territorio. En aquella época, una gran parte optaba por una solicitud de asilo –o al menos esto podemos deducir de las cifras de solicitudes realizadas por menores extranjeros no acompañados–²⁹. El resto eran considerados como extranjeros en situación irregular a los que en principio no se aplicaba el derecho común de protección de la infancia³⁰.

Poco después del caso Tabitha y en una fecha reveladora de la urgencia existente, el 24 de diciembre de 2002 fue aprobada una Ley regulando concretamente la tutela y el acceso de los menores extranjeros no acompañados a un *sistema de protección específico*³¹. Esta ley garantiza el rápido nombramiento de un tutor que represente y apoye los intereses del menor no acompañado una vez que se le haya identificado como tal. Posteriormente, una Circular de septiembre de 2005 ha abierto también diversas posibilidades de regularizar la situación administrativa de los menores no acompañados presentes en Bélgica³².

Aunque en menor medida, la *detención* de menores de edad, principalmente los localizados en frontera que solicitan asilo durante la fase de admisión a trámite de su solicitud, sigue produciéndose³³. En contraposición, existe actualmente un proyecto de ley que pretende poner fin a tales detenciones planteando la puesta en marcha de un dispositivo de acogida para todos aquellos menores no acompañados que se presenten en frontera sea cual sea su estatuto administrativo³⁴. Por su parte, la *repatriación forzosa* sigue siendo posible, correspondiendo la decisión a la Oficina de extranjeros. Aunque también es cierto que se encomienda a los tutores a que realicen las gestiones tendentes a la localización de la familia y se les invita a que presen-

(29) Según DEFRANCE, F. & MESSIAEN L. (2003): “Les mineurs étrangers non accompagnés en Belgique: Aperçu de la situation actuelle et présentation des bonnes pratiques d’accueil et d’aide”. Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, p. 10, el menor no acompañado no tiene otra alternativa para poder quedarse en el territorio belga que formular una solicitud de asilo.

(30) Destacar a este respecto en el párrafo 56 del fallo: “La Cour constate qu’à l’époque, alors que les mineurs relevaient en droit commun du juge de la jeunesse dans une optique de protection, un vide juridique caractérisait la situation des mineurs étrangers non accompagnés”.

(31) Loi-programme du 24 décembre 2002. Chapitre 6: Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés. Esta Ley no entró en vigor hasta el mes de mayo del año 2004. Subrayamos que con “específico” hacemos referencia a un sistema que no es el de derecho común previsto para el resto de menores en riesgo.

(32) Circular de 15 de septiembre de 2005 del Service public fédéral intérieur: Circulaire relative au séjour des mineurs étrangers non accompagnés.

(33) Entre los meses de marzo y septiembre de 2006, 15 menores permanecieron detenidos en el Centro 127 durante una media de tres semanas. Ver (2006). “Lettre d’information n.º 6”, Plate-forme “Mineurs en Exil”, septiembre de 2006.

(34) Ibidem.

Comentario sobre la STEDH de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006

III

ten la propuesta de solución que consideran que mejor corresponde a la situación y al interés superior del menor no acompañado que se encuentra bajo su protección.

Podemos considerar en definitiva que, a pesar de que siguen existiendo algunos aspectos oscuros, el tratamiento de los menores no acompañados en Bélgica ha mejorado significativamente en los últimos años. Diversas fuentes consultadas coinciden en que tal mejora puede vincularse a la mediatización y consiguiente escándalo que implicó el caso de Tabitha. Lamentablemente, y como ocurre en tantos otros ámbitos de la vida, a veces parecería que hay que esperar a que acontezca un escándalo o un sonoro incidente para que se proceda a actuar de forma coherente.

V. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LOS ASPECTOS MÁS SIGNIFICATIVOS QUE CONTEMPLA ESTA SENTENCIA CON RELACIÓN AL TRATAMIENTO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EUROPA

De los diferentes aspectos que aporta la argumentación jurídica de esta sentencia queremos resaltar principalmente dos:

– Primero, el Tribunal deja muy claro que el hecho de que una persona se encuentre en una *situación de extrema vulnerabilidad prevalece sobre la eventual situación de irregularidad administrativa* en tanto que extranjera a la hora de determinar las acciones y medidas que el Estado responsable debe adoptar.

El argumento asocia tres elementos a la situación de vulnerabilidad: la corta edad, el propio hecho de encontrarse en situación de ilegalidad y, por último, la circunstancia de encontrarse no acompañado. En el caso que nos ocupa, la edad de 5 años de Tabitha prescribe necesariamente una situación de vulnerabilidad absoluta. Cabe preguntarse si la apreciación del Tribunal en cuanto a este elemento hubiera sido la misma en el caso de que se tratase de una persona de 16 o 17 años, cercana por tanto a la mayoría de edad. Resulta por tanto concluyente conocer si la situación de extrema vulnerabilidad que los Estados deben tener en cuenta y considerar en sus actuaciones está vinculada al concepto de minoría de edad en sentido amplio o si bien pueden apreciarse diferentes grados en función del hecho de que las personas se encuentren cercanas a la condición de adultos. Podemos imaginar también que el Tribunal ha querido asociar los tres elementos y que la vulnerabilidad viene determinada por la estimación conjunta de la minoría de edad, la situación de abandono y la ilegalidad en el ámbito administrativo. Creemos que el siguiente aspecto que vamos a examinar puede aportarnos alguna claridad a este respecto.

– En segundo lugar, la sentencia remarca que el creciente celo de los Estados en *controlar los flujos migratorios no puede desembocar en el incumplimiento de los instrumentos de derechos humanos* que se han comprometido a respetar.

En el caso específico de los *menores no acompañados* ha de garantizarse en todo caso la protección vinculada a su situación (y entendemos por tanto que esta argumentación reforzaría la hipótesis de que de la propia condición de menor no acompañado resulta una situación de

vulnerabilidad merecedora de protección). Hay que conciliar por tanto la protección de los derechos humanos con las necesidades de las políticas de inmigración y, aunque esto nos parezca muy difícil, sí podemos interpretar que la tesis del Tribunal es que debe predominar en todo caso el aspecto protector vinculado a la minoridad sobre el carácter represivo ligado a la condición de extranjero.

La apreciación de esta Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo resulta contradictoria con la realidad actual en Europa. Como decíamos en la parte introductoria, la mayoría de los Estados –si no son todos– procuran hacer prevalecer la condición de extranjero irregular sobre la de menor desprotegido a la hora de afrontar el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados presentes en sus territorios. En algunos países, como España, las autoridades han venido repatriando menores de forma considerada arbitraria e ilegal tanto por la doctrina como por diferentes instituciones privadas e internacionales y actualmente por los Tribunales pero, lo que es peor, tales medidas se han ejecutado invocando en cada caso el principio de interés superior del niño. Italia ha seguido durante unos años una estrategia similar de instrumentalización de las disposiciones internacionales para limitar los flujos de menores. Otros países, como Alemania y el Reino Unido han establecido reservas explícitas para no aplicar la Convención de Nueva York a los menores extranjeros. Por su parte, Francia protege a los menores en el interior del territorio pero intenta por todos los medios (incluida la detención y devolución inmediata) impedir su entrada.

Confiamos que, al igual que la mediatización y consecuente escándalo que implicó el caso de Tabitha sirvieron para mejorar el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Bélgica, la reciente sentencia provoque una progresiva consolidación jurisprudencial de la superior jerarquía de las normas internacionales de protección de la infancia frente a las nacionales de control de la migración clandestina y, en un segundo momento, suponga la elaboración de políticas nacionales o supranacionales más coherentes y justas para regular la migración de personas menores de edad no acompañadas.

MARGARITA PALOS NADAL

Abogada, del Ilustre Colegio
de Abogados de les Illes Balears
(margaritapalos@icaib.org)

IV

La extinción de las tarjetas de familiar de residente comunitario a nacionales de terceros países en virtud de separación de derecho o divorcio. Principales consecuencias jurídicas

SUMARIO

I. Introducción.

II. Cuestión que se plantea. A) Supuestos de extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario. B) Supuestos de no extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

III. Consecuencias de la extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

IV. La vigencia y adecuación de la documentación es responsabilidad única y exclusivamente del extranjero.

V. Trámites administrativos a realizar con posterioridad a la separación judicial o al divorcio y recursos a interponer en su caso por el extranjero afectado.

VI. Propuestas.

I. INTRODUCCIÓN

La transversalidad del llamado Derecho de Extranjería alcanza a todos los ámbitos del Derecho, entre ellos al Derecho de Familia y al Derecho de Nacionalidad.

De todos es sabido que en nuestro derecho interno, con carácter general existen dos regímenes que afectan a los extranjeros residentes en España:

- a) El régimen general
- b) El régimen comunitario¹.

(1) Derecho interno y comunitario.

El ámbito de aplicación, de cada uno de ellos, viene determinado por su legislación específica. El régimen general por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, Ley orgánica 11/2003 y Ley Orgánica 14/2003 (y su reglamento de desarrollo RD 2393/2004²) que en su artículo 1.º delimita su ámbito de aplicación. El régimen comunitario por el RD 178/2003³, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que en su artículo 1.º y 2.º se refiere al objeto y ámbito de aplicación del mismo:

“Artículo 1. Objeto.- El presente Real Decreto regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo....

Artículo 2. Ámbito de aplicación.- El presente Real Decreto se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo: a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges.”

En virtud del RD 178/2003 los extranjeros nacionales de terceros países cónyuges de españoles o de residentes comunitarios son documentados en España obteniendo una *tarjeta de familiar de residente comunitario*⁴, conforme a lo previsto en el artículo 3.3 del RD 178/2003, “su vigencia

(2) 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). Algunos de sus preceptos se hayan recurridos ante el TS por la entidad SOS RACISMO de la Comunidad Autónoma de Valencia.

(3) Vid. Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León, “Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y necesaria reforma”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, n.º 3, julio 2003, pp. 29-59. El mencionado RD ha sido modificado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 que eliminó del párrafo 1.º del artículo 2.º, relativo al ámbito de aplicación el inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”, (BOE de 23 de agosto de 2004) y por Sentencia de 9 de febrero de 2005, de la Sala Tercera del TS, por la que se anula el inciso “o de denegación de tarjetas” del apartado 2 del artículo 18 (BOE 3 de junio de 2005). El RD 178/2003 es previsible que se modifique en breve, nos constan trabajos preparatorios para dicha modificación, por así exigirlo la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación de nacionales de la Unión Europea (Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea”, *V Curso de iniciación a la Práctica de Derecho de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, mayo 2006, pp. 703-853; “La transposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, Barcelona, *Documentos CIDOB, Serie Migraciones*, n.º 8, marzo 2006, 122 pp. http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/la_transposicion_de_directivas_de_la_ue_sobre_inmigracion).

(4) Artículo 8 del RD 178/2003. “3. Los familiares contemplados en el artículo 2, de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que posean la nacionalidad de un tercer estado, serán documentados con una tarjeta de residencia cuya vigencia estará vinculada a la residencia de la persona de la que dependan, sin perjuicio del derecho a residir con carácter permanente. 4. Los familiares de españoles

La extinción de las tarjetas de familiar de residente por separación o divorcio

IV

y renovación están condicionadas al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención, debiendo, en su caso los interesados comunicar el cambio de circunstancias a las autoridades competentes”, según dispone el artículo 9 del RD 178/2003. La disposición final segunda del RD establece que es además de aplicación la Ley Orgánica 4/2000 en los supuestos en que no concurren los requisitos del mismo.

II. CUESTIÓN QUE SE PLANTEA

A) Supuestos de extinción de tarjeta de familiar de residente comunitario⁵

Nos encontramos con demasiada frecuencia en nuestra práctica profesional con supuestos de extinción de tarjetas de familiar de residente comunitario por separación matrimonial de derecho⁶ o por divorcio⁷, que afecta a los ex cónyuges de nacionales españoles o de ciudadanos comunitarios que en virtud del vínculo matrimonial contraído en su día se vieron beneficiados por la adquisición de la condición de familiar de residente comunitario. Para evitar que esta situación se produzca, cuando el cónyuge de español o de ciudadano comunitario se separa judicialmente o divorcia, debe poner inmediatamente este hecho en conocimiento de la Admi-

que sean nacionales de terceros estados serán documentados con una tarjeta de residencia con cinco años de vigencia, sin perjuicio del derecho a residir con carácter permanente”.

(5) Fundamentación legal de la extinción en la legislación de extranjería: Disposición final segunda del RD 178/2003, normativa subsidiaria y supletoria del RD 178/2003 es la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento cuando no se acrediten los requisitos previstos en el mismo, en relación con el artículo 75.c) del RD 2393/2004. Además el ámbito del RD 2393/2004, según lo dispuesto en su artículo 52, constituye infracción leve: La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.

(6) La separación de hecho no afecta a la condición de familiar de residente comunitario del nacional de tercer país por aplicación de la Sentencia del TS de 10 de junio de 2004, vid., nota 3.

(7) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005) y Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Sólo la sentencia de divorcio produce la disolución del matrimonio, por lo que después de la separación de hecho el “cónyuge” continúa siéndolo (cabe reconciliación conforme al Civil) de ahí que algún sector doctrinal defiende que sólo el divorcio implica la pérdida del estatus de familiar de residente comunitario, lo cual compartimos especialmente al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. “Desde luego desde la perspectiva comunitaria el cónyuge es cónyuge hasta que se disuelva el matrimonio” (Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (A propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)”, A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ: *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41; id.: “Régimen aplicable a los extranjeros comunitarios y asimilados”, M.ª A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, (coord): *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 105-157; id.: “La reagrupación familiar como vehículo de integración”, E. ÁLVAREZ CONDE, y E. PÉREZ MARTÍN, (dirs.): *Estudios sobre Derecho de extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 211-248).

nistración y más concretamente de la oficina de extranjeros (en las Comunidades Autónomas uniprovinciales) o subdelegación del gobierno en su caso (en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales) al objeto de solicitar el cambio de su régimen de extranjería. Dicho cambio se concreta en la solicitud de una autorización de residencia o de trabajo y residencia al amparo del RD 2393/2004, con la presentación de la documentación que por la Administración General del Estado se requiera. El plazo para realizar este cambio es de tres meses contados a partir del día siguiente de la fecha de la separación judicial o del divorcio. De no ser así se extingue la tarjeta concedida al amparo de lo dispuesto en el RD 178/2003 (salvo que el sujeto esté incurso en causa de no extinción) y el extranjero queda irregular en territorio español. Por nuestra parte entendemos que sólo el divorcio extingue el vínculo matrimonial y que por tanto los beneficios del régimen comunitario se extienden a pesar de la separación de derecho.

B) Supuestos de no extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario

Encontramos los siguientes supuestos de no extinción de las tarjetas de familiar de residente comunitario:

a) Los ascendientes de menores españoles a su cargo. Este supuesto ya ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de septiembre de 2006, en un supuesto de denegación de nacionalidad española, declarando que conserva la tarjeta de residente comunitario la madre extranjera de una niña española al tiempo de su separación por estar la menor a su cargo (v. nota 13). La sentencia del Supremo es acorde, como ahora veremos, con la Directiva 2004/38/CE, en base a la cual también conservan el régimen comunitario los ascendientes que tengan atribuida la custodia de menores comunitarios o españoles a cargo. En este supuesto en ningún caso la Administración debiera permitir la irregularidad de los ascendientes de españoles en territorio español por razones obvias. No tiene sentido que nuestro ordenamiento jurídico conceda la nacionalidad a menores nacidos en España y mantenga en la irregularidad a quienes ostentan la patria potestad sobre los mismos.

b) La Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo. DOUE de 29 de abril de 2004.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias⁸, de 21 de diciembre de 2005, ya adelantó que la Directiva era más garantista para el cónyuge de español o nacional de tercer país que el RD 178/2003:

“Como es sabido la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004*, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que deberá trasponerse a los derechos internos antes del 30 de abril del 2006, va mucho más lejos en el reconocimiento de los derechos del cónyuge no nacional de un Estado miembro a residir en el Estado donde tenga su residencia el

(8) Id Cendoj: 38038330022005100627 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso Sede: Santa Cruz de Tenerife Sección: 2 n.º de Recurso: 602/2004, n.º de Resolución: 396/2005, Procedimiento: Procedimiento ordinario Ponente: Luis Helmuth Moya Meyer.

La extinción de las tarjetas de familiar de residente por separación o divorcio

IV

otro, ya que regula el derecho de residencia incluso en los supuestos de ruptura del vínculo familiar siempre que concurren determinados requisitos.”

La Directiva, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros se refiere en su artículo 13.2 a los supuestos en los que se mantiene el derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada. Véase que la Directiva ni menciona el supuesto de separación de derecho. La separación de derecho que no determina un cambio de estado civil (soltero, casado, divorciado y viudo) aparece en el derecho español discutida al objeto de determinar o no la extinción de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

Los supuestos a los que se refiere el artículo 13, son los siguientes:

- “a) cuando el matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida, o
- b) cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, o
- c) cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de *violencia doméstica*⁹ durante el matrimonio o la unión registrada,
- d) cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o las parejas mencionadas en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario.”

III. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN DE LA TARJETA DE FAMILIAR DE RESIDENTE COMUNITARIO

Con carácter general los años anteriores a la resolución judicial firme de separación de derecho o de divorcio no computan a efectos de “residencia legal” porque se ven interrumpidos por la sentencia firme que determina el “cambio de circunstancias” (según establece el RD 178/2003 o el “cambio de estado civil”, según lo dispuesto en el RD 2393/2004. Podemos encontrarnos en los siguientes supuestos:

(9) Sobre la situación de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género se realizan interesantes reflexiones críticas sobre la Instrucción 14/2005 (vid. Margarita I. RAMOS QUINTANA: “Mujeres inmigrantes: La doble discriminación”, *Lex Nova, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 12; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Mujer y además migrante: ¿impacto de género en la legislación española de extranjería?”, *La integración social de las mujeres inmigrantes. Análisis de la doble discriminación (Jornada celebrada en Burgos, 13 de octubre de 2005)*, Valladolid, Secretaría para la igualdad UGT Castilla y León, 2006, pp. 47-108.

a) Que el extranjero ignore tal circunstancia, de buena fe en la mayoría de los casos¹⁰ y no se percate de dicha situación continuando en el goce pacífico de su tarjeta de residencia de familiar comunitario hasta que la misma caduque. Su estatus jurídico ha cambiado pero administrativamente sigue gozando de los derechos de su situación privilegiada como cónyuge de español o de comunitario puesto que no ha realizado ningún trámite administrativo ante la Administración General del Estado competente. Será en el momento de la renovación¹¹ de la documentación de familiar de comunitario cuando se le indicará por la Administración la imposibilidad de renovarla y la necesidad de modificar su régimen de extranjería, advirtiéndole de que la tarjeta se extinguió a la fecha de su separación de derecho o divorcio.

b) Solicitud de nacionalidad española. Al solicitar la nacionalidad española (por ejemplo, si hubiera sido cónyuge de español¹²), en el acto de iniciación del expediente de nacionalidad le informarán de que de no mantenerse el vínculo matrimonial su documentación como familiar de residente comunitario está extinguida y que debe de cambiarla. Lo mismo sucederá en el trámite de audiencia ante la Jefatura Superior de Policía, que tiene lugar con posterioridad a la iniciación del expediente de nacionalidad, si la separación de derecho o el divorcio fueron posteriores al momento de solicitud de la nacionalidad española.

c) Denegación de la petición de nacionalidad. Con independencia de la irregularidad sobrevenida se produce un efecto jurídico de importancia que tendrá consecuencias en la *adquisición de nacionalidad* futura para el sujeto en cuestión, tal como hemos avanzado, pues se interrumpe la residencia legal y continuada al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 del Civil¹³: Denega-

(10) Vid. Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia (BOE de 17 de febrero de 2006).

(11) La denegación de la tarjeta de residente comunitario o de familiar de residente comunitario, conforme a lo previsto en el artículo 17 del RD 178/2003 requiere previo informe de la Abogacía del Estado.

(12) Artículo 22.2 del Código Civil, es suficiente un año de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad para los cónyuges de españoles (vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *La nacionalidad española (Análisis de la normativa vigente)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Subdirección Publicaciones, 2003).

(13) Sobre la extensión y mantenimiento del régimen comunitario véanse respectivamente, Cendoj: 48020330032006100161, órgano Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso Sede: Bilbao Sección: 3, n.º de Recurso: 607/2000, n.º de Resolución: 184/2006 Procedimiento: contencioso – apelación, Ponente: Juan Luis Ibarra Robles y Cendoj: 28079130062006100316 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 6 n.º de Recurso: 7201/2001, n.º de Resolución: Procedimiento: contencioso, Ponente: Enrique Lecumberri Marti, Tipo de Resolución: Sentencia 7/09/2006, Resumen: Extranjeros. Denegación de concesión de nacionalidad, conserva la tarjeta de residente comunitario la extranjera madre de una niña española al tiempo de su separación, por estar la menor a su cargo.

Aunque no es objeto de este trabajo es importante señalar la incidencia de esta última sentencia en cuanto a los ascendientes de españoles irregulares en territorio nacional (aparentemente desaparecieron del D.º español al suprimir las “exenciones de visado “en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a efecto por la Ley Orgánica 14/2003), por cuanto abre la posibilidad junto con alguna jurisprudencia de considerar su residencia en territorio español al amparo del Derecho Comunitario (Vid. Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Derecho a residir en España de los ascendiente de nacionales: de la flexibilidad de la Jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, *Revista de Derecho migratorio y Extranjería* n.º 9, Editorial Lex Nova, julio 2005; id.: *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en España en territorio español durante el período 1996 – 2002*, web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Observatorio Permanente de

La extinción de las tarjetas de familiar de residente por separación o divorcio

IV

ción de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, al considerar la Dirección General de los Registros y del Notariado la interrupción de la residencia conforme a los requisitos establecidos en el Código Civil¹⁴.

d) Del mismo modo esta cuestión adquiere especial relevancia a la vista de la Directiva 2003/109/CE del Consejo¹⁵ (no transpuesta por España) relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, que exige el plazo de residencia de cinco años ininterrumpida para acceder a la tarjeta de residencia CE.

IV. LA VIGENCIA Y ADECUACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN ES RESPONSABILIDAD ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE DEL EXTRANJERO¹⁶

Para que la situación que describimos no se produzca conviene recordar a todos los Letrados, especialmente a los especialistas en Derecho de Familia y los Turnos de Oficio correspondientes la necesidad de sugerir a sus clientes el cambio de régimen que se producirá, o no, dependiendo de cada supuesto, tras la separación judicial o el divorcio. La responsabilidad de la documentación que concreta el régimen jurídico de los extranjeros en territorio español es única y exclusivamente de éstos y por tanto la vigencia y actualización de la misma no trasciende de su ámbito personal y en consecuencia el Letrado que intervenga en un procedimiento de familia no tiene responsabilidad ninguna sobre este extremo, salvo que evidentemente la asuma. Podemos evitar entre todos estos supuestos con el objetivo de colaborar a que los extranjeros residentes en España no pierdan derechos adquiridos por propio desconocimiento. Aunque insistimos, no

la Inmigración (http://extranjeros.mtas.es/es/general/Nacionalidad_hijos_inmigrantes.html); Elena ARCE JIMÉNEZ: “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería (Libertad de circulación y de residencia en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 12, Editorial Lex Nova. Margarita PALOS NADAL: “Niños españoles, papás sin papeles”, *Baleares sin fronteras*, 2006.

(14) Aunque el certificado de nacionalidad (documento requerido en las solicitudes de nacionalidad española) expedido por el Ministerio del Interior no refleje dicha interrupción, lo que sucederá si el extranjero no ha comunicado su cambio de estado civil y modificado su documentación, lo cual puede dar lugar a equívocos.

(15) Directiva 2003/109/CE (Diario Oficial de la Unión Europea n.º L016 de 23/01/2004, pp. 044-0053). Establece un nuevo estatus jurídico para los residentes nacionales de terceros países en la Unión Europea cuyo contenido se concreta en el permiso de residente de larga duración-CE y exige en su artículo 4 el requisito de residencia “legal e ininterrumpida durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente” en su artículo 5 lo sujeta a las siguientes condiciones: Recursos fijos y regulares para el solicitante y sus familiares, seguro de enfermedad, la posibilidad de exigir por los estados la integración del sujeto en el marco de la legislación nacional. España no ha incorporado la Directiva incumpliendo el artículo 26 de la misma “Los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más a tardar el 23 de enero de 2006. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión”. España no ha transpuesto la Directiva, jurídicamente es posible solicitar dicho estatus jurídico para los nacionales de terceros países, es evidente que tendrán que ser los Tribunales los que se pronuncien sobre el supuesto en el caso de exigir la aplicación de la Directiva de considerarse que es una norma comunitaria de efecto directo.

(16) Artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000 “Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación”.

es responsabilidad de los Letrados, sí podemos colaborar a erradicar estas situaciones o que disminuya la incidencia de las mismas.

V. TRÁMITES ADMINISTRATIVOS A REALIZAR CON POSTERIORIDAD A LA SEPARACIÓN JUDICIAL O AL DIVORCIO Y RECURSOS A INTERPONER EN SU CASO POR EL EXTRANJERO AFECTADO

a) Conforme a las Instrucciones de la Administración, deberán comunicar a la Oficina de Extranjeros en el plazo de un mes posterior a la sentencia de separación judicial o divorcio el cambio de estado civil y en los dos meses posteriores realizarán el cambio de régimen comunitario a régimen general.

b) En el plazo de tres meses como máximo desde la fecha de la separación judicial o divorcio, si no se efectuó la comunicación, o en el plazo de dos meses, si se realizó la misma, se realizará la solicitud de documentación al amparo de lo establecido en el RD 2393/2004, lo que se conoce como cambio de régimen comunitario a régimen general.

c) Los extranjeros que se hallen en supuestos de extinción procederán a regular su situación jurídica en España al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.2.b)¹⁷ del RD 2393/2004 que regula la autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales, el denominado “procedimiento de arraigo”, lo que implica iniciar de nuevo el cómputo de la residencia en territorio español a todos los efectos, convirtiendo el tiempo de residencia legal anterior en inexistente para una posterior solicitud de nacionalidad española o para una solicitud de residente de larga duración CE conforme a la Directiva 2003/109/CE¹⁸.

d) De solicitarse la renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario o el cambio de régimen y no considerar ajustada la resolución de inadmisión a trámite o de denegación en su caso de la renovación o del cambio de régimen solicitado queda expedita la vía de recursos

(17) Artículo 45.2.b) del RD 2393/2004: Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos (...) b) A los extranjeros que acrediten una permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual”. Dicho precepto se ha convertido en un auténtico corrector de todos los supuestos de irregularidad, inicial y sobrevenida, reconduciéndose a través del mismo todos los casos de irregularidad en territorio español.

