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 Trías** 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

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

[9] **I. El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre**
FRANÇOIS CRÉPEAU

[25] **II. El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
DIEGO BOZA MARTÍNEZ

[41] **III. Situación legal de los trabajadores extranjeros estables y temporeros en España**
FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER:* LA RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO POR CUENTA AJENA

[55] **I. Introducción al Dossier**
PASCUAL AGUELO NAVARRO

[57] **II. La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora**
PASCUAL AGUELO NAVARRO, PILAR CHARRO BAENA Y CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

[95] **III. Anexo legislativo**

[101] **IV. Encuesta-cuestionario sobre sistema de renovaciones de autorizaciones de trabajo por cuenta ajena**
SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CGAE

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[111] **Índice analítico de voces**

[111] **Asilo**
[117] **Visado**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[122] **Normalización**
[127] **Expulsión**
[134] **Permiso de residencia**
[137] **Derecho al trabajo**
[145] **Permiso de trabajo**
[152] **Derecho Penal**
[155] **Homologación de títulos**
[157] **Nacionalidad**
[158] **Régimen comunitario**
[160] **Constitucional**

[165] **Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005**
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

[173] **El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería (Crónica jurisprudencial del año 2005)**
KATIA FACH GÓMEZ

CRÓNICA LEGISLATIVA:

[203] **I. Crónica legislativa**

[203] **Fuentes internas**
[204] **Fuentes internacionales**
[205] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[217] **Notas bibliográficas**

[223] **I. La institución musulmana de la *kafala* y el Derecho de Extranjería: Breve noticia de algunas resoluciones judiciales**
AURORA LÓPEZ AZCONA

[229] **II. Sobre los cinco mitos de las migraciones internacionales**
CHAIME MARCUELLOS SERVÓS

[247] **III. Informe sobre la participación de los residentes rumanos y búlgaros en las elecciones municipales de 2007**
PASCUAL AGUELO NAVARRO y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[269] **IV. Programa del 16 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería y Asilo**

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

EDITORIAL

Hace un año, por estas mismas fechas, reflexionábamos sobre la entrada en vigor del vigente Reglamento de la LOEX y expresábamos nuestra preocupación por lo que observábamos era un desarrollo reglamentario, que insistía en los aspectos más criticados de la última reforma de la LOEX realizada por la Ley Orgánica 14/2003 y más concretamente por el intento de huida del procedimiento administrativo común, que tantos quebraderos de cabeza está provocando –dificultad de acceso a las ventanillas y registros administrativos e inadmisiones a trámite; escasa motivación de las resoluciones administrativas, entre otras–.

Por todo ello, desde estas mismas páginas hemos venido insistiendo en la importancia del Derecho judicial en la conformación del Derecho de extranjería impregnado de altas dosis de discrecionalidad administrativa.

Los anuncios de posible ilegalidad reglamentaria que entonces se hacían se han concretado en diversos recursos, bien fundamentados, que a buen seguro traerán consigo la enésima reforma de la normativa de extranjería. Asimismo varias sentencias del Tribunal Supremo, que se recogen en este número de la REDMEX, han venido a corregir algunos de los aspectos a los que nos venimos refiriendo, como es, la necesidad de motivación de las resoluciones que acuerdan la sustitución agravada de la expulsión o la inadecuación de la extensión de la inadmisión a trámite a situaciones que pueden ser resueltas más adecuadamente por la subsanación del procedimiento.

Recordamos igualmente que sigue pendiente ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Vasco y que, a buen seguro, vendrá a clarificar muchas de las cuestiones que hoy por hoy nos vemos obligados a discutir en los Tribunales ordinarios.

Se abre pues un nuevo período de reflexión y reacomodación de la regulación normativa de extranjería a los parámetros constitucionales de igualdad de trato y sometimiento a los principios y garantías jurídicos de contenido constitucional y en definitiva al respeto de los Derechos Humanos de las personas migrantes, tal y como venimos reclamando insistentemente desde esta REDMEX.

El número 11 se abre con tres artículos que contienen aportaciones de gran recorrido, y finaliza en el apartado de Notas con variadas reflexiones de indudable interés. El Dossier, por su parte, se dedica a examinar un tema de la máxima actualidad “Las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo”, que sin duda ayudará a desarrollar nuestro trabajo profesional en esta materia.

En la Crónica Jurisprudencial destacan, el trabajo sistematizador de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del año 2005 en relación con la materia de extranjería y los comentarios sobre las recientes sentencias del Tribunal Supremo en materia de expulsión, así como la habitual reseña sobre las sentencias de contenido laboral.

Esperamos una buena y provechosa lectura de este nuevo número de la REDMEX. Ánimo y muchos éxitos en la conformación de ese necesario e imprescindible Derecho judicial de extranjería.

Artículos

François Crépeau

Profesor Derecho Internacional, Director Científico del CÉRIUM (Centro de Estudios Internacionales), Universidad de Montreal (Canadá)
(agchueca@posta.unizar.es)

I

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre(*)

RESUMEN

EL EXTRANJERO Y EL DERECHO A LA JUSTICIA EN CANADÁ TRAS EL 11 DE SEPTIEMBRE

Desde los sucesos del 11-S, el peligro del terrorismo condujo a la adopción de nuevas medidas antiterroristas (eliminación de los recursos de apelación abiertos a los extranjeros, reducción de la asistencia jurídica, incremento de los poderes de detención, frecuente uso de los certificados de seguridad...). Pero en la *Canadian Charter of Rigths and Freedoms* sólo el derecho a votar y a ser elegido, el derecho a entrar y a permanecer en el país y el derecho de ser educado en las lenguas minoritarias protegen específicamente a los ciudadanos. La protección de los derechos de los ciudadanos canadienses no puede basarse en la negación de los derechos de los extranjeros. Están en juego los mismos derechos: La violación de derechos de los extranjeros es una violación de derechos de los ciudadanos.

ABSTRACT

THE FOREIGNER AND THE RIGHT TO JUSTICE IN CANADA AFTER THE EVENTS OF SEPTEMBER 11

After the events of September 11, the fear of terrorism led to the adoption of new anti-terrorist measures (elimination of appeals available to foreigners, reduction of legal aid, increased powers of detention, easier use of security certificates...). But in *Canadian Charter of Rigths and Freedoms* only the right to vote and be elected, the right to enter and remain in the country and the minority language educational rights specifically protect citizens. The protection of Canadian citizens cannot be based on the denial of foreigner´s rights. The same rights are at stake: The violation of a foreigners´s rights is a violation of citizen´s rights.

(*) Ponencia presentada en la Canadian Federation for the Humanities and Social Sciences. Traducción de Ángel G. CHUECA SANCHO, Director Adjunto de la REDMEX.

François Crepeau

SUMARIO

I. Introducción.

II. La erosión de los derechos de los extranjeros en Canadá. A) Eliminación de los recursos de apelación de los extranjeros. B) Reducción de la asistencia jurídica. C) Incremento de las posibilidades de detención. D) Frecuente uso de los certificados de seguridad. E) Sanciones agravadas para los traficantes de personas. F) Acuerdos sobre Tercer País Seguro. G) Medidas de interceptación en las fronteras del Estado.

III. El extranjero, más que como un riesgo, es percibido como una amenaza para la seguridad.

IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En enero de 2003, el Comisionado para la Protección de la Vida Privada en Canadá afirmaba en su Informe de 2001-2002, enviado al Parlamento, que[1] "el Gobierno, simplemente, está usando el 11 de septiembre como una excusa para nueva recogida y nuevos usos de información personal sobre todos los canadienses, lo cual no puede justificarse por las exigencias del antiterrorismo y, además, no cabe en una sociedad democrática...

Estoy informando al Parlamento en esta comparecencia de que esta indiferencia gubernamental respecto a derechos privados de importancia crucial no surge sólo en instancias aisladas y parece ser sistemática. Ello conduce un derecho fundamental de cada canadiense a un profundo riesgo. Es muy urgente que se cambie esta tendencia...

Desgraciadamente este Gobierno ha perdido su brújula moral respecto a los derechos humanos fundamentales de la privacidad".

Estas palabras son extremadamente duras, pronunciadas por un oficial de un Parlamento en el cual el Gobierno tenía mayoría en la Cámara. El Comisionado se refería a varios actos y a proyectos de ley del gobierno, preparados después del 11 de septiembre:

(1) Comisionado para la Protección de la Vida Privada en Canadá, Noticias, 29 de enero de 2003, en http://www.privcom.gc.ca/media/nc-r/2003/02_05_b_0330129_e.asp?V=Print.

– Nueva base de datos de los pasajeros de la Aduana y la Agencia Tributaria de Canadá;

– El acceso sin restricción de la Real Policía Montada del Canadá (RCMP) a cualquier información que las compañías aéreas obtengan de sus pasajeros y su transferencia a las autoridades de extranjería según la *Aeronautics Act*[2];

– Fuerte incremento de los poderes estatales para controlar las comunicaciones, especialmente algunas internacionales;

– Posible creación de una Carta de Identidad con identificadores biométricos, como indicaba el Ministro de la Ciudadanía y la Inmigración, basado en el modelo que antes se utilizó para los residentes permanentes; y

– Apoyo del Gobierno a la colocación por la RCMP de vídeos de vigilancia en los espacios públicos.

Algunas de estas medidas nunca fueron aceptadas en la década pasada. ¿Pueden considerarse aceptables hoy?

Una razón para esta posibilidad se basaría en el miedo al terrorismo, exacerbado por las guerras en Afganistán e Irak y también, más recientemente, por el fracaso a la hora de remodelar el Mapa de Oriente Medio. Existe otro elemento de justificación que no se menciona en los documentos oficiales: En nuestra visión colectiva, las personas que se ven afectadas por las medidas antiterroristas son esencialmente extranjeras.

"Si Usted no tiene nada que esconder, usted no tiene nada que temer": Es el argumento que ponen sobre la mesa todos cuantos justifican la adopción de drásticas medidas en la lucha contra el terrorismo. Según ello, las nuevas medidas darán protección efectiva a los buenos ciudadanos que respetan la ley frente a todos los extranjeros "que nos odian".

Opera aquí la clásica retórica de la distinción entre "ellos" y "nosotros". El deterioro de los derechos de los extranjeros en Canadá, así como en otros países occidentales, encuentra su origen en la idea según la cual, cuando la seguridad está en peligro, un extranjero no tiene por qué disfrutar necesariamente de los mismos derechos fundamentales que un ciudadano.

Esta ruptura de la dignidad humana de la persona no será cuestionada por una amplia mayoría de la población, aun cuando tenga devastadoras consecuencias para los individuos y sus familias, siempre que esas personas sean extranjeras.

(2) *Act to amend the Aeronautics Act*, S.C. 2001, cap. 38 (Ley C-44), aprobada el 18 de diciembre de 2001, puede consultarse en http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/chambus/house/bills/governent/C-44/C-44_3/C-44_cover-F.html. Ver oficina del Comisionado para la Protección de la Vida Privada en Canadá, Comunicados de Prensa, 30 de noviembre de 2001.

En efecto, desde el punto de vista únicamente moral, resulta un poco difícil de conciliar la ola de simpatía originada por el caso Maher Arar[3] con la casi total indiferencia, cuando no hostilidad, con la cual numerosos extranjeros habrían de sufrir un destino semejante.

Este es el peligro al que se enfrentan los extranjeros, con riesgo para su libertad, su seguridad o su vida cuando retornan a casa, o simplemente cuando son detenidos o deportados con argumentos muy débiles. Este riesgo lo corren también sus familias en Canadá. Los individuos son desarraigados, las familias son separadas y los niños son arrancados del único mundo que conocen hasta ese momento. Las decisiones que provocan estas consecuencias deben ser cuidadosamente controladas.

En primer lugar deseo ilustrar la erosión de los derechos de los extranjeros durante la última década y especialmente la derivada de la presente agenda de seguridad, y analizar el hecho de que los extranjeros no son en todo caso considerados como personas necesariamente merecedoras de justicia y dignidad.

II. LA EROSIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN CANADÁ

Durante los noventa, según Didier BIGO, la inmigración era analizada desde el paradigma de la seguridad interna. La inmigración era considerada cada vez más como una cuestión relacionada con la criminalidad[4].

Tras los sucesos del 11 de septiembre, el peligro del terrorismo condujo a la adopción de nuevas medidas antiterroristas y al reforzamiento del aparato policial de seguridad en Canadá y en otros lugares. La inmigración fue considerada el reino de la lucha antiterrorista[5].

Dos meses después, los Gobiernos de Canadá y USA adoptaban *la Declaración Conjunta sobre Cooperación y las Cuestiones de la Migración Regional y los 30 puntos del Plan de Acción para Crear una Frontera Segura y Abierta*[6]. Según estos instrumentos, el órgano canadiense de Ciu-

(3) Se trata de un canadiense, de origen sirio, detenido en Nueva York en septiembre de 2002, cuando volvía de un viaje a Túnez. Enviado a Siria por los agentes estadounidenses, al volver tras muchos meses de detención ilegal, alegaba que había sufrido torturas (N. del T.).

(4) Didier BIGO: *L´Europe des polices et la sécurité intériuere,* Complexe, París 1992.

(5) Citizenship & Immigration Canada, *Strengthened Immigration Measures To Counter Terrorism*, 12 de octubre de 2001, en http://www.cic.gc.ca/english/press/01/0119-pre.html. Los fondos destinados a medidas antiterroristas desde 2001 a 2007 se estiman en 7.700 millones de dólares canadienses: Office of the Auditor General of Canada, Citizenship and Immigration Canada, Control and Enforcement, abril 2003, Informe, cap. 5, en http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/reports.nsf/html/20030405ce.html.

(6) La Declaración Conjunta sobre la Frontera Abierta fue firmada el 12 de diciembre de 2001 por John MANLEY, Ministro de Asuntos Exteriores y de Comercio Internacional (Canadá) y Tom RIDGE, Director de la Oficina de Seguridad Interior (USA), puede verse en http://dfait-maeci.gc.ca/anti-terrorism/ca-us-border-en.asp.

dadanía e Inmigración asume sobre todo la responsabilidad, por parte de Canadá, para aplicar diez iniciativas entre las cuales se hallan:

– La administración de las solicitudes de los refugiados y solicitantes de asilo, incluyendo la investigación sobre seguridad y riesgos de delitos y el control de la información;

– La gestión de las reclamaciones sobre el estatus del refugio y asilo, incluyendo la negociación de un acuerdo para gestionar los flujos fronterizos de los individuos que solicitan asilo;

– El desarrollo de las bases de datos sobre inmigración, mediante los intercambios automatizados existentes de la información conseguida y el desarrollo paralelo de las bases de datos sobre inmigración para un intercambio regular de información.

Algunas de estas medidas constituyen compromisos perfectamente compatibles con la práctica anterior. Son una herramienta necesaria en la lucha contra las actividades criminales internacionales, como el terrorismo.

Pero es claro que no son adoptadas para proteger mejor a los individuos de la persecución sufrida en su país de origen. Por el contrario, una gestión eficiente de las fronteras incluye una gestión segura de modo que, el escaso número de personas a las que se les permita alcanzar la frontera, puedan solicitar protección. En estos instrumentos no existe ninguna decisión para una aplicación completa de las obligaciones derivadas de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados.*

Por otra parte es necesario recordar que, cuando se infrinjan los derechos fundamentales y las libertades de los extranjeros de modo inaceptable, ello también puede ser aplicado a los ciudadanos en Canadá o a los ciudadanos canadienses en el exterior por autoridades extranjeras.

A) Eliminación de los recursos de apelación de los extranjeros

En el Derecho canadiense de inmigración, desde los años noventa, han sido eliminados numerosos recursos de apelación, previamente abiertos a los extranjeros[7]. Además sólo se puede obtener la revisión judicial de una sentencia después de haber obtenido permiso para su ejecución. La revisión judicial ya no existe *de jure*. La gestión de la inmigración se realiza de modo más rápido, incluso puede ser más eficiente, pero la protección de los derechos humanos ha disminuido de modo radical. Desde 2002, cuando los patrocinadores canadienses de extranjeros fueron declarados inadmisibles por razones de "seguridad, violación de derechos humanos o derecho internacional, delitos graves o criminalidad organizada", los extranjeros han sido privados del derecho de apelación.

(7) Por ejemplo, en 2002 la nueva *Immigration and Refugee Protection Act* elimina todo derecho de apelación y de revisión de las órdenes contra cualquier persona, incluso un residente permanente, acusado de atentar contra la seguridad, violación de los derechos humanos o derecho internacional, delitos graves o criminalidad organizada. Consultar la sec. 64 de la *Immmigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, cap. 27, en http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/text.html.

B) Reducción de la asistencia jurídica

El sistema canadiense de determinación de la condición de los refugiados es considerado uno de los mejores del mundo. Los Ministros afirman que Canadá es "el Cadillac" de los sistemas de protección de los refugiados. Basado en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms,* este sistema es cuasi-judicial y cada refugiado demandante tiene el derecho a ser oído con el correspondiente intérprete y el derecho a un abogado. Sin embargo, nunca se ha considerado importante, en el derecho y en la política de Canadá, el dar suficiente asistencia jurídica para ayudar a los refugiados a preparar su defensa. Mientras el sistema de determinación de la condición de los refugiados pertenece a la jurisdicción federal, la asistencia jurídica en tales materias pertenece a los órganos provinciales de asistencia jurídica, sin garantizar ninguna equiparación. En Ontario el promedio de los honorarios por asistencia jurídica para determinar la condición de refugiado está fijado en 1.500 $ canadienses. En Québec, que alcanza 455 $ canadienses, lo que representa tres horas de trabajo, no incluye a un intérprete. En la Columbia Británica la asistencia jurídica para determinar la condición de refugiado era totalmente eliminada en junio de 2003, aun cuando posteriores negociaciones dieron como resultado la reintroducción en marzo de 2004 de un servicio limitado. También hay que subrayar la importancia de la asistencia jurídica en el caso de los delitos, de modo que se ayude a las personas acusadas a defenderse de modo apropiado y asegure la legitimidad de cualquier veredicto posterior de culpabilidad. Si hasta los jefes mafiosos tienen derecho a asistencia jurídica, en el caso de los refugiados ¿cuáles serán las consecuencias de una decisión errónea si ha existido muerte, tortura o prisión, cuando la prestación de la asistencia jurídica no ha sido considerada como igualmente importante?

C) Incremento de las posibilidades de detención

Aun cuando la práctica de la detención en Canadá no es tan dura como la existente en otros países como Estados Unidos, en los últimos años se han incrementado considerablemente las detenciones de indocumentados solicitantes de asilo. Este incremento de las detenciones ha sido fijado por el ministro como un objetivo policial.

Por ejemplo, la *Immigration and Refugee Proctection Act* regula en una norma la posibilidad de que un agente arreste y detenga a un extranjero sin orden de detención, cuando "tenga motivos razonables para sospechar que el residente permanente o el extranjero es inadmisible por razones de seguridad": Como esta posibilidad está abierta a su decisión, el agente decide, entre otras cosas, que el arresto y la detención de la persona en cuestión es necesario para prevenir la preparación de actos terroristas[8]. El nivel normal de prueba en estas materias exige que el agente esté obligado a "creer por motivos razonables" que puede ser cometido un acto criminal. Pero ¿dónde está el umbral más bajo de la "sospecha por motivos razonables"? ¿Qué sucede si la sospecha se basa en motivos no razonables? Estas cuestiones se hallan hoy ante los tribunales canadienses[9].

(8) *Immigration and Refugee Protection Act*, sec. 55 (3) y 34.

(9) Consultar Kent ROACH: *Canada´s Response to Terrorism* (en publicación).

Durante el verano de 2003, alrededor de veinte personas, sobre todo ciudadanos de Pakistán e India que estudiaban en Canadá, fueron arrestadas sin orden de detención. Se sugirió que habían creado una célula durmiente de Al-Qaeda. Esta sugerencia se basaba en cierta información obtenida en una escuela de navegación, en una escuela de negocios ya desaparecida, en dos domicilios diferentes en los que se habían pagado elevadas sumas por seguros de vehículos y en algunos documentos que medían la torre CN de Toronto. La mayoría de estas sugerencias desaparecieron en seguida. Los miembros del Cuerpo de Inmigración y Refugio fueron autorizados a presentar una alegación indicando que todo ello no afectaría al trato a los potenciales nuevos inmigrantes[10].

D) Frecuente uso de los certificados de seguridad

Los certificados de seguridad, un instrumento para expulsar extranjeros que suponen una amenaza a la seguridad para Canadá, por motivos de seguridad o por motivos de violación de derechos humanos o del derecho internacional, delitos graves o criminalidad organizada, se utilizan en la legislación canadiense de inmigración desde 1991.

Los extranjeros, a los que se incluye en un certificado de seguridad, son detenidos automáticamente. Si el juez decide que el certificado no es válido, es anulado. Pero, si el juez decide que el certificado es válido, ello se considera una prueba decisiva, de modo que el extranjero en él incluido no puede ser admitido. A pesar de los hechos, en este caso el extranjero no tiene acceso al resto de las pruebas.

La *Immigration and Refugee Protection Act* incrementó los efectos de los certificados de seguridad, al regular la suspensión o la terminación de una demanda de protección del refugiado por desistimiento, al ampliar los casos de desistimiento en asuntos de crimen organizado, al eliminar apelaciones, al facilitar el acceso al órgano de Examen de los Riesgos antes de la Devolución[11] y al agilizar el proceso de expulsión[12].

En todo sistema jurídico son esenciales los procedimientos específicos para concretar la información sensible que afecte a la seguridad y por ello recientemente se han añadido algunas normas al Código Penal como las relativas a las cuestiones de seguridad, estableciendo por ejemplo algunas pruebas que deben permanecer secretas, si el juez decide que es necesario hacerlo sin poner en peligro la justicia en el procedimiento penal concreto[13].

(10) Canadian Council for Refugees, *CCR denounces detention based on "suspicion",* 2 de septiembre de 2003, en http://www.web.net/%7Eccr/20detained.html.

(11) Es el Pre-Removal Risk Assessment u órgano de examen de los riesgos antes de la devolución. Según el derecho canadiense, para cumplir el principio de No-Devolución, antes de que un extranjero sea expulsado de territorio canadiense puede formular sus alegaciones a este órgano (N. del T.).

(12) Consultar *Immigration and Refugee Protection Act,* sec. 77, 81, 115; Citizenship & Immigration Canada, *Keeping Canada Safe,* 7 de julio de 2002, en http://www.cic-gc-ca/english/irpa/fs-keeping.html

(13) Consultar Kee ROACH: *Canada´s Response to Terrorism* (en publicación).

Pero parece completamente arbitrario un procedimiento, que puede llegar a obligar a una persona a volver a su país, donde eventualmente puede sufrir persecución o tortura, sin conocer cuáles son los hechos por los que se decide tal medida.

Existen soluciones para este dilema real y algunas podemos imaginarlas aquí. Por ejemplo, algunos autores han sugerido que deben estar acreditados en materia de seguridad un pequeño número de abogados defensores, que serían obligados a prestar un juramento especial para ello y serían designados para la defensa de los extranjeros a los que se ha atribuido un certificado de seguridad. Estos abogados deben poder consultar todas las pruebas presentadas contra sus clientes –pero no pueden comunicarla a sus clientes– y deben estar en posición de defender a tales clientes de modo adecuado[14].

Está en juego la legitimidad de todo el sistema de los certificados.

E) Sanciones agravadas para los traficantes de personas

Canadá fue de los primeros Estados que firmó en 2001 la *Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional*[15] y sus dos Protocolos, incluyendo el *Protocolo sobre el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*. Por eso la actual *Immigration and Refugee Protection Act,* que entró en vigor en junio de 2002, modificó la pena para los traficantes de personas. La *Immigration and Refugee Protection Act* impuso la pena más elevada para la organización de la entrada ilegal en Canadá y algunas penas muy severas para los nuevos delitos de tráfico de personas, pero no distinguió, como afirma el Protocolo, entre las personas que actúan por motivos humanitarios y las restantes[16].

Algunos se preguntan cómo ayudar al miembro de una familia que huye de una persecución cuando se rechaza su solicitud de refugio o de residencia permanente sin posibilidad de apelación. La ayuda a al menos diez personas a cruzar ilegalmente la frontera, sin ninguna amenaza para las personas o propiedades, constituye ahora un delito castigable con la cadena perpetua. Está más castigado que la violación o el atraco a mano armada, que está castigado con un máximo de 14 años. Es la misma pena que se impone por un acto de genocidio o de crimen contra la humanidad[17]. ¿Quién puede equiparar seriamente a un líder nazi con un pequeño traficante de personas? ¿Qué miedo subconsciente respecto al extranjero se expresa cuando la agravación de las penas es distorsionada de esta descarada manera?

(14) Consultar Kent ROACH: *Canada´s Response to Terrorism*, (en publicación).

(15) Asamblea General, Resolución 55/25, anexo I, en vigor desde el 29 de septiembre de 2003, en http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents:2/convention_eng.pdf.

(16) Estibalitz JIMÉNEZ y François CRÉPEAU: "The Immmigration and Refugee Protection Act", *Horizons, Bulletin of Canadian Policy Research Initiative,* n.º 2, sept. 2002, en http://policyresearch.gc.ca/page.asp?pagenm=w5n2_art-08.

(17) Consultar el artículo 272 del Código Penal de Canadá, R.S. 1985, cap. C-46, artículos 4 y 6, *Crimes Againts Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, cap. 24.

F) Acuerdos sobre Tercer País Seguro

Canadá y Estados Unidos firmaban el Acuerdo sobre el Tercer País Seguro en diciembre de 2002[18]. Este acuerdo permite a cada parte devolver a la otra todos los solicitantes de asilo que procedan del territorio de la anterior. Según las estadísticas de Citizenship & Immigration Canada (CIC) entre 1995 y 2001 aproximadamente un tercio de todos cuantos solicitaban refugio en Canadá habían llegado desde o a través de territorio de Estados Unidos. Para los que solicitaban el estatuto de refugiados en un puerto de entrada (o en un aeropuerto o en un puesto fronterizo), cuando la verificación de los países de tránsito pudo realizarse fácilmente, del 60% al 70% se dirigían a Canadá desde Estados Unidos. No parece que existan datos tan concluyentes sobre el flujo de los demandantes de refugio desde Canadá a Estados Unidos sino que puede tratarse de un porcentaje anual más bajo[19].

Semejante cooperación internacional es deseable en principio: Debe favorecer a los refugiados el que los Estados cooperen para protegerlos mejor. Sin embargo, en este caso, se puede cuestionar la premisa básica según la cual EE. UU. es un país "seguro" para los solicitantes de asilo. Algunas ONG[20] y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados expresaron dudas sobre ciertas prácticas de EE. UU., especialmente en cuanto a los procedimientos de detención y de expulsión rápida. Canadá debe pues prevenir a los extranjeros que llegan desde EE. UU. que solicitan asilo en Canadá, puesto que sabe que no van a ser tratados de modo similar a como esperan ser tratados en Canadá.

Al decidir el retorno a los EE. UU. de los solicitantes de asilo, Canadá reduce a través de un tercero el volumen de casos del Immigration and Refugee Board (IRB). Pero al actuar así, Canadá priva a estas personas del sistema de decisión sobre el refugio basado en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* que no tiene equivalente en EE. UU. Es bien conocido que el sistema americano de decisión sobre el refugio es claramente inferior, especialmente en cuanto al nivel del U.S. Board of Immigration Appeals[21]. Además existe la sensación según la cual, respecto a ciertas nacionalidades, el sistema americano no es claro, como se deduce de algunas personas que solicitan protección en Canadá.

(18) Citizenship & Immigration Canada, *Canada and U.S. Negotiators Agree to Final Draft Text of Safe Third Country Agreement,* en http://www.cic.gc.ca/english/policy/safe-third.html

(19) Standing committee on citizenship and immigration, report of third country regulations, diciembre 2002, en http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/2/CIMM/Studies/Reports/cimmrp01/03-cov-e.htm; declaración del Ministro de Asuntos Exteriores a la Conferencia del Foro Público para la Gestión de la Frontera con EE. UU. (Toronto, 28 de Noviembre de 2001) en http://webpps.dfait-maeci.gc.ca/minpub/Publication.asp?publication_id=378840&Language=E; U.S. Committee for refugee, *Word Refugee Survey 2003 United States Report,* en http://www.refugees.org/world/countryrpt/amer_carib/2003/united_states.cfm.

(20) Canadian Council For Refugees, *10 Reasons Why The U.S.-Canada Refugee Deal Is A Bad Idea,* en http://web.net/%7Eccr/10reasons.html.

(21) U.S. Committee for refugees, word refugee survey 2003, United States report, en http://www.refugees.org/world/countryrpt/amer_carib/2003/united.states.cfm .

Sin duda puede predecirse que la aplicación de estas políticas está creando un ingente mercado para los traficantes de personas, que ayudan a la gente a cruzar la frontera sin ser detectados, antes de solicitar el estatuto de refugiados en Canadá. Ello puede degradar la imagen de los solicitantes de asilo, transformándolos, ante la opinión pública, en amenazadoras figuras de criminales internacionales. A ello puede contribuir la adopción de medidas preventivas o disuasorias contra esta situación que sean inadecuadas.

G) Medidas de interceptación en las fronteras del Estado

La canadiense *Immigration and Refugee Protection Act* contiene algunas normas que consideran a los transportistas responsables de los costes del transporte de los pasajeros indocumentados que llegan a los aeropuertos canadienses[22]. Según la *Immigration and Refugee Protection Act,* el Departamento de Ciudadanía e Inmigración carga al transportista los honorarios de la administración de todo aquel que llegue indocumentado. El Departamento ha firmado acuerdos con la mayoría de las líneas aéreas que realizan rutas regulares en Canadá. Según estos acuerdos, a los transportistas con buenos promedios en el rechazo de estos viajeros que llegan a Canadá se les reduce el pago de ciertos gastos de administración. A su vez, las compañías aéreas con sus medios apoyan a los oficiales del control de inmigración y les ayudan en los aeropuertos extranjeros a identificar a los pasajeros que carecen de los adecuados documentos de viaje[23]. Todas estas medidas pretenden la eficiencia en la interceptación de los extranjeros indocumentados antes de su llegada a la frontera canadiense. Las prácticas desarrolladas para controlar los documentos por los transportistas aéreos en todo caso deben respetar algunas directrices y no pueden ser abiertamente discriminatorias: En todo caso, su control por los tribunales canadienses o por otros de un tercer país es inexistente.

Es muy difícil controlar las acciones de los servicios canadienses de inmigración o de inteligencia en el exterior. Aunque son controlados anualmente algunos miles de expedientes de inmigración y sistemáticamente se alega discriminación, se decide en un escaso número. Como en la mayoría de los países occidentales, las autoridades de Canadá han aprobado políticas sistemáticas para la interceptación fuera de territorio canadiense de los inmigrantes irregulares y la prohibición de su entrada y en este terreno es muy activa la cooperación internacional[24]. Canadá asegura que respeta sus obligaciones internacionales en cuanto a la protección de los refugiados y los derechos humanos en general, pero en las políticas de interceptación y de prohibición de entrada el Gobierno canadiense no prevé medidas efectivas para cubrir las necesidades reales de protección de los inmigrantes irregulares que se hallan en Canadá. El control

(22) Ver la sec. 148 (1) (a) de la Immigration and Refugee Protection Act y la sec. 279 (1) de las Immigration and Refugee Protection Regulations; Citizenship & Immigration Canada, *Guide For Transporters,* 2002, en http://www.cic.gc.ca/english/pdf/pub/transporters.pdf

(23) Office of the auditor general of Canada, *Citizenship & Immigration Canada, control and enforcement,* abril 2003, Informe, cap. 5, en http://www.tbs-sct.gc.ca/est-pre/20032004/CI-CI/CI-CIr34_e.asp.

(24) Ver citizenship & immigration Canada, *Report of the plans and priorities 2003-2004,* febrero de 2003, en http://www.tbs-sct.gc.ca/est-pre/20032004/CI-CI/CI-Cir34_e.asp.

judicial de estas políticas, basado en la *Canadian Charter of Rights and Freedom,* resulta improbable en estos momentos.

III. EL EXTRANJERO, MÁS QUE COMO UN RIESGO, ES PERCIBIDO COMO UNA AMENAZA PARA LA SEGURIDAD

El extranjero no siempre es considerado como una persona a la que, por principio, siempre se le haga justicia y se respete su dignidad.

Los extranjeros no gozan de la simpatía directa de la opinión pública. No tienen representación política propia. Algunos dicen que no forman parte del espacio social. Pueden ser inicialmente temidos. Puede crearse fácilmente antipatía política respecto a los extranjeros y muchas instituciones sociales, incluso tribunales, pueden verse influidas por tales sentimientos. Pero muchos derechos humanos no están condicionados a la participación en ningún espacio social: Ser humano es la condición suficiente, en el marco del derecho internacional o en el marco de numerosos derechos internos.

En la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* solamente las secciones 3 (derecho al voto y a ser elegido), 6 (derecho a entrar en el país y a permanecer en él) y 23 (derecho a la educación en una lengua minoritaria) protegen específicamente a los ciudadanos. Los demás derechos, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación por motivos de origen nacional (artículo 15), deben aplicarse igualmente a todos los seres humanos que se hallan bajo el imperio de la Carta, y el Tribunal Supremo ha señalado que ello afecta a "toda persona físicamente presente en Canadá y en virtud de esta presencia sujeta al derecho canadiense"[25].

El artículo 1 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* incluye el deber de proteger los derechos y libertades de todos, excepto en los casos previstos en la ley, que sean razonables y estén justificados en una sociedad libre y democrática. Hasta ahora, este test ha sido sometido a una estricta interpretación de modo que se diera a los derechos el más amplio efecto posible. Espero que, a pesar de las presiones ejercidas por el gobierno y por la opinión pública, los tribunales no alteren su posición simplemente porque en algunos casos los implicados sean extranjeros. Para tener una mejor comprensión de la situación es necesario esperar los resultados de las decisiones de los tribunales sobre la constitucionalidad de algunas de las medidas mencionadas.

Tomemos como ejemplo el derecho a la igualdad y el derecho a un juez imparcial, recordando que todos los instrumentos de derechos humanos deben ser objeto de una generosa interpretación para proporcionar la máxima protección a todas las personas, por la misma razón que las normas penales son interpretadas restrictivamente.

(25) Singh v. Minister of Employement and Immigration, (1985) 1 S.C.R. 177.

El derecho a la igualdad ante la ley ha sido siempre interpretado como inaplicable a los procedimientos que afectan a extranjeros en situación irregular[26]. Al defender esta tesis como una exención, se afirma que tales procedimientos en nada afectan al ciudadano. Pero, si se adopta una interpretación centrada en los efectos, como la propugnada por el Tribunal Supremo Canadiense en el caso *Andrews*[27] por ejemplo, no hay razón alguna para diferenciar la detención de un extranjero de la detención de cualquier otra persona, puesto que los efectos de la detención (o sea, privación de la libertad física) son los mismos en ambos casos. Los procedimientos de expulsión deben interpretarse asimismo mediante referencia a sus consecuencias. Cuando mediante procedimientos particulares se coloca a un individuo en riesgo de muerte, de tortura, de detención, de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no hay razón para juzgar que estos procedimientos tienen menor gravedad que los que someten a los ciudadanos a un trato similar, como los procedimientos de extradición. La aplicación práctica del derecho a la igualdad y la pugna contra la discriminación se incrementan y los extranjeros pueden beneficiarse de ello.

El derecho a un juez imparcial, a su vez, es claro que no debe aplicarse sólo a los procedimientos penales. Todo el trato aplicable a los extranjeros en situación irregular, así como la detención y la expulsión, suele ser considerado como un procedimiento administrativo al cual no se aplican las reglas de la imparcialidad procesal. Así sucede en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Esta interpretación procede de un momento en el cual el derecho administrativo se hallaba en un estadio embrionario y no se contemplaba el futuro desarrollo de los instrumentos de derechos humanos, a pesar de que esta interpretación tiene un impacto extremo sobre los derechos y las libertades. Si consideramos los modernos instrumentos de derechos humanos, habrá que admitir que el derecho a un juez imparcial se ha expandido hasta cubrir todos los procedimientos jurídicos, tengan carácter penal o administrativo. La reciente *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*[28] (la Carta de la UE) no realiza esta distinción. El artículo 47 de la Carta de la UE[29] extiende "el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial" a "toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados". Ello incluye el derecho de toda persona a que "su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial", así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los tribunales internos no han asumido totalmente este cambio. La protección de los derechos de los extranjeros equivale hoy, *mutatis mutandis*, a la protección de los derechos de los trabajadores hace cien años, los derechos de las mujeres hace cincuenta años, los derechos de los aborígenes hace veinticinco años o los derechos de los gays y lesbianas hoy día. En su momento, todas esas categorías de personas fueron consideradas fuera del círculo de la ciudadanía o de

(26) Consultar Chiarelli v. Canada, Minister of Employment and Immigration (1992), 1 S.C.R. 711; Huynh v. Canada (C.A.), 1996, 2 F.C. 976.

(27) Andriews v. Law Society o f British Columbia (1989), 1 S.C.R. 143. En este caso la demanda de un ciudadano canadiense para conseguir un abogado fue rechazada mediante una distinción discriminatoria, cuando el ciudadano afirmó que no había ninguno con la calificación o la lealtad profesional que satisficiera los criterios exigibles a un abogado.

(28) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Diario Oficial de la UE, C 364, p. 1, 18 de diciembre de 2000.

(29) Se trata del actual artículo II-107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (N. del T.).

la legalidad, fueron juzgadas menores de edad, como objetos, no respetadas como sujetos de derechos.

Los tribunales se toman su tiempo antes de decidir cuestiones sociales difíciles, pero no se toman menos tiempo que el conjunto de la sociedad. Los tribunales pueden ser una avanzadilla de su sociedad y ayudarle a entender las complejas implicaciones de los derechos que los ciudadanos han reconocido como esenciales para su propia dignidad, para la propia comprensión de sí mismos.

Ya sea un extranjero o ya un ciudadano, cuando se hallan ante la justicia, se juegan sus derechos fundamentales. Y, siendo todos ellos iguales ante la misma justicia, en el sistema penal no se les puede privar de la posibilidad de recurrir, pues tanto el culpable como el inocente tienen el mismo derecho a la justicia.

Defendemos por tanto la moderna concepción del derecho según la cual la protección de los derechos fundamentales importa más que la Razón de Estado, a menos que esté justificada por una situación de emergencia nacional.

La protección de los ciudadanos canadienses no puede estar basada en la negación de los derechos de los extranjeros. Están en juego los mismos derechos: La violación de los derechos de los extranjeros es una violación de los derechos de los ciudadanos.

Ha llegado el momento de que entendamos que la lucha contra el delito puede ser apoyada legítimamente sólo cuando respete los derechos del acusado y que aceptemos que es más importante no encarcelar a un inocente que dejar que un criminal escape al castigo.

Además la lucha contra el terrorismo es un objetivo en primer lugar político y social de nuestros Estados y debe ser realizada con todos los medios necesarios, incluyendo las medidas de inteligencia para la seguridad, el contra-espionaje, las operaciones policiales, los arrestos, las detenciones, etc.

Sin embargo, esta lucha no puede realizarse a cualquier precio. La lucha contra el terrorismo, para que sea legítima a largo plazo, debe subordinarse a la protección de los derechos humanos de cualquier sospechoso, incluido el sospechoso extranjero.

Durante las pasadas décadas, los extranjeros obtuvieron progresivamente más de lo logrado por los delincuentes en el s. XIX, obtuvieron que el reconocimiento de sus derechos prevalezca sobre los intereses de los Estados.

Es bien sabido que desde 1982[30] la protección de los derechos fundamentales prevalece sobre la soberanía parlamentaria, las personas democráticamente elegidas no pueden ir contra ellos,

(30) Año en el que se adopta la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (N. del T.).

la legitimidad de los actos colectivos depende del respeto de los derechos fundamentales de todos.

Si se acepta hoy una excepción aplicable a los extranjeros en esta materia clave del Estado de Derecho, habrá que aceptar mañana otras excepciones: Resulta posible afirmar que nada puede prevenir la restricción de los derechos de personas discapacitadas, cuando el Estado declare que ello favorece nuestro interés. Pero nuestra condición humana se basa en el principio de igualdad. Los tribunales canadienses fueron en el pasado los campeones de esta concepción del derecho a la igualdad y Canadá proyectó la imagen de un país preocupado por los derechos humanos, la dignidad humana y el "deber de protección", incluido en la Agenda para la Seguridad Humana promovida por Canadá.

Nuestra apertura a la inmigración y nuestro compromiso fundamental de respetar los derechos humanos son elementos esenciales de la imagen de Canadá en el exterior, una imagen de la cual todos los canadienses se benefician. El Departamento Canadiense de Política Internacional, según declaraciones de abril de 2005[31], utiliza ampliamente este argumento. Consideremos fija esta imagen de nuestro país siempre desde el respeto de los derechos humanos de todos. Pero algunos de nuestros policías rompen esta imagen con los extranjeros. Ciertamente el caso Maher Arar distorsiona bastante. El debate sobre los certificados de seguridad continuará: Su necesidad debe ser demostrada respecto a las condiciones de su aplicación y respecto a las mejores garantías de los derechos humanos. A veces se ha aducido y discutido de inmigración al hablar de otras políticas, alegando discriminación, como reflejaba el Globe & Mail de 10 de mayo de 2005, cuando un ciudadano canadiense invocaba la *Charter* para atacar la decisión del CIC de rechazar una subvención sanitaria a su madre de 73 años de edad, diabética no dependiente de la insulina, por razones de una "excesiva demanda" sobre el servicio sanitario[32].

Si reconsideramos la cuestión de si los derechos de los extranjeros deben ser reconocidos en Canadá, en relación con los derechos de los ciudadanos, nos arriesgamos a dejar la moral al mismo nivel que el existente en décadas pasadas.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, defiendo que hoy hay que aceptar que, en el terreno internacional, un Estado en ningún caso puede invocar su soberanía territorial para justificar una violación sistemática de los derechos fundamentales, ya sea de un extranjero ya de un ciudadano.

(31) Foreings Affairs Canada, *A Role of Pride and Influence in the World, Canada´s International Policy Statement,* abril de 2005, en http://www.dfait-maeci.gc.ca/cip-pic/ips/ips-en.asp.

(32) Marina JIMÉNEZ: "Diabetic prevented from moving to Canada", *Globe & Mail,* 10 de mayo de 2005, p. 8.

Es cierto que el Derecho Internacional no reconoce una absoluta primacía de los derechos fundamentales sobre la soberanía del Estado, pero los considera una característica esencial del derecho interno en todas las democracias gobernadas por el Estado de Derecho.

Es asimismo cierto que los sucesos del 11 de septiembre nos han asustado hasta el punto de que algunas personas han defendido la oportunidad de establecer unos certificados de tortura[33], a pesar de que esta prohibición absoluta de la tortura es uno de los más valiosos legados de la generación que vivió las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y del Holocausto.

Nuestro miedo actual no puede llevarnos hasta, ciudadanos o extranjeros, denegar la igualdad en la justicia y la necesaria lucha contra el terrorismo no puede realizarse en detrimento de nuestro sistema de protección de los derechos fundamentales. Este sistema es un bien común de todos nosotros y una contribución esencial a nuestra civilización basada, desde 1945, en la absoluta primacía de la dignidad humana.

(33) Alan M. DERSHOWITZ: "Want to torture? Get a warrant", *San Francisco Chronicle*, 22 de enero de 2002, en http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2002/01/22/ED5329.DTL.

Diego Boza Martínez(**)
Profesor de la Universidad Carlos III
(diego.boza@uca.es)

II

El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos(*)

RESUMEN

EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR COMO LÍMITE A LAS EXPULSIONES DE EXTRANJEROS CONDENADOS POR SENTENCIA FIRME. BREVE ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH pese a considerar que es prerrogativa de los Estados Contratantes controlar la entrada y la residencia de los no nacionales, ha creado una jurisprudencia garantista, estableciendo ciertos supuestos en los que los extranjeros no pueden ser expulsados de un Estado parte. El autor se centra en el análisis de uno de estos supuestos: la alegación del derecho a la vida familiar para impedir la ejecución de ciertas expulsiones a extranjeros. En este sentido, tras definir el concepto de vida familiar que maneja el TEDH, se realiza un acercamiento a los elementos que llevan a entender al Tribunal que una expulsión vulnera o no el derecho a la vida familiar del extranjero. El carácter casuístico de la definición de estos elementos hace requerir al autor el establecimiento de una jurisprudencia más estable.

(*) Debemos realizar una advertencia de tipo terminológico. Cuando utilizamos el término "expulsión" nos referimos también a la prohibición de residencia (temporal o indefinida) que se liga a la expulsión ya que se entiende que la obligación de marcharse está irremisiblemente vinculada a la prohibición de volver. En algunas ocasiones, emplearemos ambos términos conjuntamente pero, para hacer más sencilla la exposición, en la mayor parte de las ocasiones haremos referencia a "expulsión" en el sentido amplio que acabamos de exponer.

(**) Una versión de este trabajo fue presentada como comunicación en el II Encuentro de Jóvenes Investigadores sobre Derecho de Inmigración y Asilo, celebrado en Barcelona los días 18 y 19 de diciembre de 2004. El autor quiere agradecer a los profesores Revenga Sánchez y Soto García su apoyo para la elaboración de estas líneas, así como a los participantes en el citado encuentro por sus aportaciones para mejorarlas.

Diego Boza Martínez
II

ABSTRACT

THE RIGHT TO THE FAMILY LIFE AS A LIMIT TO EXPULSIONS OF CONDEMNED FOREIGNERS. A BRIEF ANALYSIS ABOUT THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW.

In spite of establishing that the Contracting States are competent to control non-nationals entry and residence, the ECHR has created a garantistic case-law defining some assumptions where non-nationals can´t be expelled from a Contracting State. The author is concentrated on the analysis of one of these assumptions: The allegation of the right to the family life in order to hinder the execution of a non-national expulsion. In this sense, after defining the concept of the family life that ECHR manages, he studies the elements in which the ECHR bases its decisions as to the non-nationals family life is violated. Due to the casuistic nature of the definition of these elements, the author suggests to establish a more stable case-law.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El contenido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A) La distinción entre la vida privada y la vida familiar del individuo. B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la alegación del derecho a la vida familiar por un extranjero. a) ¿Qué tipo de familias protege el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

III. Las condiciones que justifican la injerencia en la vida familiar. El párrafo 2 del artículo 8. A) Legalidad y legitimidad de la medida. B) La medida ha de ser necesaria en un Estado democrático. Las dificultades para trazar una línea jurisprudencial coherente en la aplicación de esta condición.

IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de aquí en adelante TEDH, considera que es prerrogativa de los Estados Contratantes controlar la entrada y la residencia de los no nacionales, sin perjuicio de los compromisos que se deriven para los Estados de los Tratados internacionales[1]. A este respecto, es también doctrina constante del Tribunal que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, (CEDH), no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o permanecer en un país determinado, a no ser expulsado o extraditado[2].

Las dos afirmaciones de las que parte el Tribunal de Estrasburgo al afrontar cuestiones relativas al derecho de entrada o estancia de los inmigrantes podrían hacernos pensar que la actividad del TEDH en este ámbito ha sido poco trascendente. Sin embargo, el Tribunal ha logrado crear una jurisprudencia garantista, estableciendo ciertas zonas de seguridad, ciertas situaciones en las que los extranjeros no pueden ser expulsados de un Estado parte.

Es cierto que el CEDH no recoge cuestiones relativas a la política de inmigración por lo que, en un principio, resulta difícil establecer límites a estos poderes estatales por parte del TEDH[3]. A pesar de esta dificultad textual, el TEDH, aplicando su doctrina de *living interpretation,* según la cual las normas recogidas en el articulado del CEDH no habían quedado anquilosadas en 1950, sino que debían adaptarse a las circunstancias del momento presente, ha configurado la denominada *protección de rebote*, es decir, una protección no directamente propugnada por el texto convencional sino estructurada por la jurisprudencia a partir de otras previsiones no concebidas en un inicio para beneficiar a los extranjeros[4]. Por sí mismos, estos artículos no se aplicarían a la expulsión de extranjeros, pero el TEDH ha interpretado estos preceptos de un modo amplio, de tal forma que, en algunos casos, las medidas de política de inmigración podrían vulnerar alguno de estos derechos.

De entre los artículos que han servido de base para esta denominada *protección de rebote*, destaca el artículo 8 del CEDH que consagra el derecho a la vida familiar y personal. El punto de partida del Tribunal en relación a este artículo es que "la exclusión de una persona de un país

(1) Vid., a título de ejemplo, la sentencia de 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, párrafo 67, la sentencia de 21 de junio de 1988 en el *caso Berrehab contra Holanda,* párrafos 28-29; sentencia de 29 de enero de 1997 en el caso *Bouchelkia contra Francia,* párrafo 45. El texto completo de todas las sentencias del TEDH a las que haremos referencia es accesible en inglés y francés en la base de datos (HUDOC) de la página web del Tribunal de Estrasburgo cuya dirección es http://hudoc.echr.coe.int/default.htm.

(2) De nuevo, por todas, la sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, párrafo 59.

(3) NASCIMBENE, B.: *Il Trattamento dello Straniero nel Diritto Internazionale ed Europeo,* Milán, Giuffrè, 1984, pp. 224, 236 y 273.