(18) En la mayoría de las ocasiones se accede a la Administración por el procedimiento de “cita previa” (cinco meses de media en la Delegación del Gobierno de Baleares –Mallorca– para la solicitud de autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales) que perjudica enormemente la posición jurídica de los extranjeros afectados por los supuestos de extinción y que no obtienen una solución inmediata por la Oficina de Extranjeros o Subdelegación del Gobierno en su caso. El procedimiento administrativo en estos supuestos no se utiliza con carácter integrador, todo lo contrario, la rigidez administrativa y la dificultad de acceso a la Administración (cita previa) perpetúa aquellas situaciones de irregularidad sobrevenida que con una adecuada actuación administrativa de oficio se erradicarían en gran medida.

La extinción de las tarjetas de familiar de residente por separación o divorcio

IV

administrativos –conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común– y judiciales en su caso.

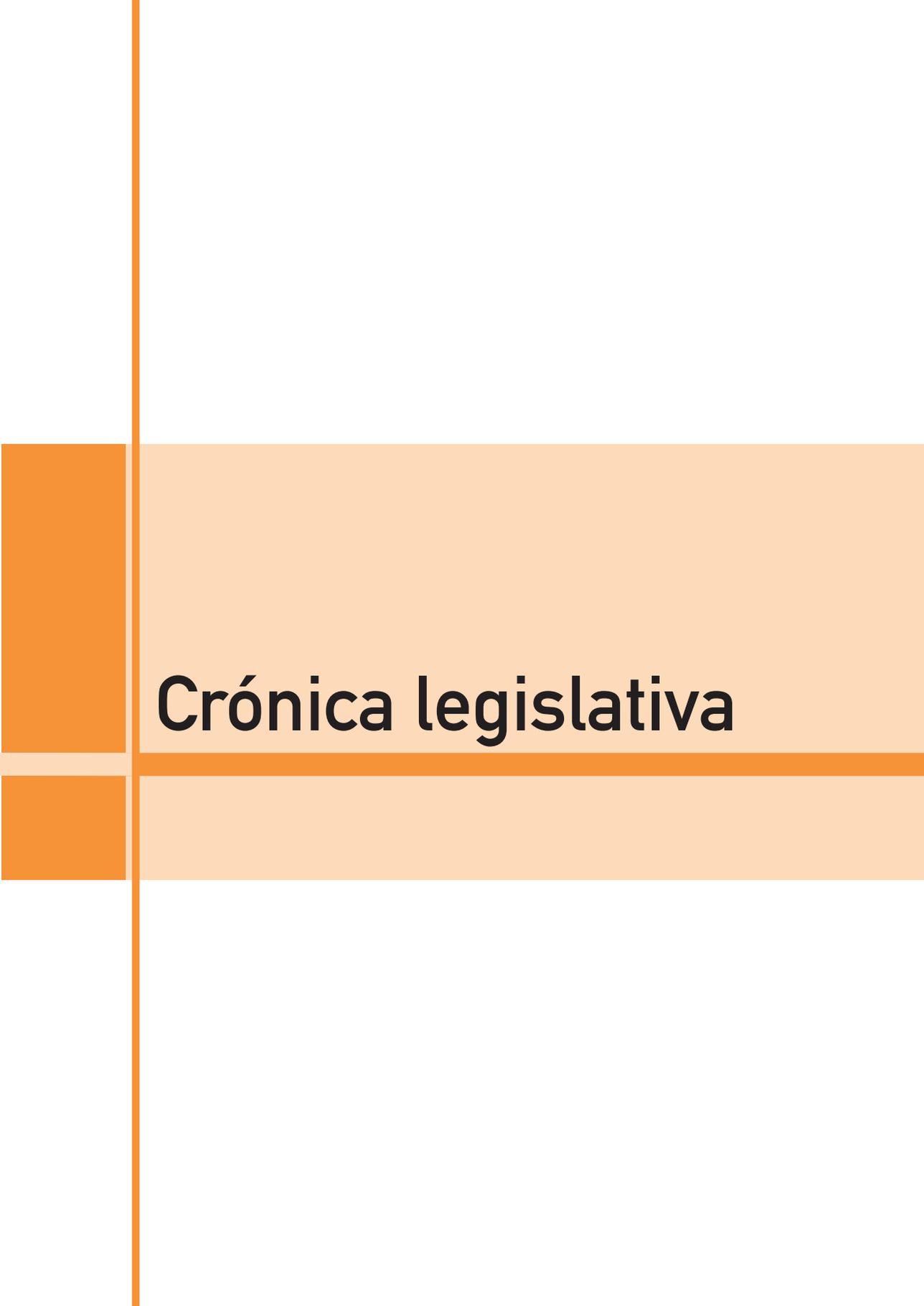
VI. PROPUESTAS

El presente trabajo se enmarca en la localización de aquellas situaciones en que los extranjeros devienen irregulares en territorio español desde una situación previa de regularidad, sus motivos, posibles soluciones y mecanismos para evitarlos. En consideración a todo lo expuesto se propone:

– Publicitar esta cuestión a los Letrados por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía española, especialmente a los Turnos de Oficio afectados, extranjería y familia.

– Proponer al Consejo General del Poder Judicial la inclusión en las sentencias de separación judicial y divorcio una “advertencia” máxime cuando la extranjería es competencia del Estado, sugiriéndose el siguiente texto: “En el supuesto de ser alguno de los cónyuges nacional de tercer país esta sentencia puede afectar a su situación jurídica en territorio español”.

– Comunicar a la Secretaría de Estado de Inmigración la necesidad de incluir una advertencia en los idiomas más utilizados en las Resoluciones de concesión de tarjeta de familiar de residente comunitario, considerando que la actual referencia en las resoluciones administrativas es insuficiente y nula en la tarjeta de residencia a pesar de la referencia que se realiza “dependiente de” o “familiar”. El extranjero no queda notificado con la suficiente claridad de la extinción de la tarjeta de residente comunitario en los supuestos mencionados con arreglo a las exigencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del RJAP y del PAC.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text 'Crónica legislativa' is centered within the lighter orange band.

Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Real Decreto 866/2006, de 14 de julio, por el que se crea la Misión Diplomática Permanente de España en la Antigua República Yugoslava de Macedonia (BOE n.º 185, de 4 de agosto de 2006).
- Orden AEC/2692/2006, de 18 de julio, por la que se crea el Centro Cultural de la Agencia Española de Cooperación Internacional de Brasilia en la Misión Diplomática Permanente de España en la República Federal de Brasil (BOE n.º 200, de 22 de agosto de 2006).
- Orden AEC/2693/2006, de 18 de julio, 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 la República de Mali (BOE n.º 200, de 22 de agosto de 2006).
- Orden AEC/2694/2006, de 18 de julio, por la que se crea la Oficina Técnica de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional en la República Democrática de Timor Oriental (BOE n.º 200, de 22 de agosto de 2006).
- Orden PRE/3108/2006, de 10 de octubre, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación (BOE n.º 243, de 11 de octubre de 2006).
- Sentencia de 26 de septiembre de 2006, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se fija la siguiente doctrina legal: “Sin perjuicio de las facilidades que han de otorgárseles, derivadas de lo dispuesto en el artículo 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, firmado el 23 de julio de 1992, los na-

Crónica legislativa

cionales de Uruguay, ni quedan equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen jurídico que regula los derechos de residencia y trabajo en España, ni dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en sus normas reglamentarias de desarrollo, siéndoles de aplicación, por ende, la norma contenida en el artículo 38.1 de dicha Ley, según la cual: para concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo” (BOE n.º 271, de 13 de noviembre de 2006).

- Orden PRE/3483/2006, de 13 de noviembre, por la que se crean los centros de internamiento de extranjeros de Santa Cruz de Tenerife, Algeciras y Fuerteventura (BOE n.º 273, de 15 de noviembre de 2006).
- Real Decreto 1300/2006, de 10 de noviembre, sobre organización y funciones de las Consejerías de Interior en las Misiones Diplomáticas de España (BOE n.º 280, de 23 de noviembre de 2006).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Instrumento de ratificación del Convenio complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile de 28 de enero de 1997, hecho en Valencia el 14 de mayo de 2002 (BOE n.º 177, de 26 de julio de 2006).
- Instrumento de Aceptación de España de los Instrumentos de Enmienda a la Constitución y al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra 1992), hecho en Marrakech (BOE n.º 183, de 2 de agosto de 2006).
- Convenio básico de cooperación entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Madrid el 8 de octubre de 2001 (BOE n.º 236, de 3 de octubre de 2006).
- Canje de Cartas, de 26 de octubre de 2004, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (BOE n.º 237, de 4 de octubre de 2006; corrección de errores BOE de 11 de octubre).
- Entrada en vigor del Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (BOE n.º 279, de 22 de noviembre de 2006).
- Entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana, sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (BOE n.º 279, de 22 de noviembre de 2006).

Crónica legislativa

- Acuerdo entre el Gobierno Español y el Gobierno Macedonio relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho *ad referendum* en Skopje el 6 de febrero de 2006 (BOE n.º 280, de 23 de noviembre de 2006).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Resolución de 24 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica, sobre la declaración de Italia al Convenio Europeo de Extradición (Número 24 del Consejo de Europa) hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (publicado en el Boletín Oficial del Estado n.º 136, de 8 de junio de 1982) (BOE n.º 184, de 3 de agosto de 2006).
- Acuerdo entre Rumania y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid el 15 de diciembre de 2005 (BOE n.º 195, de 16 de agosto de 2006).
- Decisión del Consejo de 18 de julio de 2006 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 215, de 5 de agosto de 2006).
- Decisión n.º 204 de 6 de octubre de 2005 relativa a los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y (CEE) n.º 574/72 del Consejo (serie E 200) (DOUE L 254, de 16 de septiembre de 2006).
- Decisión 2006/631/JAI del Consejo de 24 de julio de 2006 por la que se fija la fecha de aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2005/211/JAI, relativa a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo (DOUE L 256, de 20 de septiembre de 2006).
- Decisión del Consejo de 24 de julio de 2006 por la que se fija la fecha de aplicación del artículo 1, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) n.º 871/2004, relativo a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo (DOUE L 256, de 20 de septiembre de 2006).
- Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2006 por la que se establecen las especificaciones técnicas de las normas sobre los identificadores biométricos en relación con el Sistema de Información de Visados (DOUE L 267, de 27 de septiembre de 2006).
- Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 relativa a la modificación del inventario A del anexo 2 de la Instrucción Consular Común en lo que respecta a la exigencia de visado para los titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio indonesios (DOUE L 280, de 12 de octubre de 2006).

Crónica legislativa

- Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 relativa al establecimiento de un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración (DOUE L 283, de 14 de octubre de 2006).
- Decisión 2006/719/CE del Consejo, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DOUE L 297, de 26 de octubre de 2006).
- Decisión del Consejo, de 29 de abril, relativa a la firma y la aplicación de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajstán, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (DOUE L 303, de 1 de noviembre de 2006).
- Decisión del Consejo y de la Comisión, de 25 de septiembre de 2006, relativa a la celebración del Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajstán, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (DOUE L 303, de 1 de noviembre de 2006).
- Decisión del Consejo, de 29 de abril, relativa a la firma y la aplicación de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kirguistán, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (DOUE L 303, de 1 de noviembre de 2006).
- Decisión del Consejo y de la Comisión, de 25 de septiembre de 2006, relativa a la celebración del Protocolo al Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kirguistán, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (DOUE L 303, de 1 de noviembre de 2006).
- Decisión de la Comisión de 3 de noviembre de 2006 por la que se determinan las localizaciones del Sistema de Información de Visados durante la fase de desarrollo (DOUE L 305, de 4 de noviembre de 2006).

Crónica legislativa

- Aplicación provisional del Convenio de extradición entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006 (BOE n.º 267, de 6 de noviembre de 2006).
- Aplicación provisional del Convenio de extradición entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la asistencia a personas detenidas y al traslado de personas condenadas, hecho el 12 de septiembre de 2006 (BOE n.º 267, de 6 de noviembre de 2006).
- Aplicación provisional del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006 (BOE n.º 267, de 6 de noviembre de 2006).
- Aplicación provisional del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006 (BOE n.º 267, de 6 de noviembre de 2006).
- Posición Común 2006/755/PESC del Consejo de 7 de noviembre de 2006, relativa a la acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos (DOUE L 308, de 8 de noviembre de 2006).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Medidas para ayudar a Mauritania en flujo de inmigrantes ilegales

La Comisión Europea ha adoptado un paquete de medidas para ayudar a Mauritania a contener el flujo de inmigrantes ilegales hacia las Islas Canarias. El programa, cuya dotación asciende a 2 450 000 euros financiados a través del Mecanismo de reacción rápida, se centrará en ayudar a Mauritania a gestionar sus fronteras marítimas y terrestres, y devolver a los inmigrantes a sus países de origen. Entre las medidas se incluye la revisión de la legislación marítima y de inmigración vigente y proponer modificaciones para que las patrulleras sean más eficaces a la hora de impedir la salida de los inmigrantes; aclarar cuestiones relacionadas con la devolución de los inmigrantes a su país de origen; y garantizar la aplicación de sanciones adecuadas a quienes se beneficien de los posibles inmigrantes.

(10 de julio de 2006).

Intercambio de información sobre políticas de inmigración

El pleno del Parlamento Europeo ha votado a favor de una propuesta de Decisión para establecer un procedimiento de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración. El objetivo es establecer una red de intercambio sobre decisiones que los Estados miembros se propongan adoptar o que hubieran adoptado en este ámbito y que puedan afectar al resto de la UE (incluyendo medidas contra la inmigración ilegal). Asimismo, se facilitarán resoluciones firmes de los tribunales nacionales e internacionales, jurisprudencia y decisiones administrativas en la materia. Una vez se haya puesto la información en la Web, la Comisión o un Estado miembro podrán pedir información adicional referente a una medida o a una decisión particular comunicada por otro Estado miembro a través de la red.

(10 de julio de 2006).

Medidas para integrar a los inmigrantes en la Unión Europea

El Parlamento Europeo ha aprobado un informe sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea. El Parlamento insta a la Comisión a garantizar la aplicación eficaz de las directivas relacionadas con la integración y a realizar un seguimiento más riguroso tanto de la transposición de las directivas relativas a la integración como de la eficacia de las prácticas administrativas que aplican la legislación pertinente en la vida diaria de los inmigrantes. Asimismo, pide que implante mecanismos de control riguroso para la evaluación de los programas e integración de los Estados miembros y que elabore un informe

(*) 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

semestral riguroso y práctico sobre inmigración e integración. Como ya se ha publicado en una anterior edición de Europa en Breve, el CGAE asistió a la audiencia pública organizada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior que tenía como punto de partida este Informe. Más información: EB 322,16/2006.

(10 de julio de 2006).

Tráfico ilícito de migrantes

El Parlamento Europeo ha dado luz verde, en procedimiento de consulta, a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de los Protocolos contra la trata de personas y el tráfico ilícito de inmigrantes, respectivamente, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. La Convención insta a la obligación de que los Estados consideren delito penal cuatro tipos de delito grave: la participación en una red de delincuencia organizada, el blanqueo de dinero, las trabas al buen funcionamiento de la justicia y la corrupción. Los dos Protocolos prevén, por su parte, medidas estrictas destinadas a combatir el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de seres humanos –en particular de mujeres y niños–, protegiéndolos contra la esclavitud, la explotación sexual y el trabajo ilegal.

(10 de julio de 2006).

Combatir la inmigración ilegal

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países. La Comunicación subraya que cualquier iniciativa legislativa en este ámbito debe estar sujeta a una evaluación para estimar su impacto sobre los derechos fundamentales. Por otro lado, anuncia la realización en 2007 de un estudio sobre las prácticas, efectos y consecuencias de las medidas de regularización de los Estados miembros. Este estudio, señala la Comisión, constituirá la base de futuros debates, como por ejemplo, sobre la necesidad de un marco jurídico común en relación con las regularizaciones en el ámbito de la UE. Asimismo, la Comisión subraya como prioridad la adopción por parte de los Estados miembros de medidas para combatir la contratación ilegal tales como obligar a los empresarios a verificar la situación del inmigrante o fijar sanciones para los empresarios que contraten a inmigrantes de manera ilegal. Los ministros de Justicia de la UE han debatido esta comunicación en su última reunión.

(24 de julio de 2006).

Inmigración. Equipos fronterizos de intervención rápida

La Comisión Europea ha aprobado una propuesta de Reglamento por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos fronterizos de intervención rápida y por el que se modifica el Reglamento por el que se crea la Agencia FRONTEX [Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo] por lo que se refiere a ese mecanismo. Teniendo en cuenta la crítica situación a la que se enfrentan algunos Estados miembros por la alta afluencia de inmigrantes ilegales que llegan por mar, la Comisión considera necesario seguir reforzando la solidaridad entre los Estados miembros y la Comunidad en este ámbito, mediante la creación de equipos fronterizos de in-

Europa en breve

II

tervención rápida, que puedan ayudar de manera directa y eficiente a los servicios nacionales de guardias fronterizos de los Estados miembros en tal situación.

(24 de julio de 2006).

Financiación para afrontar la inmigración por vía marítima

La Comisión ha decidido la cofinanciación, en virtud de su programa ARGO 2005/2006, de seis acciones específicas destinadas a afrontar la inmigración clandestina en España, Malta e Italia. Con esta decisión, la Comisión pretende ayudar a los Estados miembros que se enfrentan al problema de la inmigración por vía marítima, así como evitar nuevas pérdidas de vidas humanas. Se trata de seis proyectos, tres de los cuales serán realizados por España, dos por Malta y uno por Italia, por un importe de cofinanciación total de 3,28 millones de euros. Estas acciones tienen una duración específica de cuatro meses. El objetivo de dos de los tres proyectos españoles es reforzar las estructuras de primeros auxilios y de acogida de los inmigrantes irregulares *in situ* en cada una de las Islas Canarias. El tercer proyecto consiste en la prolongación de la vigilancia marítima para prevenir la inmigración ilegal procedente de Mauritania.

(18 de septiembre de 2006).

Agencia Europea de Derechos Humanos

La Comisión Europea, el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo se reunirán en las próximas semanas para buscar un acuerdo sobre las competencias de la Agencia Europea de Derechos Humanos. El principal cometido de la Agencia consistirá en asegurar el respeto de los valores establecidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Con este marco, la Agencia se encargará de asesorar a los Estados miembros y a las instituciones de la UE, siempre en estrecha cooperación con la sociedad civil, realizar un seguimiento de la situación de los Derechos humanos en la UE, identificar y proponer posibles mejoras y concienciar y mantener informados a los ciudadanos. La sede del nuevo órgano estará en Viena, y su campo de acción no se limitará a los 25 Estados miembros de la UE, sino que se extenderá a los países candidatos a la adhesión. El nacimiento de la Agencia está previsto para principios de 2007.

(18 de septiembre de 2006).

Informe sobre demandas de asilo y entrada irregular de inmigrantes

La Comisión Europea ha publicado su tercer informe anual sobre las actividades de Eurodac, el sistema europeo de comparación de impresiones dactilares en relación con las demandas de asilo y la entrada irregular de inmigrantes. Este informe contiene datos esenciales sobre las tendencias en materia de demandas de asilo y de entrada ilegal en la UE. Asimismo, muestra que un 16 por 100 del conjunto de las demandas de asilo presentadas en 2005 eran demandas múltiples, es decir, que habían sido presentadas por personas que ya habían solicitado asilo bien dentro del mismo país bien en otro Estado miembro.

(18 de septiembre de 2006).

Derechos de los trabajadores desplazados

La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo ha adoptado un informe de iniciativa en el que señala que la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios no se aplica correctamente en determinados Estados miembros. Para la comisión parlamentaria, una de las maneras utilizadas para no aplicar los derechos mínimos de estos trabajadores, consiste en el recurso a “falsos trabajadores autónomos”. Si bien los parlamentarios estiman que la directiva no es el mejor instrumento para abordar las cuestiones vinculadas con las profesiones liberales, sí han solicitado a la Comisión Europea que garantice la transparencia de los criterios que definen el estatuto del trabajador Autónomo.

(18 de septiembre de 2006).

Programa “Return” para el retorno de inmigrantes

La Comisión Europea ha publicado la convocatoria de propuestas 2006 para el programa “RETURN”. El programa financiará proyectos destinados a apoyar la organización y la gestión del retorno de inmigrantes y a aumentar los conocimientos y capacidades en este ámbito. Pueden participar autoridades nacionales, regionales o locales, ONG, organizaciones internacionales o agencias comunitarias. El programa cuenta con una financiación de 15 millones de euros de los cuales 14,6 millones están destinados a la financiación de proyectos. El plazo para presentar propuestas finaliza el 17 de noviembre de 2006.

(18 de septiembre de de 2006).

Solidaridad europea en materia de inmigración

En el marco del Consejo Informal de Justicia e Interior, que ha tenido lugar en Tampere del 20 al 22 de septiembre, la Presidencia finlandesa de la UE presentó su iniciativa sobre la solidaridad europea en relación con la política de inmigración, asilo y control de fronteras. La iniciativa propone que la UE financie una parte significativa de los gastos de los Estados miembros relacionados con el proceso de decisión sobre el derecho a residir en su territorio de un nacional de un país tercero que ha entrado ilegalmente en el país o de un solicitante de asilo. Los gastos hacen referencia, por ejemplo, a la recepción, acogida y posible retorno de inmigrantes así como a las medidas administrativas adoptadas. La iniciativa, que incluye asimismo el registro basado en la utilización de elementos de identificación biométricos, requeriría que las autoridades competentes en materia de inmigración y en control de fronteras aplicaran las normas comunes europeas de manera íntegra, uniforme y transparente.

(25 de septiembre de 2006).

Grupo europeo sobre inmigración

El Grupo europeo sobre inmigración compuesto por varios Comisarios ha abordado, en su primera reunión, cuestiones como la mejor gestión de las fronteras marítimas de la UE, las causas de la inmigración, la integración e inclusión social de los inmigrantes, o el trabajo ilegal. Los

Europa en breve

II

Comisarios europeos de desarrollo, relaciones exteriores, empleo, formación, política regional, asuntos económicos y protección de los consumidores, coordinados por el vicepresidente y comisario de libertad, seguridad y justicia, han prestado una atención especial a la optimización de los recursos financieros existentes. Las actividades de este Grupo de comisarios, junto a las reuniones del Consejo de Justicia e Interior, constituirán la base de una comunicación de la Comisión destinada a la Cumbre Europea de diciembre de 2006.

(25 de septiembre de 2006).

Tráfico ilícito de inmigrantes

El Consejo de la UE ha aprobado la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de los Protocolos contra la trata de personas y el tráfico ilícito de inmigrantes, respectivamente, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. La Convención instaura la obligación de que los Estados consideren delito penal cuatro tipos de delito grave: la participación en una red de delincuencia organizada, el blanqueo de dinero, las trabas al buen funcionamiento de la justicia y la corrupción. Los Protocolos prevén medidas estrictas destinadas a combatir el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de seres humanos –en particular de mujeres y niños–, protegiéndolos contra la esclavitud, la explotación sexual y el trabajo.

(25 de septiembre de 2006).

Orden europea de vigilancia

La propuesta de Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea, ya se encuentra disponible en castellano [COM (2006) 468 final]. La orden europea de vigilancia es una resolución dictada en un Estado miembro por una autoridad judicial (es decir, un tribunal, un juez, un magistrado instructor o un fiscal) que debe ser reconocida por la autoridad competente de otro Estado miembro. El objetivo es permitir que el sospechoso se acoja a una medida cautelar de vigilancia en el entorno habitual de su residencia.

(2 de octubre de 2006).

Política de inmigración europea

El Parlamento Europeo ha abogado por una política de inmigración europea coherente, que combine las medidas contra los flujos ilegales con acciones para la integración de inmigrantes y el apoyo a los países de origen. Asimismo, el Parlamento ha reconocido las dificultades que los flujos migratorios están causando a algunos países y ha abogado por un reparto de responsabilidades y costes entre Estados miembros. Por otro lado, considera que las regularizaciones masivas no son una solución a largo plazo y señala la obligación de consultar e informar a los otros Estados miembros sobre las medidas que pudieran afectar a la situación de la inmigración.

(2 de octubre de 2006).

Información mutua en materia de asilo e inmigración

Los Ministros de Justicia e Interior de la UE han adoptado una Decisión relativa al establecimiento de un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración. En base a esta Decisión, los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión y a los demás Estados miembros la información sobre las medidas que se propongan adoptar o que hayan adoptado recientemente en materia de asilo e inmigración, cuando esas medidas sean accesibles al público y puedan tener un impacto significativo en varios Estados miembros o en el conjunto de la UE. La Comisión preparará cada año un informe general en el que se presentará sucintamente la mayor parte de la información pertinente transmitida por los Estados miembros.

(9 de octubre de 2006).

Directiva sobre el Estatuto de Refugiado

El plazo de transposición de la Directiva 2004/83/CE por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados, finaliza el 10 de octubre de 2006. Hasta la fecha, sólo 6 Estados miembros han notificado sus medidas de transposición a la Comisión, quien se encuentra verificando en este momento si estas últimas transponen íntegra y correctamente la directiva de referencia. El objetivo es que se empleen criterios idénticos en todos los Estados miembros a la hora de determinar quién tiene derecho al asilo y que esas personas tengan un mínimo de derechos comunes en toda la UE. La directiva reconoce el asilo a las mujeres víctimas de violencia sexual, violencia doméstica o mutilación genital así como a las personas perseguidas en razón de su homosexualidad.