(4) El fenómeno de la protección de rebote es una de las construcciones jurídicas del TEDH más trascendentes. El término en castellano se lo debemos a CHUECA SANCHO, A.: *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos,* Egido, 1998, p. 32.

donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar tal y como se encuentra garantizado por el artículo 8(1) del Convenio"[5].

Con este arranque el Tribunal ha diseñado una línea jurisprudencial que contraponía el derecho a la vida familiar del individuo a la expulsión por un determinado Estado. El desarrollo fundamental de esta doctrina se ha llevado a cabo en casos en los que los expulsados eran extranjeros con una actividad delictiva previa.

Con todo, la jurisprudencia del TEDH en la aplicación del artículo 8 ha tenido un componente negativo. El propio Tribunal ha reconocido su apego a las circunstancias de hecho del caso concreto para fallar en estas sentencias[6]. Pero no sólo ha tratado de integrar en la decisión las eventuales particularidades del suceso, sino que sus sentencias, ante circunstancias muy parecidas, han variado por meros detalles secundarios. Por ello, la jurisprudencia sobre el artículo 8 presenta bastantes contradicciones y pocos lugares seguros.

Lo antes dicho nos sirve como razón fundamental para desarrollar, en las páginas que siguen, un análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 en su aplicación frente a las expulsiones de extranjeros ligadas a sentencias penales, tratando de establecer algunas certezas sobre la aplicación de este artículo 8 del CEDH como límite a las expulsiones de los extranjeros condenados penalmente.

II. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 8 establece que:

> "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, (...)
>
> 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."

A) La distinción entre la vida privada y la vida familiar del individuo

La primera cuestión que destaca del artículo 8 es la doble mención a vida privada y familiar. Sin embargo, en lo que a nosotros interesa para esta Comunicación, el Tribunal no ha utilizado del mismo modo ambos conceptos, puesto que se ha centrado siempre en la protección de la vida familiar del individuo frente a su vida privada.

(5) Sentencia de 18 de febrero de 1991 en el caso *Moustaquim contra Bélgica,* párrafo 16 y sentencia de 2 de agosto de 2001 en el caso *Boultif contra Suiza*, párrafo 39.

(6) Sentencia de 28 de noviembre de 1996 en el caso *Ahmut contra Holanda,* párrafo 68.

El derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar se vinculan con la protección de un núcleo inaccesible del individuo, de su intimidad. Así, el derecho a la vida familiar supone la protección de una serie de relaciones personales que mantiene el sujeto, que tienen su origen en la estructura familiar del individuo y se manifiestan de diversas formas, tal y como veremos más adelante. Sin embargo, el derecho a la vida privada "protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior"[7].

Para el Tribunal, en un principio, las medidas de los Estados que supongan la expulsión de un extranjero pueden afectar a este derecho. Sin embargo, las escasas alegaciones que los demandantes realizan acerca de la violación de su derecho a la vida privada en este ámbito, no han sido nunca tenidas en cuenta.

Dos casos interesantes, a modo de ejemplo, los podemos encontrar en las sentencias *Banghli contra Francia*[8] y *C contra Bélgica*[9]. En lo que se refiere a la alegación de la vida privada, ambas sentencias son bastante similares. Los recurrentes acuden al TEDH ante decisiones de expulsión de los Estados donde se encuentran, alegando que estas medidas interfieren, por una parte, en su vida familiar y, por otra, en sus relaciones sociales y, por tanto, en su vida privada.

El Tribunal, en ambos casos, reconoce la posibilidad de que las medidas en cuestión vulneren tanto el derecho a la vida privada como el derecho a la vida familiar[10]. Sin embargo, cuando pasa al análisis de las circunstancias que han dado lugar a esas posibles interferencias y de la hipotética justificación de las mismas, el TEDH restringe su interpretación al derecho a la vida familiar[11].

Resulta curioso, por tanto, observar cómo el TEDH no ha entrado a analizar la violación del derecho a la vida privada de un extranjero mediante su expulsión[12]. Esto ha producido que la jurisprudencia sobre este particular sea bastante pobre y no tan sólo por el parco análisis que sobre este derecho ha realizado el Tribunal, sino porque los recurrentes han preferido alegar o, al menos, enfatizar, los intereses puramente familiares frente a los que responden a la protección de la vida privada. La propia jurisprudencia del TEDH lleva a que se presenten cada vez

(7) Sentencia de 6 de febrero de 2001 en el caso *Bensaid contra el Reino Unido,* párrafo 47.

(8) Sentencia de 30 de noviembre de 1999 en el caso *Baghli contra Francia.*

(9) Sentencia de 7 de agosto de 1996 en el caso *C contra Bélgica*, párrafo 37.

(10) Sentencia *C contra Bélgica,* párrafo 25. Sentencia *Baghli contra Francia,* párrafo 37.

(11) Vid. también la sentencia de 26 de marzo de 1992 en el caso *Beldjoudi contra Francia,* y la sentencia de 21 de octubre de 1997 en el caso *Boujlifa contra Francia.* En la primera de las sentencias encontramos una opinión concurrente del juez Martens en la que denuncia la escasa importancia que la Corte viene concediendo a la vida privada de los extranjeros integrados. Considera el juez que la exclusiva mención al núcleo familiar parece demasiado restrictiva para comprender en su interior todas las relaciones que puede tener un individuo en su país de residencia. Sin embargo, entiende que la jurisprudencia del Tribunal ha desechado las relaciones que no son familiares *stricto sensu*, a pesar de la importancia que las mismas tienen en el desarrollo de la persona.

(12) CHUECA SANCHO, A.: *La expulsión de extranjeros...*, cit., p. 86.

menos casos alegando la violación por una expulsión del derecho a la vida privada, puesto que los recurrentes prefieren hacer hincapié en aquellos aspectos que el Tribunal sí va a tener en cuenta, y éstos son los aspectos relativos al derecho a la vida familiar[13].

De hecho, en un caso reciente, *Benhebba contra Francia,* pese a que el recurrente en sus alegaciones no había profundizado en la posible violación de su derecho a la vida privada, el Gobierno francés había reconocido que éste no tenía más lazos con su país de origen que los del vínculo de nacionalidad y que mantenía la parte fundamental de sus lazos sociales en Francia. Sin embargo, el TEDH no analizó la posible vulneración del derecho a la vida privada, sino que rechazó la existencia de una violación del derecho a la vida familiar, lo que se encontró con la Opinión Disidente de tres de los jueces del Tribunal[14].

Por tanto, el TEDH ha centrado su jurisprudencia en el análisis de las violaciones que las expulsiones pueden realizar sobre el derecho a la vida familiar de los extranjeros, dejando de lado su derecho a la vida privada.

B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la alegación del derecho a la vida familiar por un extranjero

El íter interpretativo del TEDH al analizar los casos de posible vulneración del derecho a la vida familiar a causa de la expulsión del individuo es siempre idéntico. Parte de dos afirmaciones que ya hemos trascrito anteriormente. En primer lugar, que es prerrogativa de los Estados Contratantes controlar la entrada y la residencia de los no nacionales y que el CEDH, no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o permanecer en un país determinado, a no ser expulsado o extraditado. Paralelamente, establece, como regla general, que "la exclusión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar tal y como se encuentra garantizado por el artículo 8(1) del Convenio".

Por consiguiente, la primera labor que afronta el TEDH en un caso de este tipo es la de comprobar si el demandante tiene vida familiar en el Estado que pretende su expulsión. El recurrente debe demostrar la existencia y efectividad de su vida familiar, esto es, que la relación con su familia es suficientemente real y cercana, según el criterio del Tribunal[15]. Para ello, el TEDH expone todos los datos que tiene sobre el caso que le puedan conducir a afirmar o rechazar si el individuo tiene vida familiar en el Estado expulsante.

(13) SHERLOCK, A.: "Deportation of Aliens and Article 8 ECHR", *European Law Review,* 23 (1998), p. 69. STOREY, H.: "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", *International Comparative Law Quarterly,* n.º 39, abril 1990, pp. 340 y 341.

(14) Sentencia de 23 de octubre de 2002, en el caso *Benhebba contra Francia.* Los Sres. Jueces Cabral, Barreto y Küris, consideraban que la prohibición de residencia en Francia violaba el derecho a la vida privada puesto que cortaba casi radicalmente los vínculos sociales del individuo que se desarrollaban en su práctica totalidad en este país.

(15) STOREY, H.: "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", loc. cit., p. 329. DRZEMCZEWSKI, A.: *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Council of Europe Press, 1993, p. 23.

Para el TEDH, el núcleo de la cuestión, en un primer momento interpretativo, se encuentra en el concepto de vida familiar. La vida familiar de un individuo presupone la existencia de una unidad familiar, de una familia[16]. Por ello, consideramos adecuado, llegados a este punto, tratar de delimitar cuándo podemos hablar de una familia, en los términos del artículo 8 CEDH, según el Tribunal de Estrasburgo.

a) ¿Qué tipo de familias protege el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

Las hipótesis concretas de familia que ha venido contemplando el Tribunal en su jurisprudencia son variadas: el matrimonio, las relaciones paterno-filiales y otras relaciones familiares.

a) En el caso del matrimonio, señala el Tribunal que "lo que quiera que pueda significar la palabra «familia», ese significado debe, en cualquier caso, incluir la relación que surge a través de un matrimonio legal y auténtico..."[17].

No debemos, sin embargo, confundirnos por la referencia a matrimonio legal. El TEDH, ha reconocido la existencia de una unidad familiar en el caso de parejas no casadas siempre que exista cohabitación. Por tanto, el requisito fundamental, más que la legalidad, es el de la efectividad del vínculo matrimonial o análogo.

Uno de los criterios fundamentales que utiliza el Tribunal al analizar si el matrimonio se ve afectado por la medida de expulsión es el denominado criterio *elsewhere,* es decir, si existe la posibilidad de que el matrimonio se reúna en cualquier otro lugar[18]. Si no existen obstáculos claros a la continuación de la relación matrimonial efectiva en el extranjero, la vida familiar del matrimonio no se vería afectada por la medida.

Por tanto, el TEDH tiene en cuenta la relación matrimonial en sí misma, sin apreciar que un matrimonio se inserta en una sociedad determinada con la que establece relaciones concretas; relaciones que también forman parte de la vida familiar y cuyo traslado al extranjero resulta, de todo punto, imposible.

b) En el caso de las relaciones paterno-filiales, el TEDH afirma que "no cabe duda de que un vínculo equivalente al concepto de vida familiar con el significado del artículo 8.1 del Convenio existe entre los padres y el hijo nacido de su relación matrimonial"[19]. Queda claro que el naci-

(16) Sentencia de 13 de junio de 1979 en el caso *Marckx contra Bélgica.*

(17) Sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, párrafo 62.

(18) Este criterio "*elsewhere*" ha sido muy criticado por la doctrina que considera que dicho principio no se aplica a otros artículos del Convenio y sólo se tiene en cuenta para la vida familiar. Se pregunta algún autor, si para apreciar violación del derecho a la reunión pacífica, es necesario también que tal derecho sea negado por un Estado miembro o se requiere su negación en todo el mundo. DRZEMCZEWSKI, A.: *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 22. STOREY, H.: "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", loc. cit., p. 331.

(19) Sentencia *Berrehab contra Holanda,* párrafo 21, sentencia de 11 de julio de 2000 en el caso *Ciliz contra Holanda,* párrafo 59.

miento de un hijo dentro del matrimonio hace surgir una relación familiar en el ámbito del artículo 8.

Pero no sólo los hijos legítimos se encuentran dentro del espacio del artículo 8. También los hijos nacidos fuera del matrimonio mantienen con sus padres una relación que se puede calificar como familia, dentro del CEDH. La relación entre un hijo menor de edad y sus padres tiene, para el TEDH, la categoría de familia, independientemente de si el hijo es o no legítimo.

En la relación entre padres e hijos menores el Tribunal también exige el requisito de la efectividad, pero no entiende esta efectividad del mismo modo que en la relación matrimonial. La efectividad no se traduce en la convivencia diaria, sino que se vincula con el mantenimiento de lazos afectivos e, incluso, económicos en el sostenimiento del hijo. Así pues, para el TEDH el vínculo familiar entre un padre y su hijo menor no finaliza con la no cohabitación en casos, por ejemplo, de divorcio en los que el hijo deja de convivir con uno de sus progenitores[20]. Para el Tribunal, mayor importancia que la convivencia diaria la tienen fenómenos tales como el mantenimiento de las visitas, la colaboración en los gastos del menor,...; en definitiva, el comportamiento adecuado con el vínculo personal que se mantiene aun cuando la evidencia de la cohabitación no se produzca.

c) Para el TEDH, las únicas relaciones familiares que gozan de cierta envergadura para considerarse vida familiar dentro del concepto del artículo 8, además de las matrimoniales y las existentes entre los hijos menores de edad y sus padres, son las que mantienen los hijos mayores de edad con sus padres y las fraternales.

En un principio, para considerar la existencia de vida familiar potencialmente vulnerable el Tribunal exigía la convivencia entre los adultos[21]. Con posterioridad este requisito se ha ido relajando, de tal forma que no es necesaria la convivencia entre los adultos para que se pueda apreciar una injerencia en la vida familiar del sujeto, sino que la efectividad de estas relaciones se refiere a que todos ellos vivan en el mismo Estado que pretende la expulsión del recurrente[22]. Sin embargo, la justificación de una injerencia que sólo afecta a este tipo de relaciones entre adultos que no implican cohabitación es más sencilla para el Estado que toma la medida[23].

Una última cuestión a señalar se refiere al momento hasta el cual se examina la situación del solicitante. En una primera etapa jurisprudencial, este momento era el de la comunicación de

(20) Sentencia *Berrehab contra Holanda,* sentencia *Ciliz contra Holanda* y sentencia *C contra Bélgica.* En este último caso, la causa de la separación entre padre e hijo es la encarcelación del primero, pero el Tribunal mantiene sus principios generales. Resulta muy explícito el párrafo 21 de la primera sentencia de las citadas en el que el Tribunal señala que "El Tribunal por su parte, no aprecia la cohabitación como una condición *sine qua non* de vida familiar entre los padres y sus hijos menores".

(21) Sentencias *Moustaquim contra Bélgica,* sentencia *Boujlifa contra Francia*, sentencia de 13 de julio de 1995 en el caso *Nasri contra Francia.*

(22) Sentencia de 26 de septiembre de 1997 en el caso *El Boujaidi contra Francia* y sentencia *Benhebba contra Francia*.

(23) Sentencia *Benhebba contra Francia,* párrafo 36.

la orden de expulsión. Las relaciones que tenían lugar o se iniciaban con posterioridad a esta comunicación no eran aceptadas por el TEDH[24]. Sin embargo, la última sentencia que afronta esta cuestión altera el criterio temporal, entendiendo que todas las relaciones que tengan lugar o puedan probarse en el período comprendido entre la comunicación de la decisión y que ésta adquiera carácter definitivo serán tenidas en cuenta por el TEDH para valorar la posible vulneración del artículo 8[25].

III. LAS CONDICIONES QUE JUSTIFICAN LA INJERENCIA EN LA VIDA FAMILIAR. EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 8

Siguiendo el proceso interpretativo que realiza el TEDH cuando afronta un caso de este tipo, hasta ahora hemos analizado cuándo existe una injerencia en la vida familiar del sujeto por la adopción de una medida de expulsión de un extranjero.

No obstante, la existencia de una injerencia en la vida familiar del extranjero es condición necesaria pero no suficiente para un pronunciamiento condenatorio del Tribunal. Así, cuando el TEDH entiende que la violación no existe, detiene sus reflexiones en este punto para concluir, obviamente, que no ha habido vulneración del artículo 8.

Sin embargo, cuando el TEDH admite que el derecho a la vida familiar o privada del solicitante se ha visto afectado por la medida estatal, no concluye directamente con la violación del artículo 8 sino que se pregunta si tal injerencia estatal es o no válida en los términos del párrafo 2.º del artículo 8.

En palabras del TEDH "El asunto reside, por tanto, en determinar si la [medida] en cuestión puede satisfacer las condiciones establecidas en el párrafo 2 [del artículo 8], es decir, si es «de acuerdo con la ley», si persigue alguno de los fines legítimos enumerados en ese artículo y si es «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar los citados fines"[26].

Del párrafo trascrito, se deducen las tres condiciones para considerar justificada una violación del derecho a la vida privada o familiar reconocido en el artículo 8. Estas condiciones son:

– Que la medida sea de acuerdo con la ley: **legalidad**.
– Que persiga alguna de las causas enumeradas como legítimas: **legitimidad**.

(24) Vid. como ejemplo la sentencia de 24 de abril de 1996 en el caso *Boughanemi contra Francia,* la sentencia de 6 de mayo de 2003 en el caso *Jakupovic contra Austria* y las ya citadas sentencias *Bouchelkia contra Francia* y *Boujlifa contra Francia.*

(25) Sentencia de 10 de octubre de 2003 en el caso *Mokrani contra Francia*, párrafo 34. Es curioso que este cambio de jurisprudencia se produjo en sólo unos meses puesto que la sentencia *Jakupovic* está fechada en mayo de 2003. Sin embargo, la alteración de criterios no es inconsciente puesto que, en el caso *Mokrani*, los elementos determinantes de la sentencia que condena al Estado francés son una relación afectiva y el nacimiento de un hijo que se producen entre 14 de marzo 1995, fecha en el que se le comunica al sr. Mokrani la orden de expulsión y el 15 de enero de 1999, cuando el Consejo de Estado resuelve sobre la misma.

(26) Sentencia *Nasri contra Francia,* párrafo 35.

–- Que la medida sea "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar tales fines: **necesidad**.

Sólo cuando la medida reúna todas y cada una de estas condiciones, podrá entenderse que la misma es válida, esto es, que está justificada de acuerdo con el artículo 8.2. Consecuentemente, las tres condiciones gozan en el ámbito del TEDH de la misma importancia. Sin embargo, el análisis que ha dedicado el Tribunal a las mismas no ha resultado de igual envergadura. Mientras que las dos primeras, en la práctica totalidad de los casos, quedaban liquidadas con poco más de un párrafo, la verificación del tercer requisito ocupa espacialmente más de la mitad de los argumentos jurídicos de cada sentencia. Esto nos lleva a adentrarnos en estas condiciones de forma asimétrica. Agruparemos las dos primeras condiciones, la legalidad y la legitimidad, para, posteriormente, hacer especial referencia a la necesidad de la medida.

A) Legalidad y legitimidad de la medida

El primer requisito que, de acuerdo con el TEDH, establece el artículo 8.2 para la justificación de la violación del derecho a la vida privada o familiar es el de que la medida sea de acuerdo con la ley. Poco es lo que el Tribunal dice a este respecto y, por tanto, poco será lo que nosotros podamos deducir del mismo. Únicamente, podemos señalar que el Tribunal aplica una noción material del término ley por encima de la noción formal, incluyendo, por tanto, cualquier tipo de norma del ordenamiento interno del Estado parte en el Convenio[27]. Esta norma legal debe ser, por supuesto, previa a la medida y haberse hecho constar en la tramitación del proceso de expulsión del sujeto, ya que debe haber servido de base para la adopción de la misma.

La segunda condición que establece el TEDH en su análisis, si bien, aparece en tercer lugar en el artículo 8.2, es la de que la medida responda a una causa de las enumeradas como legítimas por el citado precepto. Este párrafo enumera un total de siete causas, si bien, en el ámbito en el que nos movemos, el TEDH maneja siempre como causa la defensa del orden y la prevención del delito. La naturaleza del análisis que estamos efectuando, relativo a casos de extranjeros condenados penalmente lleva a que nadie haya alegado la ilegitimidad de la medida, puesto que se entiende que la expulsión de un delincuente contribuye siempre a la defensa del orden y la prevención del delito.

B) La medida ha de ser necesaria en un Estado democrático. Las dificultades para trazar una línea jurisprudencial coherente en la aplicación de esta condición

Este es el último requisito que exige el artículo 8.2 para considerar una medida contraria al derecho a la vida privada o familiar, como justificada. Es en esta condición en la que el TEDH cen-

(27) TRECHSEL, S.: "Liberty and Security of Person", en la obra colectiva editada por MACDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F. y PETZOLD, H.: *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 292. CHUECA SANCHO, A.: *La expulsión de extranjeros...*, cit., p. 73.

tra sus razonamientos a la hora de determinar la compatibilidad con el CEDH de una medida y es, por tanto, la que presenta unos perfiles más acusados, si bien, no del todo claros.

El artículo 8.2 exige que la medida sea necesaria en una sociedad democrática para los fines que pretende alcanzar. Ello significa, según el TEDH, que la medida debe ser proporcionada a la causa legítima a la que se dirige[28]. Es decir, el Tribunal debe comprobar si la medida en cuestión traza un correcto balance entre los intereses relevantes, esto es, el derecho al respeto de la vida familiar del solicitante, por un lado, y la causa legítima, es decir, la protección del orden y la prevención del delito, por el otro[29].

El TEDH efectúa un juicio de proporcionalidad creando una balanza imaginaria y situando en un plato aquellas circunstancias que inciden en la vida familiar del sujeto en el Estado parte y en el otro plato la gravedad de los delitos cometidos por el recurrente. Sin embargo, esta balanza presenta dos problemas. Por un lado, el Tribunal maneja criterios, en su práctica totalidad, incuantificables, al contraponer conceptos que tienen magnitudes totalmente distintas. Además, el TEDH desestabiliza la balanza con particularidades o hechos secundarios del caso concreto que, posteriormente, resultan inútiles en otros casos, sin que se pueda deducir de ello poco más que la inseguridad jurídica que produce un análisis tan casuístico. Como muestra haremos referencia a los principales factores que maneja en algunas sentencias del Tribunal.

El primer supuesto en este ámbito que el TEDH trató fue el caso *Moustaquim*. El solicitante, nacional marroquí que vivía en Bélgica desde los dos años había sido condenado por 147 delitos y faltas en su adolescencia. Ante tal reiteración delictiva, el gobierno belga decidió su expulsión hacia Marruecos. El TEDH se opuso a esta expulsión al considerar que el demandante había desarrollado toda su vida en Bélgica, que no mantenía vínculos con Marruecos, que mantenía los lazos familiares con sus padres, con los que cohabitaba, y que los delitos los había cometido en la adolescencia y llevaba ya cierto tiempo sin cometer ninguno. Centra su atención el TEDH en las relaciones familiares con los padres, la falta de vínculo con el Estado destino y la no reincidencia, sin tener en cuenta que el sujeto era soltero, no tenía hijos y mantenía su nacionalidad marroquí, particularidades que, sin embargo, utilizará en casos posteriores.

Esta primera sentencia resultó verdaderamente esperanzadora. Parecía que el Tribunal iba a dibujar una línea jurisprudencial garantista, sin más exigencias que la de la efectividad de los vínculos familiares en el Estado parte y un cierto cambio de actitud del recurrente que supusiera la disminución de su peligrosidad. Sin embargo, no fue así. En la sentencia *Boujlifa contra Francia*[30], el TEDH, en un caso análogo al caso *Moustaquim*, consideró justificada la expulsión del demandante. El sr. Boujlifa había vivido en Francia con su familia desde los 5 años y estaba condenado por robo y robo a mano armada, ambos cometidos cuando apenas tenía veinte años. Desde ese momento no había vuelto a delinquir. Lo dicho nos muestra un caso muy similar al descrito en la sentencia *Moustaquim*: el demandante vivía con sus padres desde su infancia en

(28) Vid. entre otras, las sentencias *Beldjoudi contra Francia*, párrafo 74 y *Nasri contra Francia,* párrafo 41.

(29) Sentencia *Boughanemi contra Francia*, párrafo 42.

(30) Similar resulta la sentencia *Bouchelkia contra Francia*.

el Estado parte, estaba condenado por delitos cometidos en su juventud y que no había repetido posteriormente, dos de cierta gravedad en el caso *Boujlifa,* 147 de menor entidad en el caso *Moustaquim*.

Sin embargo, el Tribunal, como indicábamos, no alcanza la misma conclusión en ambas sentencias. Mientras que en la sentencia *Moustaquim* rechazaba la expulsión, en el caso *Boujlifa* la considera adecuada. Para ello, introduce un factor que no había utilizado en la otra sentencia: que el demandante *"no* [hubiera] mostrado ningún interés en adquirir la nacionalidad francesa"[31], lo que lleva a entender al Tribunal que los vínculos con el Estado parte no eran tan fuertes, aun cuando reconoce que el recurrente no mantenía lazo alguno con Marruecos, más allá de su nacionalidad. Ello, unido a la gravedad de los delitos cometidos, conduce al TEDH a rechazar el recurso.

No obstante, ninguno de los dos factores que resultan decisivos en la sentencia *Boujlifa* será tenido en cuenta en otras sentencias. Como ejemplo, la sentencia *Nasri*. En este caso, la gravedad del delito se puede considerar aún mayor dado que el recurrente había sido condenado por una violación en grupo. Argelino, el sr. Nasri, vivía en Francia con su familia desde los cinco años. También mantenía la nacionalidad argelina e incluso se relacionaba, dentro de su ciudad, con la comunidad norteafricana. Pese a todo, el hecho de que fuera sordomudo fue lo que decantó al Tribunal a considerar injustificada la expulsión. Aun cuando la gravedad del delito era superior y los vínculos con su país de origen, al menos, tan intensos, el TEDH altera su conclusión respecto al caso *Boujlifa*.

Otra sentencia más que contribuye a la indefinición de los criterios tenidos en cuenta por el TEDH es la del caso *Jakupovic.* Elvis Jakupovic había llegado a Austria procedente de Bosnia en 1991, cuando tenía 11 años y la orden de expulsión cursada contra él tenía fecha de septiembre de 1995. Por tanto, el recurrente, antes de que se iniciara el procedimiento de expulsión, sólo había estado en Austria cuatro años, hablaba perfectamente el bosnio y había cursado sus estudios en Bosnia. Los fuertes vínculos con el Estado de origen no fueron razón suficiente para que el TEDH aceptara la expulsión. El Tribunal introdujo en su análisis como hecho relevante la recién finalizada guerra en Bosnia para considerar que la expulsión (y prohibición de residencia por diez años) vulneraba su vida familiar al no ser proporcionada con el fin del mantenimiento del orden público.

Hasta ahora hemos visto casos en los que los recurrentes sólo mantenían vínculos familiares con sus padres. Cuando introducimos la variable de relaciones de pareja o de hijos menores de edad, el fallo del Tribunal se hace aún más aleatorio. Así, en el caso *Mehemi*[32]*,* en el que este nacional argelino impugna la decisión de las autoridades francesas de expulsarlo, el hecho de que la mujer del recurrente fuera italiana y su hijo francés y que éstos no hubieran vivido nunca en Argelia, fueron las razones esgrimidas por el Tribunal para considerar que la violación de su derecho a la vida familiar no estaba justificada. Ello a pesar de que el recurrente había visitado en

(31) Sentencia *Boujlifa contra Francia*, párrafo 44.

(32) Sentencia de 26 de septiembre de 1997 en el caso *Mehemi contra Francia.*

varias ocasiones el norte de África, que había mantenido su nacionalidad argelina y que había sido condenado por participar en una operación para importar 142 kilos de hachís.

Del mismo modo, en la sentencia *Boultif contra Suiza*, también resulta decisivo para el Tribunal que la esposa del demandante fuera suiza y no hablara árabe. Una cuestión similar resultó determinante en la sentencia *Mokrani contra Francia*, puesto que la esposa del demandante era francesa y, para el Tribunal, sin hacer referencia a los conocimientos idiomáticos de la sra. Mokrani, la posibilidad de que establecieran el hogar familiar en Argelia parecía difícilmente concebible.

Sin embargo, la relación matrimonial del sr. C no fue suficiente para que el Tribunal entendiera injustificada su expulsión en la sentencia *C contra Bélgica*. Ello a pesar de que su mujer e hija eran belgas y nunca habían vivido en Marruecos. Las razones que condujeron al Tribunal a este fallo fueron que el recurrente había tenido con anterioridad una esposa en Marruecos y que tenía un hijo con ella. Esto, unido a su visita a Marruecos con ocasión de la muerte de su padre, son, para el TEDH, causas de peso para considerar que los vínculos con su país de origen son lo suficientemente importantes como para desconocer los que mantiene con su mujer e hija belgas.

Como hemos podido apreciar a lo largo de este breve recorrido, tampoco la actividad delictiva es valorada por el TEDH de forma uniforme, ni en cuanto a la cantidad de delitos ni en cuanto a su gravedad. Así, como ejemplo tenemos la ya citada confrontación entre el caso *Moustaquim*, en la que el TEDH consideró desproporcionada la expulsión aunque el demandante había sido condenado por 147 delitos o faltas y el caso *Boujlifa,* en el que el historial del recurrente se limitaba a dos delitos pero el TEDH legitimó la expulsión[33].

En cuanto a la irregular valoración de la gravedad del delito en sí mismo, el ejemplo más claro lo tenemos en relación con el tráfico de drogas. Apoya el Tribunal el hecho de que en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes "los Estados demuestren una gran firmeza contra los que contribuyen a la propagación de esta plaga"[34]. Sin embargo, este apoyo no se convierte en el establecimiento de especiales exigencias a la vida familiar del condenado por delitos relativos al tráfico de drogas para poder oponerla a la medida de expulsión. Así, por dos delitos de tráfico de estupefacientes, el sr. Benhebba obtuvo un pronunciamiento contrario a sus intereses mientras que el sr. Mekrani logró la condena del Estado francés. Igualmente, en el caso *Mehemi* la expulsión se consideró desproporcionada, pese a que el recurrente participó en el tráfico de 142 kilos de hachís, mientras que en el caso *El Boujaidi contra Francia* el TEDH rechazó la demanda pese a que el recurrente había sido condenado por vender diecisiete gramos de hachís[35].

(33) Igual ocurre en las ya citadas sentencias *C contra Bélgica* y *Benhebba contra Francia,*

(34) Sentencia *Benhebba contra Francia,* párrafo 35.

(35) El Tribunal hace referencia a que el sr. El Boujaidi conserva vínculos con su país de origen, sin hacer mención a cuáles son. Si en la sentencia *Mehemi* afirma que "no está probado que el recurrente hable árabe" en la sentencia *El Boujaidi* señala el Tribunal que no está demostrado que el recurrente no hable árabe. Dos frases que confirman el subjetivismo de las decisiones del Tribunal en esta materia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este rápido repaso a la jurisprudencia del TEDHH respecto al artículo 8 en los casos de expulsiones nos ha mostrado que las sentencias adolecen de cierto subjetivismo, de una atención extrema a detalles accesorios y, sobre todo, de la no enunciación de principios generales lo suficientemente claros.

Lo más que podemos extraer de las sentencias apuntadas y de otras que se han quedado en el tintero, si se nos permite, es una fórmula "matemática" para determinar los casos en que el TEDH considera desproporcionada una expulsión de un no nacional en relación con su derecho a la vida privada y familiar. Así, para que el TEDH entienda la medida contraria al CEDH *la vida familiar en el Estado de acogida menos los vínculos con el Estado de destino ha de ser mayor que la gravedad de los delitos cometidos menos el tiempo trascurrido sin delinquir.* Desde nuestro punto de vista, el Tribunal mantiene siempre esta fórmula pero utiliza cuatro categorías de difícil cuantificación.

En resumen, el TEDH ha aprovechado el artículo 8 para proteger la vida familiar de los extranjeros que habían cometido un delito ante su expulsión a otro Estado. Sin embargo, el derecho consagrado en el artículo 8 puede ser restringido por las causas que se enumeran en su párrafo 2. Por ello, el TEDH aun cuando pueda considerar que la expulsión de un individuo atenta contra su derecho a la vida familiar, ha de comprobar si la decisión está justificada, es decir, si es legal, legítima y necesaria.

Es en la apreciación de la necesidad de la medida cuando el TEDH realiza una labor de jurisprudencia algo caótica, con pocos principios generales y que siempre responde a las cuestiones del caso concreto, fijando su atención en detalles que dentro del conjunto del caso pueden parecer algo menores.

Con todo, y para cerrar esta comunicación con una visión optimista debemos hacer referencia a una cierta evolución que hemos observado en las sentencias del Tribunal. La protección de la vida familiar frente a las expulsiones de extranjeros que habían cometido delitos surgió para hacer frente a supuestos en los que los recurrentes eran "inmigrantes de segunda generación", es decir, hijos de inmigrantes, que habían vivido desde su infancia en el Estado parte, o incluso desde su nacimiento, que habían recibido su escolarización en este país, que habían trabajado allí y que, sin embargo, mantenían su nacionalidad originaria[36]. Su expulsión se producía por haber cometido algún delito y, al no ser nacionales del Estado que pretendía su expulsión, se les aplicaban las normas de extranjería[37].

(36) En algunos casos, como la sentencia *Beldjoudi contra Francia*, el recurrente había incluso, nacido en territorio francés.

(37) En el seno del TEDH surgieron voces que señalaban la necesidad de que el Tribunal estableciera un criterio especial sobre estos inmigrantes de segunda generación que aunque no les equiparase a los nacionales, sí considerase que la justificación de su expulsión debía requerir de circunstancias de una gravedad acusada. Los jueces que avanzaron esta postura fueron el juez Martens en la Opinión Concurrente a la sentencia *Beldjoudi contra Francia* y en la Opinión Disidente en la sentencia *Boughanemi contra Francia*; el juez Baka en las Opiniones Disidentes a las sentencias *Boughanemi* y *Boujlifa*

El TEDH ha ampliado, en los últimos tiempos, el ámbito de aplicación de este derecho frente a las expulsiones. El ejemplo lo encontramos en dos sentencias recientes, los casos *Jakupovic* y *Radovanovic*. Ambos presentan ciertos paralelismos. Los dos recurrentes habían llegado a Austria, el primero proveniente de Bosnia y el segundo de Serbia y Montenegro, después de haber cursado la escuela elemental en sus Estados de origen. Así, Jakupovic comenzó a residir en Austria a los 11 años y Radovanovic a los 10. Ambos conocían perfectamente la lengua de su país de origen y habían vivido más tiempo en estos países que en Austria cuando se adoptó la orden de expulsión contra ellos.

Por lo tanto, se trataba de dos situaciones que, según el propio Tribunal, no eran comparables a las de inmigrantes de segunda generación[38]. Pese a ello, el TEDH consideró que, en ambos casos, la expulsión (y la prohibición de residencia, por 10 años para Jakupovic e indefinida para Radovanovic) vulneraba su derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH.

Esta línea jurisprudencial, abierta en el año 2003 y continuada el pasado julio, de confirmarse, profundizará en el papel de límite que el TEDH ha otorgado al derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH a la hora de enfrentarse a supuestos de expulsiones de extranjeros condenados penalmente.

No obstante, el TEDH debe, desde nuestra modesta opinión, clarificar los conceptos que utiliza a la hora de enfrentarse a estos casos y establecer algunas reglas estables que puedan hacer, hasta cierto punto, más previsibles sus fallos.

contra Francia; el juez Morenilla en la Opinión Parcialmente Disidente en la sentencia *Nasri contra Francia,* y Disidente en la sentencia *Boujlifa,* el juez Foighel, en la Opinión Disidente en la sentencia *El Boujaidi contra Francia;* el juez Palm, en la Opinión Disidente en la sentencia *Bouchelkia,* y el juez Van Dijk, Opinión Disidente en la sentencia *Boujlifa.* Vid. también SHERLOCK, A.: "Deportation of Aliens and Article 8 ECHR", loc. cit., pp. 72 y ss.

(38) Sentencia *Jakupovic contra Austria,* párrafo 28 y sentencia de 22 de julio de 2004 *Radovanovic contra Austria,* párrafo 34.

Francisco Sacristán Romero

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid
(franciscosacristan@ozu.es)

III

Situación legal de los trabajadores extranjeros estables y temporeros en España

RESUMEN

SITUACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS ESTABLES Y TEMPOREROS EN ESPAÑA

Uno de los aspectos que más discusión y debate ha producido en el ámbito de las políticas activas de empleo dirigidas a los inmigrantes ha sido el de la fijación del contingente de trabajadores extranjeros.

El contingente hace posible la contratación programada de trabajadores que no se hallen ni residan en España, con la intención de que éstos ocupen empleos estables y, además, la selección se realiza en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios.

ABSTRACT

LEGAL SITUATION OF PERMANENT AND TEMPORARY FOREIGN WORKERS IN SPAIN

One of the aspects that more discussion and debate have caused in the scope of employment active politicians for the immigrants has been that of the fixation of the contingent of foreign workers.

The contingent makes possible the planned contracting of workers neither present nor resident in Spain, with the intention that these occupy permanent employments and, also, the selection is carried out in their origin countries starting from the generic offers presented by the managers.

Francisco Sacristán Romero

III

SUMARIO

I. Contingente de trabajadores extranjeros en España.

II. Novedades del contingente de 2006.

III. Trabajadores inmigrantes de temporada.

IV. Encuadramiento y situación legal de los temporeros extranjeros.

V. Referencias bibliográficas por orden alfabético.

I. CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Uno de los aspectos que más discusión y debate ha producido en el ámbito de las políticas activas de empleo dirigidas a los inmigrantes ha sido el de la fijación del contingente de trabajadores extranjeros. Pues bien, conforme al cercano en el tiempo Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, podríamos desgranar las siguientes características del contingente:

1.ª La competencia para aprobar un contingente de trabajadores extranjeros, siguiendo lo establecido en el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, corresponde al Gobierno español y tiene un carácter anual.

2.ª El contingente permite la contratación programada de trabajadores que no se hallen ni residan en España, con la intención de que éstos ocupen empleos estables y, además, la selección se realiza en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios[1].

3.ª En lo relativo al **contenido** del contingente, existen varias ideas principales, recogidas en el artículo 78 del Reglamento de Extranjería:

a) El acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe el contingente estimará una cifra provisional, en ningún caso definitiva. Esta circunstancia, precisamente, ha sido una de las más criticadas por los Sindicatos españoles más representativos a nivel nacional.

(1) El artículo 77.3 del Reglamento de Extranjería establece que por acuerdo del Consejo de Ministros se fijarán los supuestos en los que será posible la tramitación de ofertas nominativas a través del contingente. Por lo tanto, podemos asimilar este precepto como una excepción a la norma, cuya puesta en marcha corresponde al Consejo de Ministros.

b) Establecimiento de un determinado número de visados para la búsqueda de empleo, destinados a los hijos o nietos de españoles de origen y de otro número de visados para buscar trabajo en determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto.

c) Posibilidad de revisión a lo largo de 2005 del número y distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco del contingente, con la finalidad de adaptarlo a la coyuntura específica del mercado laboral español.

4.ª Respecto a la **elaboración** del contingente (artículo 79 del Reglamento de Extranjería), los aspectos esenciales son los siguientes:

a) La competencia para la elaboración del contingente recae en la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, que debe tener en cuenta la información sobre la situación nacional de empleo proveniente del Servicio Público de Empleo Estatal y de las propuestas con origen en las Comunidades Autónomas.

b) Uno de los elementos de consideración es el informe proveniente del Consejo Superior de Política de Inmigración sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes previsto por el artículo 68.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

c) El último filtro de la propuesta sobre el contingente de trabajadores extranjeros, antes de llegar al Gobierno, pasa por la Comisión Interministerial de Extranjería, donde están representados varios Ministerios con una relación directa en este asunto.

5.ª Los aspectos de **procedimiento** (artículo 80 del Reglamento de Extranjería) más notables serían los siguientes:

a) Por el lado de los empresarios que quieran realizar contrataciones a través del contingente, pueden optar por presentar las solicitudes en persona o por medio de representante legal[2].

b) Participación directa o indirecta de los empresarios españoles en los procesos de selección en origen de los trabajadores extranjeros, además de la que recaiga en los representantes de la Dirección General de Inmigración.

c) Previsión de realizar cursos de formación para estos trabajadores en España o en sus países de nacimiento.

d) Obligación para los trabajadores inmigrantes seleccionados de solicitar personalmente su tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde su llegada a España.

Podemos constatar que la circunstancia que abrirá o cerrará la puerta para la llegada de trabajadores inmigrantes a España en 2005 será la situación nacional de empleo, que se someterá a una evaluación objetiva con catálogos de ocupaciones de difícil cobertura en un ámbito provincial. Así, por ejemplo, en el supuesto de demostrarse que la ocupación demandada por un

(2) La norma admite que para estos supuestos los representantes legales de los empresarios puedan ser las organizaciones empresariales.

empresario resulta complicada de cubrirse por parte de trabajadores españoles, se dará vía libre a la contratación de un extranjero.

Es, en definitiva, el sistema de contingente de trabajadores extranjeros el que funciona como herramienta central para la contratación programada, permitiendo actuaciones tales como la selección y formación de estos trabajadores en sus países de origen. Además, la agilidad y eficacia de este sistema tiene como valor añadido la posibilidad de revisar las previsiones iniciales a lo largo del año cuantas veces sea necesario.

A modo de apoyo a lo expuesto no conviene ignorar algunas reflexiones realizadas por los representantes de los sindicatos españoles en relación al funcionamiento del contingente de trabajadores extranjeros en España.

Por ejemplo, Javier López, Secretario General de CC.OO. en Madrid, exponía que "la vía del contingente anual de trabajadores inmigrantes contratados en su país de origen ha sido muy poco utilizado por los empresarios".

Aludiendo al caso de Madrid, Javier López afirmaba que "en Madrid, la oferta de contratos por la vía del contingente para el año 2004 fue sólo de 2.101 empleos, de los cuales hasta la fecha sólo se han cubierto 868 puestos de trabajo".

Hay que hacer hincapié que en lo referente al contingente, en el mismo van a quedar encuadradas de manera diferenciada tres figuras:

a) El contingente estable.

b) El contingente de temporada.

c) El visado de búsqueda de empleo.

El contingente se presenta como un mecanismo de contratación programada, abierto a la posibilidad de revisión a lo largo del año y con vocación de estabilidad, que empleará de forma preferente las ofertas genéricas, realizándose la selección del personal en el país de origen. Se pretende que el contingente se convierta en un instrumento importante para la canalización de la entrada de trabajadores inmigrantes y en el que sea compatible la agilidad de los procedimientos de contratación y tramitación con la programación, control y seguimiento de los mismos.

En lo concerniente a la figura del visado de búsqueda, es importante su desarrollo como respuesta a las demandas de empresarios de algunas actividades que tienen características especiales, tales como el servicio doméstico, hostelería y pequeñas y medianas empresas que prestan un servicio muy directo a los usuarios.

Conviene tener en cuenta que en el procedimiento de elaboración del contingente se establece un doble proceso de intervención sindical, uno en el ámbito de las provincias, donde sindicatos

y empresarios realizarán sus ofertas, propuestas y observaciones a través de los servicios públicos de empleo de su comunidad autónoma, y otro a través de la Comisión tripartita a nivel central, donde a partir de la información recibida de los ámbitos autonómicos o provinciales, así como de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, emitirá un dictamen previo para su traslado al Consejo de Ministros.

En resumen, el Gobierno español ha posibilitado un Contingente que se establece en 32.079 ofertas de empleo para que sean cubiertas por trabajadores extranjeros extracomunitarios, en actividades laborales donde los españoles no demandan empleo, tales como la agricultura (actividades de temporada), construcción o servicio doméstico.

Estas ofertas de empleo son para todos los países, pero en la admisión de las solicitudes tienen preferencia algunos Estados extranjeros como Colombia, República Dominicana, Ecuador, Rumania, Polonia o Marruecos, ya que España ha firmado convenios sobre inmigración con estos países. Los interesados deben inscribirse como solicitantes de empleo en la oficina consular del país de origen. Estas ofertas son genéricas, no son nominativas, es decir, los empleos se cubrirán en función de solicitudes de puestos y los empresarios fijarán el perfil que ha de cumplir el trabajador. Así el contingente funcionará como mecanismo regulador de los flujos migratorios.

Por último, señalar que el Reglamento de la LOE tiene que ajustarse a los contenidos de la Ley 14/2003, heredera de la Ley 4/2000, lo que implica mantener dos sistemas definidos como Régimen General y Contingentes que tienen como objetivo un mismo fin: el de responder a la necesidad de mano de obra que no pueda cubrirse con los trabajadores disponibles en el país.

II. NOVEDADES DEL CONTINGENTE DE 2006

En lo concerniente al contingente de 2006, se deben señalar los siguientes aspectos relevantes, especialmente en materia de procedimiento:

1.º Se establece que las organizaciones empresariales de ámbito provincial, que ostenten la representación legal empresarial o, directamente, a su elección, las empresas, podrán solicitar la gestión de ofertas de empleo genéricas dirigidas a trabajadores extranjeros que no se encuentren ni sean residentes en España, referidas a específicos puestos de trabajo. Importante advertir que los solicitantes deben llevar sus peticiones ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral con una antelación mínima de un mes al inicio de la relación laboral, contendrán un número mínimo de diez puestos de trabajo y los contratos tendrán una duración no inferior a un año. Las organizaciones empresariales podrán formular solicitudes con un mínimo de diez puestos, acumulando ofertas de dos o más empresas. Lo mismo podrán hacer distintas empresas formulando, en su conjunto, ofertas simultáneas para un mínimo de diez puestos.

2.º Empresas de más de cien trabajadores, o las organizaciones empresariales de ámbito nacional en su representación, que cuenten con centros de trabajo en varias provincias y vayan a contratar más de veinte trabajadores extranjeros, podrán presentar las solicitudes, acompañando la misma documentación, ante la Dirección General de Inmigración, cuando los trabajadores vayan a prestar servicios en distintas provincias.

En estos casos se formulará una oferta por cada ocupación y provincia.

Las ofertas de empleo garantizarán al trabajador contratado una actividad continuada durante todo el período de vigencia de la autorización para trabajar y residir.

3.º Si existe valoración positiva, las ofertas se comunicarán, de manera inmediata, a la Dirección General de Inmigración. Esta comunicación se producirá dentro de los cinco días siguientes al de presentación completa de la documentación necesaria.

La Dirección General de Inmigración, teniendo en cuenta las características de las ofertas presentadas y la propuesta motivada del empleador, remitirá las ofertas en un plazo de 5 días al órgano encargado de la preselección en el país que corresponda, a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular, y acordará con sus autoridades competentes, previo acuerdo con el ofertante, la fecha, el lugar y el proceso de selección de trabajadores.

4.º Es importante señalar que las ofertas se deben tramitar en los países con los que España tiene suscritos acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios. La Dirección General de Inmigración podrá autorizar la tramitación de ofertas a países distintos cuando no sea posible obtener en éstos candidatos adecuados o concurran otras circunstancias que lo justifiquen.

La Dirección General de Inmigración, en el marco de colaboración establecido en estos acuerdos, promoverá la creación en los países de origen de bases de datos de demandantes de empleo que simplifiquen la realización y mejoren la calidad de los procesos selectivos.

5.º Una vez que se establezcan con carácter definitivo todas las cuestiones anteriores, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o, en su caso, la Dirección General de Inmigración resolverán autorizando la realización del proceso selectivo y lo notificarán a las organizaciones o empresas solicitantes, con copia a la Misión Diplomática u Oficina Consular y a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares.

III. TRABAJADORES INMIGRANTES DE TEMPORADA

A pesar del elevado número de restricciones, los trabajadores inmigrantes de temporada han aumentado de manera extraordinaria en el último decenio. Durante ese período, los temporeros inmigrantes crecieron anualmente en 17 puntos porcentuales en el grupo de los países miembros de la OCDE, aunque todas las regiones del mundo experimentaron un notable cre-

cimiento. Factores a largo plazo, como el aumento de las variaciones en los ingresos *per cápita* entre los países, la existencia de estructuras demográficas diferentes, la convergencia de los grados formativos, y la globalización de los procesos de producción, apuntan hacia un aumento constante de esta mano de obra de temporada, pese a que hay señales a corto plazo que indican una desaceleración.

Desde esta perspectiva hay que tener muy en cuenta las circunstancias del contexto internacional. Así, una de las primeras conclusiones que se extrae de los diversos estudios internacionales es que la oferta supera claramente a la demanda. Se ha estimado que cada año medio millón de personas entra en la Unión Europea de forma clandestina y 300.000 en los Estados Unidos. Por otro lado, los flujos migratorios entre los países en desarrollo son probablemente considerables, aunque en una gran parte no se puedan cuantificar.

Son pocas las vías legales y oficiales abiertas a la inmigración laboral de temporada y muchos los obstáculos, como por ejemplo las restricciones a la contratación, los requisitos para la obtención de visados, los antecedentes policiales y otras medidas de seguridad, las certificaciones sobre el lugar y el período de trabajo, y las obligaciones en materia de seguros. Sin embargo, de hecho, las vías que se utilizan son muy numerosas. Aunque los cauces legales son en su mayoría de ida y vuelta, es decir, se espera que las personas que entran en el país lo abandonen en un plazo determinado, son muchos los trabajadores que permanecen en éste más allá del plazo estipulado.

A menudo, esa permanencia es deseada tanto por los propios trabajadores extranjeros temporales como por los empresarios, debido, en el caso de los últimos, a los elevados costes que supone que haya una rotación constante de entrada y salida de empleados (por ejemplo, en lo que respecta a la capacitación).

Las principales características de los actuales flujos de la inmigración laboral de temporada desde una perspectiva internacional se centrarían en las siguientes notas:

– *Dimensión geográfica*. El aumento de los flujos de inmigración laboral temporal es mayor entre países vecinos, en particular, si hay acuerdos entre esos países y si son ricos. El mayor grado de liberalización de los movimientos se registra entre los países desarrollados, y con frecuencia consiste en la circulación de personas dentro de una misma región en el marco de acuerdos especiales con países vecinos.

Desde la perspectiva estadística, los movimientos que parten de los países en desarrollo hacia los países desarrollados son considerablemente más elevados que la circulación de personas entre países en desarrollo. Ahora bien, los movimientos entre países en desarrollo están mal documentados y posiblemente sean mucho más frecuentes de lo que indican las estadísticas.

– *Categorías de trabajadores*. El mayor grado de liberalización se registra en la circulación de trabajadores muy especializados; de hecho, los flujos de esa categoría han aumentado muy rápidamente en los últimos cinco años. Así por ejemplo, en el Reino Unido, el aumento anual ha

alcanzado el 35%. Sin embargo, la definición de trabajador altamente cualificado es muy amplia, y comprende categorías tan diversas como los empleados transferidos dentro de la misma empresa, los programas de trabajadores invitados temporales y la inmigración de estudiantes. En todo el mundo hay un millón y medio de estudiantes matriculados en cursos de enseñanza superior en el extranjero, y gran parte de éstos terminarán como trabajadores inmigrantes temporeros (un ejemplo bien evidente es el de la recogida de la fresa en el Reino Unido).

IV. ENCUADRAMIENTO Y SITUACIÓN LEGAL DE LOS TEMPOREROS EXTRANJEROS

Antes de entrar en la disección de las características concretas que se pueden extraer a partir de la legislación vigente respecto a este punto, constatar que el contrato tipo para este colectivo es el de duración determinada, dado que hablamos de trabajadores que en su mayor parte se dedican a unas tareas muy definidas y que tienen lugar en específicas fechas del calendario, fundamentalmente vinculadas a labores propias del sector económico de la agricultura.

Respecto a esta cuestión, decir que del conjunto de todas las CC.AA. españolas, quizás sea Aragón una de las regiones que dispone de una más completa información actualizada sobre la existencia o inexistencia de contratos entre los temporeros inmigrantes y en caso afirmativo, la modalidad del contrato de trabajo.

Las cifras globales ofrecen el dato actual que de los temporeros que pasan por Aragón, el 44,7% no trabaja y por tanto no puede dar información sobre ningún tipo de contrato, un 28,7% trabaja sin contrato legalizado y un 3% lo hace con contrato temporal de seis meses o de menos duración. Con otros tipos de contratos temporales o entendidos en la jerga propia de los agricultores hasta que se "acabe la faena", tenemos un 24%.

Por áreas de procedencia, de los temporeros que manifiestan trabajar sin ningún tipo de contrato, el 46,5% eran europeos del este, el 23% magrebíes y el 21% africanos subsaharianos.

En porcentajes mucho más bajos tenemos los temporeros portugueses con un 7% y los temporeros latinoamericanos, de los que menos del 2,5% trabajan sin contrato. Entre los que trabajan con el tipo de contrato más estable, el de seis meses o menos, el 75% pertenece al Magreb y el otro 25% restante al África Subsahariana.

De los temporeros que cuentan con otro tipo de contrato temporal, rondan el 39% los procedentes del área subsahariana, y con porcentajes en torno al 20% los del área del este europeo y del norte de África.

Una vez realizado este inciso sobre el tipo de contrato de trabajo, decir que existen en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Extranjería unas particularidades que delimitan un régimen especial para los trabajadores de temporada, más conocidos en la jerga laboral como "temporeros". De la lectura de este artículo, se pueden extraer estas características:

1.ª) Las autorizaciones de trabajo que realice el Gobierno para estos inmigrantes tienen como una de sus garantías vertebradoras esenciales un alojamiento digno e higiénico, lo cual tal y como nos muestra la realidad cotidiana a través de los medios de comunicación social dista mucho de cumplirse en determinadas zonas de España en donde la mano de obra extranjera temporera es muy importante para sacar adelante determinadas producciones agrícolas.

2.ª) Al igual que ocurría en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Extranjería respecto al contingente de trabajadores extranjeros, se establece un privilegio por el cual estas ofertas de empleo de temporada se van a dirigir de forma preferente al grupo de países que hayan suscrito con España acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

3.ª) Participación activa de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos a la hora de programar las campañas de temporada. Por lo tanto, no sólo corresponde a la Administración General del Estado el impulso de la planificación anual de este tipo de ofertas laborales, sino que se extiende al ámbito de la responsabilidad territorial autonómica y local, factor que podemos considerar positivo, puesto que es lógico pensar que, dadas las características del régimen especial de los trabajadores de temporada, son las Administraciones autonómicas y locales las que cuentan con información más cercana a la realidad del mercado laboral de sus respectivos ámbitos geográficos.

Si hay un dato que en opinión de todos los expertos consultados tiene capital importancia y una influencia decisiva en las estrategias de futuro y presente de los trabajadores temporeros inmigrantes, condicionando todas las facetas de su vida, es el de la situación legal.

Conocer el número de temporeros en situación administrativa irregular es algo que a la vista de las actuales circunstancias parece algo menos que imposible. Este colectivo se vuelve "invisible" en cuanto aparece el menor indicio de control. Aun así, los datos que ofrecen distintos estudios e informes consultados hablan de un 30% de temporeros sin documentación o con ella caducada, lo que parece en principio una cifra menor de la esperada; pero que si lo unimos a la variable de "con documentación en trámite" que, en su mayoría son trabajadores acogidos al proceso de regularización de turno y que se sitúa en el 17%, nos daría cifras entendemos más próximas a la realidad.

Con permiso de trabajo y residencia se sitúa un 46%, prácticamente el mismo porcentaje que las dos variables anteriores. Con permiso sólo de residencia contaba únicamente un 4%, con visado de turista en torno al 1% y extranjeros que ya habían adquirido la nacionalidad española un 3%.

Por zonas de procedencia, el colectivo que más sufre el problema de la situación legal y que acumula un mayor número de "indocumentados" sería el de los temporeros latinoamericanos, que pese a que representan sólo el 8% del total de los temporeros, en un 75% están trabajando sin tener la documentación en regla, seguido de los temporeros de la Europa del este con un porcentaje del 41,5%. Hemos de relacionar necesariamente estos datos con el hecho de que sea ésta la inmigración más reciente que está llegando a España y la que según todas las previsiones

va a aumentar de manera más significativa si hablamos de los europeos del este. En el caso de los latinoamericanos que llegan con visados de turista, cuando caducan estos documentos, se ven abocados a la "ilegalidad" y el trabajo de temporero se presenta de manera momentánea como su única salida laboral.

Los temporeros magrebíes en esta situación de irregularidad se sitúan en el 18%, pero hemos de recordar que suponen el grupo mayoritario de nuestros temporeros extranjeros (33%), mientras que los de África Subsahariana se acercan al 16%.

Pese a todo, el porcentaje más significativo hace referencia a los temporeros extranjeros que tienen permiso de trabajo y residencia, en torno al 46%, y que en principio deberían ser la mayoría en una coyuntura en que la situación legal de este colectivo estuviese "normalizada y regularizada".

Aquí el colectivo con más altos porcentajes, lógicamente, son los temporeros portugueses con el 89%, seguidos de los temporeros del Magreb con un 58% y los temporeros subsaharianos con un 53%. Estos índices bajan hasta el 17% para los temporeros del este de Europa y a poco más del 8% para los procedentes de Latinoamérica.

V. 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.

BAYLOS, A.: "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 inmigració*. Barcelona: Centre de Cultura Contemporánea, 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 Fundaciones 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. 211.

– "La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo", en CONTRERAS, I. (coord.): *Inmigración, racismo e interculturalidad*, Talasa, Madrid, 1994, pp. 83-119.

– *Inmigrantes extranjeros en la Sierra Oeste de Madrid*, Mancomunidad de Servicios Sociales Sierra Oeste, San Lorenzo del Escorial, 1994.

– *Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al empleo en España*, OIT, Ginebra, 1995.

– *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*, Fundamentos, Madrid, 1995.

– *Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad*, CIS, Madrid, 1995 (Colección Opiniones y Actitudes, n.º 8).

– "Inmigrantes y mercados de trabajo en España. Planteamiento general y aplicación a un caso concreto: los trabajadores marroquíes en el sector de la construcción en la Comunidad de Madrid", en Seminario *Inmigración, empleo e integración social*, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, julio de 1995.

– *La educación intercultural a prueba: hijos de inmigrantes marroquíes en la escuela*, CIDE/Laboratorio Estudios Interculturales Universidad de Granada, Granada, 1996.

DÍEZ NICOLÁS, J.: *Los españoles y la inmigración,* Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, MTAS, Madrid, 1999.

ESPADA RAMOS, M.ª L.: *¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997.

FUNDACIÓN IESA (TOHARIA, L.; GARCÍA SERRANO, C. y SAHÚN, M.ª): *El factor trabajo en la construcción: empleo, demandas y ofertas (1985-1990) y la formación profesional ocupacional en el sector*, MOPT, Madrid, 1991.

GIMÉNEZ, C. (coord.): *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, tomos I y II.

IBÁÑEZ, Jesús: *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 I.S.E. n.º 2, Madrid, 1988.

– *Evolución social en España 1993*, Madrid, 1993.

JURADO GÓMEZ, E.: *El mercado de trabajo en el sector de la construcción*, ANCOP, Madrid, 1995.

LÓPEZ DE LERA, D.: "Análisis de la estadística sobre población extranjera", en *Serie de Artículos y Ponencias* del Instituto de Demografía del CSIC, Madrid, 1991.

LORCA, A.; ALONSO, M. y LOZANO, L.A.: *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Encuentro, Madrid, 1997.

MIGUÉLEZ, F.: "Trabajo y relaciones laborales en la construcción", en *Sociología del Trabajo,* n.º 9, Madrid, primavera de 1990, pp. 35-54.

MIGUÉLEZ, F.; RECIO, A. y ALÓS, R.: *Transformaciones laborales en la industria de la construcción en Cataluña*, 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, 213.

– *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.

Notas y colaboraciones

Dossier: La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena

I

Pascual Aguelo Navarro

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

Introducción al Dossier

El Dossier se dedica a examinar un tema de la máxima actualidad "La renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo".

En las últimas semanas como consecuencia directa de la nueva regulación reglamentaria de la renovación de autorizaciones laborales se ha venido notificando un creciente número de resoluciones denegatorias a personas migrantes que, pese a desarrollar una continuada ocupación laboral, lo habrían realizado en actividades distintas a las estrictamente reflejadas en sus Tarjetas de residencia, lo que está provocando una importante e indeseable bolsa de irregularidad de personas que residían legalmente en nuestro país y tenían posibilidad de realizar actividad laboral. El hecho se ha visto agravado teniendo en cuenta el inicio de un importante número de renovaciones de autorizaciones como consecuencia del proceso de normalización.

Las líneas que siguen a continuación quieren suministrar puntos de reflexión que ayuden a reformular una razonable regulación de la renovación de las autorizaciones coherente con el invocado criterio de estabilidad de los permisos y favorecimiento de la regularidad de las situaciones de las personas migrantes.

Pascual Aguelo Navarro

Abogado del R. e I. Colegio de Zaragoza.
Presidente de la Subcomisión
de Extranjería del Consejo General de la Abogacía

Pilar Charro Baena

Prof. Dra. TEU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos

Carolina San Martín Mazzucconi

Prof. TU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos

II

La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora

SUMARIO

I. La actividad laboral como condicionante de la renovación. A) Sobre la interpretación de las normas positivas. B) La literalidad de las normas en juego. a) La "actividad" para la que se concedió la autorización inicial: primera aproximación. b) Algunos argumentos a favor de una lectura amplia de la norma. a') Huida de los conceptos jurídicos de grupo y categoría profesionales. b') Carácter difuso y flexible de la clasificación profesional: proyección sobre las normas de extranjería. c') Configuración legal de los requisitos para percibir las prestaciones por desempleo. C) La evolución legal y jurisprudencial a favor de la renovación. D) La ubicación sistemática de las normas sobre renovación. E) La realidad social en la que se aplica la norma. F) La finalidad de las normas como criterio interpretativo.

II. La renovación de las autorizaciones de trabajo obtenidas a través del proceso de normalización.

III. La contratación de extranjeros para prestar servicios en actividad distinta de la autorizada como infracción administrativa.

IV. Bibliografía. A) Sobre Extranjería e Inmigración. B) Sobre aspectos relativos a la movilidad funcional. C) Sobre Política de Empleo. D) Sobre aspectos relativos a la prestación por desempleo.

I. LA ACTIVIDAD LABORAL COMO CONDICIONANTE DE LA RENOVACIÓN

A) Sobre la interpretación de las normas positivas

El artículo 3.1 del Código Civil establece que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Por tanto, enfrentados al reto de descifrar el significado de una norma jurídica, la primera pauta hermenéutica es la gramatical o literal, la que atiende al sentido que se desprende pura y directamente de los términos utilizados por el legislador. Y decimos que es la primera porque acudimos a ella de modo prácticamente intuitivo, y porque son los términos de la norma los que han de ser entendidos de acuerdo con el resto de cánones interpretativos relacionados en el citado precepto civil.

Primera pauta, pero no única, desde luego; así lo ha dejado claro el Tribunal Supremo, advirtiendo que la interpretación de las normas jurídicas constituye un proceso discursivo integrado por cada uno de los mencionados criterios hermenéuticos, y que es a la vez un proceso unitario, en el que concurren la totalidad de estos últimos, si bien buscando atender, principalmente y por encima de todo lo demás, al verdadero espíritu y finalidad de la norma.

Para comprender esta reflexión en toda su magnitud, conviene acudir directamente a la fuente. A tal efecto, citamos la importante STS 15 septiembre 1986 (RJ 1986, 4709):

> "En orden al conocimiento de las normas, no actúan de modo separado la lectura y la interpretación, de modo que no hay interpretación posible sin lectura, pero tampoco es válida y jurídicamente eficiente la lectura que no implique una interpretación, porque ésta es el único medio de conocer las normas y el conjunto del Ordenamiento Jurídico. La posible diferencia entre lectura e interpretación, que nunca ha tenido una justificación plena, resultaba explicable cuando regía el principio de que las leyes o normas «literalmente» claras no necesitaban interpretación en virtud de la preferencia excluyente de la «interpretación» literal que seguía y se confundía con la simple lectura de la norma sin interpretación. Pero ese planteamiento referido a interpretación de las normas jurídicas está excluido hoy día por el artículo tres, párrafo primero del Código Civil, a cuyo tenor: a) La interpretación es siempre el medio para conocer el sentido y alcance de las normas y para llevar a cabo la subsiguiente aplicación de las mismas; b) La interpretación constituye un proceso discursivo integrado por la utilización de los siguientes criterios: el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo a que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y c) El proceso es unitario por cuanto los citados criterios han de utilizarse de un modo concurrente sin que haya una escala de prioridades, si bien se coloca el énfasis en el espíritu y finalidad de las normas como modo de determinar su sentido."

Puede decirse, por tanto, que la interpretación literal resulta incompleta como vía exclusiva de acceso al sentido de la norma positiva, y ha de acompañarse del análisis lógico del precepto, su ponderación sistemática y su acomodo a las circunstancias del caso.

En este sentido, se indica en la STS 15 marzo 1983 (RJ 1983, 1476):

> "La interpretación de los preceptos positivos debe ser obtenida no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico –que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley– y su ponderación sistemática que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico. (...) La disposición legal debe, ante todo, responder al fin supremo de la justicia, el cual únicamente puede estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplica en forma tal que permita, usándose por el juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias del caso."

En definitiva, por tanto, aun partiendo de una interpretación literal del texto normativo, han de aplicarse el resto de criterios hermenéuticos, y en especial el que alude al espíritu y finalidad de la norma, si se quiere llegar a su completa y efectiva comprensión.

Pues bien, desde la consideración de esta premisa fundamental sobre la labor interpretativa, ahora queremos detenernos en el examen de las condiciones para renovar autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que giran en torno a la actividad prestada por el trabajador extranjero durante la vigencia de la referida autorización, plasmadas en los números 3 y 4 del artículo 54 RELOEx.

Como se sabe, este precepto reglamentario establece que la concesión de la renovación depende, entre otras circunstancias, de la continuidad de la relación laboral, o al menos de que se hayan prestado servicios un número mínimo de meses a lo largo del año. En este segundo caso, si el trabajador ha tenido un período mínimo de actividad de seis meses en el año, se le concederá la renovación siempre que en el momento de la solicitud esté en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social por virtud de un contrato laboral suscrito con un nuevo empleador de acuerdo con las características de la autorización inicial, o bien si dispone de una nueva oferta de empleo. Igualmente, si el período de prestación de servicios por año es de al menos tres meses, se procederá a la renovación siempre que el trabajador acredite la existencia de un contrato de trabajo en vigor, o bien que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se rompió por causas ajenas a su voluntad, o, finalmente, que ha buscado activamente empleo.

La cuestión que se plantea a raíz de esta formulación positiva es si la continuidad laboral a la que alude la norma ha de ser, necesaria y exactamente, aquella que tiene lugar en la actividad concreta para la que se obtuvo la autorización inicial y que figura en la Tarjeta de identidad del extranjero. En otras palabras, ¿impide la renovación el hecho de que, en el momento de solicitarla, el trabajador extranjero acredite estar trabajando o haber trabajado en los términos requeridos por el artículo 54.3 RELOEx, pero en actividad distinta a la específicamente autorizada? ¿Hasta qué punto la norma exige semejante rigorismo interpretativo?

Del examen del procedimiento reglamentario para la solicitud de renovaciones se deduce claramente el juego combinado de normas de extranjería, de Seguridad Social, de empleo y, cómo no, de Derecho individual del Trabajo. Cada una de estas parcelas aporta sus propias reglas y principios, que han de ser tenidos en cuenta a la hora de responder a las cuestiones planteadas,

todo ello en el marco de una interpretación que atienda a la verdadera finalidad y espíritu de las normas de aplicación.

No hace mucho tiempo, se dictaba la STSJ Cataluña de 20 marzo 2004 (RJCA 2004, 140), que resolvía el recurso interpuesto contra la resolución denegatoria de un permiso de trabajo sobre la base de que el trabajador extranjero no había acreditado ni haber trabajado durante el período de validez del mismo permiso ni oferta alguna de empleo. Aunque en el debate jurídico es de aplicación el RELOEx 1996, refleja a la perfección lo que pretendemos con las páginas que siguen. Así afirma que

> "Constatamos, pues, que en la literalidad de las normas esgrimidas por la administración conlleva la denegación del permiso por incumplimiento de las exigencias reglamentarias. Pero debemos examinar si cabe una interpretación distinta como pretende la recurrente atendiendo al espíritu de la norma. (...)
>
> Necesitamos, acudir a los principios generales, explícitos o implícitos, de la LO 7/1985. Su preámbulo nos recuerda que la Ley antedicha pretende favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española. Mientras sus normas explicitan la voluntad integradora manifestada en la regulación de la renovación del permiso de trabajo. (...)
>
> Mal congenia la estabilidad y seguridad jurídica cuando desde una situación regular se aboca a una situación irregular derivada de la denegación de la renovación del permiso."

B) La literalidad de las normas en juego

a) La "actividad" para la que se concedió la autorización inicial: primera aproximación

El artículo 54 RELOEx exige en su apartado tercero, como requisito para obtener la renovación de la autorización inicial, "la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende. Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de *la actividad para la que se concedió la autorización*" durante un número mínimo de meses por año y se encuentre en alguna de las situaciones que el precepto pormenoriza.

Pero, ¿qué hemos de entender por actividad? ¿Estamos acaso ante una categoría jurídica con contenido preciso? La prestación de servicios en actividad distinta supone la denegación de la renovación, de modo que el interrogante no es baladí. Por fin, ¿qué contenido ha de darse a este término?

Lo cierto es que no encontramos en el ordenamiento jurídico laboral o de extranjería ninguna definición o notas caracterizadoras de este concepto. En la práctica, la "actividad" para la que se concede la autorización se extrae de la Clasificación Nacional de Ocupaciones 1994, aprobada por RD 917/1994, de 6 mayo (BOE 27 mayo 1994, n.º 126, p. 16626), en base a cuyo contenido se elabora también, trimestralmente, el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. En otras palabras, la "actividad" para la que se concede autorización es una "ocupación" de la Clasificación

mencionada, de modo que podríamos mantener que se trata de denominaciones sinónimas, y así lo corrobora expresamente el Diccionario de la Real Academia Española.

A simple vista, esta primera conclusión no aporta demasiadas luces al problema, ya que las ocupaciones tampoco están definidas por el legislador ni por los Tribunales. Sin embargo, conviene recordar que en algunas de las normas laborales y de política de empleo de los últimos años aparece la idea de "ocupabilidad" como capacidad de integrarse o reintegrarse fácilmente en el mercado de trabajo. Es decir, la ocupabilidad como la condición que ostenta quien es empleable; ocupación como sinónimo de empleo. Y volviendo al Diccionario, encontramos que, justamente, ocupación se identifica con "trabajo, empleo, oficio".

Evidentemente, actividad y ocupación son denominaciones genéricas, que carecen de un contenido jurídico preciso. El legislador vincula la renovación de las autorizaciones iniciales al desarrollo de un trabajo, de una prestación de servicios, sin prejuzgar acerca del carácter más o menos amplio o restrictivo con el que pudieran contemplarse las funciones que la componen (una concreta categoría profesional, un más amplio grupo profesional, todo un sector de actividad, o, en fin, cualquier clase de trabajo).

Bien es verdad que el legislador ofrece algunos datos que hacen pensar en una intención restrictiva, a pesar de los términos genéricos utilizados en el artículo 54 RELOEx. Ello se deduce sobre todo del hecho de que la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal, de 14 de noviembre de 2005, que establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura, establezca que este último se elabora sobre la Clasificación Nacional de Ocupaciones "desagregada en ocho dígitos". En otras palabras, la situación nacional de empleo, que se tiene en cuenta en la concesión de la solicitud inicial y no ya en la renovación, se mide sobre funciones sumamente específicas, y no sobre sectores, grupos profesionales, u otras nociones igualmente amplias.

Pero, al margen de este argumento literal y contextual, existen otros muchos que apuntan hacia una interpretación amplia de la norma, que, en atención al espíritu y finalidad, no ya de la estricta disposición interpretada sino de la política de extranjería en su conjunto, provocan una lectura amplia y flexible del precepto comentado. Con independencia de los que se exponen a continuación, repárese en cuál es el objetivo de excluir la valoración de la situación nacional de empleo en el trámite de renovación: es, justamente, facilitar la conservación de la autorización y evitar así situaciones de irregularidad sobrevenida.

b) Algunos argumentos a favor de una lectura amplia de la norma

a') Huida de los conceptos jurídicos de grupo y categoría profesionales

Nuestro ordenamiento laboral cuenta con conceptos jurídicos plenamente determinados para acotar un campo más o menos amplio de funciones. En concreto, se trata del grupo profesional, definido en el artículo 22 del ET, y de la categoría profesional, definida judicialmente.

Según indica el artículo 22 del ET, "se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales". Igualmente, el citado precepto explica lo que ha de entenderse por categorías profesionales equivalentes, entre las cuales, en defecto de definición convencional de grupos profesionales, es posible operar unilateralmente por el empresario, sin límites causales ni temporales, la movilidad funcional ordinaria: "Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación".

Por su parte, los Tribunales han expresado su posición respecto de estas nociones, con una visión flexibilizadora del sistema de clasificación profesional que resulta coherente con su formulación legal a partir de 1994. Así, la STSJ País Vasco 9 enero 2001 (AS 2001, 49) señala:

> "La categoría profesional viene a ser una especie dentro del género, en la que se definen las concretas funciones que para específicos puestos o cometidos laborales se exige. El grupo incluye las categorías. Desde esta perspectiva, difusa y compleja en muchos casos, lo que se ha pretendido es dotar a los grupos de una multiplicidad de funciones para realizar movilidades y ajustes de distintas categorías pero dentro de ese grupo general que lleva un bloque de cometidos concretos para el desarrollo de unas funciones."

Teniendo en cuenta la previa existencia de estos conceptos jurídicos laborales así definidos legal y/o judicialmente, puede mantenerse, sin duda, que la expresa utilización de denominaciones tan genéricas como actividad y ocupaciones por parte del legislador de extranjería, abre la puerta a no encorsetar más allá de lo imprescindible la prestación de servicios del trabajador extranjero en lo que refiere a la renovación de su autorización de trabajo y residencia.

b') Carácter difuso y flexible de la clasificación profesional: proyección sobre las normas de extranjería

La práctica administrativa de denegar renovaciones en aquellos casos en los que la denominación técnica de la actividad laboral desarrollada por el trabajador extranjero no coincide exactamente con la que figura en su Tarjeta de identidad, es decir, aquella para la que obtuvo en su momento la autorización inicial, casa mal con el espíritu de flexibilidad que preside las normas laborales sobre clasificación profesional. En aquellos casos, se está dando a la "actividad", tácitamente, la consideración de "categoría profesional", si bien en su concepción rígida, superada hace ya más de una década en las normas laborales en aras de una concepción flexible de la clasificación profesional.

En efecto, como expresa la STSJ Madrid de 25 noviembre 2002 (JUR 2002, 103255):

> "Debido a la reforma laboral se ha quebrado el viejo sistema de clasificación profesional con diferentes categorías cerradas y muy delimitadas las tareas correspondientes a cada una; el artículo 22 del ET modificado en la reforma laboral aprobada por Ley 11 del 1994 rompe, como se acaba

> de exponer, este viejo esquema y lo sustituye por el de grupo profesional en el que se integran todos los trabajadores de la misma actividad profesional aunque tengan distintos niveles de conocimientos, quedando únicamente como tope las labores que requieran titulación académica específica, lo que representa que actualmente no se encuentra claramente delimitado las labores correspondientes a cada uno de los diferentes niveles salariales que puedan marcar los convenios colectivos para los diferentes grados de conocimiento profesional que componen cada uno de los grupos profesionales."

La propia Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que alteró sustancialmente el régimen legal de clasificación profesional, explicó que este cambio suponía "una definición más flexible, ya desde el ingreso al trabajo, del contenido de la prestación laboral pactada, superando los rígidos esquemas de la clasificación subjetiva de los trabajadores, y una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades, (...) siempre en el ámbito de lo que constituyen las aptitudes profesionales del trabajador contratado".

Es un hecho incontestable de la actual realidad jurídico-laboral que la tendencia en materia de clasificación funcional, es a difuminar límites, a utilizar nociones jurídicas amplias a la hora de definir los contornos de la prestación laboral debida por el trabajador. Como se señala en las SSTSJ de Madrid de 23 enero 2003 (AS 2003, 1512) y Cantabria de 18 febrero 2004 (JUR 2004\83219):

> "Las categorías laborales primigenias tienden a desaparecer y a ser sustituidas por agrupaciones funcionales, rangos de tareas, grupos profesionales, niveles retributivos, grados económicos, categorías insertas en conjuntos más o menos homogéneos, etc. La terminología que los distintos convenios colectivos y normativas sectoriales, y aun de empresa, tras la virtual desaparición del término unitario «categoría profesional», propio de las ya derogadas Reglamentaciones de Trabajo, han utilizado y usan son cada vez más variadas y ricas. Esas nuevas categorías están basadas en la relación que exista entre ellos –grupos, rangos, agrupaciones, etc.– y las funciones o tareas a realizar."

El grupo profesional se alza como concepto básico y preferente, relegando a un papel totalmente secundario a las categorías profesionales. Dentro de un mismo grupo así definido por la negociación colectiva de aplicación, todas las funciones son igualmente debidas por el trabajador en virtud de su relación laboral, con independencia de que se adscriban formalmente a diversas categorías, y desde luego sin perjuicio de que el trabajador hubiera sido contratado para prestar servicios en el marco de una concreta categoría profesional. Es más, en defecto de la identificación convencional de grupos profesionales, se aplica por mandato legal el principio de categorías equivalentes, para conseguir igual objetivo: el trasiego funcional de una categoría a otra, siempre que las aptitudes necesarias para desarrollar las funciones propias de la primera permitan igualmente el desempeño de las funciones básicas de la segunda (artículo 22.3 del ET).

Sobre la prevalencia de la definición convencional de los grupos profesionales, respecto de la noción de categorías equivalentes, la STSJ País Vasco de 3 abril 2003 (AS 2003, 2421), indica:

> "Es la negociación colectiva la que fija el sistema de clasificación profesional de la empresa y define en cada caso la noción de grupo profesional, de tal forma que, de existir tal regulación negociada, a ella deberá estarse preceptivamente, aun cuando lo que establezca al respecto no coincida con el

> concepto de grupo profesional dispuesto en el artículo 22.2 del propio ET" [STSJ País Vasco 3 abril 2003 (AS 2003, 2421)].

En el mismo sentido, de las SSTSJ Baleares de 3 febrero 2000 (AS 2000\1142) y Cataluña de 7 junio 2004 (AS 2004\2642)] se extrae que:

> "El grupo profesional es el marco delimitador de la movilidad funcional interna y sólo a falta de definición de los grupos profesionales podrá realizarse la movilidad entre categorías equivalentes, con la particularidad de que el grupo, a tenor del artículo 22.2 del ET, puede incluir diversas categorías profesionales. De aquí se deduce que «grupo profesional» y «categorías equivalentes» no son conceptos absolutamente equiparables, ya que si así fuera carecería de sentido la remisión que el artículo 39.1 del ET efectúa a las categorías equivalentes para los supuestos en que no exista definición de los grupos."

Conviene insistir en que esta fuerte dosis de flexibilidad en la clasificación profesional responde al objetivo de la permanencia en el mercado de trabajo, con expresa voluntad de despreciar elementos formales tales como la específica contratación para desempeñar funciones adscritas a una concreta categoría profesional. El señalamiento de una categoría en el contrato sólo sirve como eje en torno al cual pivota la movilidad funcional ordinaria del trabajador: todas aquellas otras funciones correspondientes a categorías incluidas en el mismo grupo profesional, o, en defecto de éste, las que sean análogas, están tácitamente incluidas también en la definición contractual de la prestación debida. Y ello por mandato legal.

Así, la STS de 13 julio 1999 (RJ 1999, 6460), recogida en sus postulados básicos por la STSJ País Vasco 3 abril 2003 (AS 2003, 2421), sostiene que:

> "Se ha abandonado el rígido sistema que suponía encasillar a los trabajadores en categorías profesionales independientes e incomunicadas para dar paso a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos en la empresa, desplazando el núcleo de la clasificación profesional desde la categoría al grupo profesional, admitiéndose la polivalencia funcional y la movilidad funcional entre categorías equivalentes... La pertenencia al grupo profesional definido en el artículo 22.2 del Estatuto de los Trabajadores sirve como presupuesto básico fundamental –a la par que la titulación exigida– para que la empresa pueda decidir la movilidad funcional prevista en el artículo 39.1."

Desde luego, choca con todo lo anterior el que al extranjero se le exija, como condición para renovar la autorización que le permite permanecer de forma normalizada en el mercado de trabajo, que su prestación de servicios sea o haya sido exactamente aquella que aparece en su Tarjeta de identidad, cuando, como veremos posteriormente, lo que resulta relevante a otros efectos (piénsese en el arraigo) es la incorporación real al mismo. Lo que para el resto de trabajadores es un dato formal carente de importancia ante el objetivo principal de la política de empleo y del Derecho del Trabajo, se convierte para el extranjero en el requisito esencial, más relevante incluso que facilitar su continuidad en el mercado de trabajo en situación regular. Es más, probablemente debido a una deficiente articulación de los instrumentos de valoración que la norma utiliza, paradójicamente bastaría con que el trabajador figurase dado de alta en la Seguridad Social desde un mes antes con la empresa con la que tiene suscrito un contrato de trabajo en el momento de la renovación para que fuese procedente la renovación, mientras que el ejercicio habitual de actividades laborales durante la vigencia de la autorización inicial tan

sólo operaría a favor de la renovación, tal y como viene exigiendo la Administración, si coincidiesen con la que aparece reflejada en su documento habilitante.

Es verdad que el legislador de extranjería no contempla expresamente aquella flexibilidad funcional para la renovación de autorizaciones de trabajo y residencia por cuenta ajena, pero tampoco la proscribe, y resulta innegable que el trabajo del extranjero ha de participar de los postulados básicos de la política de empleo y del espíritu de las normas laborales. Es más, si se observa la Clasificación Nacional de Ocupaciones, se verá que su propia sistemática interna apunta a esta misma finalidad flexibilizadora, ordenando las actividades, justamente, en "grupos", dentro de los cuales encontramos hasta cuatro subclasificaciones en las que va aumentando progresivamente la especificidad de las labores. Las conexiones de flexibilidad están servidas en la propia norma que se toma de referencia para fijar la actividad laboral autorizada, ¿por qué no trasladar al Derecho laboral de Extranjería los principios del Derecho Laboral?

En alguna Administración local empieza a acogerse, a efectos de renovaciones, el criterio de la flexibilidad funcional, incluso con una visión mucho más amplia que la que aquí se propone: basta, para solicitar la renovación de la autorización de trabajo y residencia por cuenta ajena, que el trabajador extranjero haya estado cotizando el tiempo suficiente al Régimen de Seguridad Social al que pertenece la actividad para la que se concedió la autorización inicial. En concreto, según hemos tenido conocimiento, la Subdelegación de Barcelona indica en sus impresos oficiales los requisitos para renovar los permisos por cuenta ajena, señalando, entre otros, textualmente los siguientes:

> "1. Si ha cotizado al correspondiente Régimen de Seguridad Social seis o más meses por año.
>
> a) Si se encuentra en situación de alta en el correspondiente Régimen de Seguridad Social:
>
> i.- No es necesario aportar documentación adicional.
>
> b) Si no se encuentra en situación de alta en el correspondiente Régimen de Seguridad Social deberá aportar:
>
> i.- Contrato de trabajo. Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo deben ajustarse a las establecidas por la normativa laboral vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad."

Como se puede comprobar, lo anterior es un inmejorable ejemplo de lo que decíamos sobre el contrasentido que supone prever un régimen mucho más estricto para el supuesto de que el trabajador extranjero hubiese trabajado habitualmente durante la vigencia de la autorización administrativa si formalmente en el momento de solicitar la renovación no se encuentra dado de alta en el correspondiente Régimen General de la Seguridad Social.

c') Configuración legal de los requisitos para percibir las prestaciones por desempleo

Junto a los argumentos anteriores, puede ofrecerse otra batería argumental, si cabe más contundente, que se deriva de la actual regulación legal de la protección por desempleo, a la que el extranjero, obviamente, tiene derecho en cuanto trabajador, en la medida en que cumpla los requisitos para ello. Será verdaderamente excepcional (o no tanto, si nos atenemos a la doctrina vertida recientemente por las SSTSJ Castilla y León/ Valladolid de 17 y 21 noviembre de

2005, que reconocen la prestación por desempleo a trabajadores que prestaron servicios sin las preceptivas autorizaciones) que un extranjero habilitado inicialmente para trabajar pueda acceder a esta prestación contributiva que exige un período de cotización de 360 días en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo (artículo 210 de la LGSS), salvo que en ese lapso temporal hubiese prestado servicios en situación regular en tiempo suficiente, y, o bien hubiese retornado a su país, o bien hubiese pasado a una situación de residencia no laboral. Así, lo normal es que nos encontremos ante segundas renovaciones.

Pero, ¿qué requisitos son los que establece la norma de Seguridad Social interna para acceder a la prestación por desempleo?, ¿realmente puede cumplirlos en su totalidad el trabajador extranjero? Desde luego, con la concepción rígida de las actividades autorizadas, rotundamente no. Veamos la explicación al hilo de las normas legales:

Uno de los requisitos para tener derecho a la prestación por desempleo es

> "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el artículo 231 de esta Ley" (artículo 207 LGSS). El citado artículo 231.2 LGSS define el compromiso de actividad como aquél que "se adquiere entre el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad".

¿Acaso tiene sentido que el extranjero participe en acciones de "reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad"? Si la única posibilidad de renovación pasa por la reinserción en el mercado de trabajo a través de la concreta ocupación para la que el extranjero obtuvo su autorización inicial, no sólo se ven mermadas sus posibilidades de empleo, sino que además deviene carente de sentido esta parte de la obligación legal. Pero se da la paradoja de que, si no participa de estas acciones de reconversión, puede perder la prestación por desempleo.

Por su parte, el artículo 231.3 de la LGSS considera

> "colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses.
>
> Transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador (...)."

Como puede observarse, el concepto de colocación adecuada, que el trabajador se compromete a aceptar cuando se le oferte como condición para percibir la prestación por desempleo, va relajándose a medida que transcurre el tiempo sin que el desempleado reingrese en el mercado de trabajo. Y ello es así porque la importancia de la actividad desempeñada es indirectamente proporcional al tiempo de permanencia en situación de desempleo. Aplicadas estas previsiones al trabajador extranjero, nos encontramos con que el concepto de colocación adecuada, casi

desde el mismo inicio de la percepción de la prestación, no se ajusta exactamente a la restricción funcional que el extranjero presenta en virtud de su autorización inicial. Así, es evidente que no estaría en condiciones de aceptar cualquier clase de empleo que se corresponda con sus aptitudes físicas y formativas, y desde luego, pasaría lo mismo con las colocaciones que pudiera desempeñar a juicio del Servicio Público de Empleo.

Y ¿qué pasa si se incumplen estas obligaciones? Pues que el extranjero será sancionado de la siguiente forma:

El artículo 24.3.c) de la LISOS tipifica como infracción leve:

> "no cumplir las exigencias del compromiso de actividad, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave en los artículos 24 o 25 de esta Ley."

La sanción correspondiente a una infracción leve de este tipo es la pérdida de un mes de prestaciones, que se va agravando a medida que el infractor reincide, hasta que, con la cuarta infracción, se extingue la prestación [artículo 47.1.a) de la LISOS].

Por otro lado, según el artículo 25.4.a) de la LISOS se considera falta grave:

> "rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por el servicio público de empleo o por las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos, salvo causa justificada."

La sanción por falta grave comprende, desde la pérdida de tres meses de prestaciones con la primera infracción, hasta la extinción del derecho con la tercera [artículo 47.1.b) de la LISOS].

Para ninguna de estas dos clases de infracciones parece que la causa justificada en la que piense el legislador de Seguridad Social tenga que ver con rigorismos formales en la renovación de autorizaciones para extranjeros. A estas alturas, podrá compartirse que cuando entra en juego la aplicación simultánea de las reglas contenidas en la norma de Seguridad Social y en la de extranjería, indirectamente se produce el efecto perverso de obligar a elegir entre rechazar una colocación adecuada que exceda, aunque sea mínimamente, de los estrechos márgenes en los que el extranjero está autorizado para trabajar, so pena de ver denegada una eventual renovación de la autorización administrativa, o asumir los compromisos adquiridos como beneficiario de una prestación de carácter público con el riesgo de perderla total o parcialmente.

También se considera falta grave, y lleva aparejada idéntica sanción que la anterior, de los beneficiarios y solicitantes de prestaciones:

> "negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por el servicio público de empleo o por las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo."

Dicha falta recuerda a una de las circunstancias que el extranjero ha de acreditar para renovar la autorización de trabajo cuando haya tenido un período de al menos tres meses por año [artículo 54.4.b) del RELOEx]. Como en el supuesto antes descrito, muestra una vez más que las

parcelas del ordenamiento jurídico que inciden en la materia actúan como compartimentos estancos dificultando enormemente satisfacer los intereses que se encuentran en juego: ¿qué sentido tiene exigir al trabajador que amplíe sus condiciones de ocupabilidad mediante el seguimiento de acciones o programas de inserción laboral cuando sus posibilidades reales de empleo se encuentran tan limitadas? En cualquier caso, y aunque no se trate de un beneficiario de una prestación por desempleo, en cuyo caso, la negación a la participación en este tipo de actuaciones sería sancionada conforme a lo establecido en la LISOS, va a ver perjudicadas sus expectativas de progresión laboral.

En definitiva, el trabajador extranjero se ve compelido a aceptar unos compromisos pensados en clave de política de empleo, para la que el peor de todos los escenarios es la situación de desempleo; sin embargo, para la política de extranjería parece que la prioridad es el control administrativo con abstracción hecha de condicionantes socioeconómicos. Y así como la política de empleo contempla como protagonistas de buena parte de sus medidas y estrategias de actuación a los extranjeros, quizá es hora ya de que la política de extranjería demuestre reciprocidad, incorporando principios de funcionamiento del mercado de trabajo. Ello contribuiría notablemente a su mayor eficiencia.

Ahora bien, no hay duda de que la asunción de la flexibilidad funcional en las renovaciones, sin límites específicos, podría llevar a un resultado no querido por el legislador de extranjería ni por la política de empleo en relación con esta materia. La situación nacional de empleo, tenida en cuenta a la hora de conceder la autorización inicial en relación con la concreta actividad para la que se otorga, ya no se considera en la renovación, y ello podría suponer que el extranjero acabara autorizado para desempeñar funciones no incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. De este modo, evidentemente, se burlaría el filtro que pone la política de empleo en complicidad con la legislación de extranjería para evitar un exceso de mano de obra en actividades que no la necesitan.

Por ello, la flexibilidad funcional debería tener como límite específico, adicional a los generales derivados del artículo 39 del ET, la situación nacional de empleo, recuperándola para el trámite de renovación en la medida en que se trata de funciones análogas pero nuevas.

C) La evolución legal y jurisprudencial a favor de la renovación

En la seguridad de la trascendental importancia que reviste la renovación de las autorizaciones de trabajo en orden a garantizar la estabilidad de la residencia y la integración sociolaboral con vocación de permanencia de los extranjeros, las sucesivas reformas de la normativa sobre extranjería han dirigido sus esfuerzos hacia el establecimiento de un régimen jurídico que favoreciese la renovación de las habilitaciones para trabajo y facilitase la integración del inmigrante.

En esa evolución, la regulación se ha caracterizado por la ampliación de las actividades habilitadas a realizar en las sucesivas autorizaciones renovadas y la objetivación de las condiciones de la renovación. El camino se inició por el RD 155/1996, según el cual una de las razones que justifica la reforma reglamentaria fue "el objetivo de mejorar la estabilidad y seguridad jurídica

de los trabajadores extranjeros, como requisitos para su integración, de acuerdo con las orientaciones del Plan para la Integración Social de los Inmigrantes". En esta norma, la regla general aplicable era la renovación de las autorizaciones de trabajo y su denegación la excepción, que operaba sólo en los casos plenamente justificados. Expliquemos más detenidamente aquellas notas.

Hasta la aprobación de la LOEx 2000 la incorporación progresiva al mercado laboral interno se llevaba a cabo mediante la sucesión escalonada de permisos de trabajo, comenzándose por una autorización inicial, tras la que se sucedían otras en las que un permiso era presupuesto indispensable del siguiente; en esa progresión se iban ampliando no sólo el plazo de vigencia del permiso sino también los tipos de actividad a desarrollar, las profesiones a ejercer y el ámbito geográfico.

En un rápido repaso por los reglamentos de desarrollo de la LO 7/1985, recordaremos respecto de los permisos de trabajo por cuenta ajena que en el RELOEx 1986 el permiso de trabajo b (tanto el inicial como su renovación) sólo habilitaba para trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico determinado (artículo 36), y el inicial, además, quedaba limitado a un empleador concreto, mientras que el permiso de trabajo tipo C se otorgaba para trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico a quienes hubiesen sido titulares de uno o varios permisos cuya duración acumulada fuese de al menos cinco años o haber residido en España durante ocho años y haber disfrutado de permiso de trabajo durante los doce meses anteriores a su solicitud (artículo 39). Por su parte, en el RELOEx 1996, el permiso de trabajo b (inicial) permitía trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico concretos, pudiendo la autoridad que lo concediese limitarlo a una empresa determinada, el permiso de trabajo B (renovado) permitía desarrollar varias profesiones o actividades durante dos años, restringiéndose, por razones fundadas, a un ámbito geográfico determinado o a una actividad concreta, y, en fin, el tipo C durante tres años habilitaba para trabajar en cualquier actividad laboral por cuenta ajena y en todo el territorio español.

En este estado de cosas, la LOEx 2000 pautó que en la renovación del permiso de trabajo no cabría imponer limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad (artículo 35.4, previsión que por mor de la modificación operada por la LO 8/2000 se incorporó al artículo 38.3.d). Como no podía ser de otro modo conforme a las directrices impuestas en la LOEx, las normas reglamentarias de 2001 y 2004 han establecido que la autorización inicial pueda limitarse a un sector o actividad y ámbito geográfico concretos, mientras que sus renovaciones permiten desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional.

Concluimos, entonces, que tras la realización de concretas actividades laborales durante el plazo de un año (vigencia de la autorización inicial), el trabajador extranjero recobra plena libertad para trabajar en España sin más limitaciones –aunque la norma guarde silencio al respecto– que la formación y capacitación profesionales y, además, aunque posteriormente volveremos sobre esta cuestión, sin atender a la situación nacional de empleo. En etapas anteriores esa libertad no se adquiría hasta transcurridos, en el mejor de los casos, tres años, por lo que podría comprenderse, incluso defenderse, una aplicación restrictiva de los condicionantes legales para

la renovación, sobre todo tratándose de la primera –aunque, como vamos a comprobar a continuación, la doctrina judicial ponía en tela de juicio ese proceder de la Administración–. Ahora, sin embargo, carece de justificación el acogerse a formalismos innecesarios que se alejan de los objetivos perseguidos por la reciente política migratoria; si el acceso regular al mercado de trabajo sigue siendo tributario del filtro que supone la situación nacional de empleo ¿no sería defendible, por ejemplo, que fuera relevante a efectos de renovación no sólo la realización de actividad estampada en la tarjeta de identificación sino cualesquiera otras incluidas en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura? Al menos, de *lege ferenda,* y puesto que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 RELOEx 2004, el trabajador extranjero podría solicitar la modificación de la autorización de residencia y trabajo, a la que se aplicaría lo previsto en el artículo 50.a), esto es, la situación nacional de empleo, habría que conceder efectos provisionales de la solicitud de modificación siempre que se trate de una actividad de difícil ocupación incluida en el catálogo y otorgar efectos positivos al silencio administrativo, en evitación de soluciones absurdas.

En todo caso, la ausencia de solicitud de modificación no debiera invalidar la autorización de residencia y trabajo, en tanto que sólo haría incurrir al trabajador en un supuesto infractor previsto en el artículo 52.a) LOEx 2000 como falta leve, esto es, "la omisión o retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de (...), así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable". Y ello no puede perjudicar tan gravemente las expectativas de integración sociolaboral del extranjero.

En cuanto a la objetivación de las condiciones para la concesión de la renovación, el RELOEx 1996 expresaba hasta cuatro circunstancias que habrían de tomarse en consideración (artículo 78.2), por lo demás comunes para los permisos por cuenta propia y ajena:

> "a) Ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso.
>
> b) Cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular, si el sujeto responsable del cumplimiento es el propio trabajador.
>
> c) Continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.
>
> d) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen de los extranjeros."

De todas ellas, la que mayores problemas aplicativos acarreó fue la primera, por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La STSJ Madrid de 6 abril 2001 (JUR 2001, 209837) dota de contenido preciso a los mismos, señalando que

> "El término «regular», referido a una ocupación laboral, hace referencia a la licitud de la actividad laboral misma, a su desenvolvimiento en el marco normativo laboral, en especial el Estatuto de los Trabajadores. Sin que en el supuesto que nos ocupa conste que el puesto de trabajo desempeñado fuese ilícito o irregular en el sentido expuesto.
>
> El término «estable» hace referencia a la continuidad de la relación laboral desarrollada, a la habitualidad de la misma. Con el fin de valorar esta habitualidad se deben tomar en consideración tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad

> en donde lo desempeña (coyuntura sociolaboral, tipo de trabajo desempeñado, estabilidad en el empleo del sector etc.), de modo que no se convierta en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o del tipo de contratos que se realizan."

Entendida así la exigencia de "ocupación regular y estable", la jurisprudencia continuó en la línea de la flexibilización de los conceptos aludidos, advirtiendo en la STSJ Madrid de 20 febrero 2001 (JUR 2001, 298785) que la habitualidad en la actividad precedente a la renovación

> "podría abarcar no sólo los supuestos de un solo contrato de trabajo a lo largo de todo el período sino también aquellos supuestos en los que existe una sucesión o prórroga de contratos eventuales por circunstancias de la producción, o para obra o servicio determinado, o de interinidad durante la vigencia del permiso anterior, bien con la misma empresa o con varias."

La propia Administración dictó la Circular 29/1998, de 13 de noviembre, sobre criterios para la renovación de los permisos de trabajo, en la que se fijaron las pautas de orden interno para la interpretación y aplicación de los preceptos del RELOEx 1996 relativos a la renovación de los permisos de trabajo, en la que se reconoce como uno de los principios inspiradores del nuevo régimen de permisos de trabajo, el "principio positivo a favor de la integración sociolaboral" que en las renovaciones supone la exigencia de una valoración global de las circunstancias del trabajador.