(9 de octubre de 2006).

Reciprocidad en materia de exención de visados

La Comisión ha publicado un informe sobre la persistencia de situaciones de falta de reciprocidad con determinados terceros países en materia de exención de visados. El informe constata la disminución constante y significativa de las “situaciones de falta de reciprocidad” (casos en que un tercer país mantiene una obligación de visado para los nacionales de un Estado miembro) aunque la situación sigue bloqueada con Estados Unidos. Antes del 31 de marzo de 2007, la Comisión presentará propuestas concretas en caso de persistencia de situaciones de no reciprocidad.

(9 de octubre de 2006).

Tráfico fronterizo menor

El Consejo de la UE ha adoptado el Reglamento por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen. El Reglamento introduce un permiso de tráfico fronterizo menor y autoriza a los Estados miembros a celebrar o mantener acuerdos bilate-

Europa en breve

II

rales con terceros países vecinos a efectos de la aplicación del régimen de tráfico fronterizo menor establecido por dicho Reglamento. El Reglamento asegurará que las fronteras con vecinos de la UE no son una barrera al comercio, al intercambio cultural y a la cooperación regional.

(9 de octubre de 2006).

Red de patrullas en el mediterráneo

El Consejo de la UE ha adoptado conclusiones para reforzar la frontera marítima exterior meridional. Los ministros de Justicia e Interior han llegado a un acuerdo para el establecimiento de un sistema Europeo de vigilancia consistente en una red de patrullas en el Mediterráneo. Este sistema tendrá en cuenta la responsabilidad de los Estados miembros y se establecerá en cooperación con Frontex. El sistema deberá dotarse del personal y los medios necesarios para responder de inmediato a una situación de crisis.

(9 de octubre de 2006).

Asilo e inmigración. Mecanismo de información mutua

La Decisión del Consejo, de 5 de octubre de 2006, relativa al establecimiento de un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración, ha sido publicada en el DOUE (L 283/40 de 14 de octubre de 2006). La Decisión establece un mecanismo (basado en la web) para el intercambio mutuo de información sobre medidas nacionales en materia de asilo e inmigración que puedan tener un impacto significativo en varios Estados miembros o en el conjunto de la Unión Europea. Este mecanismo incluye la posibilidad de mantener intercambios de opiniones sobre esas medidas. Las medidas en cuestión hacen referencia, además de a legislaciones adoptadas, a intenciones políticas o programación a largo plazo, proyectos de legislación, resoluciones firmes de órganos jurisdiccionales o decisiones administrativas.

(16 de octubre de 2006).

Menores no acompañados

El Comité de las Regiones (CoR) de la UE ha aprobado en sesión plenaria, un dictamen sobre las medidas europeas para proteger a los inmigrantes menores no acompañados. El CoR ha hecho un llamamiento urgente a las Instituciones de la UE para que aborden esta cuestión. En el informe se señala que existe una zona gris en la legislación actual aplicable a los nacionales de terceros países menores de 18 años que llegan a territorio de los Estados miembros. El texto propone, entre otras medidas, el establecimiento de un permiso de residencia de protección social que evite la explotación de estos menores por las mafias organizadas.

(16 de octubre de 2006).

Ausencia de controles en fronteras interiores de la Unión Europea

El 13 de octubre de 2006 entró en vigor el Reglamento (CE) n.º 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por

Europa en breve

II

las fronteras (Código de fronteras Schengen). El Reglamento dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la UE y establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores. La Comisión ha publicado en el DOUE (C 247 de 13 de octubre de 2006) comunicaciones referentes a la lista de permisos de residencia, lista de servicios nacionales responsables del control fronterizo, importes de referencia para el cruce de las fronteras exteriores, lista de pasos fronterizos y modelos de tarjetas a los miembros acreditados de las representaciones diplomáticas y oficinas consulares y a los miembros de sus familias.

(23 de octubre de 2006).

Derechos y deberes de las mujeres inmigrantes

El Parlamento Europeo ha aprobado un informe sobre los derechos y deberes de las mujeres inmigrantes en el que piden que se haga frente a cualquier forma de violencia y que se incluya el riesgo de ser sometida a la ablación como una de las causas para la solicitud del derecho de asilo. El Parlamento ha aprobado por escaso margen una enmienda sobre el establecimiento de un marco jurídico que garantice a las mujeres inmigrantes un permiso de residencia y un pasaporte propios y se responsabilice penalmente a una persona por quitarle esos documentos. Con esta medida, los eurodiputados pretenden que las instituciones contribuyan con una mayor cobertura legal a la integridad de la comunidad inmigrante femenina.

(23 de octubre de 2006).

PE: Aprobación nuevo Sistema Información de Schengen (SIS II)

El Parlamento Europeo votó tres informes que definen la base legal del Sistema de Información de Schengen (SIS II), que permitirá a los nuevos Estados miembros adherirse al mismo para formar parte del espacio de Libre circulación. El pleno se pronunció sobre un paquete de textos de compromiso relativos a la puesta en marcha, funcionamiento y uso del SIS II, así como el acceso al sistema por parte de los servicios responsables del registro de vehículos en los países miembros. Estos textos son el resultado de las negociaciones con la Presidencia del Consejo y cuentan con la acuerdo de la Comisión Europea. El acuerdo mejora la propuesta inicial de la Comisión y servirá para incrementar la seguridad del SIS II y los estándares de protección de datos, además de dar al Parlamento un mayor papel de supervisión. Dadas las diferentes áreas políticas afectadas por el Sistema de Información Schengen, y pesar de que los dos Reglamentos y la Decisión siguen diferentes procedimientos (codecisión y consulta al PE), todos ellos constituyen un bloque inseparable, dado que el SIS II es un sistema único de información.

(30 de octubre de 2006).

Adhesión de la Comunidad a la Conferencia de la Haya

La Decisión del Consejo de 5 de octubre de 2006 sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ha sido publicada en el DOUE (L 297/1 de 26 de octubre de 2006). La Conferencia de La Haya ha adoptado hasta la fecha un número considerable de convenios en diversos ámbitos de Derecho Internacional Privado. Por su parte,

Europa en breve

II

la Comunidad tiene competencias para adoptar medidas en el campo de la cooperación judicial en materia civil con implicaciones transfronterizas en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. En esta línea, ha aprobado varios instrumentos, muchos de los cuales se solapan, en parte o completamente, con áreas de trabajo de la Conferencia de La Haya.

(6 de noviembre de 2006).

Conferencia Unión Europea-África sobre inmigración y desarrollo

La UE y África celebrarán la primera Conferencia ministerial sobre inmigración y desarrollo los próximos 22 y 23 de noviembre de 2006 en Trípoli (Libia), a fin de abordar conjuntamente la gestión de la inmigración. Se trata asimismo de acercar los diversos ámbitos políticos relacionados con la inmigración, como el buen gobierno, los derechos humanos y el desarrollo. A la Conferencia asistirán los comisarios europeos de Justicia, Libertad y Seguridad (Franco Frattini) y de Desarrollo (Louis Michel). La Conferencia de Trípoli pretende cubrir un ámbito más amplio (la totalidad del continente africano) que la conferencia ministerial sobre inmigración y desarrollo de Rabat de julio pasado.

(20 de noviembre de 2006).

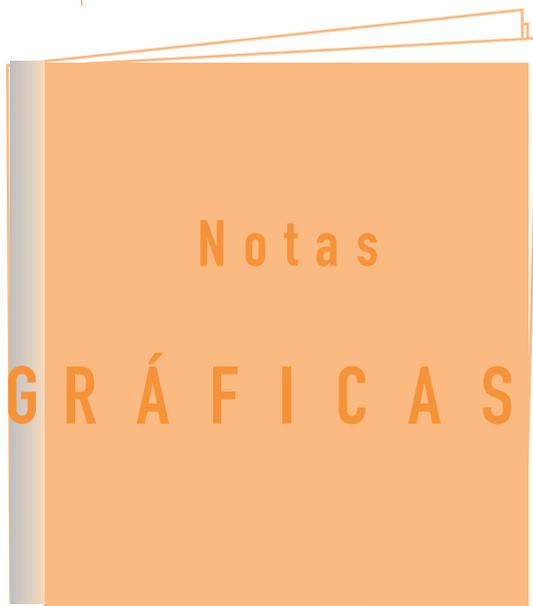
Modificado el Manual Sirene

La Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2006 por la que se modifica el Manual Sirene ha sido publicada en el DOUE (L 317/1 de 16 de noviembre de 2006). El Manual Sirene es un conjunto de instrucciones, destinadas a los operadores de los servicios Sirene de cada uno de los Estados miembros, con las normas para el intercambio de la información necesaria para aplicar el Convenio de Schengen de 1985, sobre la gradual supresión de los controles en las fronteras comunes. Con la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen (SIS), se hace necesario adaptar los procedimientos de trabajo en cada uno de los servicios Sirene y entre cada uno de ellos.

(20 de noviembre de 2006).

**Notas bibliográficas,
apuntes y
convocatorias desde
las dos orillas**

BIBLIOGRÁFICAS



- AGUADO ODINA, M.T.: *Educación intercultural. Necesidades de formación del profesorado desde una perspectiva europea*, UNED, Madrid 2006, 356 pp.
- BERNAT MARTÍ, J.S. y otros: *Migración e interculturalidad. De lo global a lo local*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón, 2006, 278 pp.
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Quelle cohésion sociale dans une Europe multiculturelle? Concepts, état des lieux et développements*, Estrasburgo 2006, 212 pp.
- GONZÁLEZ FERRERAS, J. y SETIEN, M.L. (eds): *Diversidad migratoria. Distintos protagonistas, diferentes conceptos*, Universidad de Deusto, Bilbao 2006, 262 pp.
- GISTI: *Sans papiers mais pas sans droits*, 4.^a ed., París 2006, 126 pp.
- *Externalisation de l'asile et de l'immigration: Après Ceuta et Melilla, les stratégies de l'Union Européenne*, París 2006, 44 pp.
- GOLYNKER, O.: *Ubiquitous Citizens of Europe. Paradigm of Partial Migration*, Intersentia, Berlin 2006, 282 pp.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y CULEBRAS LLANA, I. (coords.): *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, 424 pp.
- LLEVOT CALVET, N.: *La educación intercultural: Discursos y prácticas*, Edicions de la Universitat de Lleida, 2006, 144 pp.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (coord.): *Un mundo sin desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones*, Catarata, Madrid 2006, 280 pp.
- MARTÍNEZ PARDO, V.: *Detención e internamiento de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona 2006, 460 pp.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *Los trabajadores inmigrantes y el Derecho*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo, n.º 63, 2006 (estudios de M.I. RAMOS QUINTANA, M.A. BALLESTER PASTOR, P. CHARRO BAENA, etc.).

Notas bibliográficas

- MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *La inmigración extranjera*, Centro de Estudios Financieros, Madrid 2006, 366 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Revista Internacional del Trabajo*, n.º monográfico *La Migración Internacional*, vol. 125/1-2 (estudios de Martin RUHS, David ZWEIG, etc.).
- ORTEGA MARTÍN, E.: *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, 215 pp.
- PENA GONZÁLEZ, M.A., y GALINDO GARCÍA, A. (eds.): *Inmigración y estructuras sociales*, Universidad Pontificia de Salamanca, 2006, 160 pp.
- PÉREZ PONT, J.L. (ed.): *Geografías del desorden: Migración, alteridad y nueva esfera social*, Universitat de València, Cabildo de Fuerteventura y Gobierno de Aragón, 2006, 702 pp.
- RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. (ed.): *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2006, 290 pp.
- RUIZ VIEYTEZ, E.J.: *Minorías, inmigración y democracia en Europa: Una lectura multicultural de los Derechos Humanos*, Publicaciones de la Universitat de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia 2006, 534 pp.
- RURALIN: *Los pueblos rurales afectados por la despoblación y los nuevos pobladores extranjeros*, Informe 2005, Cruz Roja Española y Ruralin, Madrid, 222 pp.
- VICENTE GIMÉNEZ, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, 132 pp.

Notas bibliográficas

Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos

E.J. RUIZ VIEYTEZ
Tirant-PUV
Valencia, 2006

POR:

LUIS I. GORDILLO PÉREZ
Universidad de Deusto

La monografía *Minorías, inmigración y democracia en Europa*, ilustrativamente subtitulada *Una lectura multicultural de los derechos humanos*, realiza un análisis detenido y de la máxima actualidad de las comunidades minoritarias, su situación, tipología, conformación y problemática. No obstante, su autor, el profesor RUIZ VIEYTEZ no se limita a realizar un mero estudio conceptual o una simple descripción de la situación actual sino que, su obra, además, posee un marcado carácter prescriptivo. Por su parte, la abundante y actualizada bibliografía muestra el rigor con el que el autor ha acometido su estudio y, asimismo, aporta solidez a su sugerente tesis sobre la ciudadanía inclusiva y la democracia multicultural.

Siguiendo una metodología cartesiana, la obra aparece dividida en dos partes. La primera, de signo descriptivo, y la segunda, con un pronunciado cariz prescriptivo, que se dividen, a su vez, en sendos capítulos.

De este modo, la primera parte contiene dos capítulos. El primero de ellos analiza en profundidad

el concepto de minoría a través de su evolución histórica, diferenciándolo de la idea de identidad. En este apartado, el autor constata que los nuevos movimientos de población anejos al proceso de mundialización hacen necesario replantearse el concepto de minoría. Así, el profesor RUIZ VIEYTEZ avanza una interesante diferenciación entre viejas y nuevas minorías, alertando de la necesidad de que los poderes públicos les presten una atención hasta ahora inexistente. El segundo capítulo está dedicado a la compleja tarea de definir el concepto de minoría. Para ello parte, a su vez, de unas categorías conceptuales con un marcado carácter político. En este sentido, el profesor RUIZ VIEYTEZ, como presupuesto a su argumentación posterior, acota términos de tan delicada definición como son “pueblo”, “nación”, “nacionalidad” o “ciudadanía”. Seguidamente se analizan los llamados elementos objetivos de las minorías. Efectivamente, una de las aportaciones de mayor interés del autor reside, precisamente, en la configuración del concepto de minoría a partir de hechos objetivos de referencia como la lengua o la religión, descartando el empleo del elemento subjetivo en su definición. Particularmente útil, por otra parte, resulta el minucioso y cuidado estudio comparativo que se realiza en este segundo capítulo sobre los elementos definitorios que los diferentes textos legales y paralegales emplean en la definición jurídica de las comunidades minoritarias para, a continuación, establecer una interesante clasificación de las distintas minorías existentes en Derecho comparado.

La segunda parte del estudio, de marcado perfil prescriptivo, y en la que el autor demuestra su experiencia “de campo” en la materia, se centra en la manera de gestionar políticamente las minorías, o como él mismo apunta, la “diversidad”. Así, el tercer capítulo está consagrado a analizar, con fina crítica, los diferentes modelos que se han adoptado en las sociedades actuales para acomodar las nuevas realidades multiculturales a los tradicionales y, según el análisis del autor, anquilosados

Notas bibliográficas

mecanismos estatales, asentados sobre estructuras uniformes y monocolor. Resulta, así, de la máxima actualidad las consideraciones realizadas a propósito del federalismo y las formas de participación política de las minorías en el moderno Estado constitucional. Finalmente, el cuarto capítulo constituye la principal aportación doctrinal del profesor RUIZ VIEYTEZ. En efecto, aquí es donde propone su modelo ideal para el tiempo presente: el Estado cosmopolita. Este Estado cosmopolita no se limitará a tolerar la diversidad en su seno, o incluso a mediar en los eventuales conflictos, sino que adoptará un “papel activo e intervencionista” que asegure la efectiva participación de los ciudadanos que contribuyen efectivamente al desarrollo del país, tengan o no pasaporte de ese Estado, en sus estructuras políticas. Se observaría, así, una tácita apelación al clásico *no taxation without representation* o, como más adelante puntualiza el autor, de la necesidad del consentimiento de los gobernados al poder ejercido sobre ellos. Este modelo de Estado cosmopolita se asienta sobre dos pilares de sugerente denominación: la ciudadanía inclusiva y la democracia multicultural. La “ciudadanía inclusiva” ofrece un modelo abierto de pertenencia vinculada a la residencia fáctica. La democracia multicultural, por su parte, exige una actuación en positivo por parte del Estado que asegure la igualdad de oportunidades para todos los grupos de la sociedad en clave de participación política. En definitiva, se estaría defendiendo una interpretación de la cláusula transformadora que contienen algunas Constituciones (v. gr. artículo 3 de la Constitución italiana o 9.2 de la española) que reconociese y amparase las realidades multiculturales, permitiendo la articulación política de éstas en el seno de los “Estados identitarios”, en terminología del autor.

Así pues, en un momento de gran incertidumbre conceptual, donde los medios y demás creadores de opinión emplean conceptos y categorías con escaso o nulo respaldo académico, la obra del profesor RUIZ VIEYTEZ resulta un texto fundamental

que, además de clarificar y contribuir a definir complejos términos, sobre todo, realiza propuestas para gestionar realidades concretas. De este modo, *Minorías, inmigración y democracia en Europa* resulta un libro de referencia para todos aquellos que quieran un testimonio solvente sobre la realidad de las comunidades minoritarias y su problemática en el contexto de la globalización.

Prácticas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

C. VILLÁN DURÁN y
C. FALEH PÉREZ
Dilex S.L.
Madrid 2006

POR:

JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN GILBERT
Catedrático de la Universidad de Jaén

La obra publicada con el título *Prácticas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* viene a completar el abanico que se abre con la obra *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Ed. Trotta, Madrid, 2002 –reimpresión: 2006–) y con el *Master sobre Protección de los Derechos Humanos* que se desarrolla en la Universidad de Alcalá (Madrid). Sus autores, Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez avalan, con una aquilatada experiencia en estos temas, el desarrollo científico de la obra. Ambos promovieron en 2004 la creación de la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) de la cual son respectiva-

Notas bibliográficas

mente Presidente y Secretario General. La AEDIDH nace con la vocación de difundir el conocimiento y la aplicación de esta rama del Derecho internacional no sólo circunscrito a nivel nacional sino, también, con la intención de abarcar ámbitos internacionales dada la carencia y falta de respeto por estos derechos en gran parte de los Estados que conforman la comunidad internacional contemporánea.

Villán Durán, ha sido profesor de Derecho internacional público de las Universidades de Oviedo y León y desde 1982 a 2005 desempeñó las funciones de especialista en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra; en esa calidad ha representado a las Naciones Unidas en más de 150 conferencias internacionales y publicado 103 trabajos científicos relacionados con el tema. Faleh Pérez, es profesor de Derecho internacional público en la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, licenciado en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad de Lieja y la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica. Ha sido pasante en el Centro de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y ha publicado numerosos trabajos de investigación sobre la práctica de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos o la práctica iberoamericana de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y se ha especializado en la investigación de casos sobre detención arbitraria de personas. Dos autores, por tanto, que complementan su formación teórica con la práctica lo que otorga un cuño de garantía a la obra que comentamos.

Prácticas, se ocupa de estudiar a través del método del caso, el sistema de protección de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas (*sistema universal*). Dada la extensión de la obra, sus autores han renunciado a incluir materiales de la práctica correspondientes a los sistemas regionales de protección, a los organismos especializados de las Naciones Unidas, al Derecho internacional humanitario y al Derecho penal internacional, lo

cual puede inducir al lector a reclamar estos perfiles que completarían el *puzzle* y que deberían cubrirse en próximas ediciones.

La obra se estructura a través del estudio de ciento cincuenta y dos casos prácticos que se sistematizan en dos Partes, y tres Anexos. Una Primera Parte dedicada a la protección convencional de los derechos humanos y una Segunda Parte dedicada a la protección extra-convencional de los derechos humanos. A su vez, cada Parte se subdivide en Secciones. Cada acápite va precedido de una breve nota introductoria de los autores que resulta extremadamente útil para el lector.

En la Primera Parte tenemos una Sección 1.^a abocada a los mecanismos de información en el sistema de las Naciones Unidas. Se trata de los informes periódicos de los Estados que son estudiados por los diferentes Comités establecidos en tratados. En ella se destacan las *observaciones finales* de los Comités al término del examen de cada informe periódico, así como las *observaciones o recomendaciones generales* de los Comités por medio de las cuales éstos realizan una interpretación autorizada del contenido y alcance de las disposiciones sustantivas del tratado de cuya supervisión se ocupan. La Sección 2.^a se ocupa de los mecanismos cuasi-contenciosos de protección, esto es, las quejas que las víctimas de violaciones a sus derechos humanos pueden presentar ante uno de los siguientes Comités de las Naciones Unidas: el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Los materiales relativos a cada Comité se agrupan en torno a tres categorías: las normas reglamentarias aplicables, las decisiones sobre el procedimiento y los dictámenes sobre el fondo.

La Segunda Parte se subdivide en cuatro Secciones que se abren con la resolución 1235 del ECOSOC de 1967 y la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, por la que se establece el

Notas bibliográficas

nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Seguidamente se recogen materiales de la práctica relativos a tres de los más importantes procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, a saber: el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura y el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. La Segunda Parte se cierra con la resolución de la Asamblea General 48/141, de 20 de diciembre de 1993, por la que se crea el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Los tres Anexos finales completan esta nutrida amalgama de documentación indicando: el primero, el estado de ratificaciones de los principales tratados internacionales de derechos humanos; el segundo, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos (mandatos geográficos); y el tercero, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos (mandatos temáticos).

Prácticas, por tanto, nos ofrece la posibilidad de acceder a materiales de difícil rastreo dado que éstos se encuentran dispersos en los archivos de los diferentes órganos internacionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos. Además, presenta la ventaja adicional de que esos materiales se nos entregan estructurados de una manera sistemática y didáctica que vienen a enriquecer y actualizar los conceptos teóricos del *Curso* ya señalado más arriba y que, junto al *Master*, ahora *Prácticas* nos ofrece la parte que faltaba al tríptico.

Llama positivamente la atención las aportaciones de casos que no sólo afectan a España sino, particularmente, a los países iberoamericanos –igualmente usuarios potenciales de esta obra– con el agregado de materiales relativos a Francia, Dinamarca, Hungría e incluso a los Estados Unidos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de gran utilidad que referencia la cuestión siempre inacabada de la defensa y garantía de los derechos

humanos en donde, a veces, la cantidad de información no sistematizada y desordenada que, en cuestiones relativas a la violación de estos derechos, nos llega a través de los medios de comunicación, genera confusión e incertidumbre. Es lo que Noam Chomsky ha dado en llamar *la paradoja de Orwell* en donde la saturación de información a la que tenemos acceso los seres humanos nos provoca desinformación y nos aliena. De ahí, la importancia de ordenar y codificar el conocimiento que vamos a ofrecer a nuestros estudiantes; y que en el caso de los derechos humanos no se trata de simple información sino que de su perspectiva pende la dignidad y el respeto de la condición humana.

Estudios sobre Derecho de Extranjería

E. ÁLVAREZ CONDE y
E. PÉREZ MARTÍN

Instituto de Derecho Público
Universidad Rey Juan Carlos
Madrid 2005

POR:

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Universidad de León

El libro coordinado por los Profs. Enrique Álvarez Conde y Elena Pérez Martín, como se indica en la Presentación, es fruto del trabajo realizado y expuesto por sus autores en el Encuentro sobre Inmigración, Nacionalidad y Extranjería organizado por el Instituto Canario de Administración Pública (ICAP), dentro del programa de actividades para

Notas bibliográficas

2005, celebrado en Las Palmas de Gran Canaria durante los días 6 a 10 de junio.

La obra, que recoge veintiséis artículos, se ha estructurado en cuatro grandes apartados: I. La nacionalidad, los derechos de los extranjeros y su defensa judicial. II. El derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado. III. El régimen administrativo y el régimen penal de extranjería. IV. Políticas públicas de extranjería.

Los derechos de los extranjeros y su defensa judicial así como el acceso a la nacionalidad española son abordados en siete trabajos, partiendo de un examen exhaustivo por parte de E. Álvarez Conde sobre el estatus constitucional de los derechos fundamentales de los inmigrantes; se continúa, con un amplio análisis elaborado por Pilar Charro Baena, que desmenuza todos los aspectos relativos al derecho a la Seguridad Social del extranjero; y también se incluye un examen del acceso a la nacionalidad española efectuado por José Pérez de Vargas. Se profundiza en la posición jurisprudencial desde un triple vértice: la posición de nuestros tribunales ordinarios, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido tratada con especial minuciosidad, como se puede leer, en las contribuciones realizadas, respectivamente, por Joaquín Borrell Mestre, Magistrado y Letrado del Consejo Consultivo de Cataluña, por Susana García Couso, Letrada del Tribunal Constitucional y Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad Rey Juan Carlos, por Carmen Morte Gómez, Letrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por Gervasio Martín Martín, Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

En la segunda parte se hace un análisis del derecho de extranjería en la Unión Europea y en el derecho comparado con otros siete amplios estudios en los que se abordan: de un lado, el derecho español así como su tratamiento en el derecho comunitario de la reagrupación familiar de los nacionales de terce-

ros países por Aurelia Álvarez Rodríguez. Se otorga especial interés a la protección internacional de los inmigrantes, en dos estudios, uno de carácter global por Mikel Azurmendi bajo el título de “la protección internacional de los Derechos Humanos en el caso de los inmigrantes”; y otro que se centra en el marco jurídico internacional expuesto ampliamente por José Juste Ruiz, Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Valencia. Además, el régimen comunitario cuenta con tres importantes estudios: uno general, el de Luis Peral sobre la dimensión exterior de la política europea de migración y asilo; para concretarse en temas especialmente relevantes en la UE; por un lado, se analiza la familia extranjera del ciudadano de la Unión: una inmigración privilegiada por Araceli Mangas Martín, no sólo Catedrática de Derecho internacional público de la Universidad de Salamanca sino reconocida internacionalmente como la máxima experta del Derecho comunitario; y de otro, el estatuto de residente de larga duración y la reagrupación familiar en la Unión Europea ha sido desmenuzado para poder ser plasmado con total objetividad por la co-directora del Libro, Elena Pérez Martín, también conocedora de la situación jurídica de los inmigrantes desde la antigüedad –para los estudiosos, simplemente, recordar que es la autora de *los extranjeros y el Derecho en la antigua Grecia*. Y, ya específicamente sobre las normas internas de extranjería de cada uno de los Estados miembros, en el libro comentado, se hace una aportación exhaustiva por Hortensia González Rodríguez.