Algunas de esas pautas son recogidas por el vigente RELOEx. En concreto, y respecto a la ocupación regular y estable, la Circular 29/1998 mantenía que la autoridad laboral habría de tener en cuenta "las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y considerará la justificación de la realización de la actividad autorizada y el cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social durante el tiempo que se considere normal en el sector de actividad y ámbito geográfico correspondientes, en relación con la ocupación de trabajadores españoles en las mismas circunstancias. Se deberá ponderar en ese sentido el ejercicio de actividades de temporada, a tiempo parcial o por horas".

Esos plazos han sido concretados en el RELOEx 2004, como se sabe, en seis y tres meses, delimitación que consideramos razonable. Sin embargo, esto no es suficiente, porque una hermenéutica como la utilizada en vía administrativa de las circunstancias que en uno y otro caso debe acreditar el extranjero, implica abocarle a una situación de irregularidad derivada de la denegación de las autorizaciones administrativas que mal se acompasa con la estabilidad y seguridad jurídica pretendida. En definitiva, la interpretación rígida del tenor literal de la norma supone un retroceso respecto a la doctrina judicial que incluso llegó a apreciar la procedencia de la renovación cuando constaba "la ocupación efectiva y la cotización durante un período de tiempo el cual, si bien es corto, ha de reputarse como suficiente" (STSJ Comunidad Valenciana de 9 septiembre 1999 [RJCA 1999, 5194]), bastando un período de cotización de 37 días dada la gran movilidad que existe en el sector del servicio doméstico en el que prestaba su actividad la trabajadora y en atención a que en el momento en que solicita la renovación se halla en alta en Seguridad Social (STSJ Extremadura de 26 mayo 2005 [JUR 2005, 177435]). En otras ocasiones, la brevedad de la ocupación se justificaba en el retraso en la entrega del permiso inicial que materialmente hace imposible iniciar la actividad laboral (STSJ Murcia de 15 diciembre 1998 [JUR 1998, 46320]).

En fin, el actual proceder de la Administración ha olvidado otros criterios contenidos en la Circular 29/1998, antes referida, que si bien se dicta en desarrollo del RELOEx 1996, esta circunstancia no debería constituir óbice para su aplicación en tanto en cuanto la propia Circular declara fundamentarse en las orientaciones del Plan para la Integración Social de los Inmigrantes, base también de la vigente política migratoria. En particular, especialmente relevantes nos parecen las siguientes:

> "– Con independencia de la fecha formal de efectos del permiso anterior, habrá de tenerse en cuenta la fecha real en que el trabajador ha podido comenzar su actividad (Resolución laboral unida al visado, exención o residencia legal), evitando penalizarle por circunstancias o decisiones de las que no ha sido responsable (Instrucción 3.2 *in fine*)."

La realidad demuestra la excesiva demora que se produce en la tramitación de los expedientes relativos a las autorizaciones de residencia y trabajo, que provoca, en la generalidad de supuestos, el que la empresa que inicialmente hubiese efectuado la oferta de trabajo ya no disponga de plaza, al haber sido cubierta por el trabajador ante la tardanza en su tramitación.

> "– Los cambios de empleador y/o ámbito geográfico no impedirán la renovación de los permisos de trabajo, prevaleciendo la valoración del desempeño de la actividad (Instrucción 3.3).
>
> – Para aquellos supuestos en que se haya producido de hecho un cambio de sector de actividad durante la vigencia del permiso que se pretende renovar, se deberán valorar, asimismo, las circunstancias por las que se ha producido el cambio a otra actividad y la previsión de continuidad en el sector para el que se solicita la renovación del permiso (Instrucción 3.3 *in fine*)."

Sobre estas cuestiones volveremos a continuación; baste ahora resaltar que debería primar la incorporación efectiva en el mercado laboral interno y la perspectiva futura de empleo frente al rigor formal en la interpretación obsoleta del término actividad, contraria a los dictados de la normativa laboral y las actuales directrices de la política de empleo, en la que los inmigrantes, no olvidemos, constituyen un colectivo de específica atención por sus especiales dificultades de inserción (Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

D) La ubicación sistemática de las normas sobre renovación

El contexto en el que se ubica el controvertido artículo 54 RELOEx puede servir de apoyatura para la interpretación flexible de la renovación que en estas páginas propugnamos.

Lo cierto es que la LOEx establece, entre otras, y a los efectos que ahora interesan, las pautas básicas de una autorización de trabajo por cuenta ajena (artículo 38) y un régimen especial para los trabajadores de temporada (artículo 42). En esta diferenciación hay un sustrato teleológico que no puede orillarse, cual es la apuesta, superando la limitación que contenía su antecesora, por dos tipos de inmigración laboral: una, con vocación de estabilidad, en la que la sucesión de las distintas autorizaciones para trabajar desembocará en la autorización de residencia permanente, colocándose el trabajador extranjero en las mismas condiciones que un español (dispone el artículo 32 LOEx que "tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido

residencia temporal durante cinco años de forma continuada" [párrafo 2] y que ésta "autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles" [párrafo 1]). Otra, coyuntural, que sirve de cauce para hacer frente a necesidades de mano de obra concretas y acotadas temporalmente (según el párrafo 2 del artículo 55 RELOEx habilitará para la realización de actividades de temporada o campaña, obras o servicios determinados, las de carácter temporal del personal de alta dirección y artistas en espectáculos públicos y para la formación y prácticas profesionales). La primera, regulada en la sección 1.ª del capítulo II RELOEx 2004, la segunda, en la sección 2.ª del mismo capítulo.

Así, podríamos hablar de dos tipos básicos de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena: las temporales y las "de carácter estable", si bien hemos de advertir que, en realidad, el RELOEx rubrica la sección 1.ª en la que se regulan como dedicada a "residencia temporal y trabajo por cuenta ajena", sin aludir expresamente al carácter estable del servicio. No obstante, éste se extrae claramente del contenido del artículo 57 del RELOEx, que al regular la tramitación de la solicitud de residencia y trabajo de duración determinada, se remite expresamente al procedimiento previsto "para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de carácter estable", con ciertas especialidades.

Pues bien, respecto a las autorizaciones temporales, no sólo la norma reglamentaria impide la renovación, sin perjuicio de las posibilidades de prórroga (artículo 55.3 del RELOEx 2004), sino que es el empleador quien debe acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato de trabajo. Es más, en todos los supuestos se exige como requisito para la obtención de la correspondiente autorización el compromiso del trabajador extranjero de retornar el país de origen una vez concluida la relación laboral, de tal forma que su incumplimiento podrá ser causa de denegación durante los tres años siguientes al término de la autorización de ulteriores solicitudes [artículo 55.1.c), 2.b), 3.c) del RELOEx].

Es en la determinación del régimen jurídico de la segunda clase de autorizaciones en la que se incluye el debatido artículo 54 sobre la renovación. Y ello es así por la vocación de permanencia que subyace en el modelo de inmigración, en el que la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo reales.

Razonablemente, el control frente a las ofertas de empleo ficticias se lleva a cabo mediante la comprobación de la afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social. Y este control permite un examen más amplio y flexible de los requerimientos legales para la concesión de la renovación de la autorización de trabajo, que atienda a una valoración conjunta de circunstancias particulares. La norma reglamentaria no limita la renovación al hecho de la subsistencia de la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización, o, lo que es lo mismo, no exige al extranjero el pleno empleo durante todo el período de vigencia de aquélla. Todo lo contrario, resultan relevantes a estos efectos tres situaciones: a) la incorporación real al mercado de trabajo (puede acreditarse la suscripción de otro contrato de trabajo mientras estuvo en vigor el documento habilitante; incluso es suficiente que en el

momento de la solicitud esté vivo el contrato), aunque la relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a la voluntad del trabajador; b) la verdadera intención de iniciar una relación laboral (para ello el extranjero ha de disponer de una nueva oferta de empleo –a la que, por cierto, no se aplicará la situación nacional de empleo– o acreditar que ha buscado activamente empleo), y c) la percepción de una prestación contributiva por desempleo o prestación económica asistencial de carácter público que vaya destinada a lograr la inserción social o laboral.

En suma, ante la falta de equilibrio entre las distintas condiciones para renovar las autorizaciones por cuenta ajena enumeradas en el artículo 54 RELOEx 2004, probablemente debido a la deficiente articulación de los instrumentos de valoración que la norma utiliza, propugnamos una lectura integradora de las mismas que, en lugar de actuar como compartimentos estancos, favorezca una interpretación que evite situaciones no razonables en las que se penaliza, *de facto,* a quienes han estado trabajando y cotizando de forma regular. Pongamos un ejemplo: el trabajador que acredita la realización habitual de una actividad análoga (incluso aunque aparezca recogida en el catálogo de actividades de difícil cobertura) durante un tiempo superior a seis meses, verá denegada su solicitud de renovación, mientras que aquel que demuestre haber tenido un período de actividad de tres meses (ni siquiera es necesario que acredite cotización a la Seguridad Social, pues según establece el artículo 72.4 del RELOEx 2004, los descubiertos no impedirán la renovación de la autorización para trabajar) pero figure dado de alta en la Seguridad Social desde un mes antes con la empresa con la que tiene suscrito un contrato de trabajo en el momento de la renovación, cumplirá los requisitos legales para que aquélla sea concedida. Seguro que éste no es el efecto querido por la norma. La exigencia de la realización habitual de la actividad laboral debería atender, si no a actividades incluidas en el mismo Régimen de Seguridad Social, sí al menos a aquellas incluidas en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

En fin, partiendo de la intención de que la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena estables sea la regla general, el régimen jurídico de la misma se acompaña de ciertas reglas que la favorecen:

– La solicitud de renovación presentada durante los sesenta días naturales previos a la expiración de la vigencia de la autorización o dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado dicha vigencia (en este caso, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción cometida) prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento (artículo 54.1 del RELOEx 2004).

– Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior (artículo 54.7, *in fine,* del RELOEx 2004). Nótese que tratándose de la renovación de una autorización inicial, la realización de actividades distintas a aquella para la que se concedió quedaría "convalidada" desde el momento en que expira la vigencia de la primera, pues el trabajador extranjero estaría autorizado para realizar cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional.

– Como excepción a la regla general, en las solicitudes de renovación de la autorización juega el silencio administrativo positivo (D.A. 1.ª de la LOEx 2000 y D.A. 9.ª del RELOEx 2004).

– El propio régimen de recursos pone de manifiesto la protección especial que merece el titular de una autorización en la resolución sobre su renovación, que es susceptible de recurso en la vía administrativa, a diferencia de lo que ocurre en la concesión de la autorización inicial, cuya denegación pone fin a la vía administrativa y sólo es susceptible de recurso contencioso (D.A. 10.ª del RELOEx 2004).

E) La realidad social en la que se aplica la norma

A nadie se le escapa que uno de los mayores problemas a los que se enfrentan las sociedades democráticas de nuestro entorno es solucionar la bolsa de trabajadores en situación irregular que, a pesar de las sucesivas reformas legales y de los procesos de regularización extraordinarios que se han llevado a cabo en los últimos años, recurrentemente se forma y que, de alguna manera, revela el fracaso de la política sobre canalización de flujos migratorios y la inoperatividad de los sistemas de control de entrada al territorio nacional. Muchas de esas situaciones de irregularidad administrativa son sobrevenidas, pues un número nada despreciable de extranjeros entran en España con la documentación necesaria que permite la estancia o la residencia pero, o bien prolonga su estancia más allá del tiempo autorizado, o bien no renueva.

Dejando al margen los procesos de regularización extraordinaria –ahora, llamados procesos de normalización–, la otra vía para remediar esta situación es lo que hemos venido denominando "regularización singular permanente", que consiste en el establecimiento de condiciones más asequibles para el acceso a una situación de residencia regular sobre la base de que determinadas circunstancias manifiestan un arraigo del extranjero en España de tal naturaleza que le hace merecedor de una autorización administrativa para residir y, en su caso, para trabajar.

El artículo 29 de la originaria redacción de la LO 4/2000 establecía que podría "acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia".

La LO 8/2000, en línea mucho más restrictiva, reformula esta posibilidad, y en su artículo 31.1 permite a la Administración conceder un permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubiesen obtenido un permiso de tal tipo o que acreditasen una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años.

La LO 14/2003, en su apartado n.º 3 del artículo 31 de la que viene a modificar, regula el concepto de arraigo eliminando la mención expresa a la estancia de forma irregular durante el plazo de cinco años como causa suficiente para la obtención de la residencia por esta circunstancia, lo que era tanto como dejar a la normativa reglamentaria que concretara este derecho. Recogiendo el testigo, dentro de la sección 3.ª del título IV, y bajo la rúbrica "Residencia temporal

por circunstancias excepcionales", el RELOEx 2004 regula el arraigo laboral y social como vía alternativa al sistema legal ordinario de control de extranjería.

Así, podrán obtener una autorización de residencia por arraigo laboral los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren "la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año" [artículo 45.2.a) del RELOEx 2004]. En el supuesto de concesión de dicha autorización, ésta llevará aparejada una autorización de trabajo durante su vigencia, según reza el número 7 del mismo artículo. Con independencia de la valoración que pueda hacerse sobre la efectividad de esta regulación, fundamentalmente por lo limitado de los medios de prueba de la existencia de la relación laboral previa que la norma reglamentaria prevé [sentencia judicial firme o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, artículo 46.2.b) del RELOEx 2004], lo que ahora interesa resaltar es que para el legislador resulta relevante la demostración de la incorporación real al mercado de trabajo, hasta el punto de que la residencia por circunstancias excepcionales habilitará para trabajar sin tener en cuenta la situación nacional de empleo. La acreditación de la prestación efectiva de servicios durante un período superior a un año por parte del inmigrante en situación irregular evidencia que, en atención a la formación y capacitación profesionales, disponibilidad del inmigrante y, sobre todo, de la capacidad de absorción del mercado laboral interno, aquél se ha incorporado efectivamente, aunque sea al margen del control administrativo de acceso al trabajo.

En cuanto al arraigo social, recordaremos que podrán obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales los extranjeros que acrediten la permanencia continuada de tres años en España, siempre que carezcan de antecedentes penales en nuestro país y en el 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, o bien presenten un informe que afirme su inserción social, emitido por el ayuntamiento en el que tenga su residencia habitual [artículo 45.2.b) del RELOEx 2004]. En este caso, la eficacia de la autorización concedida estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante (artículo 46.7 del RELOEx 2004). En el arraigo social lo relevante para el legislador vuelve a ser la inserción del extranjero en España que, en su vertiente laboral, se materializa en la firma de un contrato por el trabajador y el empresario, que se constituirá en el fundamento de la habilitación para trabajar sin tener en cuenta la situación nacional de empleo.

Señala el artículo 47 RELOEx 2004 que los titulares de una autorización de residencia temporal concedida por circunstancias excepcionales, podrán renovar la autorización si se aprecia por las autoridades competentes que permanecen las razones que motivaron su concesión. Sólo cuando las autoridades concluyesen que aquellas circunstancias han cesado, los titulares de la autorización temporal podrán solicitar, en su caso, una autorización de residencia y trabajo, siempre que cumplan los requisitos establecidos para su obtención, con excepción del visado. Por su parte, el artículo 98 del RELOEx 2004 regula el paso de la situación de residencia por cir-

cunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena. Para ello, el extranjero deberá presentar por sí mismo la solicitud de la autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos por el artículo 54 del mismo texto. Pues bien, con independencia de la perplejidad que puede causar la remisión a dicho precepto, si la habilitación para trabajar que lleva aparejada la autorización de residencia temporal por arraigo no tuvo en cuenta la situación nacional de empleo, y tan sólo quedaba supeditada a la afiliación y alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión, parece lógico pensar que será suficiente para que el trabajador extranjero acceda a la renovación de su autorización que acredite un período de cotización de seis o tres meses, según los casos, sin quedar encorsetado en los estrictos márgenes de la "actividad para la que se concedió la autorización".

Lo anterior puede dar lugar a una situación que suponga un agravio comparativo entre aquellas personas que habiendo permanecido durante tiempo prolongado en la irregularidad han accedido a la regularidad por la vía excepcional del arraigo y aquellas otras que han accedido por la vía normal. Bien es verdad que en esta cuestión ha de buscarse el necesario equilibrio de los intereses concurrentes a fin de impedir o no fomentar que el inmigrante esquive el procedimiento legal establecido para acceder al territorio de un Estado en la confianza de regularizarse con posterioridad, pero lo que no es de recibo es que el extranjero que se incorpora al mercado de trabajo por la vía normalizada quede en peor condición.

F) La finalidad de las normas como criterio interpretativo

Bien mirado, todas y cada una de las razones anteriormente presentadas para tratar de demostrar la errónea interpretación que de las normas vigentes están realizando las autoridades administrativas, convergen en este último elemento teleológico y de él hemos ido dando cuenta en los epígrafes anteriores.

Resta ahora insistir en que, definitivamente, las reformas operadas en el ordenamiento de extranjería en los últimos años apuestan por una regulación controlada de los flujos migratorios, acompañada de una incorporación al mercado de trabajo equilibrada con los intereses nacionales (necesidades de mano de obra de la economía española y capacidad de absorción de nuestra sociedad); de ahí que se diferencie la inmigración temporal de aquella que tiene vocación de estabilidad y permanencia. Para esta última, a pesar de las deficiencias técnicas de las normas internas y del carácter restrictivo de las sucesivas reformas, subsiste la finalidad integradora que desde que se aprobara por todos los Grupos Parlamentarios la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991, sobre la situación de los extranjeros en España, se erigiera en uno de los pilares básicos de la política migratoria en nuestro país. El avance en ese objetivo de integración suponía, por una parte, y como de hecho ha ocurrido, que se desvinculase la autorización para trabajar de un contrato de trabajo; por otra, la necesidad de arbitrar mecanismos que acompasasen una realidad social construida de espaldas a la normativa de extranjería con la regulación controlada de los flujos migratorios. Muestra de esto último son sin duda la figura del arraigo social y laboral, el llamado "efecto mariposa", esto es, la facilidad para la conversión de situaciones previas de residencia no laboral (familiares reagrupados, estudiantes...) en incorporaciones

normalizadas al mercado de trabajo, y la amplitud con la que se contemplan las posibles actividades a desarrollar en caso de renovación de autorizaciones de trabajo iniciales.

Ese entendimiento de la normativa reguladora de la renovación más flexible y por ende, favorecedor de la efectiva integración sociolaboral del inmigrante que propugnamos está en clara sintonía con las políticas europeas de empleo e inclusión social, porque tal y como indicara la Exposición de Motivos de la Ley 56/2003, de empleo, "la globalización de la economía y el progreso de la integración europea ya no permiten pensar y actuar sólo en clave nacional", sino que ha de tenerse presente el marco que a tal efecto brinda la UE, con líneas directrices generales, recomendaciones específicas y subvenciones finalistas, mediante el cual se pretende diseñar una política de empleo europea unitaria y coordinada.

Desde la puesta en marcha de la Estrategia Europea de Empleo en 1997, la integración de los grupos desfavorecidos, entre los que se incluye a los trabajadores inmigrantes y las minorías étnicas, y la lucha contra la discriminación, han constituido directrices específicas impuestas a los Estados miembros a la hora de diseñar sus políticas internas. A ello hay que añadir que en el marco de la nueva estrategia de empleo no es concebible una actuación pública que no vincule los ámbitos de la inclusión social, la lucha contra la pobreza y el empleo, sin duda, por ser la efectiva incorporación al mercado de trabajo el principal factor de inclusión social. Muestra evidente de esa nueva orientación comunitaria son los Planes Nacionales de Acción para el Empleo aprobados desde 2003 que, como respuesta a las directrices europeas, han reforzado su carácter integrador recogiéndolo como uno de sus tres objetivos marco: pleno empleo; calidad y productividad; y cohesión e inclusión social.

II. LA RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO OBTENIDAS A TRAVÉS DEL PROCESO DE NORMALIZACIÓN

El Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RELOEx), "tomando en consideración el elevado número de personas extranjeras en situación irregular", contempló en su disposición transitoria tercera (DT 3.ª) una medida extraordinaria de normalización de trabajadores extranjeros extracomunitarios, condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos que se explicitan en la mencionada disposición transitoria.

Aun cuando se pretendió evitar el término "regularización", el Real Decreto 2393/2004 se refiere a él en el propio Preámbulo del texto normativo señalando;

> "(...). Para garantizar que este proceso se ciñe a quienes tengan una vinculación cierta y comprobable con el mercado de trabajo, se exigirá, salvo en el servicio doméstico por horas, que sean los propios empleadores los que presenten la solicitud de autorización y los que presenten el contrato que les vinculará con el extranjero cuya *regularización* se pretende.(...)"

Entre las condiciones requeridas expresamente, la disposición transitoria tercera, apartado 1.c), excepciona la prevista en el artículo 50.a) del RELOEx,

> "Que se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 50 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, para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de las letras a) y g)."

Es decir no se deberá tomar en consideración la "situación nacional de empleo" en el Proceso normalizador.

Sí se exigía, entre otras, el compromiso empresarial al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de seis meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de tres meses.

> "En el contrato de trabajo, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de 3 meses.
>
> En los sectores de la construcción y la hostelería, el cumplimiento del compromiso de mantenimiento de la prestación laboral de 6 meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de 12 meses.
>
> Cuando los contratos de trabajo sean a tiempo parcial, el período de prestación laboral se incrementará proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dicho contrato, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales."

El carácter excepcional del proceso normalizador se sigue del propio texto del preámbulo del Real Decreto 2393/2004 al señalar

> "Concluido el proceso de normalización, los únicos mecanismos de acceso a una autorización de residencia será los establecidos de manera estable en el Reglamento."

Es decir, según el texto normativo, "proceso de normalización" es sinónimo de "proceso extraordinario de regularización", procedimiento que únicamente encuentra cobertura legal en el artículo 31.3 de la LOEx 4/2000, que contempla la posibilidad de que la Administración pueda conceder una autorización de residencia temporal por razones de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

> "3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado." (Artículo 31.3 de la LOEx).

De no ser así, de no actuar la Administración en virtud del mandato y cobertura del legislador, la actuación gubernamental resultaría *extra legem* al no contar con apoyo legal para desarrollar sus competencias en el ámbito de las autorizaciones residenciales.

La cuestión es sumamente importante pues la renovación o prórroga de las correspondientes autorizaciones debe observarse desde la perspectiva y naturaleza jurídica concreta de la au-

torización inicial, no pudiendo aplicar criterios ordinarios a lo que en realidad es una autorización excepcional, como antónimo de ordinario o corriente, obtenida a través de un proceso extraordinario regularizador. Así ocurrió en procesos precedentes y así debe ser por estricto imperativo del mandato legal en el denominado proceso de normalización contemplado en la disposición adicional tercera del RD 2393/2004.

En efecto, el artículo 31.1 de la LOEX dice:

> "Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión (...)."

Y entre estás circunstancias, debe insistirse en ello, la disposición transitoria tercera no contempla la previsión del artículo 38 de la LOEx 4/2000 relativa a la posibilidad de restringir el ámbito territorial o sectorial de la actividad. Únicamente, en relación con el tema concreto que estamos planteando, como ya se ha dicho, se limitó a obligar al empresario a mantener la relación laboral durante al menos 6 meses.

Aceptando estas premisas, el planteamiento inicial del proceso resulta coherente con la regulación legal en la que las autorizaciones obtenidas a través de la vía equivalente del artículo 31.3 de la LOEx 4/2000, en relación con el artículo 45.7 del RELOEx que llevan aparejadas una autorización de trabajo en España, que no se somete al criterio de la "situación nacional de empleo" (artículo 45.7 del RELOEx *in fine*) y por consiguiente la autorización de residencia no conllevará ninguna limitación geográfica o de sector de actividad.

El hecho de que la Administración, por cierto con encomiable criterio, haya optado por "documentar" la autorización obtenida por dicha vía normalizadora como si de una autorización ordinaria se tratara no puede llevar a la imposición de condiciones no previstas por la norma, como es la limitación de la actividad a un territorio o sector laboral. Ni por consiguiente podrán ser denegadas las renovaciones de autorizaciones concedidas por dicho procedimiento por haber desarrollado la actividad en otra provincia o sector laboral que materialmente aparece en la TIE, por cuanto la autorización no se encontraba sometida a tales límites.

Incluso, llevando el discurso a sus últimas consecuencias podría imaginarse la posibilidad de concesión de la renovación en el supuesto de concurrencia de las circunstancias exigidas para la concesión inicial de la autorización, es decir, seguir empadronado y contar con una oferta o precontrato de seis meses, aun cuando el trabajador no hubiere desarrollado la actividad por pérdida de empleo no imputable al mismo.

Cualquier otra solución introduciría criterios *ultra vires* no previstos por el legislador, pues debemos recordar que el Proceso de normalización se dicta en desarrollo de la norma legal LOEx 4/2000, en su última versión Ley Orgánica 14/2003, que da cobertura, pero que a su vez limita la actuación reglamentaria.

La ORDEN PRE/140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/

2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, expresamente se refiere al mandato legal impuesto al Gobierno por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incorpora un mandato al Gobierno para adaptar a las previsiones de la citada Ley Orgánica 14/2003 el contenido del entonces vigente Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/ 2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

De esta forma, lo que en principio parecería que no hubiera debido dar lugar a ningún tipo de controversia importante, el proceso ha generado un elevado número de circulares e instrucciones contradictorias emanadas de las distintas Administraciones intervinientes: estatales, provinciales y locales, (Instituto Nacional de Estadística, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en sus diferentes organismos, Servicios Públicos de Empleo, Inspecciones de Trabajo, Direcciones Provinciales de la TGSS, Subdelegaciones de Gobierno, Direcciones Generales del Ministerio de Trabajo competentes en la materia, y la propia Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, lo que ha supuesto una situación de falta de criterios administrativos homogéneos y claros y traído consigo una actuación diversa según la administración provincial actuante a veces con resultados muy gravosos para el administrado (en particular, la elaboración de una Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 20 de diciembre de 2005, dio lugar a interpretaciones muy diversas y equívocas).

Al final del viaje inicial y a las puertas de la renovación de las autorizaciones nos encontramos con circulares e instrucciones de muy distinto contenido, algunas con contenido pragmático y que, ante el escándalo socio jurídico, que supone devolver a la irregularidad a trabajadores que han venido prestando sus servicios y cotizando regularmente al correspondiente régimen de la seguridad social, al ver denegadas las solicitudes de renovación de sus autorizaciones por el simple hecho de desarrollar su actividad laboral en otra provincia o puesto de trabajo distinto en el que inicialmente fueron contratados, han optado por proceder a la renovación por simple constatación de que el trabajador prestó servicios y estuvo cotizando durante al menos 6 meses sin importar la provincia, ni sector de actividad.

En otros casos, se ha procedido a la renovación únicamente, si los trabajadores han permanecido durante al menos 6 meses en el puesto de trabajo original, aunque posteriormente se encuentren trabajando en otra provincia o sector; tenemos constancia de Circulares en este sentido que se han emitido por la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, Barcelona y Madrid.

Encontramos otras Subdelegaciones de Gobierno que vienen denegando sistemáticamente las solicitudes de renovación en aquellos casos en que los trabajadores han desarrollado su actividad en provincia distinta o sector de actividad diferente al estrictamente grabado en las (TIEs); en este sentido, recuérdese a título de ejemplo la Circular enviada por la Directora provincial de la TGSS de Zaragoza, que reproducimos más adelante en el punto 3 de este artículo, y Actas de Infracción incoadas por la Inspección de Trabajo de Zaragoza.

Por último, hallamos también Inspecciones de Trabajo (por ejemplo, la Inspección de Trabajo de Catalunya) que deciden no levantar Actas de Infracción si el trabajador se encuentra de alta, independientemente del sector, y otras Inspecciones y Direcciones Provinciales que advierten a los empresarios con sanciones por contratar trabajadores sin tener en cuenta las estrictas actividades materialmente reflejadas en las TIEs.

Los documentos pueden consultarse en la Web de Extranjeria del ReICAZ (http://www.reicaz.es/extranjeria).

Las consecuencias a día de hoy están siendo, el despido de trabajadores que regularmente venían prestando sus servicios laborales, pues las empresas no arriesgan el mantenimiento del trabajador ante la amenaza de sanciones; paso atrás en la promoción laboral de muchos trabajadores que se ven privados de sus nuevos puestos de trabajo a veces con la imposibilidad de regresar a los antiguos empleos.

Toda esta y variada casuística, desde luego nada aconsejable, está produciendo una sensación de desatino y zozobra administrativa que debiera haberse evitado con la publicación de una Instrucción General que al menos hubiera unificado la actuación administrativa. Finalmente habrán de ser los Tribunales de Justicia los que se pronuncien e introduzcan un poco de sentido común y orden en esta importante cuestión que determina la estabilidad residencial y por consiguiente consolida el camino de integración del trabajador migrante y sus familiares.

III. LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS PARA PRESTAR SERVICIOS EN ACTIVIDAD DISTINTA DE LA AUTORIZADA COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Como se sabe, el artículo 54.1.d) de la LOEx tipifica con infracción muy grave "la contratación de extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados". La sanción correspondiente a esta falta es una multa desde 6.001 hasta 60.000 € [artículo 55.1.c) de la LOEx], incrementada en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación de servicios del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate la misma (artículo 48.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). Cabe igualmente, por decisión potestativa de la autoridad competente para imponer la sanción, la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años (artículo 55.6 de la LOEx).

Por su parte, el artículo 37.1 de la LISOS contempla como conductas constitutivas de infracción muy grave "las de los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado". Esta clase de infracción

da lugar a una multa desde 3.005,07 a 90.151,82 € [artículo 40.1.c) LISOS, y Resolución de 16 de octubre 2001, de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales].

No es el momento de entrar en el ya conocido debate acerca del doble régimen de infracciones que supone esta tipificación de la conducta sancionable tanto por la LOEx como por la LISOS. Lo verdaderamente importante ahora, a efectos del tema estudiado en estas páginas, es que se considera falta administrativa muy grave la contratación de extranjeros sin autorización para prestar servicios, y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sólidamente apoyada por los Tribunales, viene entendiendo que esta circunstancia se da no sólo cuando se carece absolutamente de autorización de residencia y trabajo, sino también cuando esta última se ha obtenido pero para prestar servicios en actividad distinta de aquella que se está desarrollando realmente. En otras palabras, la infracción muy grave se comete por contratar a un extranjero para llevar a cabo unas funciones que no se encuentran amparadas por los términos en los que, en su caso, se le concedió autorización de residencia y trabajo.

El criterio judicial puede apreciarse, por ejemplo, en la STSJ Madrid de 5 junio 1997 (RJCA 1997, 977):

> "No se da el supuesto de hecho previsto en la norma que se dice infringida, es decir, la carencia por los trabajadores del correspondiente permiso de trabajo ni existe en el expediente dato alguno del que se pueda deducir con absoluta certeza que los permisos de trabajo que poseían los referidos trabajadores no les autorizaban a trabajar en la profesión, actividad y ámbito geográfico en que lo realizaban. (Respecto a la falta de coincidencia con el ámbito geográfico de la autorización, véase, la STSJ Murcia de 19 enero 2001 [JUR 2001, 82303])."

Por tanto, como colofón de todo lo anterior, nos encontramos con que la prestación de servicios en ocupación o actividad diferente de la que figura en la Tarjeta de identidad del extranjero, no solamente impide la renovación de la autorización de residencia y trabajo sino que también supone la comisión de una infracción muy grave por parte del empresario que ha dado de alta y cotiza por el trabajador, y que se ve así expuesto a la misma importante sanción que merece quien contrata a un extranjero que carece absolutamente de autorización para trabajar (sin perjuicio de las pertinentes modulaciones en función de la gravedad del incumplimiento). Es más, en estos casos la Tesorería General de la Seguridad Social viene declarando indebidas las cotizaciones efectuadas por el empresario, lo que supone que éste ha de hacer frente también al incremento de la multa contemplado en la Ley 62/2003 que antes se expuso.

Esta situación está dando lugar, como era de esperar, a que los empresarios prefieran no dar de alta a los trabajadores extranjeros si van a prestar servicios en una actividad distinta de la que figura exactamente en su Tarjeta de identidad. El resultado de la rigidez en la interpretación de la norma y en su aplicación por la Inspección de Trabajo es la mayor desprotección del trabajador extranjero, incluso en aquellos casos en los que éste cuenta con autorización para trabajar en una actividad análoga a la efectivamente desarrollada.

Podría decirse, entonces, que la lectura rigorista que se viene haciendo del artículo 54 del RELOEx en relación con las renovaciones, y que afecta directamente al trabajador extranjero, tiene

aquí su otra cara de la moneda, implicando también al empresario y convirtiéndolo, quiera o no quiera, en cómplice del desajuste entre política de empleo y legislación de extranjería.

Pero la situación es mucho más desasosegante de lo que podría pensarse, porque a este panorama normativo así interpretado, se une la falta de claridad en la propia Administración, lo que provoca una fuerte inseguridad jurídica. Es bastante frecuente que los administrados reciban información contradictoria respecto de la posibilidad de contratar extranjeros en actividad distinta de la estrictamente autorizada. El criterio judicial frente a esta clase de circunstancias queda meridianamente reflejado en la STSJ Madrid de 17 mayo 2002 (JUR 2003, 144016), que conoce de un caso en el que el empresario contrató a trabajadores extranjeros para el sector de la construcción cuando la actividad autorizada era otra, alegando que lo había hecho tras consultar en la Tesorería General de la Seguridad Social si ello era posible. Los contratos se inscribieron en las oficinas de empleo, y los trabajadores fueron dados de alta y se abonaron sus cotizaciones.

> "Una cosa es lo que de palabra pueda decir un funcionario determinado de la TGSS, en el supuesto de que esto fuera cierto, lo que ya hemos dicho que no lo tenemos por tal, pues la carga de la prueba compete a la recurrente y nada ha acreditado al respecto, y otra el criterio de la propia TGSS; en cualquier caso, aun cuando fuera verdad que existió la información no significa que la contratación de los trabajadores sin permiso de trabajo para la construcción que se realizó se convierta sin más en atípica, pues el hecho de que una determinada Administración incumpla o desconozca la Ley no convierte en legal algo que de suyo no lo es.
>
> La misma circunstancia de la presunta consulta pone de relieve bien a las claras que la empresa era consciente de que no podía contratar a quien no disponía de permiso de trabajo para la construcción, y aun en tal caso a lo más que podría llegarse sería a rebajar la sanción pero nada más, siempre y cuando se acreditase el error de prohibición."

En otras ocasiones, sin embargo, aunque fuese para confirmar la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo, se deja entrever que la información errónea por parte de la Administración podría haber servido de argumento para declarar la nulidad de aquélla. Es el caso de STSJ Andalucía/Sevilla de 26 febrero 2000 (JUR 2000, 195369):

> "En ningún momento se preocupa de cerciorarse en las oficinas del Ministerio de Trabajo de Ceuta si podía utilizar a esos trabajadores en su almacén para reparar ropa de su propiedad, sin necesidad del permiso de trabajo, supuesto en el que podría acogerse la alegación de falta de culpabilidad, en caso de comunicársele en aquellas oficinas que eso era posible, induciéndole a error. Esa falta de diligencia y la correspondiente despreocupación ante el problema surgido integran el elemento subjetivo de la infracción que nos ocupa."

Con cariz más irónico, la STSJ Baleares de 19 marzo 1996 (RJCA 1996, 287) afirma:

> "Llegados a este punto, queda acreditado que el señor B. tuvo intención de contratar como empleada de hogar a doña Petronila T. con cumplimiento de cada una de las obligaciones que para ello la Ley le impusiere, buena muestra de lo cual es que acudió a dependencia administrativa como la de la Tesorería desde el primer momento, siendo razonable que esperase que si alguna dificultad pudiera existir para materializar su propósito dentro de la Ley, como en el caso la necesidad de permiso de trabajo por tratarse de ciudadana filipina, bien que hija de ciudadana española, así se le hiciese saber en aquella dependencia, sin que quepa escudarse en que lo es de gestión y no de fis-

> calización como esgrime la resolución que ha agotado la vía administrativa. Aquí en lo que hay que pensar es en la necesaria coordinación entre las Administraciones Públicas y el correcto servicio al ciudadano, pero parece que en el caso sólo funcionó la coordinación y únicamente para poner en marcha el procedimiento sancionador contra quien a todas luces ha actuado de buena fe."

Las SSTSJ Madrid de 19 julio 1996 (RJCA 1996, 1265) y La Rioja de 30 septiembre 1998 (RJCA 1998, 4316), por su parte, insisten en el deber empresarial de cerciorarse de la validez de la documentación presentada por el trabajador extranjero y velar por la plena regularidad de la contratación. Al hilo de esta cuestión, el Oficio de la Subdelegación de Gestión Recaudatoria (Sistema RED) de Zaragoza de 9 de septiembre de 2005, (puede consultarse en http://www.intermigra.info/extranjeria) refleja fielmente el proceder administrativo al que acabamos de referirnos. Dispone lo siguiente:

> "Por la presente, les recordamos que con carácter previo a efectuar a través del Sistema Red el alta en la Seguridad Social de un trabajador extranjero extracomunitario, se debe comprobar, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 12 de enero), si el mismo tiene en su poder el correspondiente permiso de trabajo en vigor y para la actividad y ámbito geográfico para el que se le contrata.
>
> La comprobación de estos extremos evitará que se apliquen a las empresas que se gestionan a través de su autorización al Sistema Red las sanciones previstas en la citada Ley Orgánica así como en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto de 2000).
>
> Del mismo modo, esta actuación ayudará al trabajador extranjero de cara a la renovación de su permiso de trabajo, ya que en ocasiones este proceso se ve entorpecido, cuando no impedido, por la no coincidencia de los trabajos realizados, o del ámbito geográfico en el que se han desarrollado con aquellos para los que le fue concedido el correspondiente permiso."

Creemos que no es necesario hacer mayor comentario. Tan sólo permítasenos, a título anecdótico, advertir de la incorrección de seguir aludiendo al permiso de trabajo y del olvido, seguramente involuntario, de parte de la rúbrica de la LO 4/2000: "y su integración social".

En definitiva, hoy por hoy, en atención al proceder mayoritario de la Inspección de Trabajo, resulta, cuanto menos, arriesgado contratar a trabajadores extranjeros para actividades que no coincidan exactamente con la fijada en su Tarjeta de identidad, y ello con independencia de que se informe positivamente desde instancias administrativas, que exista analogía entre la actividad autorizada y la que se pretende desarrollar, y que la situación nacional de empleo ampare el cambio. Corresponde al legislador de extranjería revertir esta situación que, desde luego, no beneficia a nadie: ni al extranjero, ni al empresario, ni al mercado de trabajo.

Ahora bien, en tanto el legislador no responda a este envite, conviene tener identificadas ciertas pautas en las que cabría apoyar una solución más flexible para la cuestión estudiada. Hemos de advertir que la mayoría de los pronunciamientos que a continuación reproducimos se dictan en aplicación de la LO 7/1985, pero resultan perfectamente extrapolables a la normativa vigente.

Así, por ejemplo, puede citarse la STSJ Madrid de 28 enero de 1997 (RJCA 1997, 121), que se refiere al caso de un extranjero con autorización para trabajar como dibujante que, al no encontrar empleo en tal actividad, se dedicó a dar clases particulares de inglés. Considerada

esta conducta una infracción muy grave por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Tribunal acoge los argumentos del trabajador, basados sobre todo en su situación de necesidad y en su buena fe.

> "Frente a estas aseveraciones el recurrente aduce sus circunstancias personales, que le hacían necesario trabajar en España para subsistir, para lo cual solicitó y obtuvo permiso de residencia y trabajo como dibujante desde el 30 de noviembre de 1989, pasando a realizar tareas por cuenta propia como profesor de inglés, actividad que legalizó dándose de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, Administración de Hacienda de Arganzuela en esta capital, contrayendo matrimonio con española, obteniendo esta nacionalidad. Tales presupuestos dejan la intencionalidad suficiente como para tipificar el supuesto dentro del artículo 35.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, no existiendo base suficiente como para tipificar el supuesto en tal precepto, toda vez que cuando comenzó a ejercer la actividad por la que fue sancionado, el 3 de noviembre de 1991, aún estaba amparado por el permiso de trabajo anterior. Razones que hacen deba ser estimado el presente recurso contencioso-administrativo."

Siguiendo con el argumento de la buena fe, téngase en cuenta que los Tribunales consideraron ya en su momento que la conducta empresarial consistente en dar de alta y cotizar por el extranjero sin permiso de trabajo neutralizaba la infracción (STS de 5 diciembre 1997 [RJCA 1997, 8863]).

Es destacable asimismo la línea interpretativa que sigue el TSJ Cataluña que, como en otros muchos temas relativos a la inmigración, resulta bastante más acorde con la realidad social.

Véase, a estos efectos, la STSJ Cataluña de 21 octubre 1998 (RJCA 1998, 4128):

> "De conformidad con la doctrina de este Tribunal Superior de Justicia, expresada en la Sentencia de 19 diciembre 1991, no procede declarar la responsabilidad del empresario que contrata a un trabajador de nacionalidad extranjera cuando no se observa la comisión de ninguna lesión de sus derechos sociales, al cumplir de buena fe con sus obligaciones derivadas del contrato laboral procediendo a afiliar al trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, aunque carezca de permiso de trabajo, al advertirse apariencia de legalidad en el proceder administrativo, que en base al principio de confianza legítima genera expectativas en favor de la contratación laboral de ciudadanos extranjeros (Semejante argumentación se contenía en las SSTSJ Cataluña 13 septiembre 1995 [RJCA 1995, 749], 18 enero 1996 [RJCA 1996, 36], 8 mayo 1998 [RJCA 1998, 2679])."

Y también la STSJ Cataluña de 12 septiembre 1997 (RJCA 1997, 1926):

> "Este Tribunal, en supuestos con analogías al presente, esto es el trabajo de ciudadano extranjero carente del preceptivo permiso de trabajo, ha distinguido entre la buena o mala fe empresarial a partir del dato de afiliación y abono de cuotas a la Seguridad Social del trabajador extranjero por parte del empresario. No ha de olvidarse que la afiliación a la Seguridad Social de un trabajador extranjero ordinariamente no es factible en nuestro ordenamiento sin permiso de trabajo, mas la realidad muestra que han existido múltiples afiliaciones de tal tipo de trabajadores, siendo precisamente tal «afloración» la determinante en múltiples ocasiones de la actuación inspectora. En tales supuestos que cabría encuadrar como trabajadores «irregulares» en contraposición a los «ilegales» no aflorados viene entendiendo este Tribunal la inexistencia de infracción a título de dolo, atemperando así los efectos de las tardanzas en las concesiones en relación con la afiliación no depurada por los órganos de la Seguridad Social. Estos han creado una apariencia de legalidad en la actua-

> ción del empleador o empresario cuyas cuotas son recibidas por Tesorería sin oposición alguna tras haber permitido el alta sin exigir el preceptivo permiso de trabajo con cierta vulneración del principio de confianza legítima."

Avanzando en esta línea, el mismo Tribunal, en Sentencia de 20 febrero 2002 (JUR 2002, 149142) señala:

> "No ha de olvidarse que la afiliación a la Seguridad Social de un trabajador extranjero ordinariamente no es factible en nuestro ordenamiento sin permiso de trabajo, salvo que disponga del resguardo de solicitud de renovación de un permiso de trabajo anterior. Sin embargo la realidad muestra que han existido múltiples afiliaciones de tal tipo de trabajadores, siendo precisamente tal "anoración" rompiendo la opacidad de estas contrataciones la determinante en múltiples ocasiones de la actuación inspectora. En tales supuestos que cabría encuadrar como Trabajadores en una situación de irregularidad tolerada por la Administración al haber permitido su afiliación al Régimen de la seguridad social en contraposición a los absolutamente en situación irregular y de explotación por parte de sus empleadores que no les han conferido aquel derecho viene entendiendo este Tribunal la inexistencia de infracción a título de dolo, atemperando así los efectos de las tardanzas en las concesiones en relación con la afiliación no depurada por los órganos de la Seguridad Social." (Siguen el anterior criterio las SSTSJ Cataluña de 13 febrero 2003 [JUR 2003, 221984], 28 marzo 2004 [JUR 2004, 44874]).

Lamentablemente, la anterior no es doctrina unánime, destacando, en sentido contrario, entre otras, la STSJ Extremadura de 22 mayo 2001 (JUR 2001, 200184), en la que rotundamente se mantiene que

> "El alta aceptada inicialmente por la Tesorería General de la Seguridad Social no impide la comprobación posterior por parte de la Inspección Laboral de la legalidad de la actuación de la recurrente en la contratación efectuada y no desvirtúa su responsabilidad."

En suma, estos puntos de anclaje que nos suministran los Tribunales, unidos a los que se derivan de una interpretación finalista de las normas de extranjería, podrían servir de apoyatura jurídica para reclamar una lectura más flexible de las normas para en orden a aplicar, con más razón, similar solución a los empresarios que contratan a trabajadores con autorización para trabajar, si bien en actividad distinta. Partiendo de lo que afirmara la STSJ Cataluña de 18 noviembre 2002 (JUR 2003, 165145), siguiendo doctrina jurisprudencial (STS de 13 octubre 1982) que establece que "solo pueden ser castigados como actos antijurídicos los que de modo riguroso o estricto coincidan con los tipos descritos en la norma, lo que excluye una interpretación extensiva o analógica", al menos, propugnamos esta interpretación para actividades análogas a la autorizada, en las que la situación nacional de empleo permita la contratación de extranjeros, y con la debida afiliación, alta y cotización, aunque algún pronunciamiento judicial (si bien, excepcional) parece considerar dicho dato irrelevante:

> Fuera o no adecuada la actividad que prestaba en relación al permiso otorgado, jornalero por pinche de cocina, lo cierto es que el señor R., al tiempo del levantamiento de la citada acta, tenía permiso de trabajo en vigor (...). De ahí pues, que no quepa efectuar ningún juicio de reprochabilidad a la empresa, que actuó con plena transparencia en relación con sus obligaciones laborales, creándose, ante la admisión por parte de los órganos de la Administración del alta y su posterior cotización, una apariencia de legalidad de la que no es posible derivar la consecuencia sancionadora, máxime, si como para el caso sucede, el tipo subsumido en los preceptos citados por la Administración no

> guardan la debida relación, en tanto el tipo se conforma por la carencia de permiso de trabajo – norma que pretende evitar el incumplimiento por los empresarios de sus deberes sociales respecto a los trabajadores extranjeros, así como preservar la actividad laboral de los españoles–, lo que no era el supuesto de hecho, como ya hemos expuesto, al disponerse de él." (STSJ Baleares de 18 septiembre 1998 [RJCA 1998, 3211]).

Y en lo que respecta específicamente al régimen de infracciones y sanciones administrativas en el orden social, debe trabajarse en orden a conseguir que no suponga un obstáculo adicional para la inserción laboral y el mantenimiento del empleo por parte de los trabajadores extranjeros. En caso contrario, estaríamos asistiendo a una vuelta de tuerca más en esta absurda historia de desencuentros entre política de extranjería y política de empleo.

En este sentido, resulta sumamente sugerente la STSJ Baleares de 10 noviembre 2001 (JUR 2001, 48648), en la que, tras constatar la contratación de un trabajador extranjero que carecía del preceptivo permiso de trabajo, señala que "en el presente supuesto concurren una serie de circunstancias que condicionan el automatismo del mecanismo sancionador", y lo que es más importante,

> "Lo anterior obliga a una nueva lectura de la Ley 8/1988. En este punto y dentro del capítulo VII de «Disposiciones Comunes», se encuentra el artículo 48 [hoy, artículo 49 de la LISOS] conforme al cual: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad a lo previsto en los artículos 17.2 del Convenio 81 de la OIT y artículo 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado Español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y 11 de marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador; en estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la Autoridad laboral competente».
>
> Pues bien, si la inspección está facultada para hacer uso del mecanismo de «advertencia» en lugar de iniciar el procedimiento sancionador, se entiende que en el presente caso se hizo un uso indebido de las potestades en atención a que, dadas las circunstancias concurrentes en el presente supuesto antes analizadas, no era procedente aplicar el mecanismo sancionador y lo que procedía era hacer uso de la fórmula de la «advertencia», con lo que se ratifica la interpretación ya mantenida por esta Sala en supuestos similares, como en la sentencia de 30.01.1998 y la de 21.05.1999."

Señala igualmente que lo procedente era haber "advertido y aconsejado" y no haber iniciado un procedimiento sancionador, la STSJ La Rioja de 27 julio 1998 (RJCA 1998, 2697).

Queda, en fin, otra cuestión por comentar. Ya hemos adelantado que la Tesorería General de la Seguridad Social viene declarando indebidas las cotizaciones efectuadas por el empresario correspondientes a una actividad distinta a la formalmente autorizada en la Tarjeta de identificación, lo que supone que éste ha de hacer frente también al incremento de la multa contemplado en la Ley 62/2003. Al respecto cabe traer a colación lo que constituye doctrina consolidada en el supuesto de que se cotice en un Régimen de Seguridad erróneo.

Ante estas situaciones, las SSTS C-A de 27 octubre 1989 [RJ 1989, 7012], 5 diciembre 1989 [RJ 1989, 8738], 9 febrero 1990 [RJ 1990, 10470], 19 mayo 1990 [RJ 1990, 3752] y 25 abril 1994 [RJ 1994,

4470]), parten de los aspectos unitarios de la Seguridad Social como estructura personalizada, en realidad hoy como auténtico servicio público estatal (*ex* artículo 41 Constitución Española), para afirmar que

> "Tal unidad estructural debe trascender al plazo de lo relacional, de modo que, cuando existe una relación de cotización en el marco de un determinado Régimen de la Seguridad Social, sea éste, o no, el marco normativo adecuado, el hecho de que no se cotice con arreglo a la normativa del Régimen que fuera aplicable, no puede implicar una falta absoluta de cotización sino sólo una cotización inadecuada, a corregir, en su caso, o a suplir, por la aplicación de la forma pertinente lo que podrá suponer un descubierto y unas diferencias debidas en la cotización, y no una falta absoluta de ella."

Dicha doctrina llevaría a considerar, como hacen las SSTSJ Galicia de 31 enero 2001 (JUR 2001, 122882) y 31 julio 2002 (JUR 2003, 21630) y Extremadura de 24 septiembre 1998 (RJCA 1998, 3479), que

> "una incorrecta afiliación y cotización a la Seguridad Social no es necesariamente determinante de un ingreso indebido (...) pues realmente la cotización ha existido, aunque sea insuficiente, y le queda la acción de la TGSS para reclamar las diferencias de cotización debidas, pudiéndose, en su caso, extender acta de liquidación por esas diferencias, de igual modo o correlativamente no puede considerarse como indebida, con derecho a devolución, la cotización a un Régimen al que no correspondía estar afiliado, desde el momento mismo en que la afiliación al sistema y la contribución con tal cotización a ese patrimonio o fondo común de protección universal y solidaridad en que viene a consistir la propia Seguridad Social, determinaron la dispensa real o potencial de todas las prestaciones correlativas a las contingencias cubiertas por el Régimen en el que se estaba de alta inadecuadamente, sin olvidar que dicha cotización se tomará como base de futuras prestaciones."

IV. BIBLIOGRAFÍA

A) Sobre Extranjería e Inmigración

– AA.VV.: *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (coord. M. MOYA ESCUDERO), Comares, Granada, 2001.

– AA.VV.: *Comentarios a la Ley de extranjería* (coord. J.M. CAMPO CABAL), Civitas, Madrid, 2001.

– AA.VV: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social* (coord. MOLINA NAVARRETE, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.), Comares, Granada, 2001.

– ADROHER BIOSCA, S. y CHARRO BAENA, P. (coord.): *La inmigración: Derecho español e internacional*, Bosch, Barcelona, 1995.

– AGUELO NAVARRO, P.: "La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", "Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 7, 2004.

– "Comentarios de urgencia acerca del anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 4/2000", *Revista de Web de Extranjería ReICAZ,* n.º 15, www.reicaz.es/extranjeria.

– AGUELO NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ CANDELA J.L.: "Algunos aspectos críticos del texto de reforma de la LOEx" *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería* n.º 4, 2003.

– AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (coord.): III *Curso de iniciación a la práctica de Derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2003-2004.

– AJA, E. y otros: *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

– APARICIO WILHELMI, M.: "La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 6, 2004.

– ARAGÓN BOMBÍN, R.: "Diez años de política de inmigración", *Migraciones,* n.º 0, 1996.

– BALLESTER PASTOR, M.A.: *El trabajo de los extranjeros en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

– BENLLOCH SANZ, P. y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: "El nuevo Reglamento de extranjeros español. El proceso de normalización (sic)", *Revista Migraciones,* n.º 17, 2005.

– CHARRO BAENA, P.: "Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* n.º 4, 2003.

– "Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre", *Tribuna Social,* n.º 133, 2002, número monográfico *Un año de vigencia de la Ley 8/2000, de Extranjería.*

– "La Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: una primera aproximación critica", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* n.º 5, 2000.

– *Autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

– CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH SANZ, P.: "Algunas consideraciones jurídicas sobre el Estado Social y el fenómeno migratorio", en *Políticas Sociales y Estado de Bienestar en España: las migraciones*, edición a cargo de Clavijo, C. y Aguirre, M., Informe 2002, Fohem, Madrid, 2002.

– CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: "La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico-jurídico de sus principales novedades", *Migraciones*, n.º 7, junio 2000.

– "La mal llamada «ley de extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?", *Revista Jurídica, La L*ey, Madrid, 2000.

– CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: Dictamen 4/2004, sobre el Proyecto de Real Decreto 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.

– Informe 2/2004, sobre "La inmigración y el mercado de trabajo en España".

– ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M.: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

– FERNÁNDEZ COLLADOS, B. y CARDENAL CARRO, M.: "Novedades introducidas por el nuevo Reglamento en el régimen de entrada, permanencia, trabajo y salida de los extranjeros", *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 659, 2005.

– LUJÁN ALCARÁZ, J.: "El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero", *Aranzadi Social,* n.º 21, 2000.

– "La reforma de la Ley de Extranjería", *Aranzadi Social,* n.º 5, 2001.

– "Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 9, 2005.

– MARTÍNEZ ALARCÓN, M.: "El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Principales novedades", *Actualidad Administrativa* 2005, ref. R425.

– MOLINA NAVARRETE, C.: "Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 6, 2004.

– MOYA ESCUDERO, M. y otros: *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España (una lectura a través de nuestra jurisprudencia 1980-1992)*, Comares, Granada, 1993.

– MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2003.

– OLIVÁN LÓPEZ, F.: "Ley y extranjería: argumentos para un debate", *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas,* n.º 1, 2000.

– OLIVÁN LÓPEZ, F.; VIDAL DE MARTÍN SANZ, L. Y ALARCÓN MOHEDANO, I.: "Novedades de la nueva Ley de Extranjería", *Revista Iuris,* n.º 36, febrero 2000.

– PAJARES, M.: "Las políticas comunitarias en materia de Inmigración y Asilo", *Migraciones,* n.º 10, 2001.

– QUIRÓS FONS, A.: "El Proceso de Normalización: regularización extraordinaria de trabajadores extranjeros", *Aranzadi Social,* n.º 19, 2004.

– ROJO TORRECILLA, E. y CAMÓS VICTORIA, I.: "La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 8, 2005.

– SACRISTÁN ROMERO, F.: "Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes: una aproximación", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 10, 2005.

– SAGARRA TRÍAS, E.: "Sujeto legitimado, sujeto interesado y sujeto afectado en el proceso de regularización «normalización» de inmigrantes del 2005", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 8, 2005.

– "Un nuevo *status* de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 1, 2002.

– *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura,* Publicaciones Universidad de Barcelona, 2002.

– *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Bosch, Barcelona, 1991.

– "Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España a partir de la Constitución de 1978", en *Derecho de extranjería, asilo y refugio,* Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

– SAÍZ DE MARCO, I.: "El nuevo estatus laboral de los inmigrantes", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 10, 2005.

– SÁNCHEZ RODAS C. y otros: *Extranjeros en España, Régimen jurídico*, Ediciones Laborum, Murcia, 2001.

– SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* n.º 59, en prensa.

– SANTAOLAYA MACHETTI, P., y otros: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería,* Lex Nova, Valladolid, 2000.

– SEMPERE NAVARRO y otros: *La inmigración en España: marco jurídico e implicaciones prácticas*, Universidad Rey Juan Carlos, Documento de Trabajo 2005/33, noviembre 2005.

– TAJADURA TEJADO, J.: "Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 7, 2004.

– TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

– TOLOSA TRIBIÑO, C.: "Comentario a la STS de 6 de abril de 2004 sobre la legalidad de acuerdo de aprobación del contingente para 2002", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 6, 2004.

– TRINIDAD GARCÍA, M.L.: "Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 9, 2005.

– TRINIDAD GARCÍA, M.L. y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo,* Lex Nova, Valladolid, 2005.

– VALDEZUELA BLANCO, M.D.: "Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros", *Temas Laborales,* n.º 73, 2004.

– "Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales", *Relaciones Laborales,* n.º 2, 2003.

B) Sobre aspectos relativos a la movilidad funcional

– ALEMÁN PAÉZ, F.: "La categoría y el grupo profesional como límites a la movilidad funcional", *Relaciones Laborales,* n.º 2, 1992.

– CARIÓS BARRETO, M.D.: "Sobre el concepto de categorías equivalentes", *Anales de la Facultad de Derecho,* n.º 19, 2002.

– GÁRATE CASTRO, F.J.: "La movilidad funcional (artículo 39)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*), n.º 1.000, 2000.

– GARCÍA MURCIA, J.: "Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* n.º 58, 2005.

– GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Poder de dirección y movilidad funcional: el estado de la cuestión en torno a los nuevos criterios de clasificación profesional: la noción de grupo profesional y el alcance de la expresión «derechos profesionales»", en *La flexibilidad laboral en España* (coord. J. RIVERO LAMAS), 1993.

– MONTOYA MELGAR, A.: "Estructura profesional y movilidad funcional", *Aranzadi Social,* n.º 5, 1999.

– RUIZ CASTILLO, M.M.: "Movilidad geográfica, funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenios colectivos del sector", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* n.º 18, 1995.

– VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa,* CES, Madrid, 1998.

C) Sobre Política de Empleo

– AA. VV.: "Derechos sociales y Constitución española", *Documentación Social,* n.º 114, 1999.

– AÑÓN ROIG, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coords.): *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

– CARMONA CUENCA, E.: *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.

– CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo", *Aranzadi Social* n.º 19, 2003.

– COMISIÓN EUROPEA: *La política social y de empleo en Europa: una política para el ciudadano*, Luxemburgo, 2000.

– *Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo* (Comunicación), Bruselas, 2002.

– *Futuro de la Estrategia Europea de Empleo* (Comunicación), Bruselas, 2003.

– CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Documento sobre los mensajes clave en materia de empleo, protección/inclusión social e igualdad entre hombres y mujeres*, Bruselas, 2004.

– CONSEJO Y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: *Informe conjunto sobre el empleo 2003/2004*, Bruselas, 2004.

– CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Informe sobre La Estrategia Europea de Empleo*, 2001.

– GARCÍA VIÑA, J.: "Últimas novedades del derecho social europeo. Desde el Tratado de Ámsterdam hasta la actualidad", *Tribuna Social,* n.º 144, 2002.

– LUJÁN ALCARAZ, J.: "La Ley (básica) de Empleo de 2003", *Aranzadi Social,* n.º 20, 2004.

– MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Civitas, 2004.

– RUIZ VIÑALS, C. (coord.): *Políticas Sociolaborales. Un enfoque pluridisciplinar,* UOC, Barcelona, 2004.

– SARAGOSSÀ i SARAGOSSÀ, J.V. (coord.): *Derecho del Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

– SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas Sociolaborales*, 3.ª ed. Tecnos, Madrid, 2005.

D) Sobre aspectos relativos a la prestación por desempleo

– ARANGO FERNÁNDEZ, J.: *La protección por desempleo en España*, CES, Madrid, 1999.

– CEBRIÁN LÓPEZ, I.; GARCÍA SERRANO, C.; MURO ROMERO, J.; TOHARIA CORTÉS, L. Y VILLAGÓMEZ, E.: *Protección social y acceso al empleo,* CES, Madrid, 1996.

– DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996.

– FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La noción jurídica de empleo adecuado", *Tribuna Social,* n.º 149, 2003.

– GARCÍA NINET, I. y VICENTE PALACIO, M.A.: "Algunas cuestiones sobre las modificaciones operadas en los requisitos de acceso a la prestación por desempleo en el nivel contributivo de las prestaciones", *Tribuna Social,* n.º 150, 2003.

– GARCÍA BROSA, G.: *Prestaciones por desempleo y duración del paro*, CES, Madrid, 1996.

– LUJÁN ALCARAZ, J.: "El subsidio por desempleo y la colocación adecuada", en *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002 (análisis de la Ley 45/2002, de 12 diciembre),* 2003.

– MERCADER UGUINA, J.: "El compromiso de actividad: significado, contenido y alcance", *Relaciones Laborales,* n.º 14, 2003.

–RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "La nueva dimensión de la protección del desempleo", *Relaciones Laborales,* n.º 13, 2002.

– "Los elementos asistenciales en la protección por desempleo", *Relaciones Laborales,* n.º 14, 2002.

– VAQUERO GARCÍA, A.: *Incentivos y desincentivos a la búsqueda de empleo. Análisis económico de la prestación por desempleo,* CES, Madrid, 2002.

Anexo legislativo

Cuadro comparativo

RELOEX 2004	RELOEX 2001	RELOEX 1996
Artículo 54. Renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena. 1. La renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. 2. Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes. **3. La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración, en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende. Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:**	Artículo 72.Renovación de permisos de trabajo. 1. Se entiende por renovación tanto la prórroga de un permiso anterior como la concesión, sin solución de continuidad, de otro permiso de trabajo de distinto tipo. 2. Para la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia se tendrá en consideración el cumplimiento por parte del trabajador, como sujeto responsable, de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social inherentes al ejercicio de la actividad económica de que se trate, así como la continuidad en el ejercicio de la actividad. **3. Tratándose de un permiso de trabajo por cuenta ajena, éste se renovará a su expiración, si se acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión del permiso a renovar.** **También procederá la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena cuando, aunque no subsista la relación laboral anterior, el trabajador haya suscrito un contrato de trabajo con nuevo empresario o empleador y figure en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.** **En el caso de contar con una nueva oferta de empleo, se deberá acreditar la realización habitual de actividad laboral en el período de vigencia del permiso que se solicita renovar, figurando en situación de alta o asimilada a la de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.**	Artículo 78. Renovación de los permisos. 1. Se entiende por renovación tanto la prórroga de un permiso anterior como la concesión, sin solución de continuidad, de otro permiso de trabajo de distinto tipo. 2. Para la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia o ajena se considerarán las circunstancias siguientes: **a) Ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso.** b) Cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular, si el sujeto responsable del cumplimiento es el propio trabajador. **c) Continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.** d) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen de los extranjeros. 3. Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que pueda acreditarse la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto en la cotización a efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan. 4. La autoridad competente renovará, en todo caso, los permisos de trabajo cuando el titular se halle en situación de baja laboral derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y maternidad.

RELOEX 2004	RELOEX 2001	RELOEX 1996
a) Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación. b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a). 4. Se renovará la autorización del trabajador que haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite: a) Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad. b) Que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas. c) Que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor. 5. También se renovará la autorización cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.3.b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. 6. Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.	4. Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto en la cotización a efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan. 5. La autoridad competente renovará los permisos de trabajo en las siguientes situaciones: a) Cuando el extranjero venga percibiendo una prestación contributiva por desempleo, al menos por el tiempo de duración de dicha prestación. b) Cuando se perciba una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral, al menos durante el plazo de duración de la misma. 6. Igualmente procederá la renovación del permiso de trabajo cuando se solicite el cambio de la modalidad del mismo. Cuando el cambio sea de cuenta ajena a cuenta propia, además de los requisitos exigidos para el inicio del ejercicio de la actividad profesional, deberá cumplirse lo establecido en el último párrafo del apartado 3 de este artículo, en lo que respecta a la acreditación de actividad laboral durante la vigencia del permiso anterior. Cuando el cambio sea de cuenta propia a cuenta ajena, además de contar con la correspondiente oferta de empleo que justifique el cambio de modalidad del permiso de trabajo, deberá acreditarse lo establecido en el apartado 2 de este artículo, con la excepción de la continuidad en el ejercicio de la actividad.	5. Los permisos de trabajo permanentes se obtendrán a la expiración de los permisos de tipo C o E en tanto el titular continúe en activo, ya sea como trabajador o como demandante de empleo. 6. Los permisos de trabajo de tipo F se renovarán a su expiración en tanto el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

RELOEX 2004	RELOEX 2001	RELOEX 1996
7. Cuando proceda, la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se hará por un período de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia permanente, y permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior. 8. Notificada la resolución favorable, el extranjero deberá solicitar en el plazo de un mes la tarjeta de identidad de extranjero. 9. Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 10. Transcurrido el plazo para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero.	7. Los extranjeros titulares de un permiso de residencia como ciudadano comunitario o familiar de comunitario, o como refugiado o apátrida, o en los supuestos previstos en los apartados 2.d) y 3 del artículo 41 del presente Reglamento, cuando hayan cesado en tal condición, podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, un permiso de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del tipo que corresponda en función del tiempo trabajado como titular de aquellos permisos de residencia.	

Que en el momento de solicitar la renovación tengan un contrato en vigor.

Documentación a presentar con /a solicitud en e/ Supuesto 2:

- Fotocopia del contrato de trabajo en vigor.

Certificado de la empresa u otro documento que acredite que el cese en la relación laboral que dio origen a la autorización, se produjo por causa ajena al titular de la autorización

Acreditación de los periodos de inscripción del titular de la autorización como demandante de empleo desde la fecha de pérdida de la ocupación, y certificación de participación en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas subvencionadas.

Supuesto 3: Que estén desempleadas, siendo titular de una Prestación contributiva por desempleo o de una prestación asistencial pública para la inserción social o laboral.

Documentación a presentar con /a solicitud: en el Supuesto 3: Fotocopia de la tarjeta de demandante de empleo y documentación que acredite la prestación que se está percibiendo.

3 - Alternativamente: captura la comunicación y la solicitud por Internet.
Tanto la comunicación de referencia como el impreso de solicitud, estarán disponibles, para cada persona, en Internet, en la página web del MAP (http://www.map.es).

4 - Presentación de las solicitudes: Efectos.

Sin perjuicio de que las solicitudes de renovación deban de dirigirse a la oficina de extranjeros o Área de Trabajo y Asuntos Sociales, según proceda, de la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente a la provincia de residencia de [a persona solicitante, según la Disposición adicional tercera del Reglamento de extranjería, esas solicitudes se podrán presentar en cualquier registro de los previstos en el art. 38.4 de la **LRJAP/PAC, 30/1992, de 26** de noviembre, de lo que se advertirá en las comunicaciones enviadas.

En la comunicación dirigida a cada persona extranjera, también se les informará que la autorización a renovar, seguirá vigente en tanto se resuelva la solicitud de renovación, para ello, la misma deberá ser presentada, en el modelo oficial, dentro de los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización que se pretenda renovar.

También se prorrogará esa validez, en caso de que la presentación de la solicitud de renovación se haga dentro de los tres meses posteriores a la indicada fecha de expiración aunque, en este supuesto, cabrá incoar a la persona solicitante el correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en que hubiese incurrido.

5 - Información sobre la tramitación de expedientes.
Tras el envío de las solicitudes, se podrá obtener información sobre el estado de tramitación de cada expediente de renovación en el teléfono 902 022222 y en la página web del MAP.

6 - Recomendación
Se recomienda a aquellas personas que no reciban por correo el aviso, ni tengan éste disponible en Internet, que soliciten cita previa para la presentación de su solicitud de renovación en la oficina que les corresponda.

PLAN PARA LA Automatización DE LAS PRIMERAS Y SEGUNDAS RENOVACIONES DE AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y DE TRABAJO POR CUENTA AJENA Y LAS RENOVACIONES PARA OBTENER LA RESIDENCIA PERMANENTE

Información PARA INFORMADORES

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES
MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES POBLICAS

FEBRERO DE 2006

Al aproximarse la fecha de vencimiento de las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo por cuenta ajena concedidas al amparo del proceso de normalización de trabajadores extranjeros **(573.690** concedidas a 11 de enero de **2006),** es de prever que, en un breve espacio de tiempo, se concentren un gran número de solicitudes de renovación, a las que hay que sumar las segundas renovaciones de autorizaciones de residencia y de trabajo por cuenta ajena, y las renovaciones tendentes a obtener una autorización de residencia permanente.

Con el fin de paliar los efectos de ese incremento de solicitudes, los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas han diseñado un Plan de automatización del procedimiento para facilitar el proceso de presentación y de tramitación de las mismas, enviando por correo, con antelación suficiente, a aquellas personas que puedan reunir los requisitos para obtener la renovación de su autorización, una comunicación explicando el derecho que les puede asistir y la documentación que, en su caso, deberán de presentar para hacerlo efectivo.

RESUMEN DEL PROCESO A SEGUIR

1 - Selección de expedientes.
El Ministerio de Administraciones Públicas (MAP) seleccionará las autorizaciones de residencia y de trabajo por cuenta ajena de próximo vencimiento, y las autorizaciones de residencia susceptibles de ser renovadas para obtener una autorización de residencia permanente, con una semana de antelación suficiente al inicio de los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia.

Se formará un pre-expediente en el que se incorporarán los informes preceptivos de las Administraciones implicadas y que previamente se habrán solicitado de oficio. Completados los pre-expedientes, se dará traslado a las oficinas correspondientes.

2 - Envío de aviso.
El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, enviará una comunicación a las personas que a la vista de los informes recibidos, se prevea que puedan estar en condiciones de renovación. Esta comunicación irá acompañada de la solicitud, en modelo oficial cumplimentada con los datos del MAP y que los interesados deberán firmar e introducir las modificaciones que se hayan producido.

Se enviarán tres tipos de comunicaciones según sea su situación:

A) Indicando que basta con la presentación de la solicitud, a quienes **cuenten con un período de residencia legal y continuada en territorio español de cinco años.**

B) Indicando que basta con la presentación de la solicitud, a quienes **muestren continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.**

C) indicando que deben de presentar alguna documentación acompañando a la solicitud, a quienes no muestren continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Las personas que reciban este tipo de aviso **podrán estar, en el momento de presentar su solicitud, en alguno de estos tres supuestos,** para los que se indica la documentación que debe de acompañar en cada caso:

Supuesto 1: Que hayan realizado de manera habitual la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año, y se encuentren en alguna de estas situaciones:

Haber suscrito un contrato de trabajo, con un nuevo empleador, acorde a las características de su autorización para trabajar, figurando en situación de alta o asimilada en la Seguridad Social en el momento de solicitar la renovación.

Disponer de una nueva oferta de empleo que re(ina los requisitos establecidos en el articulo 50 del Reglamento, salvo la toma en consideración de la situación nacional de empleo.

Documentación a presentar con la solicitud en el
Supuesto 1: Fotocopia del contrato de trabajo en vigor u oferta formal de empleo.

Supuesto 2: Que cuenten con un período mínimo de actividad de tres meses por año de autorización de trabajo. Las personas que puedan acogerse a este supuesto deberán de acreditar:

Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

Que han buscado activamente empleo, participando en las acciones que se hubiesen determinado por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas.

ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

EXTRANJEROS

Solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo (L.O. 4/2000 y R.D. 2393/2004)

Espacios para sellos de registro

Nº expediente provisional __049920060000000__

1) DATOS PERSONALES DEL EXTRANJERO (si alguno de los datos no es correcto, modificar al dorso)

N.I.E. X-0000000-S

1º Apellido: COLOMBIA — 2º Apellido: COLOMBIA

Nombre: JOSE — Fecha de nacimiento: 01/01/1900

Lugar de nacimiento: BOGOTA — Sexo: H / M — Estado civil: S / C / V / D / Sp

País de nacimiento: COLOMBIA 212 — País de nacionalidad: COLOMBIA 212

Nombre del padre: COLOMBIA — Nombre de la madre: COLOMBIA

Domicilio en España C./Pl.: PZ. PEREZ LORCA — Nº: 22 — Piso: 1

Tel.: — Localidad: PUERTA — CP: 00000 — Provincia: ALMERIA 4

2) DATOS DE LA ACTIVIDAD INICIAL

Nombre/Razón Social Empresa: PEPE PEREZ — C.I.F. o N.I.F.: S0000000F

Actividad de la empresa: CONSTRUCCION

Ocupación o puesto de trabajo:

Domicilio: DESCONOCIDO — Nº: — Piso:

Localidad: PUERTA — C.P.: 00000 — Provincia centro de trabajo: 00

3) DATOS DE ACTIVIDAD NUEVA (cumplimentar en caso de haber cambiado de empresa o actividad)

Fecha de inicio de la Actividad: 01/01/0000

Nombre/Razón Social Empresa: PEPE LOPEZ — C.I.F. o N.I.F.: S0000000S

Actividad de la empresa: HOSTELERIA

Ocupación o puesto de trabajo: CAMARERO

Domicilio: PEREZ PEREZ — Nº: 5 — Piso: 2

Localidad: MADRID — C.P.: 28000 — Provincia centro de trabajo: MADRID 28

4) DATOS RELATIVOS A LA AUTORIZACIÓN QUE SE SOLICITA (2)

[ ] Autorización temporal 1ª renovación [ ] Autorización temporal 2ª renovación [X] Autorización permanente

5) DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES

C./Pl. — Nº — Piso

Localidad — C.P. — Provincia

Fecha...., ... de .....de 200.... **Firma del solicitante**

RESOLUCIÓN ADOPTADA (*)

TRAMITADOR	AUTORIDAD COMPETENTE	
FIRMA	APROBAR	DENEGAR
	FIRMA	
FECHA:	FECHA:	

PRESENTAR ORIGINAL Y COPIA
(*) NO CUMPLIMENTAR ESPACIO SOMBREADO

Según el art. 5.1 L. O. 15/1999, se informa que los datos que suministren los interesados necesarios para resolver su petición se incorporarán a un fichero cuyos destinatarios serán los órganos de la Admón Gral del Estado con competencias en extranjería, siendo responsables del mismo la D. Gral de Inmigración, las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno. El interesado podrá ejercitar su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante los organismos mencionados

SR. DELEGADO O SUBDELEGADO DE GOBIERNO EN LA PROVINCIA .....

Dirección.....

Subcomisión de Extranjería del CGAE
(extranjeria@cgae.es)

IV

Encuesta-cuestionario sobre sistema de renovaciones de autorizaciones de trabajo por cuenta ajena

1.- RENOVACIONES DE AUTORIZACIONES DE TRABAJO CUENTA AJENA DE RÉGIMEN GENERAL

ART 54.3 RD 2393/2004

En el supuesto de que el trabajador extranjero haya cotizado 6 meses por año

A) ¿Se exige que se hayan trabajado los 6 meses en el mismo sector de actividad en el que fue concedida la autorización inicial y que figura en la (TIE)? ¿Y mismo ámbito geográfico?

B) ¿Se permite la renovación si simplemente se cotizó en el mismo régimen de seguridad social?

C) Se permite la renovación acreditando cotización aun en distinto régimen de la seguridad social?

D) ¿Se computan las posibles cotizaciones de los 3 meses posteriores a la pérdida de vigencia de la (TIE) para completar los 180 días?

ART 54.4 RD 2393/2004

Para renovaciones en las que únicamente se han cotizado 3 meses

A) ¿Se viene exigiendo que se den los 3 requisitos del artículo para renovar o a pesar de faltar alguno de ellos se conceden las renovaciones?

B) ¿Se conceden las renovaciones en el supuesto de que se haya cotizado menos de 6 meses pero más de 3?

ART. 54.5 RD 2393/2004

Si está percibiendo prestación por desempleo del artículo 38.3.b) o es beneficiario de prestación económica asistencial para inserción social artículo 38.3.c) de la LOEx 4/2000

A) ¿Se renueva la autorización de trabajo por el tiempo en el que va a disfrutar de la prestación o se renueva dependiendo del plazo que le correspondería obtener la autorización renovada?

B) ¿Se renueva en el supuesto de estar percibiendo otro tipo de prestación contributiva de seguridad social (ej. Prestación por incapacidad temporal, viudedad...)? Si es así, ¿se concede por el tiempo que dure la prestación?

C) ¿Se está renovando sin requisitos adicionales en el supuesto de estar percibiendo una prestación económica para inserción sociolaboral?

ART. 54.8 RD 2393/2004

El plazo de gestión de la (TIE)

A) ¿Se cumple rigurosamente la exigencia del plazo de 1 mes para la solicitud de la (TIE) tras la resolución favorable?
Si, es que sí, ¿se sanciona como infracción leve o grave caso de no hacerlo, o incluso se inadmite o deniega la tramitación y entrega de la (TIE)?

B) En su caso indicar plazo de demora permitido para poder tramitar la (TIE).

ART. 54.9 RD 2393/2004

Antecedentes penales y/o policiales

A) ¿Se está procediendo a conceder renovaciones a los extranjeros condenados por delito con las penas cumplidas, indultados o en remisión condicional? En su caso expresar los requisitos complementarios exigidos.

B) Por el contrario y con aplicación rigurosa del criterio de se *"valorará"* , ¿Se vienen denegando sistemáticamente en estos casos?

C) ¿Se está denegando, o dejando simplemente en trámite cuando existen antecedentes policiales pero no penales?

Encuesta-cuestionario sobre sistema de renovaciones de trabajo por cuenta ajena

IV

ART. 54.10 RD 2393/2004

Silencio positivo

A) ¿Se están expidiendo certificados que acreditan las renovaciones por silencio positivo?

B) En su caso plazo en el que se emite el mencionado certificado.

ART. 53.1 RD 2393/2004

¿Se están denegando las renovaciones por infracción de alguna de las circunstancias del mencionado artículo?

– Condiciones de la oferta.

– Cuando el empresario no garantiza la continuidad laboral. En este caso se produce el requerimiento preceptivo del art. 51 del RELOEX.

Sobre órgano competente para resolver las renovaciones

¿Resuelve el del domicilio del empleador o del trabajador?

Sobre las presentaciones de las renovaciones

A) Problemas a la hora de acceder a los registros públicos.

B) ¿Se solicita algún tipo de designación para presentar el expediente en los registros de ventanilla única? ¿y en el registro del órgano competente para resolver?

Ampliar el supuesto a las autorizaciones iniciales.

C) En su caso indicar qué tipo de designación.

D) ¿Existe algún sistema de presentación de expedientes conveniado entre la administración y el Colegio de Abogados? En su caso explica brevemente y adjuntar el Texto del Convenio.

E) Plazo en el que se asignan las citas para las renovaciones en las Oficinas de extranjeros. Ampliar el supuesto a “iniciales”.

F) Funciona en tu provincia el Sistema de Cita Previa, qué comentarios positivos y negativos os sugiere. Ampliar el supuesto a “iniciales”.

G) Comenta vuestra experiencia sobre el nuevo Plan de Renovaciones del MAP.

H) ¿Se está sancionando el hecho de solicitar la renovación dentro de los tres meses posteriores a la fecha de vencimiento de la autorización?

I) En el momento en que se presenta la renovación de la autorización de trabajo ¿se procede a grabar el expediente?

J) ¿Se está resolviendo en el plazo de 3 meses?

K) ¿Están grabando los expediente por orden de entrada en el registro o se ha verificado que de cara a denegaciones se ha procedido a saltar el orden de entrada de los expedientes vulnerando el artículo 74.2 de la Ley 30/1992?

En el supuesto de que se deniegue la renovación de autorización de trabajo por cuenta ajena.

A) ¿Se comunica por parte de la oficina de extranjeros a la seguridad social la denegación para que se curse la correspondiente baja de oficio del trabajador?

B) En el caso de que no se comunique y continúe la afiliación y cotización ¿estaríamos ante un supuesto de infracción grave de la LOEx 4/2000?

C) ¿La resolución de denegación contiene comunicación a la Dirección General de la Policía a los efectos oportunos?

En el caso de interponer recurso de alzada y petición de suspensión

A) ¿Se está accediendo a la petición suspensiva y permitiendo la continuidad laboral?

B) Transcurrido el plazo de 1 mes del art. 11.3 de la LPA sin contestación se entiende suspendida la ejecución? En su caso, ¿cómo se documenta por la administración? Exponer los problemas que surgen para su ejecución.

C) ¿Se han verificado problemas de entrada en España a los extranjeros que han solicitado renovación de su autorización de trabajo, que salen del país provistos de autorización de regreso y que en el lapso de tiempo les han denegado la renovación de autorización de trabajo?

Nota: A ser posible, en todos los apartados que haya alguna experiencia en ese sentido, comentar las posibles experiencias jurisdiccionales.

2.- NORMALIZACIÓN LABORAL RENOVACIONES

A) ¿Se está procediendo a verificar si se ha cotizado en el mismo sector y/o régimen de la seguridad social en el que se procedió a concederle la autorización de trabajo y que se explicita materialmente en la (TIE)?

B) ¿Se está procediendo a verificar si se ha trabajado en la misma provincia en la que se procedió a concederle la autorización de trabajo?

C) En su caso indicar si se está procediendo a denegar las autorizaciones de trabajo por esas causas.

D) Si ha cotizado 6 meses en el mismo sector y provincia en el que le concedieron la autorización inicial y posteriormente cambia de sector y/ o provincia.

a) ¿Se está sancionando de alguna manera el cambio?

b) ¿Se deniega en estos casos?

Agricultura

A) ¿Cuáles son los trámites que están exigiendo para efectuar los cambios provinciales tras 3 meses de cotización?

B) ¿En qué plazo están concediendo la modificación?

C) ¿Se permite posteriormente la cotización?

Nota: A ser posible, en todos los apartados que haya alguna experiencia en ese sentido, comentar las posibles experiencias jurisdiccionales.

3.- CAMBIOS DE LA SITUACIÓN LABORAL

ART 52.A) DE LA LO 4/2000

A) ¿Se ha dictado en vuestra provincia alguna instrucción/orden u otros, que autorice el cambio de sector y/o actividad en las autorizaciones iniciales que no cuenten con la preferencia del artículo 40 y del 31.3 de la LOEx 4/2000?

B) En el caso de que se solicite por el interesado el certificado que mencionada la instrucción ¿cuál es el plazo que están tardando en expedirlo?

C) ¿Se permite por parte de la Tesorería General de la seguridad social cambios de actividad y/o provincia cuando no existe preferencia?

D) En su caso, tras la publicación de la instrucción de la D.G. de Inmigración de 20/12/2005 ¿se han suavizado los criterios para acceder a las modificaciones de actividad y ámbito geográfico?

E) ¿Se está interpretando que existe infracción leve por no comunicar o retrasar el cambio de la situación laboral cuando se produce un cambio de sector de actividad distinto al que originó la concesión de la autorización de trabajo inicial?

4.- RESOLUCIONES DENEGATORIAS DE RENOVACIÓN

Si se ha denegado la solicitud de renovación

A) Presentado recurso de alzada y petición suspensiva

a) ¿Se suspende la salida obligatoria?

b) Hasta que se resuelva el recurso de alzada ¿se permite continuar con las cotizaciones?

B) Si ulteriormente el recurso de alzada es desestimado

a) ¿ Qué ocurre con las cotizaciones efectuadas?

Nota: A ser posible, en todos los apartados que haya alguna experiencia en ese sentido, comentar las posibles experiencias jurisdiccionales.

---

5. ACTUACIÓN INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN DE TRABAJO

1. ¿Se han difundido instrucciones por la inspección de trabajo advirtiendo a los empresarios de hipotéticas sanciones para el caso de contratar trabajadores extranjeros en sectores distintos a los que estrictamente figuran en las TIEs?

Encuesta-cuestionario sobre sistema de renovaciones de trabajo por cuenta ajena

IV

2. ¿Se han levantado actas de infracción por este motivo?

3. En caso afirmativo: ¿Cuál ha sido el resultado definitivo? Recursos interpuestos en su caso.

4. ¿Se comunica a las empresas la resolución denegatoria de las renovaciones?

5. ¿Actitud de las empresas ante las situaciones descritas?

A) Baja del trabajador.

B) Mantenimiento del alta.

C) Otros.

Nota: A ser posible, en todos los apartados que haya alguna experiencia en ese sentido, comentar las posibles experiencias jurisdiccionales.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 19 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 318/2004.
Ponente: Doña M.ª Nieves Buisan García.
Voz: Concesión de asilo. Nacional de Armenia. Comunicación al ACNUR.
Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por doña M. contra la resolución por la que se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado. Se acuerda que el procedimiento administrativo se retrotraiga a su momento inicial a fin de que se comunique al ACNUR la presentación de la solicitud de asilo.

"Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Ministro del Interior de fecha 14 de abril de 2004 que deniega el derecho de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado a doña M., nacional de Armenia.

(...).

La cuestión suscitada en el presente recurso contencioso-administrativo, se circunscribe a determinar si concurren o no en el mismo los requisitos legalmente establecidos para la concesión del derecho de asilo de la recurrente, nacional de Armenia.

Ahora bien en la demanda, como cuestión previa (aunque en el fundamento de derecho séptimo) y prioritaria, se plantea el no haberse comunicado la solicitud de asilo al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), según lo que obliga la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (artículo 5.5), lo cual se considera causante de nulidad.

En consecuencia, la citada constatación que efectúa la parte recurrente de la supuesta carencia de la preceptiva solicitud de informe al ACNUR, en la tramitación del expediente, y de la falta de la comunicación a este Organismo Internacional de la apertura de dicho expediente, supone la denuncia de unas irregularidades de procedimiento que, en lógica procesal, hemos de examinar con carácter previo.

Efectivamente, una vez analizado el presente expediente de concesión del derecho de asilo y del estatuto del refugiado, se aprecia sin lugar a dudas que en el mismo no consta la solicitud del referido informe al Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR), ni siquiera la comunicación de la apertura del expediente para que pudiera intervenir dicho organismo en el referido expediente.

(...) hemos de concluir que el defecto de petición de informe al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, priva al acto administrativo de un requisito formal indispensable para que éste pueda alcanzar el fin que le impone el ordenamiento jurídico, lo que determina su anulabilidad conforme a lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992... Esta posición es ratificada por la sentencia de ese mismo alto Tribunal, Sala Tercera, Sección 5.ª, de 1 de marzo de 2005.

Por todo lo expuesto, y siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo que acabamos de mencionar y que esta Sala también ha adoptado (SSAN, Sec. 3.ª , de 5 de julio de 2005, Recurso 03/662/04, Sec. 1.ª, 14 de septiembre de 2005, recurso 100/04, entre otras muchas) procede, en el presente caso enjuiciado, acordar que el procedimiento administrativo se retrotraiga a su momento inicial, a fin de que se comunique a ACNUR la presentación

de la solicitud de asilo y se continúe la tramitación del expediente conforme a lo previsto en la normativa vigente."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 20 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 4554/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Solicitud de asilo. Cubanos. Verosimilitud del relato.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes contra la resolución que inadmitió a trámite su solicitud de asilo en España. Los solicitantes alegan una persecución protegible basada en motivos políticos y expuesta en términos que en ningún momento resultan falsos o inverosímiles.

"En el caso examinado, la narración del recurrente que se contiene en su solicitud de asilo, y a la que se ha hecho mención en el primer fundamento, aunque no resulta imprecisa, sino detallada, en los datos facilitados sobre los años inmediatamente anteriores a su llegada a España, sin embargo sí resulta vaga en lo que se refiere a la persecución que se describe, apreciándose también cierta contradicción entre la persecución que se dice padecer y los hechos narrados, lo que hace concluir que las alegaciones son inverosímiles. Los problemas de orden laboral que se relatan en la solicitud de asilo, y la intervención de las autoridades de su país de origen en el desempeño y promoción de su trabajo, que determinan que el recurrente tenga temor fundado de sufrir persecución por razón de sus ideas políticas no se conjuga con el regreso del recurrente a Cuba por vacaciones en 1997. No parece fácilmente comprensible que un perseguido político pueda entrar y salir libremente del territorio nacional del Estado perseguidor. Además, esas alegaciones, en que basa su solicitud el recurrente, no se acompañaron del más mínimo sustento probatorio y, aunque normalmente la forma en que se produce la salida, en estos casos, entraña una dificultad para acreditar estos extremos –consciente de ello la propia concesión de asilo no precisa de prueba sino que basta la concurrencia de «indicios suficientes» (artículo 8 de la Ley 5/1984)–, sin embargo cuando se basa la solicitud en unos hechos como los alegados –en el que se impidió salir de país en varias ocasiones– no resulta conjugable que entren y salgan en período de vacaciones con el pasaporte y documentación necesaria.

(...).

Como se ha indicado, la resolución administrativa que la Sala de instancia ha considerado conforme a Derecho, inadmitió a trámite la solicitud de asilo presentada por los actores, al apreciar que concurría la circunstancia prevista en la letra d) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, esto es, por considerar que los solicitantes hacen un relato carente de datos, genérico e impreciso de los hechos expuestos, por lo que no puede considerarse que hayan sufrido persecución."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 20 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 4628/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Solicitud de asilo. Ciudadano de Cuba. Reexamen.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don L.P. contra la sentencia sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La situación descrita en la sentencia produce en el solicitante un temor fundado y lógico, derivado de una persecución por motivos religiosos y políticos y que en ningún momento se trata de un relato manifiestamente falso o inverosímil.

"(...) la cuestión suscitada se circunscribe, pues, a determinar si los hechos alegados se comprenden –o no– en alguna de las causas que el Convenio de Ginebra contempla como merecedoras del derecho de asilo. Desde tal perspectiva reitera la existencia

en el expediente de un relato pormenorizado de hechos en el que se concretan los motivos de su petición, cuya verosimilitud no ha sido discutida por la Administración, como proclama la sentencia de instancia. En relación con tal relato expone que del mismo se deduce «una persecución personal y concreta, por motivos políticos de gravedad indudable en cuanto que se han materializado agresiones psicológicas, amenazas de ingreso en prisión, incluso llegar a despedirle al recurrente y prohibirle tener unas creencias religiosas, calificándole de persona antisocial y antirrevolucionaria, causas perfectamente creíbles a la vista de los antecedentes». En síntesis, se señala que «la situación descrita produce en el solicitante de asilo un temor fundado y lógico, resultando incompatible con cualquier noción de respeto a los derechos humanos y por ello merecedora, en el caso de acreditarse tales hechos en el correspondiente expediente, del reconocimiento de la situación de refugiado».

(...).

El relato inicial en la solicitud de asilo debe ser completado con el de la petición de reexamen y, no es éste un relato meramente genérico y carente de referencias a su situación individual, sino que se invoca una persecución de índole personal, por motivos políticos y religiosos, que en principio reviste carácter protegible a través de la institución del asilo. Por lo demás, no se trata de un relato manifiestamente falso o inverosímil, aunque luego en la tramitación del expediente acaso no se encuentren los indicios suficientes para una resolución final favorable (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 28 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 4748/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Concesión de asilo. Verosimilitud del relato. Nacional de Nigeria.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don J.P. contra la resolución por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. Verosimilitud del relato del solicitante que basa su persecución en razones sociales y religiosas encuadrables entre las causas que dan lugar a la condición de refugiado.

"La Administración acordó la inadmisión a trámite de esta petición, por considerar que lo alegado por los solicitantes de asilo era inverosímil [artículo 5.6.d) de la Ley de Asilo], «habida cuenta que el relato del solicitante resulta carente de datos y totalmente genérico e impreciso en la explicación y descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución; por lo que no puede considerarse que la solicitante haya sufrido tal persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen el temor fundado a sufrirla».

(...).

En el presente supuesto esta Sala considera que ha de confirmarse la concurrencia de la indicada causa de inadmisión, pues además de que el actor llegó a España (desembarcando en la playa de La Caleta) con fecha de 18 de junio de 2000 y no presenta la solicitud de asilo sino hasta el 7 de septiembre siguiente, lo cierto es que tal solicitud se sustenta en hechos respecto de los que no hay el más mínimo indicio de verosimilitud, ni en las actuaciones practicadas en el expediente administrativo ni tampoco en esta fase judicial, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

(...).

Pues bien, partiendo de la base de que la recurrente expuso en su solicitud de asilo una persecución basada en razones sociales y religiosas (a cargo de un grupo secreto, infiltrado en la Policía nigeriana), encuadrable en principio entre las causas que dan

lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, lo que ha de examinarse es si aquel relato era o no tan inverosímil como para justificar, por tal motivo, la inadmisión de la solicitud.

(...).

Descendiendo, sobre la base de estas premisas, el caso examinado, la lectura del relato del solicitante de asilo no permite calificarlo de manifiestamente falso o inverosímil. Más bien al contrario, puede decirse que aquel relato es posible, aunque luego, en la tramitación del expediente, acaso no se aporten los indicios suficientes para una resolución final favorable. Tampoco puede decirse que aquel relato sea tan genérico que resulte carente de toda credibilidad hasta el punto de determinar la inadmisión a trámite de su petición."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 4 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 4293/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Concesión de asilo. Verosimilitud de los hechos. Naturales de Irán. Persecución religiosa.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes contra la sentencia sobre inadmisión a trámite del derecho de asilo. La solicitud ha sido clara y precisa al haber relatado la persecución sufrida por motivos religiosos derivada del temor fundado a ser perseguidos porque no se puede convivir sin problemas cuando, en un país de religión musulmana, uno quiere convertirse a la religión de los países occidentales.

"En su solicitud de asilo, don D. alegó, en síntesis, que es de religión musulmán. Su esposa comentó a una amiga que quería convertirse al catolicismo y esta amiga la denunció ante la policía. La policía les visitó en su domicilio para preguntarles el motivo. El solicitante cuando supo esto, temiendo por la vida de su mujer, la cambió de domicilio. Mientras tanto, contactó con un amigo camionero, el cual la llevó a Estambul donde se alojó en el Hotel M.M. Allí, contactó con una persona que le facilitó un pasaporte falso, saliendo de Estambul en avión el 18 de noviembre de 1999, llegando a París el mismo día. El 19 de noviembre de 1999 su esposa sale de París en tren llegando a España. El solicitante, salió de Teherán el 31 de diciembre de 1999, con su pasaporte y visado Schengen.

(...).

Tras recapitular los hechos expuestos en su petición de asilo, alegan los recurrentes, en síntesis, que su solicitud fue clara y precisa, al haber relatado la persecución sufrida por razones religiosas, al ser perseguidos por su deseo de convertirse a la religión cristiana; dato este que –entienden– es perfectamente verosímil porque Irán es país de religión musulmana, donde el trato a sus ciudadanos es terriblemente duro para el que no practique dicha religión, por cuanto que la religión está por encima de la política o es la que dirige la política. Por consiguiente, entienden que su petición de asilo invoca un fundado temor a ser perseguidos porque no puede convivir sin problemas una persona que abandona la religión nacional, para convertirse a la religión de los países occidentales.

El motivo de casación debe ser estimado."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 4 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 5284/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Solicitud de asilo. Reexamen. Ciudadano de Cuba.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don A. contra la resolución que desestima la petición de reexamen de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Situación personal alegada de discriminación, acoso y presión persistente en el trabajo, y no por motivos ajenos a la

institución del asilo sino por su calificación como persona desafecta al régimen cubano.

"Pues bien, la Sala de instancia entiende que el relato expuesto por el actor en su solicitud de asilo se reduce a una discrepancia política genérica hacia el régimen cubano. Sin embargo, si se leen atentamente las razones aducidas en la solicitud de asilo y en la posterior petición de reexamen, puede constatarse que aquél, lejos de limitarse a manifestar una discrepancia política general contra el régimen de Cuba, alegó hechos directamente referidos a su situación personal, narrando una situación de discriminación, acoso y presión persistente en el trabajo, y no por motivos ajenos a la institución del asilo, sino como consecuencia de sus intentos de salida ilegal de la isla, y la consiguiente calificación como persona desafecta al régimen cubano.

Estos hechos son de los que en principio, conforme al artículo 3.1 de la Ley de Asilo 5/1984, pueden constituir causa para reconocer la condición de refugiado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Por lo demás, el relato del solicitante describe una persecución que no puede calificarse apriorísticamente de manifiestamente falsa o inverosímil, por más que luego, en la tramitación del expediente, acaso no se encuentren los indicios suficientes para una resolución final favorable; por lo que, en definitiva, no cabe inadmitir a trámite dicha petición de asilo por la circunstancia prevista en el apartado b) del tan citado artículo 5.6; siendo –se insiste– cuestión distinta la de que durante la tramitación del correspondiente procedimiento, para conceder el asilo pedido, deban aparecer, al menos, indicios suficientes de lo alegado.

En consecuencia, tanto la Administración como la Sala de instancia aplicaron indebidamente el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984, y procede, por lo tanto, declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso contencioso-administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho de la parte actora a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 4 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 5241/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Asilo. Asistencia letrada. Naturales de Colombia.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por los recurrentes sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Persecución contra el solicitante y su familia basada en motivos políticos.

"El derecho de defensa técnica que a los solicitantes de asilo reconoce el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 16 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (LDA) proyecta su necesidad desde el comienzo mismo del expediente.

(...).

Sentado, pues, que la privación de la asistencia jurídica al solicitante de asilo puede revestir trascendencia invalidante de la resolución finalizadora del procedimiento, y volviendo al examen singularizado del caso que nos ocupa, no se ha localizado en el expediente –a diferencia de otros muchos asuntos de los que ha conocido esta Sala– ninguna diligencia por la que se ofreciera a los aquí interesados la posibilidad de pedir la designación de Abogado de oficio o renunciar a esa facultad.

(...).

Situados ahora en la perspectiva de análisis correcta, que es la que hemos expuesto, ha de recordarse que el solicitante describió una persecución contra

Asilo

él y su familia basada en motivos políticos, a cargo de personas integrantes de un grupo político opuesto; quienes, siempre según el relato de aquél, le sometieron a amenazas, actos de intimidación y violencia, ante la pasividad o impotencia de las Autoridades y Fuerzas de Seguridad, quienes han sido incapaces de proporcionarle una protección efectiva.