En la tercera parte se aborda el régimen administrativo y el régimen penal de extranjería incluyendo los siguientes artículos: el régimen administrativo de extranjería por Rafael Fernández Valverde, Magistrado Sala 3.^a del Tribunal Supremo; la naturaleza jurídica del derecho de los extranjeros a entrar en el territorio español por Andrés Javier Gutiérrez Gil; los temas penales, son tratados por las profesoras Victoria García del Blanco y Beatriz García Sánchez. La primera de ellas se fija específicamente en la expulsión de extranjeros –artículos 89 y 108 del

Notas bibliográficas

Código penal de 1995-; y la segunda, refiere su investigación a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: especial consideración al bien jurídico protegido.

En la cuarta parte se unen seis artículos de diversos temas que todos convergen en un punto común: se trata de políticas públicas de extranjería general y otros dos sobre aspectos concretos de Canarias, dado que el Encuentro que ha dado lugar a este libro, como ya hemos comentado, se celebró en las Islas Canarias. Así, podemos ver tanto lo señalado por Raúl Baéz acerca de Canarias y la Inmigración o la contribución de José Luis Rivero Ceballos, Catedrático de Economía Política, Presidente del Consejo Económico y Social de Canarias sobre “Nueve ideas para interpretar la inmigración en las Islas Canarias a principios del siglo XXI”. Ciertamente, en esta cuarta parte, se profundiza, sin centrarse en una Comunidad Autónoma concreta, en los aspectos trascendentales de la inmigración en los momentos actuales: políticas públicas, poderes públicos e integración. Las “Políticas públicas de inmigración: planteamiento general” han sido abordadas por Juan Hernández Bravo de Laguna; las cuestiones relativas a “Los poderes públicos ante el derecho de extranjería e inmigración” se cuenta con la aportación de Luis Martí Mingarro, Decano del Colegio de Abogados de Madrid. Y, el reto de la integración de la inmigración ha sido analizado de forma minuciosa por Vicente Garrido Mayol, Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad de Valencia y Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia.

El libro también otorga un especial tratamiento a la organización institucional de la inmigración española. Por ello, se analiza el Foro de los inmigrantes. Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración: El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, en el estudio de Alicia López de los Mozos Díaz Madroñero. Como unos temas específicos, en los que intervención de los poderes públicos es esencial para poder llegar a cabo una buena

política de integración, además se completa, como no podría ser de otro modo, con sendos trabajos en temas trascendentales: menores extranjeros y la educación de los inmigrantes. La actuación de los poderes públicos en los procesos migratorios de menores ha sido examinada por María Dolores Adam Muñoz; y la integración de los inmigrantes y educación en derechos y principios constitucionales le ha correspondido a Rosario Tur Auxina. El broche final, debía, como ha sido previsto por los directores de la obra objeto de comentario, analizar el enfoque de la inmigración y los medios de comunicación, por ello, el libro se cierra con un profundo examen de los “Problemas sociales y culturales en los medios de comunicación: análisis del tratamiento de la inmigración en la televisión” elaborado por Álvaro Pérez-Ugena y Coromina.

Para finalizar debo destacar que la elección del título de la obra ha sido muy acertado, pues realmente refleja lo que se recoge en la misma, pues como pone de manifiesto en la presentación, el Co-director del libro, Enrique Álvarez Conde, Catedrático de Derecho Constitucional, no se ha pretendido el análisis exclusivamente jurídico de Ley de Extranjería ni de su legislación de desarrollo, ambas sin duda son importantes, al estar ante un fenómeno que se escapa a las fronteras del actual marco estatal e incluso del ámbito meramente normativo. Por ello, Estudios de Extranjería analiza toda la problemática inherente a un fenómeno de tanta importancia como es el de la Inmigración y la Extranjería, dando a conocer todos los aspectos (jurídicos, económicos, sociales y culturales), que afectan a nuestra sociedad dentro de un marco de globalización donde la perspectiva de los poderes públicos locales, autonómicos y estatales debe insertarse. A todo ello, se debe añadir, que no se trata solo de una monografía más sobre extranjería y de un análisis puntual de una normativa vigente por unos meses, el libro toma conciencia de todas y cada una de las materias que han sido consideradas relevantes a nivel internacional sobre la materia objeto de estudio; y, además, se profundiza en la posición jurisprudencial desde un triple

Notas bibliográficas

vértice: la posición de nuestros tribunales ordinarios, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el tratamiento dado, se percibe el hilo conductor presente en toda la obra: una visión global de la ciudadanía de la inmigración y de su entorno.

Las líneas que anteceden por sí mismas reflejan que estamos ante una auténtica monografía sobre el régimen jurídico de los extranjeros y sobre la inmigración con un amplio enfoque: internacional, comunitario, interno junto con el tratamiento de la inmigración en Canarias. Así pues, además de felicitar a los directores de la obra así como a los autores de la misma, también debemos hacer una llamada a navegantes para la futura regulación de la legislación española en materia migratoria. La complejidad del fenómeno migratorio ha hecho proliferar múltiples aportaciones en los últimos

tiempos, pero los verdaderos conocedores e investigadores en la materia, al menos, en el ámbito jurídico, cuentan desde su publicación, que como hemos demostrado no se trata de una mera transcripción de disposiciones legales o de un comentario de urgencia, con un auténtico libro de obligada consulta a la hora de reflexionar sobre una de las cuestiones que en estos momentos preocupan a la Comunidad internacional, a Europa, por supuesto, a España, por ser frontera Sur de la Unión Europea, y, a Canarias, especialmente, por los momentos vividos, en los últimos meses. Sin embargo, en este libro cuya génesis tuvo lugar en estas Islas Canarias, sus directores tuvieron muy claro su enfoque globalizado evitando un análisis parcial o limitado temporalmente, por lo que, constituye un material valioso a tener presente, en cualquier tipo de decisión legislativa e incluso jurisprudencial, de carácter particular, que se quiera elaborar en el futuro.

JAVIER PÉREZ MILLA

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza
(perezj@unizar.es)

I Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

SUMARIO

I. Claves en la inmigración.

II. Mecanismos de integración de la extranjería irregular. A) Descarte de la normalización en masa. B) La doctrina jurisprudencial sobre estatus laboral para situaciones de irregularidad. C) Mecanismos excepcionales de integración. a) No efectividad del arraigo laboral. b) ¿Arraigo? por inserción social o familiar. c) Operatividad de la vía de regularización por colaboración del inmigrante.

III. Conclusión.

I. CLAVES EN LA INMIGRACIÓN

La inmigración se ha convertido en tema estrella de los medios de comunicación, en objeto de numerosos estudios sectoriales y en la primera preocupación para el 59,2% de los españoles¹. El presente estudio analiza qué mecanismos jurídicos ofrece el Derecho español para integrar (legalizar) a la inmigración irregular o no legal o ilegal, que nunca un discurso políticamente correcto –lo que, en sí mismo, es una contradicción– ha conseguido cambiar la realidad, cambiando el lenguaje.

La gestión de la inmigración económica en la Unión Europea se estructura con base en un modelo de reparto mínimo de competencias. En el modelo europeo actual, cada Estado miembro es el máximo responsable de la gestión de la inmigración: número de inmigrantes que quiere admitir, mecanismos de admisión y de expulsión, estrategias de regularización, estatus que se reconoce a los inmigrantes irregulares, etc. El Tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 concede competencia a la Unión Europea en materia migratoria y de asilo fundamentándose en las repercusiones inmediatas que tiene cada política migratoria particular sobre el resto de Estados. Pero la intervención de la UE en la regulación de los flujos migratorios se puede calificar de reducida; sin duda, en un futuro no muy lejano, *la UE tendrá que asumir mayor respon-*

(1) Barómetro del CIS de septiembre de 2006 (http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2640_2659/2654/Es2654sd_A.pdf).

sabilidad por las consecuencias humanas, sociales y económicas que connotan los movimientos migratorios. Los mecanismos de los que dispone la UE son limitados: la Agencia Europea para la Gestión de las Fronteras Exteriores; existe normativa europea en materia de visados, admisión de estudiantes, reagrupación familiar o los residentes de larga duración; por último se promueven Políticas de cooperación con países en desarrollo, Tratados con terceros países de readmisión de inmigrantes, acciones relacionadas con el tráfico de seres humanos y la creación del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC)².

En el momento actual, por parte de España existen ciertos deseos de extender las competencias de la UE —que asuma el control de los flujos migratorios— con una respuesta tibia traducida, básicamente, en la propuesta de Directiva relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio³. Otros países, en cambio, optan por mantener el desarrollo de una política propia, basada en el flujo controlado y selectivo de unos inmigrantes laboralmente cualificados y acciones específicas sobre la migración irregular. Como ejemplo, Francia, que propone la restricción de la inmigración⁴ y firma Tratados bilaterales de repatriación de inmigrantes para soslayar los efectos de la llegada de inmigrantes irregulares desde España (Convenio de inmigración concertado con Senegal de 23 de septiembre de 2006 para la repatriación de irregulares senegaleses hallados en Francia)⁵.

La inmigración, como *homo oeconomicus*⁶, es atraída por las necesidades del mercado laboral y como medio de garantizar la prosperidad económica en Europa⁷. Son mano de obra necesaria dado el envejecimiento y de la disminución de la población trabajadora: la disminución demográfica de la UE-25 supondrá una disminución de unos 20 millones de empleados y por tanto se requerirán flujos migratorios sostenidos. La inmigración reducirá la ratio de dependencia prevista (actualmente, un 23% que en el 2030, alcanzaría, sin inmigración, el 40%): la población activa en edad de trabajar descenderá de 303 a 297 millones en el año 2020 y el grupo de mayores de 65 años se incrementa de 71 millones en el 2000 a 93 en el 2020 y más de 110 millones en el 2030⁸. En términos de prosperidad, la influencia económica de la inmigración en el creci-

(2) Vid. Pascual AGUELO y Ángel CHUECA: "Panorámica de las políticas de inmigración en la UE" en *Abogacía española*, n.ºs 38 y 39 o Antonio MUÑOZ AUNIÓN: "La política migratoria de la Unión Europea" en *Revista de estudios fronterizos*, n.º 4, 2005, pp. 355 a 358.

(3) Bruselas 1 de septiembre de 2005 [COM (2005) 391 final].

(4) "El Gobierno francés propone escoger a los inmigrantes en función del interés nacional", *El País* de 10 de febrero de 2006.

(5) "Senegal acepta la repatriación de todos sus inmigrantes irregulares llegados a Francia", *El País* de 25 de septiembre de 2006.

(6) "El enfoque económico proporciona un marco valioso y unificado para la comprensión de todo tipo de comportamiento humano", BECKER, G.: *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976, p. 18.

(7) *Libro Verde de la UE sobre la gestión de la inmigración económica*. Bruselas, 11.1.2005. [COM (2004) 811 final].

(8) Comunicación Comisión UE sobre *Inmigración y empleo* [COM (2003) 336 final].

Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

miento del PIB español se ha estimado en una media de 0,6 puntos (década 1995/2005)⁹ y, más aún, el *Informe: inmigración y economía española*¹⁰ lo incrementa hasta el 50% del crecimiento del PIB de los últimos cinco años. Pero, desde el punto de vista de la competitividad, Stalker considera que un rápido crecimiento económico que dependa de flujos masivos de trabajadores inmigrantes es un factor contraproducente ya que la mano de obra poco cualificada de la migración –aunque sean mano de obra cualificada en sus países de origen¹¹–, repercute en la calidad del producto final¹². *Es por ello que son necesarias acciones de integración que eleven el nivel de preparación cultural y profesional de la población inmigrante.*

Socialmente considerada, la inmigración es una realidad de nuestros tiempos y “parece muy probable que durante las próximas décadas aumente la presión de la migración, teniendo en cuenta la situación económica y política de numerosos países de origen y considerando las previsiones demográficas. Es probable que los movimientos migratorios ilegales mantengan un ritmo significativo mientras los “factores de empuje” en los terceros países y los “factores de atracción” en la UE sigan siendo importantes”¹³.

Desde el punto de vista normativo, en España, se han producido numerosas actuaciones legales en materia de inmigración. Sabemos de la complejidad de cualquiera de los modelos ensayados hasta ahora, porque han tenido rápidas repercusiones e influencias sobre los flujos migratorios. Fácilmente se puede concluir que en los 10 últimos años la estrategia dominante ha originado un rápido crecimiento del fenómeno de la inmigración en España. Sin entrar en la incorrecta guerra de cifras que existe en esta materia, se ha pasado de ratios del 1,2% de la población total a una población inmigrante regular en España que alcanza el 9% de la Población (4 millones, aprox.) a lo que se añade una población flotante de Inmigración irregular del 2%¹⁴. La política española actual ha proyectado acciones que, como factores de atracción, han sobredimensionado el flujo migratorio en el año 2006 con las trágicas entradas en masa de extranjeros por Canarias y las más cómodas por Algeciras, Barajas y los Pirineos.

Con una perspectiva de futuro, la Comunicación *Política de la UE para luchar contra la inmigración ilegal*¹⁵ propone un modelo basado en la cooperación con países terceros y en el control de la fronteras exteriores. Paralelamente, se apuntan medidas jurídicas en relación con la inmigración irregular: se impone el retorno (devolución y expulsión) como la piedra angular del sistema y

(9) *Heraldo de Aragón* de 29 de agosto de 2006.

(10) *Informe* de la Oficina económica del Presidente de 15 de noviembre de 2006 (<http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/000132ef/ksqcmmaowxytdfrkzXuqemefomckirvlh/InmigracionYEconomia.pdf>).

(11) Vid., Concha CARRASCO CARPIO: “Impacto social y económico de la inmigración” en *Documentación Laboral*, 2002, p. 34.

(12) Vid., Peter STALKER: *Workers without frontiers. The impact of globalization on international migration*, Geneva, 2000, pp. 75 y ss.

(13) *Comunicación* de 19 de julio de 2006.

(14) Cfr. con los datos que ofrece el Informe: *inmigración y economía española*.

(15) IP/06/1026.

“medidas con respecto a los nacionales de terceros países presentes ilegalmente en la UE que, por algún motivo, tienen pocas probabilidades de ser repatriados a sus países de origen”. Así las cosas, analizaremos las “medidas” de las que dispone el sistema español en el presente.

II. MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DE LA EXTRANJERÍA IRREGULAR

A) Descarte de la normalización en masa

La Política española en relación con la población de migración irregular, al igual que la europea, se ha basado en estrategias de choque (regularizaciones aproximadamente cada 5 años según se deriva de las fechas de las producidas en España –años 1985, 1991, 1996, 2000 y 2005). El último Proceso “de normalización” se contempló en la disposición transitoria 3.^a del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre¹⁶; se desarrolló durante un período de 3 meses (entre el 7 de febrero y el 7 de mayo de 2005); se presentaron cerca de 700.000 solicitudes de los que han logrado la regularización 600.000 personas (este dato es estimativo, a la vista de todo el proceso ya que no existen datos oficiales).

Es un lugar común señalar que los procesos de regularización en masa no son un mecanismo de lucha eficaz contra la migración irregular: “la regularización en masa de los inmigrantes ilegales no es una solución para el problema de la inmigración ilegal y (...) debería tener carácter excepcional y único, ya que de alguna manera fomenta las migraciones ilegales y no soluciona los verdaderos problemas de fondo”¹⁷. Esta afirmación se puede contrastar, analizando las ventajas y desventajas que ha producido el proceso de normalización español.

Destacan los beneficios ético-sociales, ya que 600.000 inmigrantes en situación irregular están ahora en situación regular, con oportunidades de integración y evitando su explotación laboral. El proceso de normalización ha tenido indudables efectos positivos desde el punto de vista de los Presupuestos del Estado; debido al incremento de altas en la Seguridad Social ha habido una consiguiente muy lucrativa recaudación de la Administración del Estado: El Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera ha afirmado que con el ingreso de los inmigrantes regularizados en el sistema de Seguridad Social “superaremos las previsiones de recaudación en más de 3.000 millones de euros”. La aportación total de los extranjeros al sistema de seguridad social es de 9.000 millones de los 77.000 millones gestionados¹⁸.

(16) Se accedía a la situación de extranjero normalizado (¿normal?) tras cumplir con una serie de requisitos: a) Que el trabajador figure empadronado en un municipio español al menos con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; b) Que se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud. c) Que el empresario o empleador haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo por un período mínimo de seis meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de tres meses.

(17) Como referencia, *Proyecto de Informe sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal y la integración de los emigrantes* [2004/2137(INI)].

(18) Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, *Boletín de Noticias*, n.º 48, 9 a 16 de septiembre de 2005.

Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

Otros objetivos son loables y teóricamente lógicos: si la existencia de población inmigrante irregular pone de manifiesto la ineficacia de su Política de inmigración y el dinamismo de la Economía sumergida¹⁹, el proceso de normalización supone un ataque directo contra la economía sumergida y contra la competencia desleal. Este planteamiento es menos contrastable puesto que existen medidas más eficaces, donde la denuncia de la situación laboral ilegal se concibe como mecanismo represor de la explotación del inmigrante trabajador irregular²⁰ y generador de ventajas en orden a la obtención de su regularidad²¹.

El punto más débil del mecanismo es que la regularización incentiva la llegada de inmigración irregular²². Empezando por la conclusión, hoy el número de inmigrantes en situación irregular es similar al número de inmigrantes que había antes de iniciarse el proceso de normalización. Teniendo en cuenta que la regularización estaba sometida a ciertos requisitos gravosos (como la necesidad de un contrato de trabajo por 6 meses), además de los 700.000 inmigrantes que solicitaron la regularización, las estimaciones más realistas sobre el número de irregulares en España antes del proceso de normalización rondan el millón de personas²³. Las escasas cifras que se barajan tras el proceso de normalización provienen de datos aportados por Consuelo RUMÍ (120.000)²⁴, la información que proviene de ONG (aproximadamente 733.000 en el conjunto del Estado)²⁵ y quieren desestimarse, por imprecisos, los datos del Instituto Nacional de Estadística: 1.010.409 inmigrantes en situación irregular (extranjeros no comunitarios empadronados – extranjeros en situación regular²⁶).

A este número habrá que ir añadiendo la inmigración, hoy regular, que quedará en una situación de irregularidad sobrevenida. La temporalidad laboral y las altas tasas de desempleo de la inmigración, la presión burocrática a la que se somete a la inmigración (renovación de autori-

(19) 2004/2137 (INI).

(20) Vid., artículo 15,3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, además de medidas de tipo penal y administrativo contra los empleadores.

(21) Artículo 45 del RLOEx, que analizamos infra.

(22) COM (2003) 336 final. Es el famoso efecto llamada que es típico tras los Procesos de regularización, llámese como se quiera (sobre todo cuando se confunden los factores de empuje con los factores de atracción) –“efecto guerra, el efecto pobreza o el efecto hambre”– (Intervención de la Diputada Lasagabaster Olazaba. Comisión de Interior celebrada el miércoles, 28 de septiembre de 2005. http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_377.PDF) y aunque el Anuario de la Inmigración 2004 de la Fundación Jaume Bofill (*La immigració a Catalunya avui. Anuari 2004*) niega que el proceso de regularización de inmigrantes impulsado en el 2005 haya provocado este efecto llamada.

(23) Antes del proceso de normalización también ocurría este “despiste de datos”: para el delegado del Gobierno para la Extranjería, Ignacio González solo existían “especulaciones” que oscilaban entre cien mil y el millón de personas –*Estrella Digital*, 2 de septiembre de 2003–; sólo aparecen datos más ajustados en *El País* de 9 de diciembre de 2003, justo antes de poner en marcha el proceso –1.250.000 irregulares–.

(24) Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, *Boletín de Noticias* n.º 46, agosto de 2005 (http://www.mtas.es/itss/sala_de_comunicaciones/boletin/Boletin_n46.pdf).

(25) (<http://www.sosracismo.org/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=178&mode=thread&order=0&thold=0>).

(26) *El País* de 26 de julio de 2006.

zaciones) y el deber de probar su situación concreta (frente a la contratación oral, temporalidad, índices de desempleo y otros graves avatares cotidianos) son factores que empujan a la población inmigrante hacia la irregularidad, situación en la que, una vez inmersos, van a tener un difícil escape. *Son precisos planes estratégicos para des-burocratizar la migración, adoptando medidas más flexibles para la gestión de las autorizaciones. Además, son precisos datos reales para conocer el número y la identidad de los extranjeros irregulares –por ejemplo, estadísticas que provengan de la Seguridad Social–²⁷.*

En todo caso, cualquiera que sea el número de irregulares, son precisas medidas de integración que eviten las bolsas de precariedad de la migración irregular. En la actualidad, para la integración (regularización) de la inmigración irregular –como la estrategia de las regularizaciones en masa es (y debió ser) excluida– el artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RLOEx)²⁸– desarrolla lo establecido en el artículo 31.3 de la citada Ley Orgánica y contempla diferentes supuestos de concesión, por razones excepcionales, de una autorización de residencia temporal de 1 año de duración²⁹. Junto con las tradicionales y escasamente utilizadas figuras de protección internacional o humanitarias que merecerían un estudio específico (víctimas de delitos de género o contra la humanidad, padecer enfermedad grave o peligro en el país de origen para la seguridad o la vida y por razones de interés público o seguridad nacional), se ofertan los mecanismos legales del arraigo laboral, social y por existencia de vínculos familiares y la figura de la colaboración con autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales. Además, existen otros de carácter judicial que reconocen el estatus laboral del irregular, cuya utilización conjunta con los mecanismos de integración facilita la total regularización del inmigrante irregular.

B) La doctrina jurisprudencial sobre estatus laboral para situaciones de irregularidad

La historia de esta vía desarrollada por la Jurisprudencia se inicia con la LO 7/1985, de 1 de julio (y artículos 6.3 y 1275 del CC). En ese momento, la posición doctrinal y jurisprudencial era unidireccional: “el contrato de trabajo que vinculaba a las partes contendientes es nulo de pleno derecho” – STS de 29 de septiembre de 1986–. El último ejemplo de esta doctrina ya superada lo ofrece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia La Rioja n.º 258/2001 (Sala de lo Social), de 27 de noviembre³⁰.

(27) Propuesta realizada por Ángel J. MORENO ZAPIRAÍN (Director General de Trabajo e Inmigración del Gobierno de Aragón), en el Curso *Las migraciones en España y la Unión Europea* (Jaca, 29, 30 y 31 de agosto de 2006).

(28) Aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

(29) Artículo 45.7 del RLOEx.

(30) AS 2001\3957.

Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

La “no-existencia” de la relación contractual tenía como consecuencia la negación de cualquier mínimo reconocimiento de los derechos laborales; en la línea de las prestaciones sociales, el extranjero irregular carecía de prestaciones por desempleo³¹ pero le eran reconocidas las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional³². Sólo desde el punto de vista jurídico-privado (y para evitar un enriquecimiento injusto del empleador³³), se reconocía el derecho al “salario” del irregular, remitiendo el juez laboral a la jurisdicción civil para que ejercitara allí la correspondiente acción civil³⁴.

La Jurisprudencia española inició la doctrina del reconocimiento del estatus laboral del inmigrante irregular –que se unifica tras la STS de 9 de junio de 2003³⁵– sobre la base del artículo 36.3 de la LOEx: “... 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 ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”. El primer fallo judicial que aplica la novedosa doctrina proviene del TSJ de Cataluña en su Sentencia de 14 de mayo de 2002³⁶-. Para ello utiliza argumentos gramaticales, sistemáticos, históricos y sociológicos para realizar una interpretación del artículo 36.3 de la LOEx coincidente con la realidad social y con el objetivo de política social de protección que persigue la norma. Resultado de ello, un extranjero sin permiso de trabajo ni residencia, que fue contratado verbalmente por una empresa para realizar diversos trabajos, es despedido verbalmente pero “el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador”, de esta manera se consigue “asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales”.

“Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido; (...) introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación.”

En relación con las “prestaciones que pudieran corresponderle”, la Jurisprudencia ha asentado dos principios: la responsabilidad del empresario en relación con las obligaciones de afiliación, alta y cotización en la Seguridad Social³⁷ y la aplicación del principio de igualdad de trato aun

(31) STS de 25 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6887)

(32) STSJ de Aragón de 28 de junio de 2001 (AS 2001\2537).

(33) STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 1989 [AS 1989, 2163].

(34) STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001 (JUR 2002\42571).

(35) RJ 2003\3936.

(36) AS 2002\1974.

(37) STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 17 de noviembre de 2005 (AS 2005\3384).

cuando la situación laboral sea ilegal³⁸. Por ello, el trabajador inmigrante en situación irregular disfruta, en la actualidad, de todas y cada una de las prestaciones de Seguridad Social derivadas tanto de contingencias profesionales como de contingencias comunes.

Hemos de esperar algunos años hasta que se defina la cuestión, grave y sobre la que evitó pronunciarse el TSJ de Cataluña, de la extensión y amplitud de los derechos laborales. El punto de partida de los Tribunales españoles es reconocer la existencia de la relación laboral de trabajadores irregulares en toda su extensión: “su validez lo será «respecto a los derechos del trabajador extranjero», con lo que se quiere destacar que tales derechos han de respetarse en su integridad con independencia de las consecuencias jurídicas que la irregular concertación de la relación laboral pudiere desplegar en otros ámbitos”³⁹. Racionalmente, la interpretación de lo que sean “los derechos del trabajador extranjero” (artículo 36.3) se extiende hasta hacer plenamente operativo el principio de equiparación entre trabajadores regulares e irregulares (artículo 36.1).

A partir de aquí, la Jurisprudencia está procediendo al reconocimiento concreto de todos los derechos laborales; el primero, que el despido de un trabajador extranjero irregular es improcedente y origina la indemnización correspondiente y los salarios de tramitación⁴⁰. Más problemas existe con la posibilidad de readmisión de un trabajador extranjero cuyo despido sea declarado improcedente por falta de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo. Existe Jurisprudencia menor que plantea directamente que el trabajador extranjero sea readmitido⁴¹. Otra jurisprudencia niega esta posibilidad tajantemente: “no sería posible, en un supuesto de declaración de despido nulo, la readmisión del trabajador extranjero que no cuenta con los permisos reglamentarios, no pudiendo sustituir este orden jurisdiccional social esa omisión”⁴².

(38) La Jurisprudencia es unánime. Vid., como ejemplo, STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005\3387).

(39) STSJ de Cataluña su Sentencia de 14 de mayo de 2002. En el mismo sentido, Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña de 4 de julio de 2003 –AS 2003\3004–, Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña de 20 de enero de 2003 –AS 2003\574–, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2003 –AS 2003\3246–, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 25 de noviembre de 2004 –AS 2004\1946–, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria de 5 de abril de 2005 –JUR 2005\99767–, Sentencia Tribunal Superior de Justicia Canarias de 30 de marzo de 2005 –AS 2005\993–.

(40) Hoy, esta posición no es controvertida en los Tribunales españoles. STSJ de Castilla y León, Burgos de 25 de noviembre AS 2004\1946, STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2005 (AS 2005\1736) o STSJ Madrid de 19 de diciembre (JUR 2006\129469).

(41) Vid., S. del Juzgado de 1.ª Instancia de Burgos de 17 de mayo de 2006 (www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/SentDespImproc.pdf) o S. Juzgado de lo Social de San Sebastián de 10 de mayo de 2005 (<http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/despidoimprocedente.pdf>).

(42) SJSJ País Vasco de 7 de diciembre (AS 2004\3675).

Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

La readmisión plantea determinadas cuestiones en relación con su puesta en práctica y en los casos en los que es operativa. En los supuestos de despido nulo o, a opción del empresario, de despido improcedente, la readmisión es posible⁴³ si el extranjero obtiene, tras el despido, las autorizaciones de extranjería (mediante la utilización de los mecanismos de arraigo laboral, social o por colaboración con autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales). Si la solicitud de los permisos está en tramitación en el momento de dictar la sentencia, o se solicitan posteriormente, se debe esperar a que la Administración resuelva positivamente la concesión de las correspondientes autorizaciones antes de instar la ejecución de la sentencia; este supuesto, aunque posible, tiene 1 problema práctico debido a los cortos plazos (en todo caso, no más de 1 mes) que articula el artículo 276 de la LPL para solicitar la ejecución de la sentencia, plazo durante el que se debería obtener la decisión positiva de la Administración para poder optar por la readmisión.

Excepto en los casos de obtención de la autorización de residencia y trabajo al momento de la ejecución de la sentencia, la alternativa de la readmisión del trabajador debe ser rechazada (optando por la indemnización correspondiente) ya que se abocaría al empresario a la comisión (reiterada) de una infracción administrativa y generaría situaciones kafkianas, como la expuesta en la STSJ de Castilla y León⁴⁴.

1. Un inmigrante rumano trabajó para una empresa constructora desde el 6 de enero de 2002.
2. Por sentencia del Juzgado de lo Social de 9 de septiembre de 2004 se declaró la nulidad del despido y se condena a la empresa a la inmediata readmisión del trabajador. Se readmite el 23 de septiembre de 2004.
3. La empresa fue requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante visita realizada el 5 de octubre de 2004 para que finalizara la relación de empleo, al carecer del perceptivo permiso de trabajo.
4. En fecha 6 de octubre de 2004 la empresa comunica al actor que queda en suspenso la readmisión en tanto la Administración se pronunciara sobre las instadas autorizaciones.
5. Con fecha 4 de noviembre de 2004 la Subdelegación de Gobierno de Salamanca emitió resolución denegando la autorización de Trabajo y Residencia solicitada.
6. El Juzgado de lo Social n.º 2 de Salamanca, mediante Auto de fecha 4 de febrero de 2005, declara la extinción del contrato de trabajo existente entre el actor y la empresa empleadora, con efectividad de fecha 6 de octubre de 2004.

(43) Cfr. VV.AA.: "Consecuencias del despido de extranjero en situación irregular" en *Revista de Jurisprudencia el Derecho*, n.º 4, julio 2006, pp. 7 a 11.

(44) AS 2005\3324.

C) Mecanismos excepcionales de integración

a) No efectividad del arraigo laboral

El arraigo es el primero de los mecanismos de integración de la migración no legal⁴⁵. La regulación de extranjería recoge varias situaciones de arraigo, siendo la primera de ellas, el arraigo laboral⁴⁶. Según el artículo 45.2.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, la obtención de un permiso de trabajo y residencia por motivo de arraigo laboral está sometida a la concurrencia de requisitos que debe acreditar el trabajador extranjero:

- permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años⁴⁷;
- carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o de anterior residencia por delitos existentes en el ordenamiento español;
- no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados miembros del espacio Schengen;
- demostrar la existencia de relaciones laborales en España cuya duración no sea inferior a un año.

El requisito de no figurar como rechazable ni tener prohibida la entrada en el territorio Schengen, hace inhábil este mecanismo para la regularización de aquellos extranjeros que hayan sido objeto, previamente, de un expediente de expulsión. Es cierto que si la doctrina del *status* laboral de inmigrante irregular se complementa con el mecanismo de la obtención del permiso de residencia (y trabajo) por razón de arraigo laboral, el resultado es un potente mecanismo de regularización. Sin embargo, las dificultades relativas a la acreditación de la situación laboral muestran que la vía del arraigo laboral va a ser poco operativa, básicamente porque existen otros mecanismos con requisitos menos gravosos. Según la Instrucción provisional sobre arraigo laboral⁴⁸, se considera relación laboral la que haya tenido lugar de forma continuada o no, con el mismo o diferente empleador, siempre que, de forma acreditada, su duración no sea, en conjunto, inferior a un año. De acuerdo con el 46.2.b) del RLOEx, “En el supuesto de arraigo laboral, a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite”.

(45) M.^ª Luisa TRINIDAD GARCÍA: “Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social” en *Cuadernos INTERMIGRA*, septiembre 2005, p. 10.

(46) La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración lo presentó como un sistema que tiene como propósito “velar por la garantía de los derechos de los trabajadores, al tiempo que ser más eficaces en la lucha contra la inmigración clandestina y la persecución de la economía sumergida”. (<http://extranjeros.mtas.es/es/general/NoticiasActualidade374540dd36idd003baa6e26697ea61d.html>).

(47) Cuando se tuviera constancia de que el extranjero hubiera salido de España en los dos últimos años, no existirá impedimento para entender que la permanencia ha sido continuada siempre que las ausencias no hayan superado 90 días en ese período de tiempo.

(48) Instrucciones provisionales sobre arraigo laboral del Ministerio de trabajo y asuntos sociales de 3 de agosto de 2005.

Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

El arraigo laboral presupone, por tanto, la denuncia de la situación laboral ilegal. La denuncia ante la Inspección de Trabajo conlleva el levantamiento de la correspondiente Acta de Infracción y abono de multa y cotizaciones atrasadas por parte del empresario, con los correspondientes recargos. La Sentencia del Juzgado de lo Social en la que quede acreditada la existencia de la relación laboral y la antigüedad, presupone demanda interpuesta por el trabajador. En situaciones de economía sumergida, existen los problemas típicos de prueba de la pre-existencia de la relación laboral y su antigüedad: no existencia de documentos probatorios, dificultad de las pruebas testificales, miedo de denunciar del inmigrante y hay que contar con que este trabajo es el medio de subsistencia del extranjero. Carles BERTRÁN, señala estas dificultades: “Cualquier sindicalista sabe que es muy difícil demostrar vínculos laborales en la economía sumergida (...) por falta de documentos probatorios y por la alta temporalidad” además de que los extranjeros “pueden tener temor a la repercusión que puede ocasionar la denuncia”⁴⁹.

Es preciso articular mecanismos menos traumáticos para el empresario que, de buena fe, quiera legalizar a un inmigrante irregular a lo que debe añadirse mecanismos de control para evitar situaciones fraudulentas. Esta propuesta se hace aún más necesaria si comprobamos que otros mecanismos de integración (colaboración con las autoridades) también presuponen la denuncia de la situación laboral ilegal.

b) ¿Arraigo? por inserción social o familiar

Por causa de arraigo debido a inserción social, quedarán en situación regular los que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, un contrato de trabajo futuro –firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud– y cuya duración no sea inferior a un año o que trabaje por cuenta propia y tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe del ayuntamiento de su domicilio⁵⁰ que acredite su inserción⁵¹. Si la causa del arraigo es familiar, obtendrán las correspondientes autorizaciones “cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles” [artículo 45.2.b) y c), respectivamente].

Para analizar estas causas de arraigo, es preciso realizar un *excursus* en relación con la regulación anterior que ofrecía el derogado artículo 41.2.d) del RD 864/2001 y su interpretación Jurisprudencial⁵² que configuraba el arraigo como concepto jurídico indeterminado, generando un mecanismo de regularización poco traumático. Se considera el arraigo como los “vínculos que unen al extranjero con el lugar en que resida, ya sea de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo”. Entendiendo que este planteamiento es aplicable a todo mecanis-

(49) <http://www.mugak.org/prensa/20050809/ElMundo4.html>.

(50) En concreto, sobre el Informe municipal, vid., <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/reloex/ANEXO-SARRAIGOSOCIAL.doc>.

(51) Vid., Instrucciones de desarrollo del artículo 45.2.b) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

(52) Vid., por todas, STS de 20 de enero de 2001.

mo basado en el arraigo, lo proyecta y la conclusión del juez es que el artículo 41.2.d) del RD 864/2001 no establece requisitos estrictos, ni números clausus, sino ejemplos de vías hábiles para demostrar arraigo (“el referido precepto reglamentario define un supuesto en que ha de entenderse acreditado el arraigo, mas sin que pueda considerarse que efectúa una definición, como *numerus clausus*, de lo que deba entenderse por arraigo, cuyo concepto resulta de su perfil legal y jurisprudencial”). A partir de ahí, considera otras situaciones en las que se demostraría el “interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso solicitado, pudiendo ser demostrado, entre otras situaciones, por el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute del permiso de trabajo, el haber sido previamente titular de permiso de residencia”⁵³.

No considero que la interpretación del arraigo como concepto jurídico indeterminado sea trasladable del derogado artículo 41.2.d) del RD 864/2001 al vigente artículo 45 del RD 2393/2004. Tras la entrada en vigor del Reglamento de Extranjería, la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales existe por las causas tasadas. La causa del arraigo se configura como concepto normado que debe apreciarse si (y sólo si) concurren las causas –laboral, social y vinculación familiar– y los requisitos establecidos legalmente para cada una de ellas. En todo caso, la vía del arraigo por causa de inserción social (y vinculación familiar) soslaya los problemas de prueba de una relación laboral preexistente por lo cual es un mecanismo menos gravoso que el arraigo laboral y, por tanto, de mayor operatividad práctica.

c) Operatividad de la vía de regularización por colaboración del inmigrante

La utilización de la Jurisprudencia española del estatus laboral de inmigrante irregular, complementado con el mecanismo de la obtención del permiso de residencia (y trabajo) por razones de colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales (artículo 45.5 del RD 2393/2004) modelan un sistema de regularización muy potente ya que es fácilmente operativo. Configurada como figura coactiva contra la contratación ilegal de extranjeros, la denuncia de la situación laboral ilegal ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o el reconocimiento de esta situación por un juez, además de otras ventajas, es causa suficiente para la concesión de los permisos correspondientes. Junto a ello, se debe tener en cuenta que según el artículo 45.5 del Reglamento de Extranjería, “dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos”. Por tanto, con plantear ante la Jurisdicción Laboral que se reconozca la situación laboral del irregular, añadiendo que se inste a los organismos competentes (artículo 45.5), es suficiente para regularizar la situación del inmigrante. En el supuesto particular de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Instrucción de 4 de julio de 2006⁵⁴, establece unos requisitos mínimos para la aplicación de esta causa:

(53) Sentencia 268/06 del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Bilbao de 3 (¿5?) de octubre de 2006.

(54) Instrucción de 4 de julio de 2006 sobre autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, por colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (DGI/SGRI/06/2006).

Integración y atracción de la inmigración laboral ilegal

que la colaboración origine la apertura de un expediente sancionador y que los extranjeros que presten la colaboración sean bien las víctimas o bien los testigos de la actividad ilegal, quedando en suspenso cualquier procedimiento sancionador contra el inmigrante.

III. CONCLUSIÓN

La globalidad holística, responde con respuestas complejas a la complejidad del fenómeno migratorio. Es previo considerar que las estrategias normativas tienen unos efectos psicológicos directos en la cultura inmigrante: en una situación en la que los mecanismos de control de flujos migratorios no son (o no pueden ser) eficientes, los procesos de normalización producen la atracción de personas con la esperanza de una futura regularización y los mecanismos de regularización permanente proyectan que el país da “papeles para todos”. En este panorama, el modelo europeo de inmigración está claro: control (restrictivo) de los flujos migratorios y medidas, excepcionales, de integración de la inmigración irregular⁵⁵. Sin olvidar que este modelo debe ser adaptado al caso español, se echa en falta un sistema de extranjería claro y equilibrado.

Está claro que, en España, la política de control de flujos migratorios va a acomodarse a la línea de otros países europeos siendo más restrictiva; sin embargo, el criterio que debe matizar esta política es la operatividad y la eficacia de los sistemas de admisión de extranjeros. Paralelamente, se debe revisar el modelo de rechazo de aquellos inmigrantes que no utilicen las vías legales. Respecto de los inmigrantes irregulares que se encuentran en España, se han apuntado ya algunas acciones que son imprescindibles. En relación con los mecanismos de regularización por causa de arraigo laboral y social muestran una falta de operatividad en la práctica; finalmente, se debería planificar si la utilidad de la vía de integración por colaboración, además de ser un mecanismo de integración operativo, consiste básicamente en luchar contra la contratación irregular de extranjeros.

La palabra clave en el futuro va a ser la *Integración*, pero la operatividad de esta Política se enfrenta con problemas enormes. Por una parte, las estrategias de integración son de diseño complejo puesto que fácilmente se propician acciones aisladas pero difícilmente se configuran de manera coordinada en función de la consecución de un modelo de integración multicultural. Por otra parte, la adaptación de la población inmigrante siempre genera agravios en cuanto a cuál es el nivel de integración de los inmigrantes en comparación con la situación de la población nacional; si la integración es problemática, habrá un caldo de cultivo de consecuencias no muy aconsejables a medio y largo plazo. Así las cosas, la política de integración española parte de una situación muy comprometida ya que la rapidez con la que se ha producido el fenómeno de la inmigración en España y el alto número de inmigrantes irregulares tiene repercusiones negativas en relación con su futura integración. Pensemos que un elevado número de inmigrantes en un corto período de tiempo generan problemas inmediatos de integración (la sociedad y la administración española deben adaptarse rápidamente a una nueva realidad;

(55) IP/06/1026.

la adaptación rápida genera problemas de respuestas poco adecuadas –adaptación del sistema educativo, sanitario, de política de vivienda, de protección social, etc.–. Además, cuanto mayor sea la situación de necesidad de la inmigración (y estas necesidades se acrecientan en la inmigración irregular debido a su precaria situación) mayor será la cuantía de recursos para proporcionar servicios a la inmigración. Aunque en el momento actual, el saldo sea netamente positivo para el Estado (en 2005, un superávit de unos 5.000 millones de euros es debido a la inmigración)⁵⁶, las políticas de integración y las necesidades de la población inmigrante como beneficiarios netos del *welfare stat*⁵⁷, incrementan exponencialmente el gasto económico no tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas (en función de que son ellas las que tienen competencias en materia de educación, sanidad, etc.).

(56) Informe: inmigración y economía española de 15 de noviembre de 2006.

(57) SARTORI, G.: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, 2001, pp. 120-121. Se rechazan por parte de Jesús MERCADER UGUINA: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, *ponencia del XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001, pp. 6 y ss. y nota 9 (<http://www.aedtss.com/documentos/LA%20PROTECCION%20DE%20LOS%20TRABAJADORES%20Jes%20R.%20Mercader%20Uguina.doc>).

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

Profesor titular Universidad Complutense de Madrid
(franciscosacristan@ozu.es)

II

Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España

SUMARIO

I. Concepto y características.

II. Las políticas activas de empleo en la Europa comunitaria. A) Itinerarios integrados de inserción laboral para inmigrantes. B) Formación de profesionales con dedicación exclusiva enfocada al colectivo inmigrante. C) Sensibilización, estudios y seminarios sobre el colectivo inmigrante.

III. Ámbito de actuación español en las políticas activas de empleo.

IV. Referencias bibliográficas por orden alfabético.

I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Para situar al lector interesado en esta parcela de la realidad jurídica actual de una forma lo más cercana posible a los objetivos que se pretenden conseguir en el desarrollo de esta cuestión relativa al concepto y características de las políticas activas de empleo, es necesario empezar matizando que, desde un enfoque amplio, dichas políticas intentan suplir las desigualdades presentes en el mercado de trabajo a partir de la toma en consideración de la heterogeneidad de los diferentes colectivos que participan en el mercado. Así, entre las políticas activas de empleo, se podrían distinguir tres grandes grupos, a partir de la clasificación realizada por SÁEZ¹:

- 1.º Las que persiguen el desarrollo de un buen sistema de intermediación entre la oferta y la demanda a través de medidas de diversa naturaleza.
- 2.º Las actuaciones encaminadas a la mejora de los mecanismos de educación y formación a efectos de facilitar a los jóvenes una base de partida que les permita desempeñar una profesión y avanzar en la cualificación profesional de los adultos.
- 3.º Las que tienen una directa conexión con la promoción del empleo.

(1) SÁEZ, F. (1997): "Políticas de mercado de trabajo en Europa y en España", *Papeles de Economía española*, 72:309-325.

En este contexto interesa especialmente analizar la combinación de medidas con relación a la orientación, formación y experiencia laboral. Además, respecto a las consecuencias jurídicas de tales políticas, hay que hacer un especial esfuerzo para adentrarse en la operatividad de los programas hacia la población-objetivo que constituye el colectivo de trabajadores inmigrantes.

Conviene recordar que en los países más desarrollados se ha registrado en los últimos diez años un notable aumento de las políticas activas de empleo destinadas a los colectivos con una baja tasa de colocación, entre los que se encuentran los inmigrantes.

Según SÁEZ, el grupo más importante ha sido el de los desempleados de larga duración (superior a un año) y que superan cierta edad, el segundo conjunto de colectivos se caracteriza por el de aquellas personas cuya experiencia laboral es muy pobre o incluso inexistente (marginados, personas con historial delictivo, inmigrantes y gente con baja cualificación) y el tercer grupo serían los jóvenes recientemente incorporados al mercado de trabajo. Otros grupos de segunda línea son los considerados como inactivos (especialmente se refieren a las mujeres) y los receptores de rentas sociales, a los que se empuja hacia el empleo como mecanismo de integración social.

Una vez realizada esta incursión general, es preciso destacar que para una de las instituciones españolas con más conocimiento y experiencia en esta materia, como es el Consejo Económico y Social (CES), estas políticas comprenderían dos grandes grupos de medidas, a saber:

- 1.º Las destinadas a una actuación directa que incida sobre el mercado de trabajo para aumentar el empleo o reducir el paro, tales como los incentivos económicos (bonificaciones, subvenciones, etc.) a la contratación.
- 2.º Las que van dirigidas a la mejora sustancial y cualitativa de los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea mediante la formación de los activos, el incentivo (o la supresión de obstáculos) a la movilidad geográfica de la mano de obra, la mejora de la intermediación entre los flujos de oferta y demanda en el mercado de trabajo, e incluso una más fluida información de este mercado (que es, por ejemplo, uno de los esfuerzos de los observatorios públicos de empleo).

En España, un estudio serio y riguroso de las políticas activas de empleo destinadas a los trabajadores inmigrantes debe partir de dos factores básicos en su configuración: su contextualización dentro del modelo adoptado por la Unión Europea y el alto grado de descentralización en las competencias, servicios y funciones que les atañen.

Las políticas activas de empleo pretenden contribuir al incremento de las posibilidades de incorporación y mantenimiento laboral de los inmigrantes, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo. Además, en términos macroeconómicos, la actuación selectiva sobre la oferta y la demanda, con medidas tales como el fomento de la iniciativa privada, la ayuda a la movilidad a sectores con suficiente demanda o la creación directa de empleo, permiten reducir los desequilibrios o desajustes en el mercado de trabajo.

Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España

II

Tomando como punto de partida y referencia esencial la vigente Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre, ya en la misma Exposición de Motivos se alude a que uno de los factores esenciales que han estado presentes en el entramado actual del mercado laboral español es el denominado por los redactores de la ley “fenómeno inmigratorio”, que sin lugar a dudas ha contribuido a una importante modificación cualitativa y cuantitativa del empleo en España.

Lo establecido en la Exposición de Motivos tiene continuidad en la misma Ley cuando el artículo 2, concerniente a los objetivos de la política de empleo, cita de forma específica al colectivo migratorio externo en su apartado g), entendiéndose que una de las metas de la Ley es la coordinación de la articulación de las políticas de empleo, teniendo muy presentes tanto a la inmigración interna como a la externa; estos aspectos van ligados a los principios de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.2 de la CE.

Además, este apartado g) del artículo 2 conecta con su apartado d), especificando que los inmigrantes se encuentran dentro del conjunto de colectivos en los que es preciso fomentar políticas destinadas a la integración laboral, dado que son grupos que presentan por las diversas características que concurren en ellos más trabas y problemas a la hora de encontrar empleo que el resto de ciudadanos. Entre estos colectivos, el artículo 2, apartado d), de la Ley de Empleo cita de forma específica a los “jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años”.

Una vez introducidas estas dos puntuales referencias significativas sobre el objeto de estudio, ubicadas en la Exposición de Motivos y el artículo 2 de la Ley, enfoco la atención al importante artículo 23 que delimita el concepto básico sobre el que pivota este trabajo y éste no es otro que el de “políticas activas de empleo”. En consonancia con el espíritu integrador que orienta a esta Ley de Empleo, se definen las políticas activas de empleo como “el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social”.

De esta definición se pueden extraer algunas características básicas acerca de estas políticas activas de empleo que, desde mi perspectiva particular, serían las siguientes:

1.º Se advierten tres ejes esenciales sobre los que descansarían estas políticas: *orientación, empleo y formación*.

En torno a estas tres líneas de actuación deberíamos tener presente el esquema mental de inserción del colectivo inmigrante en el mercado laboral español, puesto que se van a reproducir en la legislación específica que tiene como destinatarios principales a los inmigrantes.

Dicho esto, no podemos pasar por alto que para intentar acercarnos a las anteriores tres líneas de actuación, las medidas favorecedoras para integrar a los colectivos con más dificultades, no

sólo para encontrar empleo, sino también para consolidar un puesto de trabajo estable y de calidad, deben acompañarse de un importante incentivo económico.

En este sentido, el actual Ministro español de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, recalca que “la cantidad destinada a políticas activas de empleo en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para el año 2005 es de 6.372,6 millones de euros, que supone un aumento de 462,3 millones, un 7,8%, con respecto al año anterior”².

En el capítulo específico relativo a la integración laboral de los inmigrantes, el presupuesto que corresponde a la Dirección General de Inmigración se sitúa en unos 12 millones de euros, des-puntando de una manera especial las transferencias que desde la Administración Central se harán a distintas instituciones autonómicas y municipales, que de acuerdo a lo comunicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, coparán tres cuartas partes del presupuesto.

2.^a Se alude en la definición sobre políticas activas de empleo a que éstas van enfocadas al grupo de “los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores”. Es pertinente, por ello, hacer una distinción entre dos grupos ya de entrada:

- a) Desempleados por cuenta propia o ajena.
- b) Trabajadores en lo relativo a su formación y recalificación para el empleo.

3.^a Fomento del ánimo de creación de empresas y de la denominada “economía social”.

Desgranado el concepto y características de las políticas activas de empleo, el artículo 26 de la Ley de Empleo se refiere a los inmigrantes como “colectivo prioritario” al que deben ir dirigidas las medidas de fomento del acceso y mantenimiento en el empleo.

II. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN LA EUROPA COMUNITARIA

Partiendo del Tratado de Ámsterdam se incorporó el artículo 13 que establece que “el Consejo (...) podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Al amparo de este precepto, se aprobó en el año 2000 una Directiva muy relevante referida al establecimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en concreto, la Directiva 2000/78/CE. Así, en el considerando n.º 9 de esta Directiva, se establecía que “el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”.

(2) Este dato está tomado de la publicación electrónica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, NIPO 201-04-014-X ISSN: 1577-189 X, 14 de octubre de 2004, Madrid.

Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España

II

La normativa comunitaria es un fiel reflejo del trabajo realizado en el Consejo Europeo de Luxemburgo, celebrado en noviembre de 1997, en el que la Unión Europea dio un impulso muy importante y de una forma progresivamente integrada, a las políticas activas de empleo, como un desarrollo del nuevo Título de Empleo que se incluyó en el Tratado de Ámsterdam. La consecuencia jurídica que se deriva de todo este proceso es que las políticas activas de empleo en España vienen definidas en buena parte por las líneas y directrices generales que introduce la Unión Europea en el Derecho Comunitario.