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 proporcionarle 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, los solicitantes del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, han aducido, para impetrar ese derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España para que se reconozca la condición de refugiada, circunstancia determinante para que se tramite su solicitud. Será al término del procedimiento al efecto seguido, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se pueda deducir si existen o no los indicios suficientes, según la naturaleza del caso, para decidir que se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 10 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 3930/2002.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.
Voz: Asilo. Ciudadana de Somalia. Petición de reexamen.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por doña G. contra la sentencia sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Situación grave y continuada de persecución por razón de sexo plasmada en actos de violencia contra las mujeres en los campos de refugiados.

"Pues bien, la Administración no denegó la admisión a trámite porque los hechos relatados por la solicitante fuesen falsos, inverosímiles o hubiesen perdido vigencia, sino porque, aun admitiendo –implícitamente– la veracidad de su relato consideró que tales hechos no están entre los contemplados como causa de asilo en la Convención de Ginebra de 1951, ni en la vigente Ley de Asilo, es decir por la circunstancia contemplada en el apartado b) del artículo 5.6 de la indicada Ley reguladora en España del derecho de asilo.

Sin embargo, basta la lectura del relato expuesto en la petición de asilo, ampliado en la ulterior petición de reexamen, para constatar que aquélla describió una situación de grave y continuada persecución por razón de sexo, (encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales), plasmada en actos de violencia y agresiones sexuales contra las mujeres en los campos de refugiados a los que se iba desplazando.

De este relato fluye, pues, con evidencia que la solicitante del derecho de asilo, en contra de lo que afirma la Administración, adujo, para impetrar ese derecho, una causa prevista en los aludidos instrumentos internacionales ratificados por España para que se le reconozca la condición de refugiada, expuesta en términos suficientes para que, al menos, se tramite su solicitud, visto que del tenor de su relato se desprende que su huida vino dada por la necesidad de escapar de una situación donde –según

expone– las mujeres –y ella misma– eran objeto de malos tratos y vejaciones graves y constantes.

(...).

Por las razones cumplidamente expuestas, ha de concluirse que tanto la Administración como la Sala de instancia aplicaron indebidamente el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984, por lo que procede declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso contencioso-administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho de la actora a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite."

VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 20 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1533/2003.
Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.
Voz: Exención de visado. Ciudadana de Bolivia.
Resumen: Se desestima el recurso formulado por doña E. contra la resolución que denegaba la solicitud de exención de visado. No se aporta ninguna prueba de que las circunstancias alegadas por la recurrente respecto a la situación del país de origen, Bolivia, le afecte de forma directa e inmediata, lo que no justifica la concurrencia de causas excepcionales que deben valorarse para obtener el visado.

"La parte demandante formula recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cáceres, de fecha 18 de julio de 2003, que denegaba la solicitud de exención de visado, permiso de residencia y trabajo presentada por la parte recurrente. La parte actora solicita la anulación de la Resolución impugnada.

(...).

En segundo lugar, la demandante alega como causa de la exención de visado la situación en que se encuentra Bolivia que es el país de origen de la parte recurrente, dicha alegación se realiza de forma genérica, sin concretar en qué forma influye en la situación personal de la solicitante, puesto que no es suficiente con alegar la situación de deterioro político, económico y social que puede darse en algunas zonas de la República de Bolivia, sino que es preciso acreditar y concretar mínimamente en qué forma afectan a la actora, puesto que no puede entenderse que sea notorio que en la concreta localidad de residencia o de donde se dice natural la parte, existan unas circunstancias sociales caracterizadas por frecuentes conflictos políticos y desastres naturales que imposibilitan llevar una vida digna y que efectiva y necesariamente la crisis económica y social afecta a la actora, no siendo además los motivos económicos una de las causas previstas en el artículo 49.2 para la exención de visado. No se aporta ninguna prueba que de alguna manera relacione las circunstancias alegadas con la parte recurrente y su entorno, es decir, que la situación del país le afecte de forma directa e inmediata, lo que permite concluir que no se justifica la concurrencia de las causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista para la posibilidad de obtener el visado, (...).

Por último, la actora tampoco aporta prueba que acredite la falta de vínculos con su país de origen, siendo lo cierto que la llegada a España de la recurrente no acredita necesariamente que carezca de vínculos personales con el país de origen, puesto que la recurrente es una ciudadana boliviana y residía en Bolivia hasta fechas recientes, por lo que no es posible afirmar que haya perdido todos los vínculos familiares con otras personas con las que mantengan relaciones de parentesco, culturales y sociales con el país del que es nacional."

Visado

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 21 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 606/2005.
Ponente: D. Juan Ignacio Moreno-Luque Casariego.
Voz: Exención de visado y tarjeta de residencia comunitaria.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por la recurrente y se declara su derecho a la exención de visado y tarjeta de residencia comunitaria.

"La recurrente, de nacionalidad cubana, solicitó la tarjeta de residencia comunitaria con fecha 17 de julio de 2002 que le fue denegada con fecha 1 de abril de 2003 por falta de visado de residencia estampado en su pasaporte.

Que la recurrente sustenta su petición en base a ser madre de una inmigrante (doña M.ª D.) casada con español a la que le ha sido concedida la nacionalidad española por resolución de 26 de noviembre de 2002; con lo que se da la circunstancia de reagrupación con ascendiente de españoles o sus cónyuges no separados prevista en el artículo 11.c) del RD 178/2003; (...).

(...).

La presentación de visado era eximible de conformidad con el artículo 11.c) 9.º Extranjeros ascendientes de ciudadano español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar. Y teniendo en cuenta que nada se ha justificado en este aspecto por la administración procede la revocación de la resolución con estimación del recurso."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 20 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1450/2003.
Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.
Voz: Exención de visado. Ausencia de circunstancias excepcionales.
Resumen: Se desestima el recurso formulado por doña R. contra la resolución que denegaba la exención de visado. No existe ningún documento expedido por las autoridades de Brasil que pruebe que la recurrente se encuentra amenazada en su país de origen y que ha denunciado tales hechos.

"La parte demandante formula recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz, de fecha 23 de mayo de 2003, que denegaba la exención de visado y el permiso de residencia y trabajo.

(...).

"En el presente caso, la demandante alega como causa para la obtención de la exención de visado que regresar a su país implica un peligro para su seguridad al ser objeto de malos tratos físicos y psíquicos por parte de su compañero sentimental [artículo 49.2.b) Real Decreto 864/2001]. Se trata de una afirmación vacía de apoyo probatorio puesto que la actora no aporta documento alguno que acredite la situación de amenaza y maltrato, así como la convivencia y separación de su compañero. No existe ningún documento expedido por las Autoridades de Brasil que pruebe que la recurrente se encuentra amenazada en su país de origen y que ha denunciado tales hechos, existiendo algún procedimiento judicial abierto por hechos constitutivos de ilícito penal.

En segundo lugar, la actora tampoco aporta prueba que acredite la falta de vínculos con su país de origen, siendo lo cierto que la llegada a España de la recurrente no acredita necesariamente que carezca de vínculos personales con el país de origen, puesto que la recurrente es una ciudadana brasileña y residía en Brasil hasta fechas recientes, por lo que no es posible afirmar que haya perdido todos los vínculos familiares con otras personas con las que manten-

gan relaciones de parentesco, culturales y sociales con el país del que es nacional."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 24 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1459/2003.
Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.
Voz: Exención de visado. Malos tratos. Nacional de Chile.
Resumen: Se estima el recurso formulado por doña E. contra la resolución que denegaba la solicitud de exención de visado, permiso de residencia y trabajo. El informe social aportado revela el peligro que para la demandante supondría regresar a su país de origen.

"La parte demandante formula recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cáceres, de fecha 15 de julio de 2003, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 4 de octubre de 2002, que denegaba la solicitud de exención de visado, permiso de residencia y trabajo presentada por la recurrente. La parte actora solicita la anulación de la Resolución impugnada, alegando que debe concedérsele la exención de visado por motivos humanitarios.

(...).

En el presente caso, la actora alega que concurre la causa prevista en el artículo 49.2.b), referida a los «extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos personales con dicho país», debido a que ha sido objeto de malos tratos por parte de su esposo don L. durante un período de diez años. En el expediente administrativo la parte demandante aporta un informe elaborado por una Psicóloga y una Trabajadora Social del Ayuntamiento de Plasencia, que acredita el seguimiento que el Departamento de Servicios Sociales de la Corporación Local dentro del Programa de Infancia y Familia está haciendo de la problemática denunciada por la actora. En dicho informe se recoge que la recurrente viene a España donde se encuentra su madre por la situación continuada de malos tratos físicos y psíquicos de su esposo durante un período de diez años, (...).

La acreditación de causa para la concesión de la exención de visado conduce a la Sala a la anulación de la Resolución impugnada, ordenando que la Administración continúe la instrucción del procedimiento, acordando la unión de los documentos que falten o requiriendo para su presentación, y se pronuncie sobre los permisos de trabajo y residencia solicitados, no pudiendo denegarlos con base en la necesidad de visado al concurrir la causa de exención de visado prevista en el artículo 49.2.b) del Real Decreto 864/2001."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 2056/2003.
Ponente: D. César José García Otero.
Voz: Exención de visado para residencia. Nacional de Colombia.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por doña C. contra las resoluciones que denegaron las peticiones formuladas de exención de visado para residencia. No se ha aportado un mínimo de prueba de que la labor profesional de la recurrente (periodista y locutora de radio) conlleve un peligro para su vida por amenazas, presiones o ataques personales.

"El objeto del recurso contencioso-administrativo es la pretensión de que se anulen las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas, de 10 de junio de 2003, que denegaron las peticiones formuladas por doña C. de exención de visado para residencia, (...).

Al respecto, es necesario que la solicitante aporte un mínimo de prueba sobre la forma o modo en

Visado

la que se ve afectado por el supuesto conflicto o el riesgo para su vida en caso de regreso, que tiene que ser necesariamente superior al que pueda darse por el solo hecho de residir en Colombia o en cualquier otro país, pues, entender lo contrario, supondría llegar a concluir que todos los nacionales de ese país, o de cualquier otro con algún episodio de convulsión política o violencia, más o menos esporádicos o continuos, tendrían derecho a la exención de visado, con lo que la excepción –que es la dispensa– se convertiría en la regla general –que es la necesidad de visado.–

(...).

En este sentido, decir que la actora era periodista y locutora de radio no es bastante sino que es necesario que aporte un mínimo de prueba de que esa labor profesional, en su caso concreto, llevó consigo un peligro para su vida por amenazas, presiones, ataques personales, o de la forma que sea. Se trata de una prueba cuando menos indiciaria, incluso mínima: algún panfleto, carta enviada, denuncia presentada, aviso policial, etc., o, cuando menos, alguna prueba del ámbito del periodismo en el que supuestamente desarrollaba su profesión que nos puede llevar a concluir la situación de peligro.

Sin embargo, nada se aporta en el expediente ni en el proceso, donde la defensa se limita a insistir en que su defendida tiene arraigo en España por empadronamiento, lo cual, como es sabido, no es bastante para la exención de visado que exige la concurrencia de alguno de los motivos tasados establecidos en el Real Decreto".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1438/2003.
Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.
Voz: Exención de visado. Familiares residentes en España.

Resumen: Se estima el recurso formulado por doña D. contra la resolución que denegaba la solicitud de exención de visado. La permanencia en España de los familiares directos de la recurrente impiden a la demandante el traslado a su país de origen para solicitar el visado.

"La parte demandante formula recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cáceres, de fecha 20 de junio de 2003, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 8 de abril de 2003, que denegaba la solicitud de exención de visado, permiso de trabajo y residencia presentada por la parte recurrente.

(...).

En el supuesto sometido al enjuiciamiento de la Sala, ha quedado probado que el padre de la demandante dispone de permiso de residencia y trabajo, y también se recoge en el informe emitido por la Comisaría Provincial de Cáceres que la madre de la actora ha solicitado la exención de visado, quedando, por tanto, probado que se encuentra dentro del territorio nacional, precisando posteriormente la actora en el recurso de reposición que a su madre le ha sido concedida la exención de visado y tiene en trámite el permiso de trabajo y residencia, aspecto que no es negado por la Administración en la Resolución que desestima el recurso de reposición. En consecuencia, queda acreditado que la actora tiene sus familiares más cercanos en España, que tenía dieciocho años en la fecha en que se produce su entrada en el territorio nacional, por lo que es fácil presumir que depende económicamente en gran parte del sustento de sus padres y que tiene la residencia en la misma localidad donde residen sus progenitores, por lo que se demuestra que la demandante no dispone de familiares cercanos en el país de origen, trasladándose todo el núcleo familiar a residir a España, donde ya residen legalmente sus padres. La permanencia en España de sus familiares directos impiden a la demandante el traslado a su país de origen para solicitar el visado y supone

la concurrencia de la causa prevista en el apartado b) del artículo 49.2 del Real Decreto 864/2001."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª.
Fecha: 4 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 3952/2003.
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.
Voz: Exención de visado. Reagrupación entre hermanos.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por doña M.ª D. Se estima como razón excepcional, a efectos de eximir de la presentación de visado para la obtención del permiso de residencia, la reagrupación entre hermanos.

"(...) la Sala de instancia reconoce en su sentencia que la recurrente convive con una hermana que tiene residencia legal en España, pues el fundamento de la desestimación del recurso accionado en la instancia no es la inexistencia de tal convivencia sino el entendimiento de que esa convivencia no se integra en el listado tasado de supuestos, limitación que la Sala hace derivar de la excepcionalidad de la exención de visado, y concluye que tal circunstancia no puede ser considerada como excepcional a fin de dispensar el visado para residencia.

Parece obligado recordar ahora que la reagrupación familiar ha sido insistentemente considerada por esta Sala del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 28 de diciembre de 1998, de 24 de abril de 1994, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 12 de mayo de 1998 y 21 de diciembre de 1998) como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado a fin de obtener permiso de residencia, visto su profundo significado social; 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 meramente paternofilial, como sucede en este caso según los propios hechos declarados probados en la sentencia recurrida; todo lo cual obliga a estimar como razón excepcional, a efectos de eximir de la presentación de visado para la obtención de permiso de residencia, (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 10 de marzo de 2006.
Recurso de Apelación: 607/2005.
Ponente: Don Juan Luis Ibarra Robles.
Voz: Exención de visado y tarjeta familiar de residencia comunitaria.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la Administración General del Estado. Se declara probado que de la relación afectiva estable entre la recurrente y el ciudadano español nació el menor, de nacionalidad española, lo que determina la plena aplicabilidad de la causa de integración y reagrupamiento familiar, al encontrarse el menor, como hijo no emancipado y por disposición legal, bajo la patria potestad de la actora.

"La recurrente no es cónyuge sino pareja de hecho de ciudadano comunitario.

La recurrente no vive a expensas de su hijo menor de nacionalidad española. Dada la menor edad del menor, nacido el (...) de julio de 2003, debe presumirse que es el menor quien vive a expensas y depende de la persona extranjera ahora apelada. Por lo que no resulta de aplicación el artículo 8.3 del Real Decreto 178/2003.

Por igual razón, la apelada no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 11 del Real Decreto 178/2003 para la expedición de la tarjeta de residencia. Ni se encuentra en ninguno de los supuestos del apartado 3.c) del artículo 11 para la obtención de la exención del visado de residencia.

(...).

En el presente proceso, la sentencia de instancia denota la aplicación al caso enjuiciado el derecho

comunitario referenciado, incardinando la situación de la recurrente en el supuesto c) del artículo 2 del Real Decreto 178/2003, referido a los ascendientes del nacional europeo.

A este efecto, la sentencia declara probado que la recurrente, siendo nacional de Rumania, constituye pareja no matrimonial con don (...), de nacionalidad española; que la constitución de dicha relación familiar se encuentra inscrita, mediante resolución administrativa de (...) de octubre de 2003, en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con los efectos constitutitos, de acreditación y demás que le otorga la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo.

Y, así mismo, declara probado que, fruto de la relación de convivencia, el día (...) de julio de 2003, nació el niño (...), de nacionalidad española, teniéndose acreditada la relación familiar mediante certificado de nacimiento, documento nacional de identidad del menor y copia simple del Libro de Familia expedidos por el Registro Civil de (...) así como mediante volante de empadronamiento fechado el (...) de septiembre de 2003.

Las referidas circunstancias determinan que el caso de autos es subsumible en el apartado c) del artículo 2 del Real Decreto 178/2003, en aplicación de la interpretación jurisprudencial establecida por el Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004."

NORMALIZACIÓN

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 1, Alicante.
Fecha: 21 de noviembre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 452/05.
Voz: Inscripción en el padrón. normalización. Parte de asistencia a centro sanitario.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por doña A. contra la resolución por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia y trabajo por regularización.

"En el supuesto que nos ocupa, con la solicitud de 5 de mayo de 2005 se presentaron tanto la certificación de antecedentes penales como la certificación de empadronamiento en el Ayuntamiento de Alicante, en el que consta la inscripción por cambio de residencia el 3 de noviembre de 2004. Con la misma fecha, la Administración requiere conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, para presentar bien el certificado de empadronamiento anterior al 7 de agosto de 2004 o el certificado por omisión. Dentro de dicho plazo la actora presenta la negativa del Ayuntamiento de Santapola a la emisión del Certificado por omisión por haber presentado para justificar su estancia con anterioridad a dicha fecha, un certificado médico, por considerar que dicho certificado no está entre los supuestos para acreditar la estancia anterior a la indicada fecha.
Son dos las cuestiones que se plantean, por un lado, el motivo de denegación basado en Certificado de antecedentes penales sin legalizar, y, por otro lado, el del empadronamiento. Respecto a la primera cuestión, y con independencia de la posibilidad de subsanación, teniendo en cuenta que, los antecedentes penales del país de origen debidamente legalizados no es un requisito establecido en la Disposición Transitoria 3.ª sino en la Orden PRE 140/2005, que lo establece en su disposición sexta 1.E) debió la Administración dar por buenos los presentados ya que no requirió para su subsanación, por lo que, no es dable denegar las autorizaciones solicitadas en base a tal motivo.

En cuanto al certificado de empadronamiento, se requiere como se ha dicho para subsanación teniendo en cuenta que la inscripción en el padrón lo es por cambio de residencia, lo que, en principio parece indicar una inscripción anterior, la cuestión

estriba en que la Secretaría del Ayuntamiento de Santapola no emite el Certificado por omisión por considerar que el Certificado Médico oficial de fecha 29 de junio de 2004, presentado para acreditar la estancia anterior al 8 de julio de 2004 no está entre los documentos contemplados en la resolución de 14 de abril de 2005, lo que no es conforme a dicha resolución, por cuanto, en la misma, dice que uno de los documentos para acreditar la estancia anterior a la indicada fecha es la tarjeta sanitaria de un servicio público de salud en la que conste la fecha de alta, incluyéndose en dicho concepto, los Certificados de asistencia en hospitales, centros de Salud (...)."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2, Alicante.
Fecha: 22 de noviembre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 485/05.
Voz: Regularización. Empadronamiento.
Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por don J. contra la resolución que deniega la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo al trabajador extranjero.

"Es objeto de recurso contencioso-administrativo la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de fecha 8 de junio de 2005, que deniega la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo al trabajador extranjero don J.P.R.B.; solicitud presentada en fecha 28 de abril de 2005 por la empresa D. S.L. al amparo del proceso de normalización previsto por la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y que se deniega en base a que el trabajador no figura empadronado en un municipio español en fecha anterior al 7 de agosto de 2004.

(...).

Sostiene la parte actora que el certificado de empadronamiento es un documento oficial que establece una presunción, de residencia, presunción de carácter *iuris tantum* en cuanto admite prueba en contrario, y aun cuando dicho requisito, el de empadronamiento, se encuentre expresamente aludido en el Reglamento para probar la estancia, no se justifica la atribución exclusiva como medio de prueba, y así con cita en las SSTSJ de Madrid de 10 y 26 de octubre de 1996, y de 17 de octubre de 1997 afirma que, en los procesos de regularizaciones extraordinarias, se ha tenido que demostrar un cierto período de tiempo de permanencia en territorio español (...).

La prueba ofrecida por el actor como demostrativa de su derecho consiste en varios documentos privados consistentes en billetes de diferentes pasajes de avión desde Asunción a Sao Paulo el día 13 de mayo de 2004, de Sao Paulo hasta París en el mismo día y en fecha 21 de mayo de 2004 a Madrid, así como envíos de dinero efectuados por Giro Express en fecha 6 y 19 de julio de 2004 y recibos emitidos por la empresa P.E. relativos a horas trabajadas correspondientes a los días 4, 5, 7, 9, 11 y 12 de agosto de 2004, consta asimismo certificado de inscripción consular emitido por la Embajada de la República de Paraguay en el que se hace constar que el recurrente ingresó en España el 14 de mayo de 2004, lo que se certifica en fecha 5 de julio de 2005. De la anterior documentación cabe advertir que queda justificada la estancia en España del recurrente con anterioridad a la fecha exigida, por lo que se está en el caso de estimar el motivo impugnatorio esgrimido por el actor, ahora bien como quiera que la Administración demandada ha denegado la solicitud por dicho motivo, se está en el caso, de decretar la anulabilidad de la resolución impugnada de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, a fin de que la Administración pueda pronunciarse sobre la concurrencia de los demás requisitos antes fijados y resuelva conforme a Derecho."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2, Alicante.
Fecha: 22 de noviembre de 2005.

Normalización

Recurso Contencioso-Administrativo: 398/05.
Voz: Normalización. Empadronamiento por omisión.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por don A. contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena.

"La solicitud deducida por la parte actora se enmarca dentro del proceso de normalización regulado en la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, que es desarrollada por la Orden PRE 140/2005, de 2 de febrero, en el que en su artículo 7.2, párrafo tercero, en relación con el artículo 6 establece que la solicitud carece de fundamento cuando no se acompañe el oportuno certificado de empadronamiento, el que deberá indicar que el solicitante figuraba dado de alta en el padrón municipal con anterioridad al día 8 de agosto de 2004.

En el caso de autos la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se presenta el día 8 de septiembre de 2005, y a la misma se acompaña fotocopia del pasaporte del actor, certificado de antecedentes penales debidamente traducidos y legalizados de los que carece el actor, certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de San Javier, en el que figura como fecha de alta en el padrón la de 9 de diciembre de 2004, Fe de vida y Estado (...) así como contrato de trabajo, (...) e informe de encuadramiento de empresario en el sistema de la Seguridad Social (...).

De la anterior documentación cierto es que no se acompañó a la solicitud deducida certificado de empadronamiento que acreditase el alta en el padrón municipal con anterioridad al día 8 de agosto de 2004, requisito este establecido para acogerse al proceso de normalización y obtener la correspondiente autorización inicial de residencia y trabajo (...), ahora bien, como quiera que al escrito de interposición de recurso de reposición se acompaña diversa documentación, y entre la que figura copia de diversos escritos aportando documentación y deduciendo solicitud de permiso de residencia ante la Delegación del Gobierno en Murcia correspondientes al año 2002 y 2003, de los que no consta su resolución, así como notificación al recurrente, a los efectos prevenidos en la Instrucción II de la resolución de 14 de abril de 2005, a los efectos del llamado empadronamiento por omisión, y contemplando la anterior Orden Ministerial solo como supuesto de inadmisión la no presentación de documentos, que no es el caso como se ha indicado, procede decretar la anulabilidad de la resolución impugnada."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3, Alicante.
Fecha: 24 de noviembre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 350/05.
Voz: Proceso de regularización y empadronamiento. Autorización de trabajo y residencia al amparo del Tratado de Uruguay.
Resumen: Se estima en parte el recurso interpuesto por don M. contra la resolución por la que se inadmitió a trámite la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena.

"Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 6 de mayo de 2005, del Subdelegado del Gobierno en Alicante, por la que se inadmitió a trámite la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajo por cuenta ajena al amparo del proceso de normalización previsto en la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

La parte actora alegó que, al ser ciudadano de nacionalidad uruguaya, resulta procedente, en aplicación del Tratado internacional de reconocimiento de Paz y Amistad entre España y la República Oriental del Uruguay de 1870, la concesión del permiso de trabajo solicitado.

(...).

Partiendo, pues, de la base de que el Tratado de 1992 no ha venido a derogar el de 1870 en el as-

pecto que aquí nos ocupa, y como quiera que la Administración demandada resolvió la inadmisibilidad de plano sin audiencia previa y sin dar al interesado la oportunidad de subsanar los posibles defectos documentales de su petición, e incluso sin especificar la causa de su inadmisión a trámite –ya que ni siquiera se señaló la causa correspondiente en el modelo de declaración de inadmisión a trámite–, lo que constituye un claro ejemplo de la falta de motivación de los actos administrativos, la retroacción de las actuaciones por el solo motivo, invocado en sede jurisdiccional, de no haber aportado el certificado de empadronamiento anterior al 8 de agosto de 2004, no ha lugar en el presente caso, atendiendo a la consolidación de la doctrina anteriormente citada, a la retroacción de las actuaciones con la finalidad de que, previo cumplimiento del trámite previsto en el artículo 71.1 de la LRJ-PAC, se dicte una resolución motivada sobre la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud; y ello en tanto en cuanto que, si los mencionados Tratados internacionales habilitarían al actor para la obtención del permiso de trabajo y residencia con sometimiento al régimen general previsto en la Ley Orgánica de Extranjería, con mayor motivo lo estará para la exención de la acreditación de un requisito que únicamente es exigible a los extranjeros que no gozan de dicho régimen jurídico especial.

Por ello, en el presente caso, y atendiendo a dicha circunstancia y a que posiblemente no se estaría debatiendo este debate si la Administración le hubiera requerido para subsanar las deficiencias observadas –momento en que el actor podría haber alegado la aplicación del Tratado–, resulta procedente la anulación del acto administrativo impugnado; anulación que no puede alcanzar, sin embargo, a efectuar pronunciamiento favorable sobre el derecho a la concesión de dicho permiso puesto que ello excedería del objeto del presente recurso: la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2, San Sebastián.
Fecha: 1 de diciembre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 358/05.
Voz: Empadronamiento por omisión. Normalización.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por don G. frente a la resolución por la que se deniega la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajo por cuenta ajena.

"Se impugna en el presente recurso la resolución de 26 de mayo de 2005 del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa por la que se declara denegar la solicitud de autorización inicial de residencia y de trabajador por cuenta ajena solicitada por la empresa A. S.L. al trabajador extranjero don G.G., (...).

El Sr. G. para acreditar su presencia continuada y de forma ininterrumpida en España aportó actas de manifestaciones realizadas en fecha 26 de julio de 2005 ante el Notario de San Sebastián Sr. O., donde comparecían el Sr. R.C. (tío carnal del demandante) y el Sr. J.B., (representante de la empresa A. S.L.), documentos que acreditan que al Sr. R.C. le fue concedida por la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil el día 5 de enero de 2005 la nacionalidad española por residencia.

(...).

En el presente caso el recurrente acudió a las dependencias municipales con toda la documentación que acreditaba su permanencia en España desde antes del día 8 de agosto de 2004, y ésta le expide un certificado de empadronamiento por omisión previsto en la resolución de 14 de abril de 2005, sin que la Administración en el presente caso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local le hubiera requerido al Ayuntamiento para que anulara dicho acto en el plazo máximo de un mes, debiendo acogerse este primer motivo impugnatorio.

(...).

Del contenido de las Actas notariales de fecha 26 de julio de 2005 se colige que el Sr. G. lleva residiendo en la localidad de San Sebastián desde el mes de junio de 2003, pues el testimonio de su tío el Sr. R. y del Sr. B. (representante de la empresa A. S.L.) acreditan su presencia en esta ciudad desde esa fecha.

(...).

En el presente caso consta en el expediente administrativo contrato de trabajo por tiempo determinado suscrito por el Sr. G. en fecha 4 de mayo de 2005, y certificación de la inscripción padronal del anterior en el Ayuntamiento de San Sebastián a fecha 10 de enero de 2005, debiendo acogerse este motivo impugnatorio."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3, Oviedo.
Fecha: 5 de diciembre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 325/05.
Voz: Regularización: empadronamiento por omisión. Subsanación improcedente.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Cuando la existencia de defectos afectan, no al procedimiento, sino a la acreditación de los requisitos de fondo necesarios para el reconocimiento de la situación jurídica instada por el solicitante, no es procedente ni preceptivo el requerimiento de subsanación.

"Por el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de Corvera de 31 de mayo de 2005 por la que se deniega el certificado de empadronamiento por omisión solicitado por don A.E.

(...).

En este caso, el documento presentado por el recurrente (visado y sello de entrada en España) y las manifestaciones del acompañante de la actora, expresando que se encontraba en casa de su hermana y su cuñado desde el 20 de julio de 2004, no fueron suficientes para probar que estaba en España antes del 8 de agosto de 2004. A juicio del demandante, en estos casos en que se aporta un documento distinto de los contemplados en la Resolución de 14 de abril de 2005, se debería haber adoptado la decisión de abrir un período probatorio.

(...).

Sustancialmente los alegatos del recurrente se centran en afirmar que la documentación presentada por el Sr. E. acredita sobradamente la presencia del recurrente en territorio español con anterioridad al 8 de agosto de 2004, lo que debería haber llevado a la recurrida a expedir el certificado de empadronamiento por omisión. En síntesis sostiene la parte recurrente que la Resolución de la administración ha de ser anulada, y los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se contraen esencialmente a poner de manifiesto las circunstancias concurrentes en el sentido de considerar acreditada la residencia en municipio español dentro del plazo por los medios alternativos que relaciona en su demanda.

(...).

En directa conexión con lo dicho hasta ahora puede observarse cómo la Administración del Estado considera absolutamente relevante el certificado padronal como prueba única del cumplimiento del requisito que ahora examinamos, y así lo demuestra la Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE número 91 de 16 de abril), por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de las certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad, por la que se dispone un mecanismo absolutamente flexible en orden a facilitar lo que la

resolución califica del «*Empadronamiento por omisión*», pero que mantiene inalterada la obligación de su presentación, del certificado de empadronamiento queremos decir, como requisito obligatorio para permitir la continuidad de la tramitación de la solicitud en vía administrativa."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 1, Zaragoza.
Fecha: 16 de enero de 2006.
Recurso Contencioso-Administrativo: 404/05.
Voz: Normalización. Autorización de trabajo y residencia. Falta de informe gubernativo previo. Presunción de inocencia.
Resumen: La denegación de la autorización para trabajar se basa en un informe gubernativo desfavorable que no consta en modo alguno en las actuaciones analizadas. Se estima el recurso interpuesto por la recurrente a quien se la reconoce la autorización de trabajo y residencia solicitada por el procedimiento de normalización.

"A la actora que ha solicitado autorización inicial de trabajo y residencia por el proceso de normalización que se llevó a cabo en los primeros meses del año 2005, se le ha denegado la misma por la existencia de informe gubernativo previo desfavorable en aplicación del artículo 53.1.i) del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, Reglamento de la Ley 4/2000.

(...).

La actora no niega el hecho de la detención por presunto delito de hurto en Castellón. Ella misma ha aportado las actuaciones de las que dispone copia, el Auto del Juzgado de Instrucción de puesta en libertad, el de autorización de internamiento y el de anulación de este último. Ocurre que como se ha denunciado en demanda, no hay informe gubernativo alguno en el expediente.

Tras la documentación de la solicitud y la petición de vista del expediente de la Letrada, consta la Propuesta de Resolución de la Jefa de Oficina de Extranjeros y la Resolución de la misma fecha, pero no consta informe gubernativo desfavorable alguno. Si la denegación de la autorización para trabajar se basa en la existencia de un informe, es preciso al menos que ese informe conste en las actuaciones, pues hemos de tener en cuenta que ha de ser firmado por autoridad gubernativa que ha debido constatar los hechos sobre los que se basa y valorar los mismos para dictar ese informe desfavorable. No consta este informe y tampoco ha sido subsanada su falta en el acto del juicio oral. Defecto suficiente para estimar el recurso y conceder la autorización solicitada.

No obstante y aunque existiera este informe y el mismo, se basase en la existencia de antecedentes policiales, que en ningún momento se haya acreditado hayan acabado en condena, ha de indicarse que la mera detención e inicio de un procedimiento penal, sin concurrencia expresa de condena firme, no puede considerarse suficiente, para fundar un informe gubernativo desfavorable, pues sería tanto como equiparar los antecedentes penales, con los antecedentes policiales, algo que choca frontalmente con el principio de presunción de inocencia.

El supuesto de denegación de la autorización de trabajo y residencia consistente en "informe gubernativo previo desfavorable", goza de una absoluta falta de concreción que pone en manos de la autoridad gubernativa, sin perfilar motivos o razones en los que fundarse la determinación de los supuestos en los que debe o no concederse el permiso."

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 21 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 889/2003.

Expulsión

Ponente: D. Fernando Socias Fuster.
Voz: Sanción de expulsión y principio de proporcionalidad.
Resumen: Se estima parcialmente el recurso interpuesto por don J. contra la resolución por la que se impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional. Ausencia de motivación en la graduación de la sanción impuesta.

"Se impugna resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Illes Balears, por medio de la cual se acuerda imponer al ahora recurrente –ciudadano rumano– la sanción de expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de diez años (...).

(...).

El principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la exigencia de motivación de las resoluciones, ya que no basta que la sanción esté proporcionada a la infracción, sino que cuando –como en el caso– se opta por la sanción más gravosa, es preciso que se indiquen las razones del juicio de proporcionalidad aplicado. En caso contrario, se causaría indefensión a la parte imputada desde el momento en que ha desconocido las razones por las que se le impone la sanción más gravosa y correlativamente, no ha podido combatirlas.

En el presente supuesto en la resolución ya se indicó que en el ahora recurrente concurría una detención por presunto delito de hurto, precediéndole otras detenciones, por lo que en el juicio de proporcionalidad a efectuar por la Administración, tuvo en consideración este hecho.

No negada dicha implicación por la parte recurrente, se ha de entender que el expediente administrativo contiene descripción de hecho que justifica la opción administrativa y por tanto concurrencia de suficientes razones que han llevado al acertado juicio de proporcionalidad aplicado.

No obstante, la resolución sancionadora guarda completo silencio acerca de las razones por las que opta por graduar la sanción impuesta en cuanto a imponer la prohibición de entrada por 10 años –y no por el mínimo de 3–. Por ello y en atención a lo expuesto más arriba, la ausencia de motivación en la graduación determina la reducción de la sanción impuesta."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 21 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 77/2005.
Ponente: D. José Matías Alonso Millán.
Voz: Sanción de expulsión. Ciudadano marroquí. Interés del menor.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia por la que se impone a don C. la sanción de expulsión. Ausencia de arraigo. Falta de integración familiar y social.

"Es indudable que esta supremacía del interés del menor no presupone que siempre este menor esté con su padre; este interés del menor se manifiesta, como ya se ha indicado antes, por la obligación impuesta a los progenitores por el Código Civil. Obligación que incumple sistemáticamente el padre: (...) no contribuye a la alimentación del menor, ni procura estar con él mediante permisos o visitas. En cuanto al mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, no puede quedar eliminado por el hecho de que su padre se encontrase en prisión cuando el menor nació, ni tampoco de que todavía se encuentre en prisión; se cumple este interés mediante el mantenimiento en el medio familiar de origen, que no es sino y fundamentalmente el tener una relación estable con, no solamente la madre, sino también el padre; que no ocurre, como se ha indicado; y que lo que se acredita es que el padre intenta agredir a su novia (aunque no se expresa, al parecer es la madre del menor), según se recogen en los Hechos Probados (de conformidad con las partes) que recoge la sentencia de 2 de septiembre de 2003 dic-

tada por el Ilmo. Señor Magistrado del Juzgado de lo Penal número 1 de Cáceres. También se indica el principio rector de integración familiar y social y que no consta constituida una familia al menos con el padre; esta falta de constitución de la familia en este sentido, se acredita por la falta de relación alguna con el menor, en curso no se acredita una relación con la madre (a pesar de lo que indica ésta) ante la falta de visitas a la cárcel, y lo único que falta es una actuación judicial de privación o suspensión de la patria potestad del padre por este incumplimiento, o que la administración hubiese adoptado alguna medida de protección del menor por este incumplimiento del padre, que puede no fuese necesario ante la atención que la madre prestaba al menor.

Además el arraigo no ha quedado claramente demostrado, como se desprende por la falta de integración en la sociedad española que se aprecia con el continuo actuar delictivo del recurrente; como tampoco se ha presentado documentación fidedigna que acredite que su madre y su hermana residen legalmente en España o, mejor dicho, que las personas que indica el recurrente ostentan con el mismo el grado que parentesco que dice tener. El arraigo no consiste en vivir en un Estado de acogimiento, sino integrarse en el entramado social del mismo, viviendo en concordia con sus convecinos y respetando las leyes internas del país en el que vive, entenderlo de otra forma, supone únicamente coexistir sin arraigo alguno."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 28 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 62/2005.
Ponente: D. Rafael Fonseca González.
Voz: Sanción de expulsión y medidas cautelares.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el auto que denegó la medida cautelar solicitada por la apelante. Nacimiento de un hijo de la persona de la que se acuerda la expulsión en fecha anterior al auto recurrido.

"Razona la Administración apelante como fundamento de la impugnación del Auto dictado en la instancia que es improcedente la suspensión acordada en tanto no existen especiales circunstancias de arraigo en España del Sr. R., así como que los datos tenidos en cuenta para acordar la suspensión: estancia del demandante en territorio español desde el 17 de enero de 2003, que solicitó permiso de residencia y trabajo, y que el 23 de enero de 2004 fue padre de un niño nacido en nuestro país, no son decisivos (...).

Por la representación de don R., en su oposición al recurso de apelación, se argumenta, según las sentencias del Tribunal Supremo que refiere, que la suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a la esfera personal (...).

(...) pues la expulsión del territorio nacional con el consiguiente alejamiento de la recurrente del proceso no puede erigirse, sin más, en causa determinante de la suspensión de su obligación legal de salir de España, (...).

(...) siendo significativo, en el presente caso, el nacimiento de un hijo de la persona de la que se acuerda la expulsión, en fecha anterior al Auto recurrido como se recoge en el mismo, nacido en España, e inscrito en el Registro Civil, lo que supone además, romper la unidad familiar de no seguir el hijo al expulsado, que aunque no tiene por qué garantizarse en un territorio, ello implicaría en el caso que nos ocupa, la salida de España de una persona cuyos intereses deben ser salvaguardados en este momento, y que afectan a la esfera personal del recurrente, y como no se aprecian circunstan-

cias concretas de un interés público que demande la inmediata ejecución del acto en casos como el presente, ello unido al interés que afecta a la esfera personal del recurrente y de otra persona, lo procedente, en la ponderación de los intereses en presencia, y para no crear situaciones irreversibles que harían ineficaz la sentencia favorable que pudiese dictarse, este Tribunal estima que procede confirmar el Auto impugnado compartiendo los acertados y fundados argumentos del Juzgador de Instancia."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 28 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 327/2005.
Ponente: Dña. Cristina Páez Martínez-Virel.
Voz: Sanción de expulsión. Principio de proporcionalidad.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por doña P. contra la resolución que decreta su expulsión por ser una medida innecesaria y desproporcionada que conlleva la injerencia en el derecho a la protección de la vida íntima y familiar.

"Por la apelante se manifiesta que: la medida de expulsión es desproporcionada y que hay que tener en cuenta la sentencia de fecha 7 de febrero de 2005 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 referente a su esposo en la que se estima el recurso interpuesto contra Resolución de Expulsión.

(...).

Así las cosas, es evidente que la orden de expulsión dictada en fecha 9 de enero de 2004 respecto de doña P. deviene innecesaria y desproporcionada, en orden al logro de la finalidad perseguida por el Estado a través de la legislación reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España. La expulsión en fin, constituiría en este caso, una injerencia en el derecho a la protección de la vida íntima y familiar.

Es manifiesto que puede apreciarse la existencia de un arraigo en territorio español, representado especialmente por la reagrupación e integración familiar, protegida no solo por el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de extranjeros en España, sino también por el artículo 39 de la Constitución.

Por ello se impone la estimación del recurso de apelación."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 28 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 3769/2003.
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.
Voz: Sanción de expulsión. Internamiento.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por doña E. contra la resolución por la que se impone su expulsión. La decisión de internamiento del extranjero no es un mero acto que inicia el procedimiento sino una medida que afecta directamente a su situación personal.

"Si bien en ocasiones anteriores (como la del recurso de casación 703/02, sentencia de 17 de mayo de 2004) hemos confirmado autos de igual contenido que los que ahora se impugnan, un estudio más detenido del asunto nos lleva ahora a conclusión contraria.

El acto administrativo recurrido inicia un procedimiento sancionador, y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite.

Pero hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En efecto, se decide en el acto recurrido «proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancie el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo

62 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000».

No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 28 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 3478/2003.
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.
Voz: Expulsión. Procedimiento sancionador.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don R. contra la resolución que decreta la iniciación del expediente sancionador que podría acarrear su expulsión.

"El acto administrativo recurrido inicia un procedimiento sancionador, y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite.

Pero hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En efecto, se decide en el acto recurrido «proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancie el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000».

No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso de Apelación: 290/2005.
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.
Voz: Sanción de expulsión.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Falta de motivación en la imposición de la sanción de expulsión.

"Y, en el caso, ha quedado acreditada la estancia ilegal, ni siquiera se discute, por lo que, a partir de aquí, lo decisivo es que la imposición de la sanción de expulsión no se configura por la ley como subsidiaria a la sanción de multa sino como alternativa, de forma que la Administración podrá optar por una o por otra aunque se trata de sanciones de distinta naturaleza y alcance.

(...).

(...) la discrecionalidad de la Administración, como bien advierte la juzgadora, es susceptible de control judicial, de forma que la falta de motivación o justificación de la opción por la sanción de expulsión puede ser una poderosa razón de dar por acreditado un mal ejercicio de la discrecionalidad, y eso es lo que sucede en el caso de autos, en el que la sentencia encuentra la disconformidad a derecho de la sanción impuesta en la falta de motivación, con lo que coincide plenamente esta Sala a la vista del expediente, y, en particular, de las alegaciones del denunciado, en las que pone de relieve lo que califica como graves perjuicios que se le irrogarían por la imposición de la sanción de expulsión a la vista de sus circunstancias personales, sin que la Administración hubiese tenido en cuenta dichas alegaciones ni hubiese explicado, a la vista de las mismas, las razones de opción por la expulsión, que exigían un mínimo esfuerzo de motivación en

relación al caso concreto y no de forma estereotipada o genérica.

En definitiva, es esa falta de motivación lo que lleva a esta Sala a declarar que la labor revisora llevada a cabo en la sentencia de instancia, en el sentido de sustituir la sanción de expulsión por la de multa, se ajusta a derecho."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso de Apelación: 159/2005.
Ponente: D. Pedro Manuel Menéndez Cordobés.
Voz: Sanción de expulsión. Falta de proporcionalidad.
Resumen: Se estima el recurso deducido en nombre de doña E. Falta de proporcionalidad en la sanción de expulsión impuesta.

"En el caso la resolución expone la situación de estancia ilegal en el país en que se encontraba el actor, supuesto en el que la imposición de la sanción de expulsión y la prohibición de entrada –en el recurso por un período de tres años (mínimo legal)–, está justificada como mecanismo que permite al Estado hacer efectivo el cumplimiento de las normas que rigen la entrada y permanencia en España de ciudadanos extranjeros. Así se expresa la exposición de motivos de la Ley (LO 8/2000) justificando la introducción como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio.

No se requiere, por tanto, en estos supuestos, una especial motivación de la imposición de la sanción de expulsión. Otra cosa será que, en el caso concreto, por las circunstancias concurrentes, la expulsión resulte desproporcionada que fue lo en definitiva apreciado por la sentencia.

Por lo que se refiere a la graduación de la multa, los criterios a tener en cuenta son los establecidos con carácter general en el artículo 55.3 y el específico del aparado cuatro, esto es, la capacidad económica del infractor, regla que permite eliminar el intrínseco trato desigual que supondría la imposición de cuantías parejas frente a circunstancias económicas desiguales.

Pues bien, la situación económica del recurrente que resulta de las pruebas que obran en el recurso y expediente administrativo, es la de que el matrimonio vive con unos ingresos de 700 euros mensuales y abona una renta por alquiler de la vivienda de 300 euros.

No apreciando especiales circunstancias de culpabilidad, daño o riesgo producido, consideramos que la multa debe ser impuesta en torno a su cuantía mínima: 600 euros, al no revelarse una solvencia patrimonial que justifique una mayor cuantía."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso de Contencioso-Administrativo: 752/2003.
Ponente: D. Rafael Fonseca González.
Voz: Expulsión y principio de proporcionalidad.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por doña J. contra la resolución que acuerda su expulsión. Principio de proporcionalidad: falta de motivación en la imposición de la expulsión como medida sancionadora más gravosa.

"Sostiene la Administración demandada que no existe ilegalidad alguna en la actuación administrativa una vez constatada la presencia irregular de la recurrente en España, siendo legítimo y legal sancionarla, con escrupuloso respecto al procedimiento establecido, con la expulsión, cumpliéndose los principios de legalidad y tipicidad, por más que se intente lo contrario, así como que la recurrente conoce perfectamente las razones que han llevado a la Administración a imponer la medida que se impugna, por lo que con lo que deja razonado sobre la situación en España de la recurrente, el alcance

del derecho de residencia de los extranjeros, y la proporcionalidad de la sanción impuesta, solicita la desestimación del recurso.

(...).

Con lo anterior, este Tribunal estima que la resolución impugnada ha de contemplarse de entrada, y al margen de otras cuestiones suscitadas, desde la necesaria exigencia de que la resolución sancionadora recoja fundadamente el proceso lógico que llevó a la concreta sanción de expulsión, es decir, la motivación, y en el presente caso no se da explicación alguna en la vía administrativa sobre la aplicación de la sanción de expulsión, lo que supone un vicio de anulabilidad en tanto se produce una indefensión en vía administrativa al impedir una adecuada defensa de la sancionada, y un adecuado control judicial de la decisión administrativa y sus fundamentos, por lo que siendo posible la imposición de una sanción de multa, en lugar de la expulsión, la elección en cada caso corresponde a la administración competente que ha de motivar su decisión y dentro del principio de proporcionalidad, debiendo proporcionar el adecuado juicio lógico para el correspondiente control en esta vía judicial, y al no hacerlo así lo procedente es anular la resolución impugnada, sin que sea obligado su sustitución por otra sobre la que, en su caso, ha de pronunciarse la Administración."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso de Apelación: 326/2005.
Ponente: D. César José García Otero.
Voz: Sanción de expulsión improcedente.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Los hechos relatados en la denuncia no pueden dar lugar a la incoación del procedimiento de expulsión pues no se había producido la entrada en España y la infracción exige que el sujeto pasivo se encuentre irregularmente en territorio español.

"El *quid* de la cuestión es, por tanto, si era posible la incoación de un expediente de expulsión a quien no había entrado en España sino que pretendía entrar en España, y la respuesta forzosamente debe ser negativa.

Como antes dijimos, la expulsión pasa a ser en el nuevo régimen de extranjería una sanción que solo es posible aplicar cuando concurra la conducta típica, que consiste, según el artículo 53.a) de la Ley en «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente».

Coincidimos con el Abogado del Estado en que el procedimiento de expulsión ofrece más garantías (las garantías propias de un procedimiento sancionador) y que en ocasiones uno y otro procedimiento pueden llegar a superponerse, en cuanto podrá optarse por cualquiera de ellos, siempre y cuando unos mismos hechos puedan dar lugar a la incoación del expediente de expulsión o al procedimiento de devolución, pero, en el caso examinado, lo decisivo es que esos hechos, que se relatan en la denuncia, nunca podían dar lugar a la incoación del procedimiento de expulsión pues no se había producido la entrada en España y la infracción exige que el sujeto pasivo se encuentre irregularmente en territorio español, mientras que la detención lo fue en un barco con bandera de otro Estado, lo que hace que la sentencia de instancia, en cuanto declara la nulidad de la resolución recurrida se ajusta a derecho, sin que corresponda a esta Sala ir más allá en sus fundamentos."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 4 de noviembre de 2005.

Recurso de Casación: 10375/2003.
Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.
Voz: Expulsión de quien previamente solicitó la regularización.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por doña M.ª V. contra el auto que denegaba la suspensión de la resolución que acordaba la expulsión. Constituye un contrasentido que haya que abandonar el territorio español quien se ha acogido a las medidas expresamente acordadas para regularizar su presencia en España.

"Pues bien, comenzando con el examen de las alegaciones referidas al fondo del litigio, esto es la denuncia de infracciones procedimentales en vía administrativa como de la vulneración del principio o regla de proporcionalidad en la imposición de la sanción así como la caducidad del procedimiento sancionador, todas ellas deben ser rechazadas pues, con independencia de su eficacia en el orden impugnatorio de la resolución combatida en los autos principales, debe recordarse una vez más que no es la pieza de medidas cautelares sede para un enjuiciamiento anticipado del fondo del litigio.