Tres años más tarde de la reunión de Luxemburgo se celebró el Consejo Europeo de Lisboa, en concreto en marzo de 2000, en el cual se acordaron una serie de actuaciones relevantes tales como la definición de una estrategia global para el crecimiento económico a largo plazo, el pleno empleo, la cohesión social y el desarrollo sostenible en una sociedad basada en el conocimiento, que se ha venido denominando en el marco comunitario con el título de Estrategia de Lisboa. Dentro de ésta hay que realizar una especial mención a la denominada Estrategia Europea de Empleo, que se conoce con las siglas EEE. Este enfoque sobre el empleo en el ámbito de la Unión Europea intenta hacer una reordenación y ampliación de las diversas directrices para el empleo que se habían configurado como principios informadores para la política comunitaria, completándose con una serie de objetivos de tipo cuantitativo a diez años. Para la instrumentación de esta Estrategia Europea de Empleo, se definieron cuatro grandes pilares, en los que cada año se establecerían diversas directrices, debiendo ser desarrolladas éstas por los países miembros de la Unión Europea en políticas concretas, dentro de los sucesivos programas nacionales para el empleo con un período anual de actuaciones. En concreto, los cuatro grandes pilares son:

- 1) Mejora de la capacidad de inserción profesional.
- 2) Desarrollo del espíritu de empresa.
- 3) Fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas.
- 4) Refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

En el contexto de este proceso que empezó en Luxemburgo en 1997, las sistemáticas revisiones de la EEE han llevado a la determinación de la necesidad de realizar un ejercicio de simplificación para ofrecer enfoques y orientaciones más generales, con una mayor determinación de las acciones prioritarias y responsabilidades que mejor están definidas. Así, en junio de 2003, se procede a una crucial modificación de la EEE para el período trianual 2003-2005, en el que las características más sobresalientes están construidas alrededor de unos puntos muy específicos, tales como la determinación de tres objetivos generales, cuya materialización pasaría por el cumplimiento de cuatro requisitos básicos que deben recogerse en la aplicación por parte de los Estados miembros de la EEE revisada, un menor número de directrices, reducido a diez y un período de vigencia de estas directrices a tan sólo tres años. De forma paralela, se han ido matizando un conjunto cada vez más amplio de indicadores cuantitativos para la medición y la evaluación de las políticas en las que se recojan estas líneas de actuación genérica.

Podemos vislumbrar que en el actual marco comunitario, uno de los efectos más clarificadores de la filosofía que encierra la Estrategia de Lisboa, es el de destacar el papel tan relevante que

deben tomar las políticas activas de empleo en los países miembros de la Unión Europea. De acuerdo a la EEE, los Estados han ido elaborando cada año programas nacionales de acción para el empleo. Conviene mencionar que la actuación encaminada a la mejora de la capacidad de inserción profesional de los trabajadores es la que concentra la mayor parte de las políticas activas del mercado de trabajo. A pesar que ese objetivo se haya dirigido en mayor proporción a la ordenación de programas y actuaciones ya existentes que para el diseño y la puesta en marcha de otros nuevos, sí es preciso mencionar que sobre dicho objetivo se han establecido las bases para el arranque de distintas medidas que tienen un reflejo en los denominados Planes Nacionales de Acción para el Empleo de nuestro país.

Tres de los fines de estos Planes se han enfocado a la incentivación de la participación en el mercado de trabajo, la potenciación de la búsqueda de empleo y la promoción de la igualdad de oportunidades.

En el diseño de este artículo interesa especialmente la directriz 7, destinada a la promoción activa y decidida de la integración de todos aquellos colectivos desfavorecidos por distintas causas en el mercado de trabajo y a enfrentarse de una manera eficaz a la discriminación que sufren.

En el camino indicado por esta anterior directriz, las acciones a favor de la integración de los colectivos desfavorecidos se destinan a actuaciones concretas en el campo de la educación y formación de jóvenes y adultos, personas discapacitadas e inmigrantes. En el caso concreto que ocupa la atención de este artículo, o sea, el colectivo inmigrante, existen diferentes actuaciones para luchar contra su discriminación, que pasan por la elaboración de itinerarios integrados de inserción laboral que contemplen sus potencialidades y posibilidades de empleo de forma individualizada; por la formación de profesionales en el campo de la inmigración y por la regularización de la situación laboral de los inmigrantes que acrediten el desempeño de un trabajo durante al menos el período de un año.

En la atención particular al colectivo inmigrante son tres medidas específicas las que están previstas en el denominado Programa Operativo “Lucha contra la discriminación”, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, a saber:

A) Itinerarios integrados de inserción laboral para inmigrantes

En este apartado se toman en consideración las diferentes y variopintas características personales y laborales de los inmigrantes, con el objetivo de intentar el descubrimiento y la potenciación de las posibilidades de acceso al empleo desde un enfoque netamente individualizado. Este itinerario está formado por una serie de fases, a saber:

- a) Diagnóstico de la situación, cuya herramienta esencial es una entrevista personal.
- b) Formación previa, con instrumentos poderosos tales, como el aprendizaje del idioma español y de otra lengua específica oficial de la Comunidad Autónoma que se trate, además de un entrenamiento básico en habilidades sociales.

Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España

II

- c) Orientación sociolaboral.
- d) Formación ocupacional.
- e) Apoyo al autoempleo.
- f) Medidas de acompañamiento de tipo sociopedagógico, que se concretan en ayudas destinadas a gastos de guarderías y escuelas infantiles, ayudas para sufragar los costes de transporte y manutención para aquellos casos que se entiendan como más vulnerables, etc.

B) Formación de profesionales con dedicación exclusiva enfocada al colectivo inmigrante

Se trata de impulsar medidas eficaces para dotar de una preparación teórica y práctica en materia de extranjería y recursos sociales existentes en las diferentes Administraciones Públicas de ámbito territorial estatal, autonómico o local, destinada a todos aquellos profesionales de los diversos organismos e instituciones públicas y privadas que trabajan directamente con los inmigrantes, con el objetivo esencial de su inserción en el mercado laboral.

C) Sensibilización, estudios y seminarios sobre el colectivo inmigrante

El objetivo es alcanzar una efectiva concienciación social a través de la realización de campañas concretas y la realización de encuentros, jornadas y seminarios, intentando que en estos diferentes actos participen el mayor número de agentes sociales implicados en todo lo que constituyen las trabas esenciales que impiden la plena integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo español.

Las propuestas particulares que los dos Sindicatos españoles más representativos en el ámbito territorial estatal, UGT y CC.OO., entienden esenciales para hacer efectivos los objetivos de la Directriz 7 se centrarían en estos cinco puntos:

- 1.º Desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería, dando cabida a la participación de los interlocutores sociales.
- 2.º Establecimiento de unas normas claras y participativas para la determinación de los contingentes, teniendo presentes la situación nacional de empleo, el papel de los Servicios Públicos de Empleo, la articulación sectorial y territorial y la implicación de empresarios y organizaciones sindicales.
- 3.º Dotación de medios y recursos suficientes a la Administración española en los países de origen de la población trabajadora inmigrante para la potenciación de la contratación en sus países de nacimiento y el establecimiento de planes de acompañamiento y de integración sociolaboral (lengua, derechos laborales, regulación colectiva, protección social, etc.)
- 4.º Luchar contra las situaciones de explotación y desigualdad de las personas inmigrantes vinculadas a la irregularidad y al empleo sumergido, así como la promoción de los procedimientos de actuación coordinada entre las distintas Administraciones Públicas, incluida la Inspección de Trabajo, con el objeto de hacer emerger a la superficie el empleo irregular, con la persecución

del fraude empresarial y asegurando la protección a los trabajadores que pongan en conocimiento de las instancias judiciales estas situaciones.

5.º Definición de programas de integración social destinados a los inmigrantes en materia de educación, vivienda, servicios sociales, etc.

Bajando al terreno concreto de las distintas Comunidades Autónomas, la materialización de esta directriz 7 se concreta en las siguientes actuaciones:

– Aragón:

- Ayudas a la contratación de trabajadores en riesgo de exclusión en Empresas de Inserción Laboral.
- Información, atención especializada y asesoramiento individualizado acorde a inmigrantes.
- Participación en la iniciativa comunitaria EQUAL potenciando la formación e integración de colectivos desfavorecidos.
- Ayudas a los empresarios para facilitar el alojamiento de trabajadores temporales e inmigrantes.
- Convenios con asociaciones de agricultores y cooperativas para la contratación de trabajadores temporales e inmigrantes.
- Convenios con entidades para la intermediación laboral con personas inmigrantes y sensibilización de las empresas.

– Asturias:

- Plan de Formación para personas con discapacidad y amenazados de exclusión.

– Canarias:

- Acciones para la integración de colectivos en riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
- Inserción laboral de inmigrantes.

– Cataluña:

- Proponer oportunidades de integración a los colectivos con riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
- Subvención global.

– Comunidad Valenciana:

- Programa de Talleres de Formación e Inserción Laboral.
- Plan Integral de empleo para personas con riesgo de exclusión social.

– Galicia:

- Incentivos a la contratación temporal e indefinida de desempleados en riesgo de exclusión social.

Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España

II

– Madrid:

- Ayudas a empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.

– Navarra:

- Formación e inserción de inmigrantes.

– La Rioja:

- Ayudas a la contratación estable, mínimo de un año, de trabajadores desempleados en riesgo de exclusión social.

Haciendo un repaso al conjunto de medidas específicas dentro del ámbito territorial autonómico, se percibe de una forma nítida que Aragón es la Comunidad Autónoma española que más programas y presupuesto regional destina a hacer posible la concreción de la directriz 7 en lo concerniente al colectivo inmigrante.

Por último, en el marco de la Unión Europea conviene hacer una especial mención a la conocida como iniciativa comunitaria EQUAL, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo. El objetivo de esta iniciativa, tal y como se contempla en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de 5 de mayo de 2000, es el de “promover nuevas maneras de combatir todas las formas de discriminación y desigualdad en relación con el mercado de trabajo a través de la cooperación transnacional”.

En el campo particular que centra el interés de este trabajo, EQUAL distingue dos propósitos diferentes para enfocar el alcance de la capacidad de inserción profesional:

- a) Hacer posible a través de una serie de instrumentos y herramientas concretas el acceso y la reincorporación al mercado de trabajo de las personas que sufren en mayor medida las trabas y obstáculos para integrarse o reintegrarse en el mercado laboral.
- b) Tomar medidas drásticas y eficaces para luchar contra el racismo y la xenofobia conectados al mercado de trabajo.

III. ÁMBITO DE ACTUACIÓN ESPAÑOL EN LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Una vez perfiladas las ideas básicas del modelo comunitario que subyace con relación a las políticas activas de empleo, para afrontar una perspectiva adecuada de lo que ocurre en España, conviene no ignorar la configuración múltiple, tanto en los aspectos del diseño como en los de la ejecución, que provienen de la distribución de competencias entre la Administración Central del Estado y las 17 Comunidades Autónomas y las 2 Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en esta materia, y de la capacidad de las Administraciones locales de adoptar medidas de tipo complementario. Retrotrayendo la atención al tercer punto de este epígrafe, se veía que la ac-

Francisco Sacristán Romero

II

tual y vigente Ley de Empleo tiene como objetivos fundamentales el de la armonización del modelo surgido de la distribución de competencias y garantizar la adecuada cooperación y coordinación entre las diferentes Administraciones y entre los agentes públicos y privados, que se encuentran implicados, para intentar en la medida de lo posible la movilización y optimización de los recursos disponibles al objeto de lograr mayores niveles de eficiencia en las políticas de empleo.

Se puede constatar que la Ley de Empleo ha instaurado un concepto integral de política activa de empleo, diseñada como el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas cuyos objetivos vienen determinados por el desarrollo de programas y medidas dirigidas a la consecución del pleno empleo, además de la calidad del empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo y la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo. Una de las consecuencias evidentes de la amplitud del concepto de política activa de empleo que se recoge en la vigente Ley de Empleo, es la imprescindible regulación de las competencias de cada una de las instituciones y organismos implicados en su diseño y ejecución, pero no ignorando en ninguno de los supuestos posibles a las Administraciones Públicas de carácter local en el desarrollo del conjunto de las políticas activas de empleo. En virtud de todas las circunstancias, es relevante el modelo del Sistema Nacional de Empleo, cuyos ejes esenciales de actuación se centran en un modelo de descentralización territorial y de coordinación funcional, en el que las finalidades se centren en el aumento progresivo de las tasas de intermediación laboral y en asegurar la aplicación de las políticas activas de empleo y de la acción protectora por desempleo, así como la ineludible garantía de la unidad del mercado de trabajo en España, su integración en el mercado único europeo y la libre circulación de los trabajadores.

Especificar que el Sistema Nacional de Empleo está formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las diferentes Comunidades Autónomas. En el caso del Servicio Público de Empleo Estatal, hablamos de un organismo autónomo de la Administración General del Estado que tiene como fines esenciales la ordenación, desarrollo y seguimiento de la política de empleo. En lo concerniente a los servicios de las Comunidades Autónomas, decir que son los órganos o entidades a los que se encarga, en su correspondiente ámbito territorial, la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo.

Por último, dejar constancia que a partir del objetivo deseable de dotar de una mayor transparencia al mercado laboral, se establecen unos determinados principios comunes de actuación, tales como los de integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información, además de la existencia de un lugar común en la red telemática que haga posible el conocimiento de las ofertas y demandas de empleo y oportunidades de formación en todo el territorio español.

Diseño de las políticas activas de empleo en la Unión Europea y España

II

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS POR ORDEN ALFABÉTICO

- AJA, E. (coord.): *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.
- “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.

Francisco Sacristán Romero

II

- 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, tomos I y II.
- IBÁÑEZ, J.: *Más allá de la sociología. El Grupo de Discusión: técnica y crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- 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*, ANCOF, 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*, U.A.B./CC.OO Catalunya, Barcelona, 1990.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Encuesta de Coyuntura Laboral*, 2.º trimestre de 1992, Madrid, 1993.
- *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.

ELENA ARCE JIMÉNEZ

Abogada del Colegio de Córdoba
(elena@boloniaabogados.com)

III

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

SUMARIO

I. Regulación legal de la kafala en Marruecos.

II. La kafala en el derecho español.

III. La kafala, su repercusión en la actual legislación de extranjería. A) Situaciones en el ámbito de aplicación de la LOEXIS. B) Situaciones en el ámbito de aplicación del RD 178/2003.

En el número 11 de la REDMEX la profesora LÓPEZ AZCONA comentaba algunas resoluciones judiciales acerca de la kafala, institución de derecho islámico para la protección del menor y realizaba una valoración de esa institución y de sus repercusiones en las situaciones de derecho de extranjería¹. Son cada vez más numerosos los supuestos de menores extranjeros en kafala que pretenden entrar o que se encuentran ya en territorio español. Aunque son todavía escasas las resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre la repercusión de esta institución de protección de menores de Derecho islámico en el derecho de extranjería español, existen al menos dos sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia que llegan a conclusiones opuestas: la STSJ de Aragón de 21 de junio de 2005 y la STSJ de Andalucía en Sevilla de 14 de septiembre de 2004.

Pretendo con estas líneas analizar ambas resoluciones, así como la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 1 de diciembre de 2004 y la reciente resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 31 de mayo de 2006, para concluir aportando a la reflexión sobre la institución de la kafala conclusiones que difieren en parte de las del artículo de la profesora LÓPEZ AZCONA, al entender que la kafala es una institución de protección de menores que puede encajar sin dificultad alguna en el concepto de representación legal a los efectos de la legislación de extranjería.

Es importante no olvidar que la institución de la kafala está expresamente recogida en el artículo 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 que reconoce la ka-

(1) Aurora LÓPEZ AZCONA: "La institución musulmana de la kafala y el derecho de extranjería: Breve noticia de algunas resoluciones judiciales", *REDMEX*, n.º 11 de marzo de 2006, pp. 223 a 228, Editorial Lex Nova.

fala islámica como institución para la protección y desarrollo armonioso del niño y que tiene efectos jurídicos tanto para el menor como para la persona encargada de aquél.

Conforme señala la profesora Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, refiriéndose a la regulación marroquí de la institución de la kafala: “el procedimiento previsto para la kafala, tal y como se define esta ley, prevé un conjunto de garantías adoptadas en interés del niño”².

I. REGULACIÓN LEGAL DE LA KAFALA EN MARRUECOS

(Este apartado ha sido revisado por doña NAZIHA HARRAK Magistrada de Enlace marroquí en España. Consejera de Asuntos Judiciales de la Embajada de Marruecos en España.)

En Marruecos la institución de la kafala está regulada por la Ley 15/01 relativa a la guarda de los menores abandonados promulgada por el Dahir n.º 1-02-172 de 13 de junio de 2002 (BO n.º 5036 de 15 de septiembre de 2002). El Ministerio de Justicia marroquí dictó dos instrucciones de 7 de febrero de 1996 y de 1 de julio de 2003 relativas a la situación de las kafalas cuando los “kafilis” (acogedores) se proponen residir de manera permanente en el extranjero.

Conforme a la Ley 15/01 la kafala es “la guarda de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, la obligación de encargarse de la protección, la educación y el sustento de un menor abandonado del mismo modo que se haría con un hijo propio. La kafala no da derecho a la filiación ni a la sucesión”.

Conforme al artículo 1 pueden ser dados en kafala los menores de 18 años que se encuentren abandonados. Conforme a esa ley, son tres los supuestos en los que se puede considerar a un menor abandonado a los efectos de kafala:

- 1.º Nacido de padres desconocidos o de madre conocida que abandone al menor de manera voluntaria.
- 2.º Menor huérfano o de padres incapaces de atender las necesidades del menor o que no dispongan de medios de subsistencia.
- 3.º Padres que teniendo mala conducta no asuman su responsabilidad de protección y de orientación.

Los artículos 12 a 17 de la Ley 15/01 describen el procedimiento de atribución de la kafala: Se inicia mediante demanda presentada ante el Juzgado de tutelas del lugar de residencia del menor. Es necesario el consentimiento del menor mayor de 12 años. El juez de tutela examina un informe emitido (artículo 16) por una comisión que se compone de un representante del tribunal, un representante del Ministerio de Asuntos Islámicos, representante de la autoridad local administrativa y un delegado del departamento ministerial encargado de la infancia. Existe la

(2) G. ESTEBAN DE LA ROSA: *El acogimiento internacional de menores*, Comares, Granada, 2000, pp. 280-287.

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

III

posibilidad de pedir informes a los servicios consulares si el demandante de la kafala es extranjero³.

La kafala se constituye mediante una resolución judicial dictada por el Juez de tutelas. Si la persona a la que se le otorga la kafala es extranjera y tiene intención de residir de manera permanente en el extranjero ha de ser autorizada por el Juez de tutelas y una copia de la resolución judicial será enviada a los servicios sociales marroquíes del lugar de residencia a fin de que verifiquen la situación del menor y controlen el cumplimiento de las obligaciones a las que se han comprometido los kafils (acogedores)⁴.

II. LA KAFALA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Recordemos dos preceptos del Código Civil que han de ser tenidos en cuenta a la hora de abordar el encaje de la institución de la kafala en el ordenamiento jurídico español. En primer lugar, el artículo 9.4 del Código Civil: “El carácter y el contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se registrarán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la residencia habitual del hijo”. Conforme al artículo 9.6 del Código Civil: “la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regulará por la ley nacional de éste (...) Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española”.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, por todas la Resolución-Circular de 30 de agosto de 2006 (BOE n.º 207 de 30 de agosto de 2006)⁵, deja clara su postura en cuanto a los efectos de la kafala en derecho español, señala varios aspectos de interés para el asunto que aquí nos ocupa:

(3) Conforme al artículo 9 de la Ley 15/2001 existen tres tipos de “kafils” (acogedores): 1.º Esposos musulmanes mayores de edad que sean social y moralmente aptos para asumir la kafala y dispongan de medios materiales suficientes para hacerse cargo de las necesidades del menor, que no hayan sido condenados por una infracción atinente a la moral o contra los menores, que no padezcan una enfermedad contagiosa o que les pueda dejar discapacitados (la enfermedad), que no exista oposición por acuerdo de la familia (me imagino que la familia extensa del menor) o diferencias familiares con el menor o sus padres. 2.º La mujer musulmana que cumpla las cuatro condiciones anteriores exigidas a los esposos musulmanes. 3.º Los establecimientos públicos encargados de la protección de la infancia (incluye asociaciones de carácter social, con declaración de utilidad pública, que dispongan de medios materiales y recursos humanos).

(4) La Circular del Ministerio de Justicia de 1 de julio de 2003 señala determinadas situaciones de menores marroquíes dados en kafala conforme al procedimiento reseñado, que al llegar al país de acogida son retirados de la familia de los kafils o entregados a otra familia o a un centro de protección de menores, lo que significa que los kafils no habían respetado las disposiciones legales relativas a la adopción en ese país.

(5) En el mismo sentido las Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 13 de octubre de 1995, 1 de febrero de 1996, 27 de febrero de 2006 y 21 de marzo de 2006.

1.º En primer lugar que “... el hecho de que la repetida «adopción» marroquí surta determinados efectos conforme a esta legislación y conforme a las normas españolas de Derecho Internacional Privado, no implica en modo alguno que su eficacia haya de ser precisamente la de la adopción española”.

2.º De las informaciones que la DGRN ha obtenido de la legislación marroquí se deduce que: “la kafala no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados (...) sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que (...) se han de atender sus necesidades y manutención”.

3.º Recogiendo lo mantenido por parte de la doctrina internacionalista, señala que si se considera la kafala como un acogimiento “la norma de conflicto aplicable será el artículo 9.6 del Cc”⁶ Recurriendo a la técnica de la “calificación por la función”⁷, técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado, cuando ello potencie el interés del menor.

El profesor Andrés RODRÍGUEZ BENOT señala que el procedimiento a seguir: “abocaría a la competente autoridad española que hubiera de decidir acerca del alcance de la kafala a considerarla similar al acogimiento y, en consecuencia, a admitir su acceso al Registro Civil español conforme a los criterios de inscripción establecidos en los artículos 1 y 15 de la Ley del Registro Civil mediante la siguiente fórmula: cabrá inscribirla en aquél, por afectar a nacional español, entendiéndose con la DGRN que se ha producido una situación personal de prohijamiento o acogimiento que resulta anotable en el Registro Civil a través de documento auténtico ex artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, anotación que se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154, apartado 1.º, del Reglamento del Registro Civil”.

El acogimiento familiar, artículo 173 del Cc, produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Atendiendo a su finalidad, el acogi-

(6) GOÑI URRIZA, N.: “Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Sevilla de 24 de julio de 2002”, *Revista Aranzadi Social*, n.º 19/02: “la doctrina ha valorado muy positivamente que la DGRN califique la kafala como acogimiento familiar cuando recae sobre un menor de edad (CALVO CARAVACA, A.L.: Globalización y Derecho. «Globalización y adopción internacional» en CALVO CARAVACA, A.L./BLANCO-MORALES LIMONES, P., Madrid, Colex, 2003). RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural”, en *Revista General del Derecho*, n.º 667 (abril de 2000), pp. 4419 y ss.

(7) CARRILLO CARRILLO, B. en “La adopción Internacional en España”, *Anales del Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 21, 2003, pp. 145-192 explica la técnica de la “calificación por función”: “1.º. Analiza la función que desarrolla la institución desconocida en el Derecho extranjero. 2.º Concretada dicha función, busca, en Derecho español, una institución que desarrolle una «función similar». Una vez detectada una institución jurídica funcionalmente equivalente, la institución desconocida se califica entonces –teniendo en cuenta su función–, como un supuesto relativo a la institución del Derecho español que desarrolla una función similar”.

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

III

miento puede ser simple, permanente o preadoptivo⁸. Destacamos, por lo que tiene de interés para el caso de la kafala, que el artículo 173 bis del Código Civil prevé expresamente que, en los supuestos de acogimiento permanente el Juez podrá atribuir a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

Del análisis de ambas instituciones, kafala y acogimiento, y teniendo en cuenta que tanto Marruecos como España ha ratificado la Convención Internacional de Derechos del niño, estando por tanto ambos Estados comprometidos en la salvaguarda del superior interés del menor, parece claro que la institución de la kafala puede ser asimilada sin forzar en modo alguno ninguno de los dos ordenamientos jurídicos a un acogimiento permanente conforme a lo previsto en el artículo 173 bis del Cc.

III. LA KAFALA, SU REPERCUSIÓN EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

Son varios los supuestos a estudiar. En el ámbito de aplicación de la LOEXIS nos podemos encontrar con un menor de edad que pretende entrar en España acompañando a extranjero residente legal o que pretende reunirse con él, bien con un menor que ya se encuentra en territorio español y que pretende regularizar su situación. Ambas situaciones tienen, a mi juicio como expondré seguidamente, cabida en la LOEXIS: artículo 17.1.c) y artículo 31.3.

En el ámbito de aplicación del RD 178/03 nos podemos encontrar con varios supuestos: menor de edad que pretende entrar en España o reunirse con un residente comunitario en nuestro país o con un ciudadano español o bien con un menor de edad que se encuentra en territorio español y alega encontrarse en situación de kafala respecto a un ciudadano español o un residente comunitario para regularizar su situación en nuestro país.

Para enfrentarse a la cuestión de la repercusión de la institución de la kafala y la legislación de extranjería, habremos de preguntarnos en primer lugar si la relación del residente legal que tiene a un menor acogido en kafala puede ser considerada como familia. Conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier forma de convivencia que cree vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea el grado de formalización o incluso sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” protegida por el Convenio⁹. De esta definición parece deducirse con claridad que la relación del menor acogido

(8) Artículo 173 bis Cc: “... acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable. Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen (...) Acogimiento familiar preadoptivo que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, (...) y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción”.

(9) Sentencia de 13 de junio de 1979 (caso Marckx), sentencia de 27 de octubre de 1994, (caso Kroon).

en kafala por un extranjero residente legal constituye una relación de familia. Por lo tanto, a la hora de valorar la entrada o permanencia en España de un menor de edad acogido en kafala por un residente legal o por un ciudadano comunitario o español, tendremos que comprobar si en la regulación de extranjería que se pretenda aplicar, tanto en lo referente a visados como a la autorización de residencia, el Estado español está protegiendo de manera suficiente ese derecho a vivir en familia al que hemos hecho referencia.

El derecho al respeto a la vida en familia, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Si bien el Convenio no garantiza ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, una de sus manifestaciones, es la posibilidad de ejercer el derecho en el mismo lugar geográfico en el que se encuentre uno de los miembros de la citada familia.

Pueden destacarse dos aspectos principales en la jurisprudencia del TEDH en relación al derecho a la vida familiar. Por un lado la interpretación del artículo 8 como un derecho susceptible de imponerse a la normativa de extranjería que implique la obligación incondicionada de los Estados de admitir en su territorio, al menos, al núcleo familiar más cercano al extranjero residente legal¹⁰. Por otro, la imposibilidad de expulsar a determinadas categorías de extranjeros cuya relación con el Estado es particularmente intensa.