En cambio, debe prosperar el segundo de los argumentos que antes citábamos (infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley Jurisdiccional 29/1998), pues ha quedado acreditado (documento n.º 6 acompañado con la petición de suspensión) que la interesada, con fecha 19 de marzo de 2002, es decir, antes de que el día 26 de marzo de 2002 le fuera requerida por funcionarios policiales la presentación de la documentación necesaria para su estancia regular en territorio nacional, presentó escrito en la Subdelegación del Gobierno de Almería solicitando permiso de residencia y permiso de trabajo tipo B, al amparo de lo dispuesto en la letra d) del artículo 41.2 del Reglamento de Extranjería 864/2001, de 20 de julio, sin que aparezca que, al tiempo de dictarse la orden de expulsión en fecha 30 de julio de 2002 (expediente n.º 507/02), aquí recurrida, hubiera resuelto la Administración dicha solicitud, pues, tal como tenemos dicho repetidamente, (v. g. sentencias de 22 de julio de 2000, de 25 de noviembre de 1995 y de 17 de febrero de 1996), constituye un contrasentido que haya de abandonar el territorio español quien se ha acogido a las medidas expresamente acordadas para regularizar su presencia en España, debiendo la Administración resolver previamente sobre tal solicitud de regularización. En consecuencia, procede suspender la ejecución de la orden de expulsión aquí recurrida."

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 14 de septiembre de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1014/2003.
Ponente: Doña M.ª Luisa Alejandre Durán.
Voz: Kafala islámica. Permiso de residencia temporal con exención de visado.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega el permiso de residencia temporal con exención de visado del menor. Aunque la kafala islámica no es equiparable a la tutela regulada en el Código Civil, es una institución orientada a la protección y desarrollo armonioso del menor que produce plenos efectos jurídicos tanto para el menor como para la actora que asumió su guarda y garantía de todos sus derechos legales y administrativos.

"La actora, tía del menor solicitó el día 4 de octubre de 2002 el permiso de residencia temporal con exención de visado, al encontrarse dicho menor en España desde el mes de julio, y haberse hecho cargo de su guarda en virtud de la institución islámica Kafala de fecha 16 de julio de 2002, 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 fuera.

(...).

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 es equiparable a la tutela de menores en España ya que la patria potestad sigue siendo ejercida por los padres, por tanto carecería de los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

Frente a ello se opone que la citada Resolución vulnera el artículo 20 de la Convención de les Derechos del Niño que prevé la kafala Islámica como institución para la protección y desarrolle armonioso del niño y que tiene efectos jurídicos tanto para el menor como para la persona encargada de aquel 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.

Teniendo en cuenta que el artículo 27.4 de la Ley orgánica 4/2000 modificada por la 8/2000 y 14/2003 establece qué el ejercicio de la potestad, de otorgamiento denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia, no cabe duda, que estando reconocido la kafala Islámica en el artículo 20 de la Convención de los Derechos del niño asumido por España como Una institución para la protección del menor y aunque efectivamente y come razona la Resolución impugnada no sea equiparable a la tutela regulada en el Código civil (artículos 172 y siguientes), ello no puede impedir el reconocimiento de le exención de visado del menor que se encuentre en España al cuidado de su tía residente legal, en virtud de una institución legal propia del ordenamiento del menor que produce plenos efectos jurídicos tanto para el menor cono para la actora que asumió sus guarda y garantía de todos sus derecho legales y administrativos entre los que se encuentra el de protección a través de la Kafala Islámica conforme al artículo 20 de la Convención de los Derechos del niño vinculante para España en virtud del tratado internacional correspondiente.

Consideramos que se dan circunstancias excepcionales humanitarias debidamente justificados para la concesión de la exención del visado con autorización de residencia temporal, como así se informó favorablemente por la autoridad policial al existir en derecho de protección (a través da la institución de la Kafala Islámica) del menor que debe prevalecer sobre las exigencias reglamenterias contrarias a la Convención y al propio Código Civil en correcta aplicación del artículo 27.4 de la Ley orgánica 4/2000".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 28 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 631/2003.
Ponente: Doña Cristina Páez Martínez-Virel.
Voz: Permiso de residencia temporal. Reagrupación familiar.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto por don J. contra la resolución por la que se desestimó la solicitud de permiso de residencia temporal.

"Se impugna la resolución 14 de octubre de 2002 de la Delegación del Gobierno por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra Resolución de fecha 9 de enero de 2002 que desestimó solicitud de permiso de residencia temporal (...).

En el presente supuesto aparece acreditado que el demandante cursó estudios de tercero (1999/2000) y cuarto (2000/2001) de enseñanza secundaria en el Instituto de Puerto del Rosario y la reagrupación familiar puesto que el demandante tiene tres her-

manos residentes legales que viven en Canarias: P., P.A. y G., siendo el primero de ellos el encargado de la manutención y cuidado del demandante, quien era menor en el momento de la solicitud (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 60/2003.
Ponente: Don Julio Luis Gallego Otero.
Voz: Permiso de residencia temporal. Circunstancias excepcionales.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por don F. contra la resolución por la que se deniega el permiso de residencia temporal solicitado. La situación familiar del recurrente y los hechos sobrevenidos por la obtención de la nacionalidad italiana tienen la relevancia que apunta la Administración para excluir los perjuicios irreparables asociados a la expulsión pero carecen de incidencia respecto a otros actos limitados a permisos que nada tienen que ver con la nueva condición.

"La parte recurrente interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por la Delegación de Gobierno en Asturias el 18 de agosto de 2002, desestimatoria del recurso de reposición contra la resolución del citado órgano de 17 de junio de 2002, que le deniega el permiso de residencia temporal solicitado para ella por la Empresa L.C.V., S.A, para que se deje sin efecto la resolución objeto de impugnación.

Con la acción ejercitada pretende se declare la nulidad de las resoluciones motivadoras del presente recurso, declarando haber lugar la concesión de los permisos de trabajo y residencia solicitados.

(...).

Sentado cuanto antecede, las manifestaciones sobre la situación familiar del recurrente y los hechos sobrevenidos que afectan a él y a su esposa por la obtención de la nacionalidad italiana y la exención de visado para residir en España respectivamente por ser descendientes de ciudadanos italianos y españoles tienen la relevancia que apunta la Administración demandada y su defensa para excluir los perjuicios irreparables asociados a la expulsión, pues no se ha decretado esta medida y con ella la separación familiar, pero carecen de incidencia respecto a estos actos limitados a permisos que no tienen nada ver con la nueva condición."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 31 de octubre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 576/2002.
Ponente: Don César José García Otero.
Voz: Denegación de permiso de trabajo y residencia.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por doña M.ª P. contra la resolución por la que se denegó a la recurrente el permiso de trabajo y residencia.

"Doña M.ª del P., de nacionalidad coreana, solicitó a la Delegación del Gobierno en Canarias exención de visado para residencia y permiso de residencia con excepción de permiso de trabajo.

(...) la parte actora impugna la resolución denegatoria del permiso de residencia, al entender que su situación se encuentra dentro de las excepciones al permiso de trabajo (...).

(...) en el caso examinado, se solicitó la exención de visado para permiso de residencia exceptuado de permiso de trabajo, por lo que la procedencia o no de la obtención del permiso de residencia va unida, de manera indisoluble, a la previa concesión de la exención de visado. Dicho en otras palabras, por el procedimiento o vía elegida no es posible otorgar el permiso de residencia sin visado de residencia o sin que el solicitante hubiese sido eximido del mismo, por lo que, al no haberse recurrido la resolución que denegó la exención de visado, y no ser posible, por ello, examinar su legalidad, la consecuencia solo puede ser que la resolución que denegó el permiso de re-

sidencia era conforme a derecho, aunque sobraba la referencia a la denegación del permiso de trabajo pues dicho permiso no había sido solicitado."

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/ Valladolid.
Fecha: 17 de noviembre de 2005.
Recurso: recurso de suplicación n.º 2050/2005.
Ponente: Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/ Valladolid.
Fecha: 21 de noviembre de 2005.
Recurso: recurso de suplicación n.º 2051/2005.
Ponente: Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.
Voz: Trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo: reconocimiento de derechos de Seguridad Social: prestación por desempleo.

Resumen: "SEGUNDO: La sentencia de instancia estimó la demanda formulada por D. Jorge contra Servicio Público de Empleo Estatal y Constructora Valdelagua S.A., en reclamación de declaración de nulidad de resolución y de derecho del actor al percibo de prestación de desempleo, dejando sin efecto la resolución impugnada de 6-5-2005 y declarando el derecho del actor a percibir prestación de desempleo, condenando al Instituto demandado a estar y pasar por dicha declaración, abonando la prestación en la cuantía, fecha de efectos y forma reglamentaria, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos en su contra formulados y, frente a la misma se interpone recurso de Suplicación por la letrada sustituta del Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal.

Al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral alega infracción por no aplicación de los artículos 207, 205 y 7.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y los artículos 10.1 y 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (...)

Alega, en esencia, el recurrente que según queda recogido en el hecho 4.º de la sentencia que se recurre, la situación legal de desempleo se acreditaría con el Auto del Juzgado de lo Social de fecha 04-02-2005 por el que se declara la extinción del contrato de trabajo con la «Constructora Valdelagua S.A.» con efectividad de 6 de octubre de 2004 y en esa fecha el actor no era residente, ni tenía permiso de trabajo, ni estaba de alta en Seguridad Social.

Para resolver la cuestión debatida conviene hacer unas puntualizaciones sobre el derecho a prestaciones de Seguridad Social que ostentan los extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país.

Respecto a las contingencias profesionales, a partir de la ratificación por nuestro país del Convenio 19 de la OIT, sobre igualdad de trato a extranjeros en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo, ratificado por España el 24-05-1928, impera el principio de que las víctimas de accidentes laborales ocurridos en España o sus derechohabientes han de recibir el mismo trato dispensado a los propios nacionales en orden a la reparación de sus efectos, sin exigir ningún requisito en cuanto a la residencia.

La STS de 7 de octubre de 2003, reconoció a un ciudadano colombiano que se encontraba en España

trabajando, sin estar regularizado, sin dar de alta en la seguridad social y que sufrió un accidente de trabajo, quedando en incapacidad permanente absoluta, el derecho a percibir prestaciones de seguridad social, fundando tal derecho en el Convenio 19 de la OIT y en el artículo 1.4 de la O.M. de 28-12-1966.

El 9-06-2003 dictó sentencia el Tribunal Supremo reconociendo a un trabajador ecuatoriano, sin permiso de trabajo, que sufrió un accidente laboral, el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y económica de incapacidad temporal, razonando que aunque Ecuador no había ratificado el Convenio 19 de la OIT, ya estaba en vigor la LO 4/2000 y en consecuencia, no es nulo el contrato de trabajo, lo que viene también corroborado por el artículo 57.5.d) de la LO. No siendo nulo el contrato no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

La modificación operada en el artículo 42 del RD 84/1996 por RD 1041/2005, de 5 de septiembre, ha establecido lo siguiente: «los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida» Dicha modificación refuerza la tradicional protección dispensada por nuestro ordenamiento en esta materia. (...)

La aparición de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social supuso un avance en el reconocimiento de determinados derechos a los extranjeros que se encontraban en España en situación irregular. En concreto respecto a sus derechos laborales el artículo 34, que pasaría a ser el 36, en virtud de la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, disponía lo siguiente: «Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar». Por su parte el apartado 3 de dicho precepto establecía lo siguiente: «Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

La aparición de esta normativa ha tenido gran incidencia en la consideración de los derechos que asisten al ciudadano extranjero que presta servicios laborales en situación irregular en España. Con anterioridad a la aparición de la LO 4/2000 la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina mantenían la opinión que la falta de permiso suponía la nulidad del contrato como requisito *sine qua non* para su validez, ya que se trataba de una norma de derecho necesario, extendiéndose la consecuencia de tal construcción a toda la normativa laboral y de seguridad social, entendiéndose que el inmigrante en situación irregular únicamente tenía derecho a reclamar salarios por el tiempo trabajado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, aunque tal rigidez se dulcificó respecto a las prestaciones de Seguridad Social en algunas cuestiones como la ya examinada referente a la prestación por desempleo en la que, como ha quedado consignado, concurrían unas especiales circunstancias.

La aparición de la LO 4/2000 reformada por LO 8/2000, supone que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, lo que conlleva que al trabajador irregular no solo se le reconoce el derecho al percibo de salarios por el tiempo trabajado, sino también el derecho a que, en el supuesto de que su despido sea declarado improcedente, se le reconozca, en todo caso, el derecho al percibo de la pertinente indemnización o, en el supuesto de que el despido se produzca con vulneración de derechos fundamentales, se declare la nulidad del mismo y se imponga la readmisión forzosa, tal como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, CUD 3003/02.

Finalmente, la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, ha dado nueva redacción al artículo 36. En su apartado 1 dispone «Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar.

Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado». El apartado 3 establece: «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».

De la lectura de este último párrafo resulta que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario 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.

Las prestaciones que pudieran corresponderle han de referirse a las prestaciones de seguridad social, ya que el hecho de que el contrato sea válido supone que el que lo concierta, y ha venido prestando servicios en virtud del mismo, genera, no solo derechos laborales, sino que también puede causar derecho a determinadas prestaciones de seguridad social, vinculadas a la efectiva prestación de servicios, con independencia de que el trabajador contara o no con la pertinente autorización administrativa para trabajar.

Para determinar qué prestaciones de seguridad social pueden corresponderle hay que señalar que las mismas pueden derivar de contingencias profesionales y de contingencias comunes, entre las que se encuentra la prestación por desempleo. Se plantea si el precitado artículo 36 se refiere a las prestaciones derivadas de ambos tipos de contingencias o únicamente comprende las primeras, entendiendo la Sala que abarca ambos tipos de contingencias.

Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primero: Si el precepto únicamente hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, como derecho que se reconoce al trabajador extranjero en situación irregular, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir.

Segundo: En ningún caso cabe la interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todo trabajador, cual es la protección ante la falta de trabajo, sustituyendo el salario que se deja de ingresar –que es el medio de vida del trabajador y su familia– por la prestación de desempleo.

Tercero: Si el precepto contemplara únicamente las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, sería superflua la modificación introducida por la Ley Orgánica 14/2003 pues dichas prestaciones ya venían reconociéndose a los trabajadores extranjeros en situación irregular, tal como resulta entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 CUD 2153/02.

Cuarto: La propia normativa orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España ya preveía, de forma indirecta, la posibilidad de reconocer a un extranjero en situación irregular prestaciones derivadas de contingencias profesionales, al regular en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 lo siguiente: «5.- La sanción de expulsión no podrá ser impuesta a....

d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España».

Quinto: Los compromisos internacionales suscritos por España avalan el reconocimiento de prestaciones, tanto derivadas de contingencias profesionales como comunes a los inmigrantes irregulares. A este respecto hay que señalar que España ratificó mediante instrumento de 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio) el Convenio n.º 97 de la OIT, relativo a los trabajadores inmigrantes, que en su artículo 6 dispone que «todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes; ... b) la seguridad social». Dicho precepto tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003, CUD 2153/02, ha de entenderse complementado por la Recomendación n.º 151 sobre los Trabajadores migrantes, en cuanto dispone en su apartado 8.3 que «los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social...»

Sexto: Finalmente hay que señalar que si es al empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero (artículo 36.1 de LO 4/2000, tras la reforma operada por LO 14/2003), no cabe hacer recaer sobre el trabajador las perjudiciales consecuencias que puedan seguirse del hecho de que el empresario no solicite dicha autorización, o le sea denegada por causas inherentes a la persona del empresario, como puede ser el que haya sido sancionado con anterioridad por ocupar trabajadores extranjeros sin el pertinente permiso de trabajo.

Sentado lo anterior forzoso es concluir que el inmigrante extranjero, sin autorización administrativa de trabajo, que reúna los demás requisitos normativamente establecidos, tiene derecho a percibir prestaciones de desempleo en condiciones de igualdad con los demás trabajadores, lo que conlleva la desestimación de este primer motivo de recurso.

TERCERO: El recurrente ha alegado la infracción, por no aplicación, del artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

La censura jurídica formulada ha de ser rechazada pues el precepto establece que estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de fecha posterior al RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ha reconocido el derecho a las prestaciones que procedan a los trabajadores extranjeros en situación irregular, señalando expresamente que la carencia de la correspondiente autorización de

trabajo no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

En lógica correlación con dicha regulación el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, ha reformado el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero, disponiendo lo siguiente: «Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley».

Sentada la premisa de considerar al trabajador irregular incluido en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de la obtención de prestaciones, de acuerdo con lo establecido en las leyes y, establecido asimismo que entre tales prestaciones se encuentran las contingencias comunes, y, en concreto, la prestación por desempleo, que es la ahora reclamada, procede examinar si puede aplicarse o no el principio de automaticidad de las prestaciones que supondría la condena al Servicio Público de Empleo Estatal del adelanto de la prestación, sin perjuicio de la responsabilidad directa del empresario y el derecho de la gestora a reclamar contra el empresario incumplidor de sus obligaciones.

A este respecto hay que señalar que el artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social establece que «la entidad gestora pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas».

Por su parte el artículo 125.3 de dicho texto legal dispone que los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se consideren de pleno derecho en situación de alta, a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones.

No cabe entender que los trabajadores extranjeros irregulares no están comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social pues, además del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, que les reconoce el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma operada por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, RD 84/1996 de 26 de enero, tras la reforma operada por RD 1041/2005, de 5 de septiembre, reconoce expresamente que se les considera incluidos en el sistema de la seguridad social, a efectos de la obtención de determinadas prestaciones, entre las que se encuentran, las de desempleo, tal como quedó anteriormente razonado.

En definitiva, la automaticidad de las prestaciones de desempleo opera de forma similar a la automaticidad de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional pues, al igual que en dichos supuestos, el incumplimiento por el empresario de la obligación de cotización no es obstáculo para el abono de la prestación por la entidad gestora y en ambos supuestos se considera al trabajador, de pleno derecho, en situación de alta.

En los supuestos de prestaciones derivadas de accidente de trabajo a favor de un trabajador extranjero en situación irregular, el Tribunal Supremo, por mor del principio de automaticidad de las prestaciones ha establecido la obligación de la entidad gestora de anticipar las prestaciones, con derecho a repetir contra la empresa incumplidora sentencia de 9 de junio de 2003, CUD 4217/02, conclusión a la que también llega la Sala, respecto a la obligación de anticipo de la prestación de desempleo.

CUARTO: Con el mismo amparo procesal y, con carácter subsidiario, el recurrente alega vulneración del artículo 36.3 de la citada Ley Orgánica 4/2000, en lo que concierne a la responsabilidad empresarial.

Alega, en esencia, el recurrente que si considerando que la falta de residencia o estancia legal no es óbice para que el extranjero que trabaja ilegalmente en España pueda acceder a las prestaciones de Seguridad Social, a la prestación por Desempleo, no se puede obviar que en el mismo artículo 36.3 se hace referencia clara y contundente a la responsabilidad del empresario: ...«sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas de Seguridad Social....». Y que consecuentemente, si se determina que el Servicio Público de Empleo Estatal está obligado a abonar la prestación por desempleo también se debe determinar que el empresario, en este caso la Constructora Valdelagua S.A., es responsable del reintegro del importe de dicha prestación al citado Organismo.

El motivo formulado ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en redacción dada por Ley 14/2003, alude de forma explícita a las posibles responsabilidades empresariales por el empleo de trabajadores sin la pertinente autorización de trabajo, consignando que entre dichas responsabilidades se encuentran incluidas las de Seguridad Social.

En consecuencia, se aplica la norma general establecida en el artículo 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece la responsabilidad del empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización de sus trabajadores, respecto a las prestaciones de seguridad social que puedan corresponderles.

No es óbice a tal conclusión el hecho de que el artículo 42 del RD 84/1996, de 26 de enero, refundido por RD 1041/2005, de 5 de septiembre, exija para proceder a la afiliación, alta y subsiguiente cotización en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, que el extranjero se encuentre legalmente en España o, haya obtenido una autorización para trabajar porque en el Régimen General de la Seguridad Social el empresario está obligado a la afiliación y alta de los trabajadores desde el momento en que comience la prestación de sus servicios, a tenor del artículo 100 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como a cotizar durante el tiempo de prestación de servicios, a tenor del artículo 106 de dicho texto legal y, si no lo ha efectuado, como en el supuesto ahora enjuiciado, es responsable de las prestaciones causadas, tal como resulta del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social, sin que quede exonerado de tal responsabilidad por el hecho de que solicitara el alta del trabajador en la Tesorería General de la Seguridad Social y ésta le notificara el 11-11-2004 que se la había denegado por la falta de autorización administrativa para poder trabajar ya que, a la vista de tal negativa, el empresario no debió contratar al trabajador, sin que proceda solicitar el alta cuando el trabajador ya está prestando servicios, pues el alta ha de solicitarse con carácter previo a que el trabajador comience la prestación de servicios, tal como señala el artículo 32.3.1.º del RD 84/1996, de 26 de enero.

En consecuencia, en virtud de lo establecido en el artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social procede declarar la responsabilidad directa de la empresa demandada Constructora Valdelagua S.A., al haber incumplido sus obligaciones de afiliación, alta y cotización respecto al trabajador D. Jorge en cuanto al pago de las prestaciones, debiendo proceder a adelantar las mismas el codemandado Servicio Público de Empleo, a tenor del apartado 3 de dicho precepto, subrogándose en los derechos y acciones del beneficiario frente al empresario incumplidor.

No empece tal conclusión la previsión contenida en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden so-

cial que prevé el incremento de la multa a imponer a quien contrata a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constante dicha prestación de servicios, ya que, se trata de una sanción pues la conducta descrita constituye la infracción muy grave tipificada en el artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, agravándose la sanción prevista para dicha conducta en el artículo 54 de la precitada Ley Orgánica por lo que es independiente y, en consecuencia, compatible con la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización respecto al hoy actor, prevista en el artículo 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social."

***

NOTA: En apretado resumen, de los antecedentes de hecho de las sentencias que ahora se comentan (son prácticamente idénticos en ambas) destacamos que se trata de dos trabajadores rumanos que venían prestando servicios durante dos años (con la categoría profesional de Oficial 1.ª de carpintería) en una empresa sin las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo. Tras una visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que levanta acta de infracción a la empresa por aquel motivo, son despedidos verbalmente; los despidos son declarados nulos en instancia y la empresa readmite a los trabajadores, por lo que la Inspección requiere de nuevo a la empresa que dé por finalizada la relación laboral y, en consecuencia, la empresa les comunica la suspensión de la readmisión en tanto la Administración no se pronuncie sobre las autorizaciones de trabajo solicitadas, que fueron posteriormente denegadas por resoluciones de la Subdelegación de Gobierno de Salamanca de 4 de noviembre de 2004. A la vista de lo anterior, el Juzgado de lo Social dicta Auto declarando la extinción de los contratos de trabajo existentes entre los actores y la empresa demanda, por lo que éstos solicitan al Servicio Público de Empleo Estatal la prestación por desempleo, solicitudes que son rechazadas por no tener residencia en España y por no haber cotizado a un régimen que proteja la contingencia por desempleo durante el período legalmente establecido. Interpuesta la correspondiente reclamación previa, igualmente les es denegada, por lo que acuden a la vía judicial, reconociéndoles el Juzgado de lo Social dicha prestación, lo que determina que el Servicio Público de Empleo interponga sendos recursos de suplicación que son los que resuelven las sentencias que ahora se comentan.

Vaya por delante que desde que la LO 14/2003, de 20 de noviembre, modificara el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería más tarde o más temprano habría de llegar un pronunciamiento de este signo. Como se recordará, dicho precepto quedó redactado del siguiente tenor: "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar **incluidas aquéllas en materia de Seguridad Social**, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, **ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle**".

Tras hacer un extenso y completo repaso a las sucesivas reformas legales que inciden en la cuestión objeto de examen (lo que nos permite no incidir en ese punto), las Sentencias comentadas invocan hasta seis argumentos para defender el derecho de los trabajadores extranjeros en situación irregular a las prestaciones por contingencias no profesionales, entre las que estaría la de desempleo; básicamente entiende el TSJ de Castilla y León/Valladolid que no hay razón para limitar el reconocimiento de prestaciones a las derivadas de contingencias profesionales porque esa limitación no se contiene en la Ley de Extranjería –si la ley no distingue, no

hay razón para distinguir– y dado que la normativa interna e internacional sí las reconocen, la última reforma operada en el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería resultaría superflua si se limitara a aquéllas.

Además, insiste en el hecho de que siendo al empresario al que le corresponde solicitar la correspondiente autorización de trabajo, no se puede hacer recaer en el trabajador extranjero las perjudiciales consecuencias que puedan derivarse de la falta de autorización, olvidando que en los últimos años la realidad ha venido demostrando que la propia rigidez del sistema legal de autorizaciones ha provocado en muchas ocasiones la imposibilidad objetiva de obtener –abstracción hecha de cualquier intención de eludir la aplicación de la ley– las correspondientes autorizaciones.

En cualquier caso, las argumentaciones vertidas por el Tribunal podrían encontrar razonamientos opuestos (por ejemplo, invoca el Convenio n.º 97 de la OIT cuando su artículo 6 parte de la residencia legal como requisito inexcusable para el reconocimiento de un trato no menos favorable que el dispensado a los nacionales en materia de Seguridad Social). Pero no vamos a detenernos en ello, pues como afirman con razón las sentencias reseñadas, la respuesta a la controversia ha de venir dada por la determinación de si los trabajadores extranjeros que no cuentan con la preceptiva autorización administrativa se encuentran o no comprendidos en el sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, porque el trabajo excluido no generaría derecho a protección alguna ni deber de afiliar, dar de alta o cotizar, aunque, de acuerdo con el controvertido artículo 36.3 de la Ley de Extranjería.

Así las cosas, el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, reforma el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero. Respecto a los nacionales de Estados que hubieran ratificado el Convenio n.º 19 OIT, quienes presten sus servicios careciendo de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, "se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales". Se recoge legalmente, de esta forma, la doctrina jurisprudencial antes referida. Para el resto de extranjeros, que no sean nacionales de Estados que hubieran ratificado el citado Convenio, el nuevo precepto dispone que "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley". Esta fundamentación jurídica es en la que se basa el TSJ de Castilla-León/Valladolid para reconocer la prestación por desempleo a los ciudadanos rumanos y permite aplicar los dispositivos de refuerzo previstos en la LGSS, esto es, la consideración de alta de pleno derecho (artículo 125.3) y el principio de automaticidad de las prestaciones, lo que supone la condena al Servicio Público de Empleo Estatal del adelanto de la prestación, sin perjuicio de la responsabilidad directa del empresario y del derecho de la gestora a reclamar contra el empresario incumplidor de sus obligaciones (artículo 220 LGSS).

Siendo impecable el discurso que sigue el TSJ en este punto, no acabamos de comprender el alcance de la distinción que el renovado artículo 42 del RD 84/1996, de 26 de enero, efectúa entre los trabajadores nacionales de países signatarios del Convenio n.º 19 OIT y otros. Por una parte, ¿qué diferencia existe entre "se considerarán incluidos" en el sistema de Seguridad Social y "no estarán incluidos (...) sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de...". Por otra, y más importante, si la con-

sideración de incluidos en el sistema de Seguridad Social de los nacionales de países que no hayan ratificado el mencionado convenio internacional lo es a efectos "de la obtención de determinadas prestaciones", entre las que, como considera el Tribunal, se encuentran todas las derivadas de contingencias no profesionales –también el desempleo– aparentemente quedarían en mejor situación que los nacionales de los países signatarios del mismo, a los que tan sólo se les reconoce expresamente las profesionales.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas.
Fecha: 16 de septiembre de 2005.
Recurso: recurso contencioso-administrativo n.º 2063/2003.
Ponente: D. César José García Otero.
Voces: Permiso de trabajo: denegación sobre la base de la situación nacional de empleo. Extranjera hija de nacional española.

"TERCERO: Así las cosas, y como punto de partida reproducimos los Fundamentos Cuarto y Quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 (Sección 4.ª) que declaró la nulidad del apartado noveno, 3.º, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, publicado en el BOE número 11 de 12 de febrero de 2002 por Resolución de la Secretaría del Ministerio de la Presidencia de 11 de enero de 2002, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, el cual decía lo siguiente: «Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pueden cubrirse a través del contingente anual, o a través del mecanismo regulado en el punto 2 de este apartado, se tramitarán por este procedimiento en aplicación del artículo 65.11 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y, por tanto, serán inadmitidas a trámite si se formulan a través de un procedimiento distinto del regulado en el presente Acuerdo».

La sentencia, en lo que aquí interesa, dice lo siguiente:

«Cuarto: Las modalidades de autorización del trabajo de extranjeros en España en la Ley.

1. Con carácter general, para ejercer una actividad remunerada el artículo 36 LODLEE exige a los extranjeros permiso de trabajo o, en la terminología generalizada por la LO 14/2003, autorización administrativa para trabajar y, de ser precisos, título, homologación de éste y colegiación, también cuando se trata de actividades por cuenta propia (artículo 37). Se prevén especialidades en función del principio de reciprocidad cuando se trata de la concesión inicial del permiso de trabajo.

La autorización de trabajo se atiene a la regla general de condicionar la concesión del permiso de trabajo a la situación nacional de empleo, y se sujeta a determinados requisitos de duración (artículo 38 LODLEE). Se prevén las condiciones en que el Gobierno podrá aprobar un contingente anual de trabajadores extranjeros teniendo en cuenta la situación nacional de empleo (artículo 39 LODLEE). 2. A continuación la Ley establece una serie de reglas que integran, según se desprende del epígrafe del capítulo III del título II, 'regímenes especiales'. La situación nacional de empleo no se tiene en cuenta en los 'supuestos específicos' (artículo 40 LODLEE).

La autorización administrativa de trabajo no es necesaria cuando concurre alguna de las 'excepciones'; previstas (artículo 41 LODLEE). Se establece un 'régimen especial', regulado reglamentariamente, para los trabajadores de temporada (artículo 42 LODLEE). Se establece el deber de los trabajadores transfronterizos sujeta de obtener autorización administrativa conforme a las reglas generales (artículo 43.1 LODLEE). Se prevé establecer reglamentariamente 'condiciones' para la prestación transnacional de servicios (artículo 43.2 LODLEE).

3. El 'régimen general', según el tenor literal de la Ley, es el que resulta de las normas generales de autorización frente a los supuestos que están sujetos a 'regímenes especiales';. Así se deduce de la única ocasión en que se emplea esta expresión (artículo 43.1), frente a la expresión 'régimen general' del capítulo III del título II.

Resulta clara la voluntad de la LODLEE de evitar que los contingentes actúen como un procedimiento indirecto de regularización de la situación de los inmigrantes extranjeros que se hallen en España (como, según opinión generalizada de la doctrina, venían operando), puesto que expresamente se prevé que comprenderán ofertas de empleo dirigidas a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España (esta exigencia ha sido suprimida por la Ley Orgánica 14/2003 para dar paso a la posibilidad de incluir en el contingente visados temporales para la búsqueda de empleo). Asimismo, al regular los permisos de trabajo de temporada, la Ley parte de que los extranjeros se encuentren residiendo en el exterior.

La doctrina científica, teniendo en cuenta esta finalidad, mantuvo en ocasiones una posición próxima a la que defiende el abogado del Estado. Afirmó que en la Ley la forma básica de obtener el permiso de trabajo era el procedimiento del contingente, que éste sería el modo habitual para la contratación de los trabajadores extranjeros y que el llamado hasta entonces régimen general quedaba como sistema residual para los sectores no contemplados en los contingentes.

4. No podemos aceptar esta posición, si se interpreta que la Ley impone como sistema general y único de acceso al permiso de trabajo por extranjeros –salvo los 'regímenes excepcionales'– el procedimiento del contingente anual.

La exigencia legal de atender a la situación nacional de empleo se traduce, sin duda, en la necesidad de demostrar que en el territorio nacional no hay trabajadores suficientes (nacionales, comunitarios o extranjeros que cuenten con permiso o no lo necesiten) para cubrir la oferta de trabajo para la que se solicita el permiso. Sin embargo, la Ley no especifica cómo debe realizarse esta determinación, pues no contiene normas sobre procedimiento. No puede afirmarse que la Ley establezca el sistema de contingente anual como régimen general de obtención de permisos de trabajo (sólo porque en su fijación deba tenerse en cuenta también la situación nacional de empleo), si con ello se quiere decir que –dejando aparte los 'regímenes especiales'– se excluye cualquier otro procedimiento de presentación de ofertas nominativas no computables en los contingentes en cuya gestión puedan tenerse en cuenta otros procedimientos de evaluación de la situación nacional de empleo. La disposición adicional primera fija un plazo general máximo para notificar las resoluciones de las 'solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados' sin hacer referencia alguna a los contingentes.

Se deja abierta, en suma, la duda sobre la subsistencia de la posibilidad de presentar ofertas nominales independientes del contingente o cuando éste no sea suficiente para cubrir los puestos de trabajo necesarios. La Ley Orgánica 4/2000 previó la independencia del contingente respecto de las ofertas individuales presentadas por los empresarios (artículo 38.1, según el cual 'Las ofertas de empleo que puedan realizar los empresarios a trabajadores extranjeros son independientes del contingente

global que se establezca'). La Ley Orgánica 8/2000, al suprimir este precepto, deja en la ambigüedad la posible solución. Algunas enmiendas parlamentarias –aducidas por la Abogacía del Estado– se hicieron eco de esta perplejidad, oponiéndose o tratando de solucionar el problema. De la ambigüedad de la Ley en torno a este punto únicamente puede deducirse que existe una relación entre el contingente y la apreciación de la situación nacional de empleo que debe tenerse en cuenta en su fijación y para la concesión de permisos de trabajo. El procedimiento o los procedimientos para concretarla quedan abiertos al Reglamento.

Quinto: Las modalidades de autorización del trabajo de extranjeros en España en el Reglamento.

1. El Reglamento, en desarrollo de la Ley, ha venido a precisar los aspectos procedimentales inherentes a la gestión de los permisos de trabajo.

Fuera de los 'regímenes especiales', existen tres modalidades para la obtención de permisos de trabajo y residencia.

La primera de las modalidades es la general (en adelante, 'modalidad general'). Tradicionalmente éste ha sido el sistema de permisos 'general'; bajo la regulación derogada. Esta modalidad –distinta del contingente y centrada en el cumplimiento de los requisitos específicamente señalados para apreciar la situación nacional de empleo y otorgar el permiso de trabajo en virtud de ofertas nominales– se cifra en que las normas de procedimiento sobre permisos de trabajo (artículos 80 y ss. RLODLEE) reconocen la facultad de cualquier empresario –no del trabajador extranjero, salvo en los casos de trabajo por cuenta propia o de renovación del permiso– para presentar una oferta nominativa de empleo, ya resida este último en España o en el extranjero (artículo 82.1 y 2 y artículo 83.6).

La existencia de la 'modalidad general', resulta de las siguientes particularidades:

a) La situación nacional de empleo se valora con la certificación de los servicios públicos de empleo de que el puesto no ha sido cubierto tras ser ofertado por el empresario. También es posible que los servicios de empleo emitan certificaciones válidas por dos meses en las que se afirma la inexistencia de trabajadores para determinados puestos de trabajo, certificaciones que se elaboran a partir de los datos de los tres meses precedentes (artículo 70 del Reglamento).

b) En la sección 3.ª del capítulo III, titulada 'régimen de concesión inicial y renovación de los permisos' no se regula la modalidad del contingente. En el artículo 70.1, que encabeza esta sección y regula el régimen de concesión inicial por cuenta ajena, se fija un régimen que, en desarrollo del artículo 38 de la Ley, aparece como la modalidad general de acceso a los permisos de trabajo. Se hacen significativas referencias a la insuficiencia de trabajadores para el puesto solicitado por la empresa, al requisito de la gestión de la oferta de empleo y a la eventual certificación genérica con validez para dos meses. La 'situación nacional de empleo' a que se refiere la Ley se articula en este procedimiento de gestión de la oferta de empleo sin referencias a los contingentes aprobados.

c) El artículo 74, relativo a la 'denegación de los permisos de trabajo' establece una serie de motivos que no son compatibles con el procedimiento del contingente concebido como procedimiento exclusivo.

d) El artículo 81, relativo a la 'documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación' exige la presentación de una documentación que sólo tiene sentido si se trata de un procedimiento de acceso al permiso de trabajo al margen del contingente [apartado 1.2.b), c), d) y e)].

e) El artículo 82.1 y 2 prevé que el sujeto legitimado para la presentación de una solicitud de permiso de trabajo pueda hallarse en España o en el extranjero.

f) El artículo 83, 'tramitación de la solicitud del permiso de trabajo e instrucción del procedimiento', sienta una regulación ajena a la modalidad del contingente (apartados 2, 3, y 4). En el apartado 6 se refiere al supuesto de que 'el trabajador extranjero no sea residente legal en España', expresamente excluido de la 'modalidad del contingente anual'.

g) El artículo 86, 'resolución del expediente laboral y notificación de la resolución' contempla en el apartado 2 la posibilidad de que el trabajador se encuentre fuera de España, pero no lo impone como requisito.

En suma, el Reglamento opta, dentro del marco legal, por un desarrollo a partir del artículo 38 de una 'modalidad general' para el acceso al permiso de trabajo respecto de la 'modalidad del contingente anual'. Esta regulación se concreta en el artículo 70, al fijar los requisitos aplicables, y en la configuración del procedimiento previsto en la sección 5.ª del capítulo III del Reglamento, que establece los sujetos legitimados para solicitar el permiso de trabajo (artículo 80), la documentación necesaria (artículo 81), el lugar, plazos, formas y efectos de la presentación de la solicitud (artículo 82), la tramitación de la solicitud e instrucción del procedimiento (artículo 83), la competencia para resolver (artículo 85) y la resolución del expediente (artículo 86).

2. La 'modalidad del contingente anual' –según la terminología que venimos utilizando– constituye, en la regulación que establece el Reglamento, una segunda modalidad. Se basa en la fijación por el Gobierno del número de trabajadores extranjeros estables y temporales que podrán entrar en España para cubrir las demandas empresariales, por provincias y por ocupaciones. Los puestos no podrán cubrirse con la oferta de trabajadores en el territorio. La Ley excluye a cualquier extranjero que se halle en España. Esta modalidad resulta sólo aplicable a extranjeros que no estén ni residan en España (artículo 65.8) y es incompatible con la presentación de ofertas nominativas.

En virtud de la LODLEE, siempre que exista demanda de mano de obra, el Gobierno fijará anualmente un contingente de trabajadores extranjeros (artículo 39 LODLEE y artículo 65 RLODLEE) teniendo en cuenta las propuestas de las comunidades autónomas, órganos especializados y sectores sindicales y empresariales. Las empresas, en el marco provincial, ofertan puestos de trabajo y lo comunican a las organizaciones empresariales de las que forman parte. Estas últimas solicitan que se les asigne contingente. Una vez obtenido un cupo de contingente, las empresas preparan por escrito sus ofertas de trabajo genéricas. Estas ofertas genéricas canalizadas por las organizaciones empresariales, el Ministerio de Trabajo y las oficinas consulares de los países a los que se oriente la admisión de trabajadores en España, son firmadas por los trabajadores extranjeros en su país de origen, tras una selección por órganos usualmente fijados en acuerdos internacionales. Una vez firmado el contrato en el país de origen, el trabajador extranjero solicita el visado. Éste supone la autorización provisional para trabajar.

3. La tercera modalidad resulta de las normas sobre régimen de concesión inicial y renovación de los permisos, y constituye una modalidad complementaria del contingente (en adelante, 'modalidad complementaria del contingente anual'), que sólo puede articularse mediante propuestas de los servicios públicos de empleo.

Esta modalidad se establece en el artículo 70.1.1.3:

'Podrán concederse permisos de trabajo por cuenta ajena en los términos que resulten de las propuestas que a tal efecto puedan formular los servicios públicos de empleo correspondientes. Dichas propuestas especificarán el ámbito sectorial y territorial al que deban restringirse los permisos de trabajo que se otorguen a su amparo y complementarán las previsiones de mano de obra extranjera que hubieren sido tenidas en cuenta en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros al que se refiere el artículo 65 de este

Reglamento, sin que los permisos otorgados por este procedimiento computen a efectos de los citados contingentes.'

Sexto: La articulación procedimental de las tres modalidades.

1. La relación entre las tres modalidades antedichas desde el punto de vista de procedimiento, y su respectivo ámbito, resultan de lo establecido en el artículo 65.10 y 65.11 RLODLEE:

El artículo 65.10 RLODLEE dispone lo siguiente:

'La tramitación de los permisos de trabajo y residencia seguirá las normas generales del presente capítulo, a excepción de la gestión de las ofertas de empleo por los Servicios Públicos de Empleo, con las particularidades que el Gobierno introduzca para adaptar la gestión del contingente a las necesidades del mercado de trabajo nacional.'

De este modo, el Gobierno por medio del Acuerdo no sólo fija el contingente correspondiente al año, sino que establece las 'particularidades' 'para adaptar la gestión del contingente a las necesidades del mercado de trabajo nacional'. Se trata, pues, de la fijación de normas para la 'modalidad del contingente anual' que cristalizan en un procedimiento particular respecto del general, en cuyas normas debe basarse, con la excepción de la 'modalidad complementaria del contingente anual'.

2. El artículo 65.11 RLODLEE, por su parte, dispone lo siguiente:

'Las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento, salvo en los supuestos regulados en los artículos 68, 71 y 79 del presente Reglamento.'

Según el abogado del Estado, aunque pudiera parecer que el artículo 65.11 se refiere sólo a los procedimientos de aplicación del contingente, esta interpretación dejaría sin sentido el artículo 65.10, pues este precepto ya dice que al contingente se aplique un procedimiento especial con las modificaciones que introduzca el Gobierno. El artículo 65.11, según su opinión, se refiere a las solicitudes que puedan cubrirse por el procedimiento del contingente, pero que no se cubran por tal procedimiento bien porque el contingente se ha agotado, bien porque no ha sido aprobado.

Esta interpretación no puede ser aceptada. Una interpretación sistemática de la norma impone concluir que el artículo 65.10 tiene la finalidad, como se ha dicho, de facultar al Gobierno para establecer las particularidades de procedimiento correspondientes a la 'modalidad del contingente anual', a partir de las normas generales para la 'tramitación de los permisos de trabajo y residencia', con una excepción (la gestión de ofertas por los servicios públicos de empleo, es decir, la 'modalidad complementaria del contingente anual'). Esta excepción no puede significar que las particularidades de la 'modalidad del contingente anual' que el Gobierno introduzca no puedan afectar a la 'modalidad complementaria del contingente anual', sino que ésta no está sujeta a las normas comunes, con lo que simplemente se abre la posibilidad de que pueda dar lugar a la tramitación de ofertas por un cauce ajeno a ellas.

Una vez establecidas estas particularidades del procedimiento del contingente, el artículo 65.11 tiene la función de determinar las solicitudes de permisos de trabajo que han de sujetarse a las mismas: las 'relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual', siempre que no se hallen comprendidas en los 'regímenes especiales'.

Desde el punto de vista literal, el artículo 65.11 ordena que se excluyan de la modalidad general las solicitudes 'relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual', pero no las que no puedan cubrirse por tal procedimiento por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en el mismo, o porque se haya agotado el

contingente establecido para dicho sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia.

Estas solicitudes deben permanecer, pues, en el ámbito que corresponde al régimen o 'modalidad general' de procedimiento, salvo cuando sea posible su tramitación con arreglo a la 'modalidad complementaria del contingente anual', excluida expresamente de aquélla.

Confirma esta conclusión el artículo 81.1.1.e) RLODLEE, el cual exige, para la concesión del permiso inicial de trabajo, entre otros documentos, 'certificados de los servicios públicos de empleo donde se recoja el resultado de la gestión de la oferta presentada'. Se pone de manifiesto que, cuando tal gestión [por inexistencia de demandantes aptos para el trabajo, artículo 70.1.1.b), o por inexistencia de extranjeros seleccionados por la 'modalidad complementaria del contingente anual', artículo 70.1.1.3], haya dado resultado negativo, procederá la aplicación de la 'modalidad general'.

En aplicación de dicha doctrina, y tratándose de uno de los supuestos de autorización o permiso para trabajar de la modalidad general (esto es, una oferta nominativa al margen del contingente); el artículo 70.1 del Real Decreto 864/2001, establece que 'Sin perjuicio de lo establecido en otros artículos del presente Reglamento, para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta ajena se tendrán en cuenta los elementos siguientes:

a) Insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa.

b) Que la gestión de la oferta de empleo, presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo.

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

c) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

Pues bien, en el caso no queda acreditada la gestión de la oferta, pero tampoco que haya sido requerida a tal fin la empleadora, ni siquiera le fue denegada la solicitud por este motivo.

Ahora bien, considera esta Sala que aunque el artículo 40 de la LO, en su inicial redacción no se refiere a hijos de españoles es posible entender incluido a los mismos en la norma, incluso antes de la nueva redacción.

Dicho en otras palabras, la interpretación de la norma, antes de su nueva redacción, no puede conducir al absurdo de dar un trato preferente al cónyuge o hijo de residente legal sobre el cónyuge o hijo del español, por lo que entendemos que con esta interpretación y en aplicación del artículo 40 de la LO no era necesario tener en cuenta la situación nacional de empleo y, por ello, era innecesaria la gestión de la oferta, prevista, precisamente, para valorar esa situación como criterio de concesión o denegación del permiso'.»

CUARTO: Procede, por tanto, la estimación del recurso Contencioso-Administrativo, si bien sin hacer pronunciamiento sobre sus costas al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en la parte demandada (artículo 139.1 LJCA)."

***

NOTA: El objeto del recurso es la pretensión de que se anule la resolución de la Subdelegación del Gobierno en las Palmas que desestimó el recurso de reposición contra la previa resolución que

denegó la autorización por cuenta ajena para una oferta nominativa como empleada de hogar para una extranjera hija de cuidadana de nacionalidad española. La denegación de la autorización se basó en que la empleadora no había justificado suficientes medios económicos para satisfacer los gastos laborales, tales como nóminas y cotizaciones a la Seguridad Social.

Aunque esta cuestión no es objeto de tratamiento en la fundamentación jurídica de la Sentencia comentada, quisiéramos aprovechar la reseña de esta sentencia para compartir con los lectores una inquietud que desde hace tiempo venimos denunciando. Por regla general, cuando de autorizaciones para trabajo de extranjeros se trata es habitual enfatizar las limitaciones que respecto al derecho al trabajo impone la normativa sobre extranjería, cuando lo cierto es que ésta conlleva también restricciones al ejercicio de la libertad de empresa. Una de ellas es precisamente la que consagra el artículo 51.c) del RELOEx. En efecto, dentro del procedimiento establecido para la concesión de la autorización inicial, y como parte de la documentación que es exigible al empresario o empleador, la autoridad competente puede requerir, si así lo considera necesario, que se presenten los documentos que acrediten que cuenta con los medios económicos, materiales o personales para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. La falta de acreditación suficiente de ambos extremos determinará la denegación de la autorización solicitada.

Una defectuosa técnica legislativa hace desmerecer la loable finalidad del legislador de proteger la estabilidad laboral del trabajador extranjero, y ello por las razones siguientes: a) Es evidente que el empleador que ha sido requerido a presentar esa documentación no ha cometido infracción alguna tipificada en nuestro ordenamiento sancionador. Existe simplemente una presunción *iuris tantum* de que, por los datos con los que cuenta la Administración o por comprobación posterior, una vez iniciada la relación laboral, hay fundadas razones para considerar que las condiciones en que se desarrolla su actividad empresarial no son las más idóneas para garantizar el inicio normalizado y con vocación de continuidad, de la actividad laboral del trabajador extranjero o, en su caso, la permanencia estable en el mercado de trabajo. b) Por otra parte, carece a nuestro entender de sentido que se exija al empresario que acredite, sea *ab initio* o de manera sobrevenida, que cuenta con los medios económicos, materiales y personales suficientes para hacer frente a su proyecto empresarial, en suma, una declaración de solvencia que, en alguna medida, recuerda a la que se le exige al trabajador extranjero que pretende obtener una autorización por cuenta propia (véase el artículo 58 del vigente Reglamento de Extranjería). No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna previsión al respecto referida al empresario que contrata a trabajadores españoles, por lo que reclamarla teniendo como único criterio de referencia la condición de extranjero no comunitario del trabajador que se pretende contratar, supondría no sólo una injerencia inadmisible en ese ámbito de organización y dirección del que es titular, sino una discriminación para el trabajador extranjero que vería así limitadas sus posibilidades de contratación. c) Por el contrario, sí resulta razonable en aras al cumplimiento de aquel objetivo de estabilidad, exigir que el empresario cuente con aquellos medios para asegurar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, siempre y cuando existan probadas razones que lo justifiquen. Cuestión distinta es precisar cuáles de aquellas obligaciones son las que, en mejor medida, proveen al objetivo de estabilidad pretendido.

Dicho lo anterior, la Sentencia objeto de comentario reproduce los Fundamentos 4.º y 5.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 (véase el extenso comentario que TOLOSA TRIBIÑO realiza en el n.º 6 de esta Revista, pp. 261 y ss.) para alcanzar la conclusión de que la tramitación de la autorización de residencia y trabajo denegada en el presente supuesto debía encauzarse

a través del denominado "régimen general", esto es, como oferta nominativa al margen del contingente. Ahora bien, como en este caso no queda acreditada la gestión de la oferta ante el servicio público de empleo y, además, la denegación de la solicitud no se basó en dicha circunstancia, considera el Tribunal Superior de Justicia que es de aplicación el artículo 40 de la Ley de Extranjería que regula los supuestos, también denominados "preferenciales", en los que para la concesión de la autorización para trabajar no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo y ello porque aunque en la redacción vigente en ese momento (anterior a 2003) no se refería a hijos de españoles, es posible entender incluidos a los mismos en la norma. Y desde esa perspectiva, no era necesario tener en cuenta la situación nacional de empleo y, por ello, era innecesaria la gestión de la oferta, prevista, precisamente, para valorar esa situación como criterio de concesión o denegación del permiso. En suma, lleva a cabo una interpretación flexible del mencionado precepto que es, precisamente, la modificación que en este punto introdujo la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, mediante la enmienda de adición n.º 132, presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de llenar una laguna legal "que supone dar un trato menos favorable al hijo de un español nacionalizado o de un nacional comunitario que al hijo de un extranjero residente legal en España con permiso renovado".