Esa protección al derecho a vivir en familia tiene limitaciones importantes. Así el artículo 8.2 del citado Convenio europeo permite la injerencia de la autoridad pública siempre que esté prevista por la ley y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la infracción

(10) La STC de 4 de abril de 2005 después de afirmar que el derecho a entrar en España con el carácter de derecho fundamental corresponde solamente a los españoles, dice: "Al referirse el apartado 1 del artículo 13 CE, a los términos en que los extranjeros gozarán de los derechos del Título I CE, utiliza la expresión: «en España», por lo que la sentencia concluye que «no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España. El sujeto de derechos al que se refiere la regulación del artículo 13.1 de la CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el artículo 13.1 CE». Una vez establecida esta regla general, esto es, solo los españoles son titulares del derecho fundamental a entrar en España, se refiere la sentencia a lo que llama «supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación» (fundamento jurídico cuarto *in fine*) Después de dejar claro que la titularidad del derecho fundamental a entrar en España no corresponde a los extranjeros, deja a salvo situaciones especiales, al decir: "Debe advertirse, sin embargo, que la argumentación y la conclusión a la que se llegue, que se desenvuelven en un terreno muy general, ni afectan ni se proyectan sobre supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación...". Hace referencia el TC a cuatro supuestos, en primer lugar al régimen jurídico del derecho de asilo (artículo 13.4 de la CE), en segundo lugar al referirse a los ciudadanos de la Unión Europea y termina refiriéndose a dos situaciones propias del régimen general de extranjería: los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente, y los supuestos de reagrupación familiar.

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

III

de sanciones penales, protección de la salud, de la moral, protección de derechos y libertades del otro. Desde esa óptica, de la justificación de la injerencia en el derecho por parte del Estado, es desde la que analiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 17 de enero de 2006¹¹, la pretendida vulneración del artículo 8. Y solo tras el examen exhaustivo de cada uno de los motivos, entiende el TEDH, justificada o no la injerencia por parte del Estado.

A) Situaciones en el ámbito de aplicación de la LOEXIS

Reagrupación familiar:

Es importante recordar, antes de ir a la dicción literal del precepto, la interpretación jurisprudencial del concepto reagrupación familiar. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 1 de abril de 2004 “... es criterio reiterado de esta Sala que *la reagrupación familiar ha sido insistentemente considerada por este Tribunal como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado* en numerosa jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia de 28 de diciembre de 1998, 24 de abril de 1994 (Sic), 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 12 de mayo de 1998, 21 de diciembre de 1998, 9 de marzo de 2000 y 5 de junio de 2002, habiendo declarado en la Sentencia de 9 de marzo de 2000 que *la misma tiene un significado social*, de manera que no se puede desconocer aunque el familiar, que reside legalmente en España, tenga incluso una precaria situación económica, ya que ha de valorarse desde la dimensión del vínculo parental con el solicitante de la dispensa, para lo que ha de tenerse en cuenta la autenticidad o no de la pretendida agrupación familiar, de modo que ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las *circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la puramente paternofilial*”.

El artículo 17 recoge quiénes son los familiares reagrupables, en su apartado c) dice: son reagrupables los menores de dieciocho años cuando el extranjero sea su representante legal. Conforme al artículo 9.6 del Código Civil: “La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste...”. La práctica administrativa viene interpretando este apartado del artículo 17 como si fuera el apartado b), que exige expresamente para los hijos adoptados acreditar que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

Respecto a la kafala la Administración considera que esta figura no es equiparable a la tutela de menores en España ya que la patria potestad sigue siendo ejercida por los padres y por tanto carecería de los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

(11) STEDH de 17 de enero de 2006, caso Aoulmi contra Francia (asunto 50278/99).

A mi juicio la respuesta a la pregunta si un menor en kafala puede ser reagrupado conforme a lo previsto en el artículo 17.1.c) no puede ser categórica. Sin embargo, no comparto la tesis sostenida de modo unánime por los distintos organismos de la Administración (consulares, subdelegaciones del gobierno) de que solo en algunos casos podrá ser considerado el extranjero residente legal que tiene a su cargo a un menor de edad marroquí en kafala como representante legal a efectos de reagrupación. Las autoridades españolas competentes habrán de tener en cuenta en la decisión que adopten el interés superior del menor. Interés que parece que en la mayoría de los casos será facilitar y permitir la convivencia del menor con quienes son sus acogedores. No parece ser esa la línea actual que se sigue, la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 1 de diciembre de 2004, que solo considera como susceptibles de reagrupación a aquellos menores cuya kafala no haya sido constituida con la intervención de los padres biológicos del niño, al no estar determinada la filiación, ser huérfano el menor o haber sido confiado en guarda legal tras privación definitiva de patria potestad.

La cuestión por tanto estará en dilucidar si la representación legal, a los solos efectos de la legislación de extranjería, puede entenderse acreditada con la resolución judicial del juez de tutelas marroquí que ha dado al menor en kafala. A mi juicio la repuesta debe ser positiva. Lo que pretende el extranjero residente legal en concidiones de reagrupar a su familia es reunir con él en nuestro país, a un menor de edad que se encuentra bajo su guarda y que, conforme a su legislación personal, está obligado a tratar como si de un hijo propio se tratase. No parece compatible con esta obligación la imposibilidad de convivir con el menor en el país donde el acogedor tiene su residencia habitual.

Autorización de residencia por circunstancias excepcionales:

Conforme al artículo 31.4 de la LO 4/2000: “podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente”. El precepto reglamentario que dice desarrollar el anterior precepto es el artículo 45 del RD 2393/2004, artículo que se encuentra recurrido junto a otros preceptos reglamentarios ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo¹².

La interpretación jurisprudencial constante y contraria a los continuos intentos de la Administración de relacionar de manera exhaustiva y excluyente las situaciones de arraigo, ha terminado por elaborar un concepto de arraigo que nada tiene que ver con el que regula el artículo 45 del RD 2393/2004¹³: “existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en

(12) Son varios los recursos interpuestos, uno de ellos el de SOS Racismo Valencia, ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, recurso n.º 001/0000039/2005, pendiente de sentencia en el momento de escribir este artículo.

(13) Interpretación unánime de las distintas Subdelegaciones y Delegaciones del Gobierno, que llegan en algunos casos incluso a inadmitir a trámite la solicitud al señalar que el menor no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 45 del RD 2393/2004, que contrasta con la mantenida por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, p. 28 (recurso n.º 001/0000039/2005, que se sigue ante la Sala 3.ª del TS contra varios preceptos del RD 2393/2004

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

III

que resida, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país...". También ha sido objeto de elaboración jurisprudencial el concepto jurídico indeterminado de "razones excepcionales"¹⁴. El Tribunal Supremo, en una jurisprudencia consolidada ha venido considerando que la utilización del concepto jurídico indeterminado "razones excepcionales", "no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la única solución justa del caso, sino que aquélla ha de adoptar la solución correcta conforme a los hechos acreditados..." y que tal expresión no cabe reducirla en su significado al meramente temporal, como opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que tiene fundamentalmente un valor cualitativo y equivalente a importante, trascendente o de peso, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzca.

De lo anterior se deduce con claridad, a mi juicio, que tanto la interpretación jurisprudencial como la propia argumentación la Abogacía del Estado en el recurso contencioso administrativo que se sigue contra el RD 2393/2004; avala la postura consistente en defender que ante la solicitud de autorización de residencia de un menor de edad extranjero que se encuentra en España bajo la guarda de un residente legal la Administración habrá de *valorar de manera individualizada las circunstancias del caso, analizando los vínculos, en este caso familiares, que unen al menor con el residente legal*.

Este es el criterio que sigue la Sentencia de 14 de septiembre de 2004 de la Sección 1.ª del TSJA en Sevilla, de la que fue Ponente la Magistrada doña María Luisa Alejandre Durán. Se debatía la conformidad a Derecho, de la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz por la que se denegaba la concesión de permiso de residencia temporal con exención de visado de un menor de nacionalidad marroquí. La actora, tía del menor solicitó el permiso de residencia temporal con exención de visado, al encontrarse dicho menor en España y haberse hecho cargo de su guarda en virtud de la institución islámica Kafala, lo que supone asumir su educación, manutención escolarización y todas las necesidades de la vida cotidiana, así como velar por la garantía de sus derechos legales y administrativas tanto dentro del territorio nacional como fuera¹⁵.

a instancia de SOS Racismo Valencia), cuando dice en referencia al artículo 45 del RD 2393/2004: "... hay que interpretar que el artículo 31.3 de la Ley puede tener una aplicación directa y el artículo 45 realiza una relación exhaustiva pero no excluyente de los supuestos en que es posible conceder una autorización por circunstancias excepcionales. El artículo 45 recoge la mayoría de las situaciones por las que es posible conceder una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, pero no todas (...) La propia aplicación directa de la ley cabrá siempre y cuando exista fundamento suficiente para su aplicación".

(14) Sentencias del TS de 24 de abril, 10 de julio, 8 de noviembre de 1993, 21 de mayo, 20 y 24 de diciembre de 1994.

(15) Dicha solicitud se hizo al amparo del artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la 8/2000 y 49.2 del RD 864/2001 que permitían excepcionalmente la exención del visado por motivos humanitarios o de colaboración con la justicia a los extranjeros que se encuentren, en territorio español y cumplan con los requisitos para obtener un permiso de residencia. Por su parte el artículo 49.2 contemplaba dicha exención para los menores de edad que estaban sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reuniese los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

La Administración denegó la solicitud de exención de visado y por consiguiente de permiso de residencia temporal al considerar que la figura jurídica de la Kafala no era equiparable a la tutela de menores en España ya que la patria potestad seguía siendo ejercida por los padres, por tanto carecería de los elementos necesarios para producir efectos en territorio español. Frente a ello, el Letrado de la recurrente, oponía que la citada Resolución vulneraba el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño que prevé la kafala Islámica como institución para la protección y desarrollo armonioso del niño y que tiene efectos jurídicos tanto para el menor como para la persona encargada de aquél y del propio artículo 9.6 del Código Civil que establece que a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regulará por la ley nacional de éste de ahí que la institución de la kafala propia del ordenamiento del menor no puede ser desconocida a los efectos pretendidos.

La sentencia estima el recurso interpuesto, recuerda en primer lugar la dicción literal del artículo 27.4 de la LO 4/2000 que obliga al Estado español en la concesión y denegación de los visados a tener en cuenta los compromisos internacionales vigentes en la materia, por lo que al estar reconocida la kafala como una institución de protección por la Convención Internacional de derechos del niño, ello significa que España está obligada a conceder la exención de visado al menor que se encuentra en España con su tía residente legal, en virtud de una institución legal propia del ordenamiento del menor que tiene plenos efectos jurídicos tanto para él como para su tía que asumió su guarda. Finaliza la sentencia declarando que se dan circunstancias suficientes en el caso que analiza para entender que existen “circunstancias excepcionales humanitarias debidamente justificadas (...) *al existir un derecho de protección del menor que debe prevalecer sobre las exigencias reglamentarias contrarias a la Convención y al propio Código Civil*”.

En sentido contrario, la STSJ de Aragón de 21 de junio de 2005 que obviando las consideraciones anteriores, se centra exclusivamente en señalar que al no poder demostrar el recurrente que es el tutor legal de su hermano “no se encuentra en situación de tutela legal que permita la exención de visado”. Cita también la profesora LÓPEZ AZCONA dos sentencias de juzgados de lo contencioso, en el mismo sentido (SJCA de Teruel de 15 de abril de 2004 y SJCA de Huesca de 13 de septiembre de 2005)¹⁶. Por lo expuesto anteriormente, discrepo respetuosamente de los argumentos de estas resoluciones. Igualmente discrepo de las conclusiones alcanzadas en el artículo citado, que señala en referencia a las sentencias: “parece que tal criterio es el adecuado, porque necesariamente, en aspectos tan vitales para el individuo como son los afectados por tales instituciones, está justificado que se realice una interpretación estricta de tales normas, que no lleve a una aceptación acrítica de instituciones extrañas a nuestro ordenamiento jurídico”. A mi juicio, lo que es precisamente extraño a nuestro ordenamiento jurídico es la interpretación de instituciones extranjeras de protección de menores sin tener en cuenta principios que integran el mismo, como son el interés superior del menor y las obligaciones que tiene asumidas el Estado en virtud de tratados internacionales suscritos en la materia.

(16) LÓPEZ AZCONA: “La institución...”, cit.

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

III

Para finalizar este apartado, no olvido la existencia del artículo 94.2 del RD 2393/2004 que se encuentra recurrido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y que presenta a mi juicio dudas de legalidad y que por tanto entiendo que no debe invocarse en ningún caso para la regularización documental de los menores que se encuentran en España, tampoco por tanto para los menores en kafala¹⁷.

B) Situaciones en el ámbito de aplicación del RD 178/2003

a) Menores extranjeros acogidos en kafala por ciudadanos españoles:

Conforme a las directrices dictadas por la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 1 de diciembre de 2004 antes citada, tan solo se expiden visados respecto a las kafalas no constituidas por los padres biológicos del niño (motivos: por no estar éstos determinados, ser huérfano el menor o haber sido confiado en guarda legal tras privación definitiva de patria potestad).

A mi juicio es discutible que las autoridades consulares españolas “elijan” qué tipo de kafalas tienen validez a los efectos de concesión de un visado. Se debería exigir a los acogedores que presenten una resolución judicial marroquí conforme a lo dicho en el apartado anterior, una vez verificado este extremo, tan solo se podría denegar el visado si la autoridad española verifica que la kafala constituida es contraria al orden público español. Quizás podría pensarse que si los padres biológicos están vivos estaríamos ante un supuesto de delegación de guarda que no se encuentra expresamente recogido en nuestro derecho, pero tampoco prohibido¹⁸.

(17) “Los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que o bien sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, podrán obtener una autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos por este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá acreditar adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su tiempo de permanencia en España. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado”. Son varias, las dudas de legalidad que presenta este artículo; en primer lugar la referencia a los hijos de españoles, parece absolutamente improcedente ya que el régimen jurídico de la entrada, estancia y permanencia de los hijos menores de edad de los españoles y sus cónyuges se encuentra regulado en el RD 178/2003. También presenta serias dudas de legalidad, el plazo de dos años al que se somete la estancia en España del menor, hijo de residente legal, para poder ser documentado. Esa exigencia es abiertamente contraria al interés superior del menor y por lo tanto esa exigencia reglamentaria contraviene la Convención Internacional de Derechos del niño y la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor. Además, en la práctica, este precepto está adelantando la mayoría de edad para estos menores de edad, ya que no podrán ser documentados, aun cumpliendo con los requisitos que señala el artículo, los que lleguen a España con 16 años de edad ya que cuando transcurran los dos años, ya habrán alcanzado la mayoría de edad. Por último la “penalización” al menor por no haber sido escolarizado, carece también de respaldo legal. Las consecuencias de la no escolarización deberían ser tenidas en cuenta para una posible sanción, en su caso a los progenitores, pero no parece de recibo que se castigue doblemente al menor: primero no escolarizándolo y luego no documentándolo.

(18) Para ello habrá de responder con carácter previo a la pregunta: ¿Es contrario a nuestro ordenamiento jurídico la figura de la delegación de la guarda de los titulares de la patria potestad a terceros? Las referencias doctrinales acerca de

Siendo los acogedores del menor de nacionalidad española y el menor acogido en kafala marroquí, y siendo intención de los acogedores residir en España, parece obvio que la situación de este menor no podrá ser de irregularidad pero tampoco parece que deba ser aplicable el régimen general de la LOEXIS. Si, como queda dicho, la situación del menor marroquí acogido en kafala se puede asimilar en nuestro ordenamiento al acogimiento permanente.

Respecto a la situación en la que se encuentran los menores marroquíes acogidos por ciudadanos españoles en kafala, el Defensor del Pueblo ha formulado una recomendación a la Dirección general de inmigración del MTAS para que incluya en el ámbito de aplicación del régimen comunitario el supuesto de los menores de países no miembros de la UE tutelados por ciudadanos españoles o comunitarios, cuando el régimen aplicable a la tutela constituida sea equiparable a la tutela dativa (caso de la kafala).

La información facilitada por los dos Consulados españoles en Marruecos (Casablanca y Tánger) que, a 28 de noviembre de 2006, muestran instrucciones específicas sobre visados y kafala, no es, como se verá, idéntica.

El Consulado general de España en Casablanca en la página web oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores, www.mae.es/consulados/casablanca/es/home, rubrica las solicitudes como: “visado de residencia por acogimiento de un menor”. Informando a continuación: “Marruecos no reconoce la adopción plena de menores por parte de ciudadanos extranjeros, y los mismos son entregados en «tutela dativa». Es requisito imprescindible para que un menor pueda ser entregado en tutela a un ciudadano extranjero, que previamente haya sido declarado oficialmente como abandonado. Son frecuentes los casos en los que se intenta llevar a España a menores sobre los que se ejerce lo que se conoce como «kafala». Esta figura del derecho marroquí reconoce que una tercera persona pueda hacerse cargo de la manutención de un menor y, consecuentemente, sufragar todas sus necesidades (ropa, alimentos, escolaridad, etc.) o parte de ellas, pero sin que en momento alguno el menor salga del ámbito de la patria potestad de sus padres o tutores legales. En consecuencia, no se trata de una tutela y, por lo tanto, la “kafala” no es válida para que un ciudadano español (o de otro país comunitario residente en España) pueda llevarse al menor”.

la posibilidad de la delegación a favor de tercero del ejercicio de alguna de las facultades son escasas. Existiendo si, una elaboración doctrinal importante en torno a esa facultad entre los cónyuges tomando como base el artículo 156 del Cc. RUIZ RICO (*Patria Potestad: Acogimiento y delegación*, Editorial Comares) dice: “existe autonomía paterna para hacer todo aquello que no le esté prohibido, y que lo que se prohíbe o impone por Ley debe ser interpretado restrictivamente, siempre en interés del menor”. Por tanto, más que una prohibición de delegar, habría una necesidad habitual de someter las decisiones importantes sobre el hijo a mayores controles, entre ellos la aprobación judicial. Continúa diciendo este autor: “ni el artículo 156 Cc ni ningún otro en relación a éste aclaran qué tipo de acuerdos o pactos son lícitos y cuáles no, ni qué decisiones paternas exigen una autorización judicial previa o incluso posterior y cuáles no la exigen. No existe en nuestro Ordenamiento ni un solo precepto legal que se refiera a esta figura para reconocerla o para negarla”. DíEZ PICAZO dice: “una de las líneas del ordenamiento español y de los ordenamientos modernos es el cada vez mayor repliegue del Derecho de familia hacia la órbita del Derecho privado, y que, aunque se contraargumente que la patria potestad constituye una función tuitiva que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, ello lleva solo a rechazar la viabilidad de aquellos actos o negocios realizados en contra o en perjuicio de la función tuitiva, pero no la de aquellos otros que se realicen a favor de la misma”.

La kafala marroquí y la legislación de extranjería

III

En el apartado relativo a documentación necesaria se indica: “Documentación a presentar para solicitar un visado de residencia para menores acogidos por ciudadano español residente en España: Resolución formal de la Autoridad Administrativa o Judicial competente por la que se entrega dicho menor a un español con domicilio en España a los efectos permanentes de su guarda, custodia, educación integral, vida en familia, derechos de herencia o terminología asimilada (pero no en adopción plena, figura no reconocida en el derecho de familia de Marruecos)”.

En la información facilitada en la web oficial del Consulado General de España en Tánger, www.mae.es/consulados/tanger/es/home, el visado a solicitar es: “visado de reagrupación familiar para menores confiados en «kafala» exigiéndose entre la documentación: 2. Informe favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas Provinciales para reagrupación familiar de un menor confiado en Kafala y copia de la solicitud de informe gubernativo. 4. Resolución formal del Juez Encargado de Menores –Tribunal de 1.ª Instancia de Tánger– por la que se entrega el menor a un ciudadano español o extranjero residente, con domicilio en España, por medio de un documento «kafala» no constituido por los padres biológicos del niño (motivos: por no estar éstos determinados, ser huérfano el menor o haber sido confiado en guarda legal tras privación definitiva de patria potestad)”.

Interesa resaltar también en este punto las conclusiones a las que se llegaron en el Seminario sobre Registro Civil y kafala celebrado en Rabat en mayo de 2006 dentro del marco del Proyecto ADL “Proyecto para el fortalecimiento y la modernización de la Administración de Justicia de Marruecos”¹⁹: “En primer lugar la coincidencia por ambas partes en una realidad incuestionable: la kafala y la adopción son figuras muy distintas desde el punto de vista jurídico. La primera es una figura de honda tradición islámica dirigida a la protección del menor abandonado en tanto no puede valerse por sí mismo. La segunda es una institución dirigida fundamentalmente a la creación de un auténtico vínculo de filiación entre adoptante o adoptantes y el menor.

En segundo lugar, que las obligaciones que se asumen en la kafala no pueden ser desvirtuadas en el extranjero a través de la constitución de una adopción, aunque jurídicamente pudiera ser posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico del país de acogida (...) la relación jurídica constituida tanto formal como sustantivamente, con fundamento en el ordenamiento jurídico marroquí, no puede ser desconocida ni desvirtuada en el país de origen desde la óptica del Derecho Internacional Privado, por cuanto el menor acogido mantiene en todo caso su nacionalidad marroquí, incluso en el supuesto de que llegue a adquirir la nacionalidad de los padres acogedores.

(19) <http://www.proyectoald.com> El Proyecto es ejecutado por la Fundación Internacional e Iberoamericana de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP). Participan en el mismo distintas Instituciones públicas españolas y marroquíes: La financiación del proyecto proviene esencialmente de la AECEI. También contribuyen a su financiación, bien sea en efectivo o haciendo aportes en especie, los gobiernos autonómicos de Andalucía y Canarias, el Ministerio de Justicia de España, el Consejo General del Poder Judicial y el Centro de Estudios Jurídicos. Las instituciones marroquíes participantes colaboran también en la financiación del proyecto, fundamentalmente aportando sus recursos humanos y prestando sus instalaciones para el buen desarrollo de las actividades.

En tercer lugar, la kafala constituye una institución del menor ciertamente admirable y ejemplar, tanto por sus fines como por la meticulosidad y sentido práctico de su regulación. Con independencia de sus connotaciones religiosas, es jurídicamente correcta en todo su planteamiento. Merece por ello el respeto por parte de cualquier otro país de acogida de los menores a ella sujetos. Por ello sería razonable y ciertamente beneficioso desde el punto de vista del interés prioritario del menor, que por parte de los poderes públicos del país de los acogedores, se frene o se coarte todo intento de manipulación artificiosa o reconversión de la institución de otras figuras del país de acogida y por el contrario, se realice un verdadero esfuerzo de cooperación y coordinación con las autoridades marroquíes para el mejor cumplimiento en cada caso de los fines que dicha institución persigue²⁰.

b) **Menores extranjeros acogidos en kafala por ciudadanos de la UE residentes en España o que pretendan residir en España:** de la familia del ciudadano de un país de la UE, (cualquiera que sea su nacionalidad). El artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE incluye dentro de la noción de familiar a los siguientes menores: “c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b”. El artículo 3 señala a qué otros miembros de la familia, no incluidos en el artículo 2, deberá facilitar el Estado miembro la entrada en su territorio, obligando a los Estados a estudiar detenidamente las circunstancias personales y justificar toda denegación de entrada o residencia a las siguientes personas: “cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal”. Por lo que el Estado español deberá justificar la denegación de entrada o residencia al menor en kafala del residente comunitario si éste justifica que el menor se encontraba a su cargo en el país de procedencia.

(20) Texto completo en la web del proyecto ADL <http://www.proyectoadl.com/index1024x768.html> (consultado el día 28 de noviembre de 2006).

JOAN RAMÓN PUIG PELLICER

Abogado de extranjería
ICA Figueres

IV

Asistencia letrada en la frontera de la Jonquera

La adhesión de España al Convenio de Schengen convirtió la frontera de España con Francia en una frontera virtual, de hecho y de derecho sólo debía de existir sobre los mapas políticos pero, en estos últimos años, la realidad ha sido muy distinta.

Como residente a unos escasos 20 kilómetros de la frontera, viene a mi memoria de una manera clara y diáfana cuando se suprimió el control de personas en la frontera de La Jonquera y las veces que he cruzado la misma sin que ningún agente de la autoridad, ni español ni francés, estuviera presente en las casetas de control. Sin embargo, desde hace unos tres años, los controles se han restablecido, primero de una forma aleatoria y desde hace prácticamente dos años, los mismos son diarios y, en el control por la autopista, casi puedo asegurar que es fijo las 24 horas del día.

Amén de que los controles policiales contravienen la normativa Schengen, el restablecimiento de los mismos y, más concretamente, la aplicación del Acuerdo de Readmisión Hispano Francés que efectúan los funcionarios encargados del control fronterizo, representan una grave vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

En primer lugar tenemos que recordar que el artículo 2.1 de Schengen (BOE n.º 81 de 5/04/1994), hoy derogado por el Reglamento CE 562/2006 (Código Fronteras Schengen), establecía que “Las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas” y la Decisión del Comité Ejecutivo Schengen de fecha 26 de abril de 1994 (DOUE 22/09/2000) resolvió que “ello significa que para todos los viajeros, independientemente de su nacionalidad, deja de existir cualquier control de policía de fronteras al cruzar la frontera y la obligación de utilizar los puestos fronterizos habilitados”. Como ya he dicho, los artículos 2 a 8 del Convenio Schengen han resultado derogados por el Reglamento CE 562/2006 (DOUE 13/04/2006) que en su artículo 20 dice textualmente: “Cruce de fronteras interiores. Las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad”.

Si bien es cierto que Schengen (tanto en el convenio como en el Reglamento CE) establecen una serie de excepciones que permiten efectuar competencias de policía en virtud de su derecho interno, las mismas sólo son permitidas en la medida en que el ejercicio de las mismas no ten-

ga un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas (artículo 21 Reglamento CE 562/2006), definiéndose “inspección fronteriza” como la inspección efectuada en los pasos fronterizos con el fin de garantizar que pueda autorizarse la entrada de personas (artículo 2.10 del Reglamento CE).

A pesar de ello, las autoridades y funcionarios españoles encargados del control de fronteras procedían y proceden a devolver a las autoridades francesas, amparándose en el referido Acuerdo de Readmisión Hispano Francés a los ciudadanos extranjeros que, procedentes de países extracomunitarios que habiendo ingresado en territorio Schengen por puesto habilitado y superado el control de frontera exterior, según un puro juicio de arbitrariedad del funcionario de turno, no reúnen los requisitos para entrar en España.

Esta práctica no era ni, aún hoy en día, es comunicada de manera formal al Colegio de Abogados de Figueres que dispone de un servicio de abogado de guardia especialista en extranjería. El Colegio tuvo conocimiento de dichas actuaciones a raíz de noticias publicadas en la prensa provincial, que se hacían eco de las cifras facilitadas por la Subdelegación del Gobierno del número de personas devueltas a las autoridades francesas.

La Comisión del turno de Oficio del Colegio de Abogados de Figueres y, más concretamente, desde su subcomisión de extranjería, se procedió a interesar, tanto de la Subdelegación del Gobierno, como de la propia comisaría de La Jonquera, que facilitaran datos al Colegio como del procedimiento aplicado. La respuesta fue desoladora, se limitaron a informar de que las personas devueltas eran “multitud” y que se aplicaba el tantas veces citado Acuerdo de readmisión.

Estudiado el referido Acuerdo hispano-francés, el Colegio de Figueres llegó a la conclusión de se estaban vulnerando derechos fundamentales a los ciudadanos extranjeros y, como quiera que el reglamento de extranjería los considera “detenidos” mientras permanezcan en los puestos de control fronterizo, presentó una denuncia ante la Fiscalía de la Audiencia Provincial.

Coetáneamente, en las periódicas reuniones de la subcomisión de extranjería del Consell de Colegios de Abogados de Catalunya, el Colegio de Figueres expuso dicha problemática y el Consell decidió tomar cartas en el asunto, presentando a su vez un queja al Síndic de Greuges quien a su vez lo hizo llegar al Defensor del Pueblo.

Por su parte, la Subcomisión de Extranjería del CGAE pudo constatar que no sólo se trataba de un problema localizado en Girona, sino que el mismo era generalizado en todos los puestos fronterizos con Francia y encargó un estudio, que fue presentado en una Jornada que tuvo lugar en el colegio de Figueres en el pasado mes de mayo de 2006, en el que se concluía, por una parte, la ilegalidad del control de personas efectuado en la frontera interior hispano francesa y, por otra, la vulneración de derechos que se producía al negarse al ciudadano extranjero la asistencia letrada, de intérprete y no notificarse al mismo por escrito los motivos de su denegación de entrada ni informarle de los recursos que podía interponer.

Asistencia letrada en la frontera de la Jonquera

IV

Hecho público el informe, fue un propio sindicato de policía el que presentó denuncia a la propia Fiscalía de Girona, al entender que los funcionarios podrían estar conculcando los derechos de las personas con su actuación en la frontera Hispano Francesa y el propio Gobierno procedió a modificar el Reglamento de Extranjería mediante la adición de un segundo párrafo al artículo 13.1.

Cabe destacar que el previo informe del Consejo de Estado al Real Decreto por el que se procedió a modificar el Reglamento, dejaba constancia de que en modo alguno podía establecerse una denegación de entrada diferenciada de la ya establecida en la Ley Orgánica y que no podía darse distinto alcance a la protección de los derechos y garantías jurídicas establecidas en la misma.

En los primeros días que se sucedieron a la entrada en vigor de la modificación reglamentaria, el Subdelegado del Gobierno en Girona procedió a cursar órdenes para que, a la espera de recibir instrucciones desde la superioridad, de manera cautelar se suspendiera la aplicación de las “readmisiones” con Francia, hasta que, por parte de la Comisaría General de Extranjería y documentación, por mediación de una Instrucción a la que se nos ha denegado el acceso, se cursaron órdenes a las comisarías de la frontera hispano francesa por las que, en aplicación de la modificación reglamentaria, debían limitarse a informar a los “viajeros” del contenido del artículo 26.2 de la Ley Orgánica de Extranjería y aplicar de inmediato el acuerdo de readmisión.

Con dicha interpretación los ciudadanos extranjeros reciben una hoja en la que se les transcribe el contenido del artículo 26.2 de la LOEX y se les informa que si no están conformes con la denegación de entrada pueden presentar alegaciones en el consulado o embajada española de su país. Ello sigue vulnerando los derechos de los ciudadanos, pues se trata de una mera interpretación *contra legem* que hace la Comisaría General de Extranjería a limitarse a ofrecer una información legal (obviando que el conocimiento de las leyes se presume) y asume, además, un papel de legislador, al establecer un trámite de alegaciones a formular ante las misiones diplomáticas españolas en el exterior, trámite no previsto ni en la Ley Orgánica ni en su reglamento de aplicación contra una denegación de entrada que no ha sido notificada por escrito al extranjero al no existir procedimiento administrativo alguno.

Mientras escribo estas líneas, tiene entrada en el Colegio de Figueres y, a su vez, en el Consell de los Colegios de Abogados de Catalunya, la primera respuesta de la oficina del Defensor del Pueblo, en la que se nos informa que considera zanjada de *lege data* la controversia con la modificación del Reglamento de Extranjería significándonos que han señalado a la Administración que los convenios de readmisión de personas no eximen a las autoridades españolas de dictar resolución motivada con indicación del régimen de recursos y no constituyen una excepción en cuanto al régimen de garantías de asistencia letrada y de intérprete que prevé la ley de extranjería con carácter general para todos los casos de denegación de entrada.

En definitiva, la abogacía española e instituciones tales como el Consejo de Estado y el Defensor del Pueblo, entienden que, en los supuestos en que es de aplicación un acuerdo de readmisión, no existe un procedimiento de denegación de entrada diferenciado del general y que, en todo caso, hay que realizar la instrucción del correspondiente expediente administrativo con las ga-

Joan Ramón Puig Pellicer

IV

rantías jurídicas legalmente establecidas, entre ellas las de la asistencia letrada, la administración sigue haciendo caso omiso y continúa con una práctica carente de toda cobertura legal que sólo podrá tener solución con una respuesta contundente de los tribunales de justicia.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Jornada sobre internamiento de extranjeros
18 de septiembre de 2006. Colegio de Abogados de Madrid.
- ✓ Jornada sobre expulsión de extranjeros
21 de septiembre de 2006. Colegio de Abogados de Madrid.
- ✓ Jornada sobre menores extranjeros
22 de septiembre de 2006. Colegio de Abogados de Madrid.
- ✓ Jornada por la dignificación y regularización del servicio doméstico
23 de septiembre de 2006. Valencia Acoge.
- ✓ Jornadas de introducción a la protección internacional en España
3 a 5 de octubre de 2006. Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.
- ✓ Segundas Jornadas aragonesas de inmigración
18 al 20 de octubre de 2006. Gobierno de Aragón.
- ✓ Jornadas inmigración
21 y 22 de octubre de 2006. Madrid (Hotel Conde Orgaz).
- ✓ El auge de la islamofobia en la sociedad actual. ¿Qué podemos hacer desde la educación para evitarlo?
24 y 25 de octubre de 2006. Universidad Complutense de Madrid.
- ✓ Mujeres, globalización y mundo rural: desigualdades, sueños y rebeldías
25 y 26 de octubre de 2006. Círculo de Bellas Artes (Madrid).

- ✓ II Simposio Internacional. Desertificación y migraciones
25-27 octubre de 2006. Universidad de Almería.
- ✓ Curso de formación en inmigración
Octubre-Noviembre de 2006. Bilbao (ONG de Euskadi de apoyo a Inmigrantes).
- ✓ II Encuentro cívico iberoamericano: migración y desarrollo
2 y 3 de noviembre de 2006. Piriápolis (Uruguay).
- ✓ Mujer, cooperación y ruralidad
3 y 4 de noviembre de 2006. Universidad de Lérida.
- ✓ Intervención comunitaria e inmigración
7-9 de noviembre de 2006. Colegio de Abogados de Lanzarote.
- ✓ Introducción a la protección internacional en España
8 y 9 de noviembre de 2006. Colegio de Abogados de Alicante.
- ✓ Jordanas de Codesarrollo
14-16 de noviembre de 2006. Fundación CeiM (Valencia).
- ✓ Segunda edición de “Emplea Cultura”
16 de noviembre de 2006. Bilbao (Cear-Euskadi).
- ✓ Pluralismo religioso y ciudad
20 de noviembre de 2006. Madrid.
- ✓ Políticas culturales e inmigración: experiencias y reflexiones
21 y 22 de noviembre de 2006. Barcelona.
- ✓ Derecho de Extranjería
21-23 de noviembre de 2006. Colegio de Abogados de Lanzarote.

- ✓ III Jornadas de cooperación, universidad y voluntariado
22-24 de noviembre de 2006. Universidad de Granada.
- ✓ Desarrollo empresarial: inmigración y mujer
27 y 28 de noviembre de 2006. Cruz Roja Española.
- ✓ La inmigración irregular y su tratamiento en Estados Unidos, Australia y España
29 de noviembre de 2006. Colegio de Abogados de Sevilla.
- ✓ Transposición de las nuevas Directivas comunitarias en materia de inmigración
1 de diciembre de 2006. Asociación catalana de profesionales de la extranjería (Barcelona).

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)

Régimen jurídico aplicable a los trabajadores búlgaros y rumanos tras su incorporación a la Unión Europea (Avance Provisional)

SUMARIO

I. Pertenencia y períodos de transición.

II. Participación en las instituciones de la Unión Europea y debate constitucional.

III. El mercado interior común.

IV. Circulación de personas, controles fronterizos.

V. Circulación de trabajadores.

VI. Prestación de servicios.

VII. Agricultura.

VIII. Finanzas.

IX. La introducción del euro.

X. Los diferentes regímenes aplicables a los trabajadores nacionales de Bulgaria y Rumania.

A) Régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena. B) Régimen aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos. C) Régimen aplicable a los estudiantes y trabajadores en

prácticas. D) Régimen aplicable a los trabajadores exceptuados de la obtención de autorización de trabajo. E) Régimen aplicable a los familiares de trabajadores por cuenta ajena.

I. PERTENENCIA Y PERÍODOS DE TRANSICIÓN

El pasado 24 de noviembre, Alemania ratificaba la adhesión de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea. Con ella finaliza el proceso de incorporación iniciado con la firma del Tratado de Adhesión el 25 de abril de 2005 en Luxemburgo¹.

Con anterioridad habían ratificado la adhesión los otros 24 países miembros y dado su visto bueno con arreglo al artículo 49 del TUE la Comisión Europea (22 de febrero de 2005), el Parlamento Europeo (13 de abril de 2005) y el Consejo (25 de abril de 2005). El 26 de septiembre de este mismo año la Comisión adoptó el informe final sobre el estado de preparación de cara a la adhesión dando luz verde a la misma, si bien acompañada de un paquete rigurosas medidas de acompañamiento.

Por tanto, Bulgaria y Rumania pasarán a ser miembros de pleno derecho de la UE con efectos desde el 1 de enero de 2007. A partir de esa fecha el derecho de la UE (el “acervo comunitario”) regirá también en esos Estados. La adhesión de Bulgaria y Rumania supondrá una población añadida de 30 millones de personas, completando la histórica quinta ampliación de la UE y creando una Unión de casi quinientos millones de ciudadanos².

Siguiendo el mismo procedimiento que se aplicó en el proceso de adhesión de los diez nuevos Estados miembros en el marco de la llamada ampliación hacia el Este, con Bulgaria y Rumania se ha acordado un mecanismo general y dos mecanismos específicos de cláusula de protección (para los ámbitos del mercado interior y justicia/asuntos de interior), sobre cuya base la Comisión ha adoptado, bajo condiciones taxativamente enumeradas, determinadas medidas para contrarrestar disfunciones específicas en estos ámbitos³.

En diversas áreas se han acordado con los nuevos Estados miembros períodos de transición para la aplicación de las disposiciones legales de la UE⁴.

II. PARTICIPACIÓN EN LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEBATE CONSTITUCIONAL

Desde el momento de su ingreso, los nuevos Estados miembros participarán en pie de igualdad en las instituciones y órganos de la Unión Europea.

(1) Vid. Tratado de Adhesión con Bulgaria y Rumania DOUE 21.6.2005 [L157] http://europa.eu.int/eur-lex/lex/es/treaties/treaties_accession.htm.

(2) Vid. <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/e40108.htm>.

(3) Vid. <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/es/Europa/Erweiterung/BulgarienRumaenien.html>.

(4) Vid. Protocolo de Medidas transitorias para Rumania. DOUE 21.6.2005 [L157].

Última hora

VI

El número de diputados al Parlamento Europeo (Bulgaria 18, Rumania 35) y la ponderación de votos en el Consejo (Bulgaria 10, Rumania 14) se corresponderá con su porcentaje de población sobre la población total de la Unión Europea.

Desde 2005 y hasta el 1 de enero de 2007, Bulgaria y Rumania han tenido el estatuto de observador activo en las instituciones y los órganos de la UE (es decir, derecho de voz pero no de voto).

III. EL MERCADO INTERIOR COMÚN

El mercado interior común se amplía con el ingreso de los nuevos Estados miembros.

La libre circulación de mercancías, introducida en gran parte ya con los Acuerdos Europeos de Asociación de la Comunidad Europea con ambos Estados, será completada en relación con los nuevos Estados miembros. Bulgaria y Rumania entrarán a formar parte del mercado interior europeo común, con lo cual se suprimirán todos los controles de mercancías en las fronteras interiores.

IV. CIRCULACIÓN DE PERSONAS, CONTROLES FRONTERIZOS

Con la adhesión se establece también la plena libertad de circulación de las personas. Ello significa que los ciudadanos tanto de los antiguos como de los nuevos Estados miembros podrán viajar libremente dentro de toda la UE ampliada.

No obstante, los controles de personas en las fronteras interiores –las fronteras entre los antiguos y los nuevos Estados miembros– no se suprimirán totalmente.

Si bien desde el ingreso rige la libre circulación de personas, sólo se podrá prescindir de los controles de personas cuando los nuevos Estados miembros puedan acreditar el aseguramiento de sus fronteras con terceros Estados –las nuevas fronteras exteriores de la UE– de acuerdo con el estándar de Schengen.

Como consecuencia de lo anterior, a partir del 1.º de enero de 2007, la permanencia en España de los nacionales búlgaros y rumanos de ninguna manera podrá reputarse irregular dada su condición de ciudadanos de la Unión. Por tanto, los expedientes sancionadores incoados al amparo del régimen general de extranjería deberán ser archivados y las sanciones impuestas, incluso las expulsiones, revocadas.

V. CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES⁵

Una excepción a la libre circulación de personas es la libre circulación de trabajadores. En esa área se estableció un período transitorio escalonado de hasta cinco años (modelo 2 + 3 + 2),

(5) Los trabajadores por cuenta propia o autónomos tienen la consideración de empresario individual comprendidos en el ámbito de libre circulación y para los que no existe período transitorio. Para obtener la Tarjeta de Residencia Comunitaria únicamente habrán de acreditar su condición de trabajador por cuenta propia, presentando el alta en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social y Alta Censal.

que permite a los Estados miembros conservar provisionalmente sus legislaciones nacionales sobre la materia durante dos años.⁶

Para analizar este tema debemos partir:

- del artículo 20 del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de la República de Rumania a la Unión Europea, y
- los Anexos VI y VII a este Protocolo⁷.

Veamos un poco más detenidamente esta cuestión:

1.º Hasta el final del período de 2 años, los Estados miembros actuales aplicarán medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los búlgaros y los rumanos a sus mercados de trabajo. Ello significa que cada Estado puede decidir abrir inmediatamente sus fronteras o continuar como hasta el momento.

2.º Esas medidas pueden seguir siendo aplicadas por un Estado miembro hasta el final del período de los cinco años.

3.º El Estado miembro que sufra graves perturbaciones de su mercado laboral o en el que haya riesgo de que se produzcan, puede aplicar esas medidas hasta un máximo de 7 años, siempre que lo notifique a la Comisión Europea. Son graves perturbaciones las que ponen en grave peligro el nivel de vida o el índice de empleo en una determinada región o una determinada profesión.

La decisión de prolongar el régimen transitorio le corresponde tomarla al gobierno correspondiente de forma autónoma; no está sujeta a aprobación por parte de la UE. Ese régimen rige para los dos nuevos miembros.

VI. PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La libre prestación de servicios se extiende también con carácter general a los nuevos Estados miembros. Por eso debe distinguirse la libertad de prestación de servicios transfronteriza, para la que se acordaron períodos transitorios.

A partir del ingreso rige también la libre circulación de capitales para y en los nuevos Estados miembros.

(6) España ya ha decidido que se aplicarán medidas nacionales durante el período transitorio inicial de dos años.

(7) Protocolo y Anexos forman parte del Tratado de Adhesión.

Última hora

VI

VII. AGRICULTURA

Los pagos directos a los agricultores de los nuevos Estados miembros se introducirán paulatinamente durante un período de diez años. Comenzaron en 2004 con un 25% del nivel de la UE, hasta alcanzar un 100% en 2013. Los nuevos Estados miembros participan en el Mercado Agrícola Común con cuotas para productos agropecuarios, sin que deba temerse una producción excesiva. Además reciben fondos para el desarrollo rural, que superan en aproximadamente un 50% los recursos per cápita destinados a los actuales Estados miembros.

VIII. FINANZAS

El volumen de gastos para los nuevos Estados miembros (créditos de pago) asciende a 25.140 millones de euros para el período 2004 a 2006. Teniendo en cuenta que los nuevos Estados miembros contribuyen con 14.740 millones de euros, los costos netos a cuenta del presupuesto de la UE ascenderán a 10.400 millones de euros. La participación alemana en ese importe será de unos 2.300 millones de euros para los tres años. Como comparación: en la actualidad Alemania destina cada año más de 50.000 millones de euros a la financiación de la unidad alemana.

IX. LA INTRODUCCIÓN DEL EURO

Para que puedan ingresar a la eurozona, es necesario que los nuevos Estados miembros cumplan con los criterios de Maastricht y que por lo tanto hayan participado en el mecanismo de tipos de cambio por lo menos durante dos años. La introducción del euro en los nuevos Estados miembros es consecuentemente la culminación de un proceso de convergencia de varias fases y se producirá, también en los países más avanzados, sólo a medio plazo.

Hay que tener presente que hasta finales de 2006 sólo 12 de los actuales 25 Estados miembros de la Unión Europea participan en el euro. Desde el 1 de enero de 2007 participará asimismo Eslovenia, como decimotercer Estado. Probablemente, Chipre y Malta estén en condiciones de ingresar en la eurozona en el año 2008.

X. LOS DIFERENTES RÉGIMENES APLICABLES A LOS TRABAJADORES NACIONALES DE BULGARIA Y RUMANIA⁸**A) Régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena**

1. A los trabajadores de Bulgaria y Rumania, residentes en España en el momento de la Adhesión, a los que con anterioridad al 1 de enero de 2007, se les haya concedido una autorización de trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a un año, les será de aplicación el régi-

(8) El régimen que se expone a continuación es un avance provisional y se basa en las informaciones y declaraciones gubernamentales españolas y en la experiencia del régimen transitorio aplicado en la anterior ampliación.

men contenido en el Real Decreto 178/2003. (Párrafo segundo, apartado 2 de los Anexos VI y VII que contemplan el listado de medidas transitorias para Bulgaria y Rumania)⁹.

2. A los trabajadores de Bulgaria y Rumania, **no residentes** en España, a los que durante el período transitorio se les conceda una **autorización de trabajo de duración igual o superior a un año**, asimismo les será de aplicación el régimen contenido en el Real Decreto 178/2003. (Párrafo tercero, apartado 2 de los Anexos VI y VII que contempla el listado de medidas transitorias)¹⁰.

Para la concesión inicial de la autorización de trabajo no se considerará la situación nacional de empleo. Los trabajadores búlgaros y rumanos gozarán de preferencia comunitaria.

La expedición del visado de trabajo y residencia tendrá carácter gratuito, se solicitará y retirará personalmente por el interesado y se efectuará en el país de origen o de última residencia del trabajador.

En el plazo de un mes desde su entrada en España, el trabajador deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad correspondiente.

En ambos supuestos, apartados 1 y 2, tales trabajadores tendrán acceso al mercado de trabajo de ese Estado miembro (en nuestro caso, España) pero no al mercado de trabajo de otros Estados miembros que apliquen medidas nacionales. Y lo mismo sucederá con los trabajadores rumanos y búlgaros que sean admitidos en el mercado de trabajo de un Estado miembro por un período ininterrumpido igual o superior a doce meses

3. A los trabajadores por cuenta ajena, que estén trabajando legalmente en España o sean autorizados a trabajar y admitidos en el mercado de trabajo por un período inferior a doce meses, les será de aplicación el régimen contenido en la Ley Orgánica 4/2000 y en su desarrollo reglamentario, sin que proceda considerar la situación nacional de empleo. (Párrafo cuarto, apartado 2 de los Anexos VI y VII que contempla el listado de medidas transitorias.)

La expedición del visado de trabajo y residencia tendrá carácter gratuito, se solicitará y retirará personalmente por el interesado y se efectuará en el país de origen o de última residencia del trabajador.

(9) “Los nacionales rumanos que estén trabajando legalmente en uno de los Estados miembros actuales en el momento de la adhesión y que hayan sido admitidos en el mercado de trabajo de ese Estado miembro por un período ininterrumpido igual o superior a doce meses tendrán acceso al mercado de trabajo de dicho Estado miembro, pero no al mercado de trabajo de otros Estados miembros que apliquen dichas medidas nacionales.

(10) “Los nacionales rumanos admitidos en el mercado de trabajo de uno de los Estados miembros actuales después de la adhesión por un período ininterrumpido igual o superior a doce meses tendrán también los mismos derechos.”

Última hora

VI

No precisarán la concesión de visado cuando sean contratados por períodos no superiores a 180 días, a partir de la fecha de adhesión (1 de enero de 2007).¹¹

En el plazo de un mes desde su entrada en España, el trabajador deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero. Dicha tarjeta perderá su validez finalizado el período de un año desde su expedición y, en todo caso, cuando finalice el período transitorio.

B) Régimen aplicable a los trabajadores por cuenta propia o autónomos

Como ya hemos indicado los trabajadores por cuenta propia o autónomos tienen la consideración de empresarios individuales para los que no se contempla ningún período transitorio. Desde el 1 de enero de 2007 les será de aplicación el régimen jurídico previsto en el Derecho comunitario, concretado en España en el RD 178/2003.

Para obtener la Tarjeta de Residencia Comunitaria únicamente habrán de acreditar su condición de trabajador por cuenta propia, presentando el alta en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social y Alta Censal.

C) Régimen aplicable a los estudiantes y trabajadores en prácticas

1. Los estudiantes podrán obtener la Tarjeta de Residente Comunitario, acreditando su condición de estudiante, presentando matrícula de estudios, o bien certificado académico donde conste que se encuentra matriculado en el presente año académico, en un Centro Oficial o reconocido, para cursar estudios de duración superior a tres meses.

2. Los trabajadores que a partir de la fecha de adhesión (1 de enero de 2007) sean autorizados a realizar prácticas profesionales o, en caso de estudiantes, se les autorice a ejercer actividades laborales por cuenta ajena compatibles con los estudios, se regirán por lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, y en su desarrollo reglamentario. No procederá considerar la situación nacional de empleo en ambos supuestos ni el criterio de reciprocidad para la realización de prácticas profesionales.

En el caso de los trabajadores en prácticas profesionales, la expedición del visado de trabajo y residencia tendrá carácter gratuito, se solicitará y retirará personalmente por el interesado y se efectuará en el país de origen o de última residencia del trabajador.

En el plazo de un mes desde su entrada en España, el trabajador en prácticas profesionales deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero. Dicha tarjeta perderá su validez finalizado el período de un año desde su expedición y, en todo caso, cuando finalice el período transitorio.

(11) El procedimiento seguido en la anterior ampliación fue el contenido de la Instrucción Quinta de las dictadas el 23 de diciembre de 2003, en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003 por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para 2004.

D) Régimen aplicable a los trabajadores exceptuados de la obtención de autorización de trabajo

A los trabajadores que a partir de la fecha de adhesión (1 de enero de 2007) traten de ejercer una actividad laboral por cuenta ajena exceptuada de la obligación de obtener autorización de trabajo, les será de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, y en su desarrollo reglamentario, así como lo previsto en el punto 1 del apartado “Régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena”, sobre expedición de visado y de tarjeta de identidad de extranjero.

A los trabajadores exceptuados de la obtención de autorización de trabajo, residentes en España en el momento de la adhesión y a los que les haya sido concedida esta exceptuación por un periodo igual o superior a un año, les será de aplicación el régimen contenido en el Real Decreto 178/2003.

E) Régimen aplicable a los familiares de trabajadores por cuenta ajena

1. Los familiares de los trabajadores asalariados nacionales de Bulgaria y Rumania, y comprendidos en los puntos 1 y 2 del apartado “Régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena” podrán residir en España junto al trabajador, siempre que tengan con dicho trabajador una relación de parentesco de las enumeradas en el artículo 2 del Real Decreto 178/2003.

El régimen de solicitud y concesión de la autorización para residir los familiares se regirá por lo dispuesto en el Real Decreto 178/2003.

2. En cuanto al acceso al mercado de trabajo por parte de los mismos, se aplicará el régimen contenido en el Real Decreto 178/2003, apartado segundo del artículo 3, a aquellos familiares residentes legales en España con anterioridad a la fecha de adhesión (1 de mayo de 2007) y siempre que al trabajador le haya sido concedida con anterioridad a la fecha de adhesión una autorización de trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a un año.

A los familiares que no se encuentren residiendo en España en el momento de la adhesión les será de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, y en su desarrollo reglamentario, sin que proceda considerar la situación nacional de empleo, siempre que el trabajador antes o después de la fecha de adhesión acredite un año de residencia legal y trabajo por cuenta ajena en España.

Para más información sobre la ampliación de la UE, véase:

http://ec.europa.eu/enlargement/key_documents/reports_sept_2006_en.htm.

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.