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 19 de octubre de 2005.

Recurso de Casación: 1216/2004.

Ponente: Don José Antonio Martín Pallín.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Alojamiento de inmigrantes.

Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don J.P. por un delito contra los ciudadanos extranjeros. Una interpretación lógica y sistemática nos lleva a considerar que el hecho típico no es el acogimiento aislado de las actividades del tráfico sino la colaboración activa con el proceso ilegal de personas extranjeras.

"Se afirma que, ante la denuncia de que tenía en su casa unos quince inmigrantes ilegales, se realizó una vigilancia externa observándose por los funcionarios gran número de personas en la misma. Ante la presencia de la policía salieron precipitadamente algunos de ellos que fueron detenidos e identificados comprobándose que los ciudadanos marroquíes carecían de documentación que les habilitara para entrar y permanecer en el territorio español, circunstancia conocida por el acusado.

Esta Sala no duda que el acusado conocía de manera total y completa que estaba alojando en su casa a ciudadanos marroquíes que habían entrado ilegalmente es España, por lo que lógicamente carecían de papeles acreditativos de su residencia.

En primer lugar, se agrava el reproche cuando los actos típicos se realizan con ánimo de lucro o por medio de violencia, intimidación o engaño o abusando de la situación de necesidad de la víctima. Es evidente que esta conducta no concurre en el acusado, ni tampoco existe engaño o violencia.

El segundo aspecto agravatorio del tipo nos sitúa también ante la conducta típica de promoción u organización del viaje, ya que no se podría comprender muy bien cómo una conducta de alojamiento, de las características de la que estamos examinando, puede poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas si no se refiere a la fase de entrada. No nos encontramos ante unas condiciones de alojamiento infrahumanas, ni consta la existencia de detenciones ilegales.

(...).

Si el bien jurídico protegido es la protección de los intereses y derechos de los extranjeros frente a las conductas que se describen en el tipo del artículo 318 bis del Código Penal, no existe lesión alguna por albergar a éstos, mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, aunque sea mediante el cobro de una cantidad por el alojamiento."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 25 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 293/2005.
Ponente: Don José Antonio Martín Pallín.
Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Desidia de la investigación.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por don P.J. Incertidumbre sobre las pruebas aportadas. El testimonio de la Guardia Civil ha sido percibido en difíciles condiciones de visibilidad.

"Combate a la afirmación de la sentencia en la que se declara probado el hecho básico y nuclear del tipo aplicado, atribuyéndole patronear una embarcación tipo patera, en la que transportaba, en pésimas condiciones de seguridad a treinta personas de origen subsahariano y magrebí indocumentados. Se añade que la embarcación no contaba con agua ni medidas de seguridad.

Con esta base se le aplica el artículo 318 bis del Código Penal apoyándose en la sola prueba derivada de un Guardia Civil que declara en el juicio oral que la persona a la que detuvieron era el patrón de la patera y que vio perfectamente que cuando fue avistado soltó la caña, paró la patera y se cambió de sitio.

La única cuestión a dilucidar es si este testimonio prestado en el juicio oral con las características y contenido que se ha anticipado es prueba suficiente frente a las argumentaciones exculpatorias del acusado.

La sentencia dando como probado que el acusado iba en la patera, hecho que no niega, reconoce que el guardia civil declaró, en el acto del juicio oral, que en ese momento no recordaba la cara del acusado dado el tiempo transcurrido y la cantidad de pateras que había intervenido, lo cual resulta perfectamente lógico y demuestra la responsabilidad y veracidad del contendido de su respuesta.

(...).

Los hechos sucedieron a las 2 horas 30 minutos de la noche del día 6 de abril de 2004 y la vista oral se celebró el día 7 de octubre del mismo año, por lo que las razones aludidas sobre el tiempo transcurrido no resultan excesivamente convincentes, aun admitiendo que podía haber intervenido en varias operaciones parecidas. Por ello precisamente era indispensable una investigación adecuada a las exigencias de nuestra Ley de Enjuiciamiento y a la Constitución con objeto de no dejar una condena tan grave al albur de una manifestación única de un guardia civil que estaba cumpliendo con su deber y manifestó honestamente, que no podía reconocer al acusado."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 3 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 223/2005.
Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.
Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Inmigración clandestina y ánimo de lucro.
Resumen: La Sala acuerda no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por el recurrente. Remolque de inmigrantes a través del mar con evidente peligro mortal a cambio de una cantidad de dinero.

"El recurrente estima que la sentencia impugnada carece de motivación, sin que se razone por qué se le considera al acusado autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en vez de considerarle, como era, un emigrante ilegal más.

(...).
Estima la parte recurrente que no ha quedado acreditada la voluntad del acusado de participar en un acto de inmigración clandestina y que no ha quedado acreditado el ánimo de lucro en tal actividad, por lo que no se trata del tipo apreciado sino de un mero acto altruista de ayuda a un emigrante.

El Tribunal infiere la actuación con ánimo de lucro del recurrente a partir de las propias condiciones de los hechos plenamente acreditados. El Tribunal estima poco creíble una actuación simplemente altruista, de transporte en condiciones adversas y de riesgo, sin que haya una relación personal o familiar, o de amistad.

Tal razonamiento no resulta contrario a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia humana y a los conocimientos científicos y técnicos."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 3 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 427/2005.
Ponente: Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ánimo de lucro.
Resumen: La Sala acuerda no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por el recurrente. El acusado facilitó el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas con destino a España poniendo en peligro la vida de 39 inmigrantes a cambio de una cantidad de dinero.

"Los dos motivos incurren manifiestamente en ausencia de fundamento, pues no se discute que no concurriera ánimo de lucro en el acusado, al menos la Sentencia deja claro que no consta que el acusado percibiera cantidad alguna por realizar el transporte, y tampoco que se hizo cargo de patronear la embarcación por ser el único de los tripulantes que tenía ciertos conocimientos náuticos.

Es decir, es un hecho probado que fue él, precisamente por los conocimientos que poseía, el encargado del gobierno de la embarcación (una pequeña «patera»), poniéndola en movimiento y navegando con los 39 inmigrantes hasta un punto concreto de la costa española. Su aportación, pues, fue decisiva y trascendente para desplegar la actividad de desplazamiento desde Marruecos a España (Islas Canarias) de aquéllos, por lo que ninguna duda ofrece que fue el acusado quien facilitó el «tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España» (artículo 318 bis 1 CP), «poniendo en peligro la vida (...) de las personas» (artículo 318 bis 3 CP), dadas las condiciones de la «patera», que carecía de cualquier medida de seguridad o prevención.

En cuanto a los aspectos puestos de manifiesto por el recurrente, en el sentido de que su pretensión no era, como suele acontecer, obtener un lucro económico con el transporte de las personas, sino que fue una acción común de todos ellos, que decidieron inmigrar clandestinamente a España, adquiriendo todos ellos la embarcación en la que viajaron, y ofreciéndose aquél a patronear la embarcación por sus conocimientos náuticos, no han pasado desapercibidos al Tribunal de instancia, teniendo éste en cuenta tales circunstancias a la hora de determinar la pena aplicable, al tomar en consideración la cláusula individualizadora contenida en el artículo 318 bis 6 CP y, por tanto, la pena inferior en un grado."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 3 de noviembre de 2005.

Recurso de Casación: 351/2005.
Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.
Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Presunción de inocencia.
Resumen: La Sala acuerda no haber lugar a la admisión del recurso formalizado por el recurrente quien trasladó al ciudadano subsahariano desde las costas marroquíes hasta la costa española de Ceuta poniendo en peligro su vida.

"Se consideran como principales pruebas e indicios incriminatorios, recogidos por la sentencia del Tribunal de instancia, la declaración del agente de la Guardia Civil, que provisto de un sistema de visión nocturna observó cómo el recurrente remolcaba al ciudadano nigeriano A. hacia la costa española, provisto de un traje de neopreno y aletas. El ciudadano subsahariano portaba un traje de estas mismas características y un flotador, sin la presencia de aletas, tal y como se indica en el atestado. También se precisa en el atestado que el día de los hechos había viento de levante fuerza 3-4 con presencia de bastante oleaje consistente en marejada o marejadilla. La prueba documental consistente en el parte de asistencia médica al inmigrante subsahariano indica la presencia de síntomas de hipotermia y cansancio.

El Tribunal infiere la presencia de ánimo de lucro en la conducta desarrollada por el recurrente en atención a que no existía relación de amistad o parentesco entre ambos, la situación de peligro a que se sometieron ambos, y la presencia de unos medios e infraestructura para efectuar el traslado. Tal inferencia resulta acertada y lógica, por lo que se procedió a la aplicación de la circunstancia prevista en el n.º 3 del artículo 318 bis del Código Penal. No se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque la Audiencia Provincial ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente estaba trasladando al ciudadano subsahariano desde las costas marroquíes hasta la costa española de Ceuta, poniendo en peligro la vida de este último dadas las condiciones que presentaba el mar el día de los hechos y la presencia de síntomas de hipotermia, que pueden derivar en el fallecimiento de una persona."

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 27 de octubre de 2005.
Recurso de Casación: 7062/1999.
Ponente: D. José Díaz Delgado.
Voz: Homologación de título. Ruso especialista en reanimación.
Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución que deniega la homologación del título ruso de médico especialista en reanimación por el español de especialista en anestesiología y reanimación.

"Sostiene la sentencia recurrida que la resolución impugnada se fundamenta en la aplicación de la normativa que regula la obtención del título de médico especialista y en el Informe emitido por la Comisión Nacional de la Especialidad; dicho informe obra unido en el expediente administrativo mediante un impreso en el que figuran en blanco todas las casillas relativas a la motivación del Informe y en el apartado de Resumen Final se indica (por medio de una cruz en las casillas correspondientes) que hay equivalencia entre la duración del programa pero que no hay equivalencia en los contenidos; a su vez, dicho Informe se basa en el Acta de la Comisión Nacional de la Especialidad de fecha 27 de junio de 1996 que consideró que de la documentación aportada no se acreditaba ni el tiempo dedicado a cada disciplina anestésica ni la actividad realizada.

(...).

Pues bien, la Sala llega a la conclusión de que de toda la documentación aportada por el recurrente se podrá concluir que la formación recibida en cuanto a nivel, calidad de la enseñanza, contenido y duración es equivalente a la exigida en España (tal como exige para la homologación el apartado cuarto de la OM de 14 de octubre de 1991) o podrá concluirse que dicha equivalencia no se da y que es necesario la realización de una prueba teórico práctica o un complemento en la formación. Pero lo que no se puede concluir es que no se ha aportado por el interesado el tiempo dedicado a cada disciplina anestésica ni la actividad realizada (tal como resulta del Acta de la Comisión Nacional de la Especialidad), y al mismo tiempo sostiene que tanto la resolución que deniega la homologación, como el Informe de la Comisión Nacional de la Especialidad no cumplen los requisitos de motivación exigidos por el artículo 54 de la Ley 30/1992 y la Orden citada."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 3 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 7052/1999.
Ponente: D. José Díaz Delgado.
Voz: Homologación de especialista en endocrinología. República del Perú.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de licenciado en odontología para ejercer la profesión de odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de odontólogo expedido en Perú.

"En el supuesto enjuiciado se pretende la homologación de un título de Médico especialista en Endocrinología obtenido por el recurrente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de la República del Perú, a su equivalente español de Médico Especialista en Endocrinología, con idéntico título español; y ello en virtud de que España tenía suscrito un Convenio Cultural con la República del Perú de fecha 30 de junio de 1971, ratificado por España en virtud de instrumento de 7 de febrero de 1972 (...).

(...).

Y, producida en 1990 la definitiva implantación en las Universidades españolas de los estudios destinados a obtener el título de Licenciado en Odontología conforme a las Directivas comunitarias, la habilitación para ejercer la profesión debe quedar sometida a las reglas y reglamentaciones del País de establecimiento, entre las que deben incluirse los conocimientos y experiencia clínica exigidos para la obtención del título de Licenciado en Odontología en España.

(...) Las carencias señaladas en el Informe del Consejo de Universidades al que se refiere la resolución administrativa que es objeto de controversia en este proceso revelan que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Argentina."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 3 de noviembre de 2005.
Recurso de Casación: 6878/1999.
Ponente: D. José Díaz Delgado.
Voz: Convalidación de título de farmacéutica. Argentina. Improcedencia de convalidación automática.
Resumen: Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. La homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equiva-

lencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

"En el supuesto enjuiciado se pretende la homologación de un título de farmacéutica expedido por la Universidad de Rosario, de la República Argentina con el título español de Licenciado en Farmacia y ello en virtud de que España tenía suscrito con la República Argentina un Convenio bilateral de Cooperación Cultural de fecha 23 de marzo de 1971, ratificado por España en virtud de Instrumento de 17 de noviembre de 1972 (...).

(...) la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

Porque, en lo que se refiere al artículo 2.º del Convenio Cultural de 23 de marzo de 1971, celebrado entre España y la República Argentina, (...) determina que la Administración, para decidir la homologación solicitada, tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

(...) el título de Odontólogo obtenido por el recurrente en la instancia en la República Argentina no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo (...).

En consecuencia, dada la identidad sustancial existente entre el recurso de casación resuelto por esa Sentencia de 21 de noviembre de 2003 y el que ahora se resuelve, debemos acoger el motivo de casación, anular la Sentencia de instancia y, entrando en el fondo del pleito, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don J.D., ya que el único motivo de estimación que se suscita en la sentencia es el de la homologación automática, como consecuencia de la aplicación del Convenio citado."

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª.
Fecha: 10 de noviembre de 2005.
Recurso Contencioso-Administrativo: 667/2003.
Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco.
Voz: Nacionalidad. Residencia legal.
Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por don A. contra la resolución por la que se denegaba al recurrente la concesión de la nacionalidad al no haber cumplido diez años de residencia legal con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición.

"El presente recurso se impugna la resolución del DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 28 de abril de 2003 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 6 de noviembre de 2002 por la que se le denegaba al recurrente la concesión de la nacionalidad, al no haber cumplido diez años de residencia legal con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición ya que consta acta de divorcio de 1 de septiembre de 1993 y desde esa fecha carece de validez la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario.

La Administración ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que falta la residencia legal en España durante diez años, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud, circunstancia que es discutida en la demanda. El artículo 22.1 del Código Civil, establece que para la concesión de la nacionalidad por residencia serán necesarios, con carácter general, diez años de residencia, debiendo ser la residencia "legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición", según reza el número 3 del citado artículo.

(...)

De acuerdo con lo razonado, ha de entenderse que el recurrente, de nacionalidad Libia, según los datos que figuran en el expediente administrativo no cumple con el requisito de la residencia legal durante los diez años inmediatamente anteriores a su petición, que es de fecha 9 de marzo de 1999, pues si bien es cierto que inició su residencia legal en España el 12 de junio de 1989, obteniendo una tarjeta de familiar de residente comunitario desde el 28 de diciembre de 1992 cuya última renovación extendía su validez hasta el 5 de agosto de 2003, siendo la última renovación posterior al divorcio (1 de septiembre de 1993), y que por ello debió comunicar el hecho del divorcio de su cónyuge español y obtener el permiso de residencia que correspondiera a su nueva situación, sin que la mera tolerancia de la Administración en la no aplicación de las sanciones previstas normativamente suponga reconocer un derecho a ostentar un tipo de permiso de residencia específico, que desaparece cuando no subsiste la causa que motivó su concesión.

(...).

En resumen el permiso de residencia que amparaba al recurrente se extinguió por razón del divorcio sin que el recurrente solicitara un permiso de residencia propio, interrumpiendo con ello la residencia legal. Por todo ello la demanda ha de desestimarse."

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 2.ª.
Fecha: 1 de diciembre de 2005.
Decisión prejudicial: C-14/04.
Ponente: D. R. Schintgen.

Voz: Política social. Concepto del tiempo de trabajo.
Resumen: El Tribunal declara que cuando el derecho nacional fija, respecto a la duración máxima del trabajo semanal, un límite máximo más favorable para los trabajadores, los límites máximos para comprobar el respeto de las normas de protección establecidas por la Directiva 93/104/CE, son, exclusivamente, los fijados por ésta.

"La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (...).

(...).

Del expediente enviado al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que el Sr. Dellas, educador especializado en centros que acogen jóvenes o adultos minusválidos en régimen de internado, fue despedido por su empresario a causa de desavenencias con éste relativas, en particular, al concepto de trabajo efectivo, así como a la remuneración correspondiente a las horas de trabajo nocturno, efectuadas en habitación de guardia, por los educadores de los centros y de los servicios médico-sociales de atención a personas inadaptadas y minusválidas.

(...).

Los demandantes en el litigio principal invocaron diferentes motivos en apoyo de su recurso para cuestionar la legalidad del Decreto n.º 2001-1384. Destacaron, en particular, que el régimen de equivalencia de la duración legal del trabajo que este Decreto establece es incompatible con los objetivos de la Directiva 93/104 y con las normas de ésta en materia de definición del tiempo de trabajo y de determinación del tiempo de pausa, de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y de la duración máxima diaria del trabajo nocturno.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que, en relación con los servicios de guardia que prestan los trabajadores al servicio de ciertos centros sociales y médico-sociales en régimen de presencia física en el propio lugar de trabajo, establece, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo efectivo, un sistema de equivalencia como el que es objeto del litigio principal, cuando no resulta garantizado el respeto del conjunto de las disposiciones mínimas establecidas en esta Directiva con el objetivo de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores.

Cuando el Derecho nacional fija, en particular en lo que se refiere a la duración máxima del trabajo semanal, un límite máximo más favorable para los trabajadores, los límites máximos o umbrales pertinentes para comprobar el respeto de las normas de protección establecidas por dicha Directiva son, exclusivamente, los fijados por ésta."

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 3.ª
Fecha: 15 de diciembre de 2005.
Decisión prejudicial: C-232/04 y C-233/04.
Ponente: D. A. Borg Barthet.
Voz: Transmisión de empresa. Derechos de los trabajadores.
Resumen: Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas.

"Las peticiones de decisión prejudicial se refieren a la interpretación del artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco del examen de la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad con arreglo a dicho artículo, en caso de una nueva adjudicación de un contrato y en el contexto de una evaluación de conjunto, para estimar que existe una transmisión de los elementos de explotación de la adjudicataria inicial a la nueva adjudicataria no es necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia."

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Fecha: 31 de enero de 2006.
Decisión prejudicial: C-503/03.
Ponente: D. Jann.
Voz: Libre circulación de personas. Nacional de un tercer Estado, cónyuge de nacional de Estado miembro.
Resumen: Incumplimiento por parte del reino de España de las obligaciones sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia.

"Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 a 3 y 6 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordina-

ción de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36), al denegar el visado, así como la entrada en el territorio español, a dos nacionales de países terceros, miembros de una familia de ciudadanos de la Unión Europea, por el mero hecho de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen (SIS) (a instancia de un Estado miembro), así como al no haber motivado suficientemente dichas denegaciones de visado y entrada.

(...).

La Comisión inició el procedimiento administrativo previo establecido en el artículo 226 CE, párrafo primero, a raíz de dos denuncias de nacionales argelinos, los Sres. Farid y Bouchair, a los que las autoridades españolas habían denegado la entrada en el Espacio Schengen.

En la fecha en que se le denegó la entrada, el Sr. Farid estaba casado con una nacional española y vivía con su familia en Dublín (Irlanda). A su llegada al aeropuerto de Barcelona, el 5 de febrero de 1999, en un vuelo procedente de Argelia, se le denegó la entrada en el Espacio Schengen. Esta denegación fue motivada en que el Sr. Farid había sido inscrito en la lista de no admisibles del SIS a raíz de una declaración de la República Federal de Alemania. Por el mismo motivo se le denegó, mediante escrito de 17 de diciembre de 1999, el visado solicitado el 17 de septiembre de 1999 en el Consulado de España en Dublín.

En la fecha en que se le denegó la entrada, también el Sr. Bouchair estaba casado con una nacional española y vivía con ella en Londres (Reino Unido). Con vistas a un viaje turístico y familiar con su esposa, el Sr. Bouchair solicitó en el Consulado de España un visado de entrada en el Espacio Schengen. El 9 de mayo de 2000 le fue denegado el visado alegando que el Sr. Bouchair no reunía los requisitos del artículo 5, apartado 1, del CAAS. El 19 de junio de 2001 fue denegada una segunda solicitud. En el marco del procedimiento administrativo previo se reveló que no se le había expedido el visado porque también este solicitante había sido inscrito por la República Federal de Alemania en la lista de no admisibles.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 a 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, al denegar la entrada en el territorio de los Estados Partes en el Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, al Sr. Farid, así como al denegar un visado para entrar en ese territorio a los Sres. Farid y Bouchair, nacionales de un Estado tercero y cónyuges de nacionales de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, sin haber comprobado previamente si la presencia de esas personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.

2) Condenar en costas al Reino de España."

CONSTITUCIONAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.
Fecha: 24 de noviembre de 2005.
Recurso de Amparo: 2182/2003.

Ponente: D. Javier Delgado Barrio.

Voz: Habeas Corpus: Inadmisión a trámite.

Resumen: Se deniega el amparo promovido en interés de doña N. Supuesta vulneración de los derechos de libertad personal. Petición de *habeas corpus* presentada por un extranjero respecto a una privación de libertad que había sido acordada judicialmente en un procedimiento de internamiento con audiencia en persona.

"La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto de 26 de marzo de 2003 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Puerto del Rosario, que inadmitió a trámite la petición de *habeas corpus* deducida por doña N.Z.

La demanda, con base en la argumentación de la que se ha dejado constancia en los antecedentes de esta Sentencia, imputa a la resolución judicial impugnada la vulneración del derecho a la libertad personal del detenido, alegando que, al haber sido decretada la detención por persona distinta al Subdelegado del Gobierno en Las Palmas, aquélla fue ilegal. Como se ha indicado, el Ministerio Fiscal, que inicialmente interesó la estimación del recurso de amparo, finalmente, una vez conocido el curso completo de los acontecimientos con la documentación recabada por este Pleno –antecedentes 9, 10 y 11–, solicitó la denegación del mismo, dado que, en el momento de instarse el *habeas corpus* ya se había llevado a cabo el control judicial de la privación de libertad de doña N.Z.

(...).

Sobre esta base, como con acierto advierte el Ministerio Fiscal en su segundo escrito de alegaciones, "es patente que la persona en cuyo nombre se pedía amparo se encontraba privada de libertad bajo control judicial, precisamente en el mismo Juzgado ante el que se promovía el procedimiento de *habeas corpus,* que, por tanto, se manifestaba *a limine* carente de objeto, ya que el control judicial de la privación de libertad que con el mismo se pretendía había sido realizado" con anterioridad: el Juzgado, "previa audiencia" de la Sra. Z., asistida de Letrado y con comprobación de la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos, mediante "Auto motivado", "dispuso" su ingreso en un centro de internamiento, fijando el "período de máxima duración" de aquél –artículo 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000–, Auto este que por virtud de recursos de reforma y apelación dio lugar a dos nuevas resoluciones judiciales.

Así pues, la finalidad del *habeas corpus*, que no es sino la puesta a disposición judicial de quien puede haberse visto privado ilegalmente de su libertad, se había alcanzado ya con la aplicación al caso de la Ley de extranjería, de suerte que la denegación del *habeas corpus* no merece, por razonable y no arbitraria, ni siquiera en los términos del canon reforzado que supone la afectación del derecho a la libertad, tacha alguna de inconstitucionalidad. Nada acredita una situación de riesgo para la integridad de dicho derecho. Y es que el procedimiento de *habeas corpus* queda manifiestamente fuera de lugar cuando, como es el caso, la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 12 de diciembre de 2005.

Recurso de Amparo: 2162/2001.

Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas.

Voz: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: acceso al recurso legal.

Resumen: Se otorga el amparo promovido por don M. Inadmisión de recurso de casación por solicitud inadecuada de nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, sin ofrecer subsanación o alternativa alguna.

"La demanda de amparo plantea una presunta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en su

vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, a pesar de que aluda al acceso a la jurisdicción, apareciendo también involucrada otra materia, la del derecho a la asistencia de Letrado.

Sobre esta última hemos declarado que «el carácter obligatorio de la intervención letrada supone que el derecho fundamental simultáneamente constituye un requisito del procedimiento, pero en ningún caso cabe transformar el contenido del derecho en una mera carga procesal hasta el punto de devenir en un obstáculo insalvable que impida el ejercicio de otro derecho fundamental, como es el acceso al recurso; por el contrario, la exigencia a la parte de tener un defensor acentúa la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectiva designación de Letrado (SSTC 42/1982, 37/1988 y 216/1988). Por ello hemos afirmado que puede originarse una situación de indefensión constitucionalmente prohibida si no se suspende el curso del proceso hasta que al litigante carente de medios económicos le sea nombrado un Letrado por el turno de oficio (SSTC 28/1981 y 47/1987), y también que no es admisible hacer depender de una institución ajena a las partes el efectivo cumplimiento de los requisitos capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de los recursos (SSTC 10/1990, 11/1990, 12/1990, 13/1990, 39/1990 y 99/1990)» (STC 12/1993, 18 de enero, FJ 1). (...).

De acuerdo con esta doctrina constitucional ha de examinarse si la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al declarar desierto el recurso de casación, produjo una lesión en el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación del derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos (artículo 24.1 CE).

En el supuesto que nos ocupa hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que la petición de designación de Procurador y Letrado de oficio fue formulada en el suplico del escrito de presentación del recurso de casación, donde se advertía mediante otrosí que los firmantes fueron nombrados por el turno de oficio con el único fin de formular el recurso contencioso-administrativo. Y, en segundo lugar, la interpretación de la parte sobre la extensión temporal de su representación legal y asistencia letrada gratuita que, por aplicación del artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, consideró válida hasta la formulación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta estas circunstancias el recurrente podía razonablemente esperar una respuesta que, a lo sumo, podría haber consistido en la pérdida del beneficio de justicia gratuita en esa instancia pero sin llegar a declarar desierto el recurso de casación.

(...).

(...) en la STC 130/2003, de 30 de junio, hemos precisado el significado atribuible a la intervención en la interposición de un recurso de casación de profesionales, Abogado y Procurador, designados, habiendo transcurrido el término previsto para su designación por el turno de oficio.

En dicha Sentencia dijimos: «puede admitirse que el incumplimiento del requisito del plazo para efectuar la solicitud de justicia gratuita (dentro de los diez primeros días del término del emplazamiento, según determina el artículo 1708.2 LEC) ocasione la pérdida de tal beneficio en esa instancia. No es posible, en cambio, considerar compatible con la tutela judicial efectiva sin indefensión el que dicha falta conlleve, no solamente la pérdida del citado beneficio, sino la caducidad del propio recurso de casación, por el hecho de que el actor no formalizase debidamente el recurso de casación dentro de plazo. Y ello porque resultaba razonable que el actor confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso por Procurador de oficio o bien, en caso denegatorio, por uno de su libre designación. Dicha expectativa se vio frustrada porque la única respuesta del Tribunal fue la declaración de caducidad del recurso transcurrido ya

el término del emplazamiento» (STC 130/2003, de 30 de junio, FJ 4).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.
Fecha: 12 de diciembre de 2005.
Recurso de Amparo: 3298/2003.
Ponente: D. Manuel Aragón Reyes.
Voz: Habeas Corpus. Internamiento de extranjero.
Resumen: Se deniega el recurso de amparo interpuesto por don K. que inadmitió a trámite su solicitud de *habeas corpus* tras haber sido interceptado en una patera. Considera el órgano judicial que carece de sentido que se solicite por el letrado del detenido el *habeas corpus* cuando, en el momento de instarlo, ya se encontraba el recurrente a disposición judicial.

“El recurrente entró ilegalmente en España en patera y fue detenido el 27 de abril de 2003 por agentes de la policía nacional de la Comisaría de Puerto del Rosario. Contra tal detención se solicitó *habeas corpus* ante el Juzgado correspondiente quien, mediante Auto de 29 de abril de 2003 ahora recurrido, decidió inadmitir el procedimiento solicitado ya que, como explica en los fundamentos de Derecho, en el caso de autos la solicitud de *habeas corpus* se había producido cuando ya se ha puesto a disposición judicial al detenido, se ha dado audiencia al solicitante en el día de hoy en horas de mañana con asistencia de intérprete y de Letrado y se ha decretado su internamiento. Por tanto, considera el órgano judicial que carece de sentido que se solicite por el Letrado del detenido el *habeas corpus*, cuando, en el momento de instarlo, ya se encontraba el recurrente a disposición judicial.

Considera el recurrente que se ha vulnerado su derecho a la libertad personal (artículo 17 CE) al haberse inadmitido el procedimiento de *habeas corpus*. Entiende que cuando presentó la solicitud de *habeas corpus* no había sido puesto de manifiesto al Juez (...).

En el caso que ahora se examina, al instarse el *habeas corpus*, como subraya el Fiscal, el Juez, aplicando la mencionada normativa, ya había oído al demandante de amparo, con intérprete y asistido por Letrado y ya había dictado Auto disponiendo su ingreso en un centro de internamiento por un período máximo de cuarenta días, que no habían transcurrido en el momento de solicitar el indicado procedimiento.

Así las cosas, y como ya señalábamos en la citada STC 303/2005, hemos de concluir que “la finalidad del *habeas corpus*, que no es sino la puesta a disposición judicial de quien puede haberse visto privado ilegalmente de su libertad, se había alcanzado ya con la aplicación al caso de la Ley de Extranjería, de suerte que la denegación del *habeas corpus* no merece, por razonable y no arbitraria, ni siquiera en los términos del canon reforzado que supone la afectación del derecho a la libertad, tacha alguna de inconstitucionalidad. Nada acredita una situación de riesgo para la integridad de dicho derecho. Y es que el procedimiento de *habeas corpus* queda manifiestamente fuera de lugar cuando, como es el caso, la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez.”

César Tolosa Tribiño

Presidente de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria

Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005

Según dispone el artículo 57.1 LOEX, en los casos de infracciones muy graves o graves de las previstas en el apartado a) del artículo 53, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa".

La dicción de este precepto ha provocado un interesante debate y la existencia de distintas líneas de interpretación en el momento de su aplicación por las autoridades gubernativas competentes, de forma tal que las distintas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, han venido sosteniendo criterios contradictorios acerca de la aplicación en estos supuestos del principio de proporcionalidad que debe imperar en toda resolución sancionadora y esencialmente sobre el alcance del deber de motivar la decisión adoptada en cada caso.

Pese a que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de abril de 1997, afirmó que: "En este orden de ideas la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España (artículo 13.1 en relación con el 19 de la Norma Fundamental)", hemos de señalar que hoy es aceptada de forma unánime la conceptuación de la expulsión del territorio nacional como una medida de naturaleza sancionadora.

En efecto, la nueva Ley sitúa claramente la expulsión dentro del Título III, bajo la rúbrica "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", al tiempo que aplica a tal medida instituciones típicas del derecho sancionador como la prescripción de las infracciones y sanciones en el artículo 52.2, o la reincidencia en el artículo 53.2, de lo que puede deducirse el verdadero carácter sancionador de la medida de expulsión y consecuentemente la aplicación a tales supuestos de los principios generales de la potestad sancionadora recogidos en el artículo 127 y ss. de la LRJPAC.

Resulta consecuentemente aplicable al supuesto de expulsión de extranjeros, el principio de graduación y proporcionalidad en la imposición de las sanciones, criterio que encuentra su expresión en el propio artículo 55.3 de la Ley, cuando establece que "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia".

Las dudas que podían plantearse sobre esta cuestión han quedado definitivamente resueltas con la sentencia que estamos comentando, dado que en la misma se afirma que "En la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley de la multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión".

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [artículos 49.a), 51.1.b)], en regulación mantenida por la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [artículos 53.a), 55.1.b) y 57.1)], cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas *(sic)* se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia".

El principio de proporcionalidad viene expresamente recogido en el artículo 131 de la LRJPAC, cuando establece que "En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción....".

Como antes hemos señalado, el principio de proporcionalidad opera en primer lugar en la predeterminación normativa, esto es, los textos legales que contienen el catálogo de infracciones y sanciones deben haber realizado una adecuada integración entre la gravedad de la conducta infractora y la sanción impuesta, impidiendo sanciones desproporcionadas en atención a los bienes jurídicos y los intereses que se tratan de proteger. Esta finalidad se consigue igualmente mediante una adecuada regulación de los criterios de graduación de las sanciones que permita una correcta adecuación a la concreta conducta del infractor y a las circunstancias de todo tipo, incluidas las personales, que puedan concurrir en cada caso.

Como afirma la STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2005, recogiendo una nutrida doctrina jurisprudencial en esta materia "Hacer explícitos los motivos por los que se gradúa la sanción resulta, por tanto, una carga que el Derecho impone a la autoridad que ejerce la potestad disciplinaria. Y no como formalismo irritante destinado a entorpecer la fluidez del actuar adminis-

trativo, sino como garantía de que la potestad, que tiene un cierto ámbito de libre apreciación, no se ejerce de forma arbitraria". Por su parte la STS de 10 de marzo de 2004 señala que "la potestad sancionadora se ejercita con criterios estrictamente jurídicos, y, aunque es cierto que en la fijación de las sanciones se atribuye por la Ley un cierto margen de discrecionalidad a la Administración en atención a las circunstancias concurrentes, esta alternativa debe ejercerse respetando los principios generales del Derecho, y, entre ellos, el de igualdad y el de proporcionalidad, así como la motivación de las circunstancias que llevan a fijar el importe y duración de las sanciones pecuniarias o privativas de derechos (...)".

En definitiva y desde una perspectiva estricta, la fórmula de control judicial de la proporcionalidad en la imposición de las sanciones, vendría condicionada por una especial exigencia del requisito de la motivación, de forma tal que resultaría exigible que la Administración exteriorizase los motivos por los que ha optado por adoptar una de las soluciones de entre las varias posibles, esto es, debería la Administración motivar por qué decide optar por la medida de expulsión en lugar de la sanción pecuniaria.

Sin embargo, como antes he señalado, tal postura no resulta ser unívoca en las resoluciones de los diferentes Tribunales, pudiendo afirmarse que las distintas Salas que se han enfrentado al problema del cumplimiento por la Administración del principio de proporcionalidad, han optado por diferentes respuestas.

La STSJ de Madrid de 27-6-2002, afirma que: "Partiendo, en consecuencia, de que la sanción de expulsión establecida por el Legislador con carácter general para estos supuestos respeta el principio de proporcionalidad, la impugnación del recurrente debe ceñirse a la falta de proporcionalidad de la imposición de esta sanción en su caso específico. Pero lo cierto es que el recurrente no acredita circunstancia excepcional alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida con carácter general por el Legislador como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el Legislador.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, ya que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte actora, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que concurran en su caso concreto y que puedan determinar excepcionalmente tal desproporción. No habiéndolo hecho en el caso actual, procede desestimar el recurso".

Esta sentencia, a mi juicio, altera claramente la posición de las partes en materia sancionadora, en cuanto hace gravitar sobre el sancionado la carga de acreditar los elementos que hacen la sanción

desproporcionada, cuando, lo lógico, sería exigir a la Administración la motivación y la acreditación de todos y cada uno de los elementos en que descansa la sanción impuesta.

Pese a ello, esta tesis de hacer gravitar sobre el extranjero la carga de aportar al proceso los elementos fácticos que determinarían la elección por la opción de la sanción pecuniaria, es compartida por otros Tribunales. Así la STSJ de Valencia de 9-3-2005, recuerda que "Al respecto la Sala ha establecido ya un criterio sólido sobre esta cuestión al afirmar, con reiteración (véase, por toda la doctrina, la sentencia dictada el 29 de enero de 2003 por esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ C. Valenciana) que resulta ineludible aportar al proceso una prueba certera que demuestre cuáles son los presupuestos objetivos que reclaman la sustitución de la pena de expulsión por otra de multa y que cuando se omite esa acreditación objetiva singular no procede rectificar el criterio administrativo establecido por la Subdelegación del Gobierno".

Por su parte la STSJ de Murcia de 29 de noviembre de 2002, se limita a establecer que "La sanción de expulsión no vulnera el principio de proporcionalidad, pues la Administración está autorizada a imponerla de acuerdo con la dicción del artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero", cuestión, esta, sobre la que nadie plantea debate alguno, dado que no se trata de establecer si la sanción está o no prevista legalmente, sino de resolver si la elección de la Administración debe o no estar motivada, esto es, el debate no se sitúa en términos de legalidad y tipicidad, sino en términos de proporcionalidad y motivación.

En parecidos términos se pronuncia la STSJ de Castilla La Mancha de 7 de octubre de 2002, cuando afirma que "La segunda cuestión que vuelve a plantear el recurrente es la relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, cual es la expulsión de la parte apelante del territorio español. En este sentido, la racionalización de la decisión judicial del Tribunal *a quo* ha de considerarse igualmente y jurídicamente correcta, pues dándose el supuesto prescrito en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, se ha de admitir que la Administración en el curso de la legislación aplicable, pueda imponer la medida de expulsión al infractor, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, posibilidad discrecional que se encontraría avalada por su permanencia prolongada en España sin ningún tipo de regularización y sin prueba alguna de las circunstancias que puedan justificar su arraigo...". Más recientemente y en el mismo sentido la STSJ de Navarra 31-3-2005, afirma que: "Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales serán notificados con sucinta exposición de hechos y fundamentos (artículo 54-1 Ley 30/1992), quiere esto decir, del supuesto habilitante para el ejercicio de esa potestad, no de la opción por una solución en detrimento de la otra, siendo ambas válidas por igual.

Por lo tanto, cuando la Administración resuelve un expediente sancionador en materia de extranjería, imponga la sanción de multa o la de expulsión no tiene que cumplir otro requisito de motivación que el establecido con carácter general por el artículo 112-1 del Real Decreto 864/2001. Porque tratándose en ese caso del ejercicio de una potestad discrecional (artículo 57-1 Ley Orgánica 4/2000), el acto no está sujeto a otros elementos reglados que los de procedimiento y motivación; esta última con el alcance (el señalado antes) propio de la potestad ejercida".

Es de destacar cómo en ambas sentencias se parte de la base de que la Administración al resolver está haciendo uso de una facultad discrecional, conclusión que con resultar discutible, no relevaría a la Administración de motivar su decisión, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 54.1.f) LRJPAC.

En efecto si como sostiene la doctrina, las potestades discrecionales, son aquellas en las que la Ley define alguna de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remitiendo a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, no puede afirmarse que la opción entre la sanción pecuniaria y la de expulsión sea una potestad discrecional.

En cuanto a la obligación, en todo caso, del deber de motivar, la doctrina, por todos GARRIDO FALLA, habían venido poniendo de relieve como si la motivación tenía una importancia secundaria cuando se trataba de actos reglados, adquiría una especial relevancia en relación con los actos discrecionales, señalando que "allí donde un control de los poderes discrecionales esté admitido, la obligación de motivar se convierte en una exigencia *per se* y su falta debiera sancionarse con la anulabilidad del acto administrativo".

Una tesis diferente, pero que en definitiva venía a avalar el criterio mantenido por la Administración era la sostenida por la Sentencia del TSJ Cataluña 4-2-2005, en cuanto señala que "Conforme con lo dispuesto en el artículo 55 de la LODLE, en cuanto dispone que para la graduación de las sanciones el órgano competente se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia, se debe considerar proporcionada la sanción de expulsión del territorio nacional en los supuestos de estancia irregular de extranjeros sin que concurra cualquier otra circunstancia que deba ser atendida, como puede ser el arraigo personal, familiar, laboral o económico, u otra de carácter excepcional". De esta sentencia parece extraerse la conclusión de que bastaba la estancia irregular para poder integrar los criterios de graduación y consiguientemente proceder a la imposición de la sanción de expulsión.

Por su parte y en defensa de una tesis radicalmente opuesta a las anteriores la Sentencia del TSJ Baleares de 30-11-2004, señala que "La Sala habida cuenta que cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra, como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor y de la infracción misma, establece que, sin embargo, la resolución sancionadora no contiene en su fundamentación jurídica argumentación alguna que explique la razón por la que se eligió la sanción de expulsión en lugar de la de multa". En idéntico sentido la STSJ Cantabria de 17 de octubre de 2003 concluye que "La fórmula de control judicial de la proporcionalidad en la imposición de las sanciones, viene dada por una especial exigencia del requisito de la motivación, de forma tal que resulta exigible a la Administración que exteriorice los motivos por los que ha optado por adoptar una de las soluciones de entre las varias posibles, en este caso, debe la Administración motivar por qué ha decidido optar por la medida de expulsión en lugar de la sanción

pecuniaria, motivación totalmente ausente en el presente caso, por lo que consecuentemente procede la declaración de nulidad de la resolución impugnada y la estimación del recurso".

Por último, la STSJ de País Vasco de 31 de mayo de 2002, parece sostener el criterio de la motivación en la imposición de la sanción, si bien, asume la tarea de indagar en la misma, en lugar de exigir su exteriorización por la Administración. En efecto, la referida sentencia establece que "Obtenido este primer presupuesto, definidor del factor de la proporcionalidad que atiende a las circunstancias que determinan un suficiente grado de antijuridicidad en la acción individual de la persona imputada, el precepto obliga a atender equilibradamente al segundo orden de factores referido al grado de frustración en el fin protector perseguido por la norma sancionadora. El precepto consigna para ello una primera referencia estrictamente material al daño producido en el bien jurídico objeto de protección; a ella se añade un segundo elemento en el que se contempla la posible puesta en riesgo del bien jurídico considerado por efecto de la infracción; y finalmente, se recoge como factor más abstracto la trascendencia de la infracción para la finalidad perseguida por la regulación del régimen de extranjería.

La aplicación de los anteriores factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada no ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que: a) Atendiendo a la posición individual del extranjero recurrente, el hecho constitutivo de la infracción grave denota un considerable grado de antijuridicidad, predicable de quien, como D. Haque, conocedor de la ineludible obligación de contar con la pertinente documentación habilitante, en el momento de la comisión de la infracción carecía de pasaporte. b) Atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, estancia y salida del territorio español de las personas extranjeras, la acción cometida por el recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que frustra la finalidad de acreditación de la identidad que se cumple mediante la exhibición del pasaporte".

Esta indagación en los motivos de la Administración para optar por la sanción de expulsión, con resultar digna de alabanza, olvida que el fundamento de la motivación se encuentra no sólo en el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa de forma tal que, ese sometimiento exige la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la Ley y del derecho a la igual protección jurídica, sino que, independientemente de estas funciones, la motivación cumple una segunda finalidad que es dar a conocer al administrado el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa, finalidad que no se cumple en el caso comentado, por mucho que la Sala realice el trabajo de indagar en la motivación, dado que tal indagación debe realizarse y exteriorizarse por la Administración, con el fin de lograr un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del interesado.

Ante esta situación de criterios contradictorios, resultaba necesaria una decisión que ayudara a unificar los distintos posicionamientos de las Salas territoriales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005 (ratifica el criterio anterior de Sentencia de 14 de diciembre de 2005), ayuda a clarificar este interesante debate, procediendo a aclarar en primer lugar que "En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional."

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

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

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

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

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

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

Consecuentemente parece que la sentencia releva a la Administración de su deber de motivar en la resolución administrativa, siempre que, y la precisión es importante, en el conjunto del expediente administrativo aparezcan datos fácticos que permitan entender concurrente una especial gravedad en la conducta del interesado (en el caso de la sentencia se alude a una detención policial), esto es, la motivación ya no aparece en vía administrativa, sino que se exteriorizará, en su caso, en vía jurisdiccional, una vez que la Sala o el Juzgado efectúen una labor de depuración del expediente a la búsqueda de circunstancias agravatorias que justifiquen la imposición de la sanción de expulsión. Como antes señalé al comentar la sentencia de la Sala del País Vasco, esta solución, con resultar eficaz y jurídicamente práctica, ante una regulación legal ciertamente defectuosa, sigue adoleciendo a mi juicio, de un importante obstáculo teórico, en cuanto, como afirmó la STSJ de Cantabria de 23-2-2001 "la motivación cumple una segunda finalidad que es dar a conocer al administrado el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa", finalidad esta que a mi juicio no se cumple. Debe observarse que la sentencia que se comenta no se refiere a la denominada motivación *in aliunde,* esto es, el supuesto en el que el acto impugnado se remite a informes o antecedentes obrantes en el propio procedimiento administrativo y del que tenga conocimiento el interesado, donde se contengan explicitadas las razones de la decisión, lo que a mi juicio hubiera resultado más correcto.

Para concluir, y en lo que se refiere a la posibilidad de admitir como criterio de graduación la existencia de una detención policial, de la que se desconocen sus consecuencias, resultaría conveniente referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre 2000, en la que se afronta, al menos tangencialmente, los problemas de compatibilidad entre los antecedentes policiales y la presunción de inocencia.

Katia Fach Gómez

Profesora de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Zaragoza
(katia@unizar.es)

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial del año 2005)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. Jurisprudencia TJCE 2005. A) Ciudadanía europea. a) Sentencia TJ (Gran Sala) de 12 de julio de 2005, Asunto C-403/03, *Egon Schempp y Finanzamt München* V. b) Sentencia TJ (Sala Primera) de 15 de septiembre de 2005, Asunto C-258/04, *Office national de l'emploi y Ioannis Ioannidis*. B) Libre circulación de personas. a) Sentencia TJ (Sala Primera) de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane y Minister voor Vreemdelingenzaken* en Integratie. b) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 12 de mayo 2005, Asunto C-278/03, Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la *Sra. M-J. Jonczy,* en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, *contra República Italiana*, representada por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. De Bellis, avvocato dello Stato, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada. c) Sentencia TJ (Sala Tercera) de 2 de junio de 2005, Asunto C-136/03, *Georg Dörr y Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten, y entre Ibrahim Ünal y Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg.* d) Sentencia TJ (Sala Cuarta), de 14 de julio de 2005, Asunto C-141/04, *Michail Peros y Techniko Epimelitirio Ellados*. e) Sentencia TJ (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2005, Asunto C-142/04, *María Aslanidou y Ypourgos Ygeias & Pronotas.* f) Sentencia TJ (Sala Primera), de 15 de septiembre de 2005, Asunto C-464/02, *Comisión de las Comunidades Europeas,* representada por los Sres. N.B. Rasmussen y D. Martin, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, *contra Reino de Dinamarca,* representado por el Sr. J. Molde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada, apoyado por República de Finlandia, representada por la Sra. T. Pynnä, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte coadyuvante. g) Sentencia TJ (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2005, Asuntos acumulados C-151/04 y C-152/04, *Claude Nadin, Nadin-Lux S.A.* (C-151/04) *y Jean-Pascal Durré* (C-152/04). C) Seguridad social de los trabajadores migrantes. a) Sentencia TJCE (Sala Cuarta) de 20 de enero de 2005, Asunto C-101/04, *Roger Noteboom y Rijksdienst voor Pensioenen.* b) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, Asunto C-225/02, *Rosa García Blanco e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).* c) Sentencia TJ (Sala Primera) de 20 de enero de 2005, Asunto C-302/02, *Nils Laurin Effing.* d) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, Asunto C-306/03, *Cristalina Salgado Alonso e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).* e) Sentencia del TJ (Gran Sala) de 12 de abril de 2005, Asunto C-145/03, *Herederos de Annette Keller contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), anteriormente Instituto Nacional*

de la Salud (INSALUD). f) Sentencia TJ (Sala Quinta) de 26 de mayo de 2005, Asunto C-249/04, *José Allard e Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI).* g) Sentencia TJ (Gran Sala) de 7 de junio de 2005, Asunto C-543/03, *Christine Dodl, Petra Oberhollenzer contra Tiroler Gebietskrankenkasse.* h) Sentencia TJ (Sala Primera), de 7 de julio de 2005, Asunto C-153/03, *Caisse nationale des prestations familiares (CNPF) y Ursula Weide, por matrimonio Schwarz.* i) Sentencia TJ (Sala Tercera) de 7 de julio de 2005, Asunto C-227/03, *A.J. van Pommeren-Bourgondiën y Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank.* D) Privilegios e inmunidades. a) Sentencia TJ (Sala Primera), de 8 de septiembre de 2005, Asunto C-288/04, *AB y Finanzamt für den 6., 7. und 15. Bezirk.* E) Reagrupacion familiar. a) Sentencia TJ (Sala Segunda) de 14 de abril de 2005, Asunto C-157/03, *Comisión de las Comunidades Europeas,* representada por la Sra. C. O'Reilly y el Sr. L. Escobar Guerrero, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, *contra Reino de España,* representado por la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada. b) Sentencia de TJ (Sala Quinta), de 7 de julio de 2005, Asunto C-373/03, *Ceyhun Aydinli y Land Baden-Württemberg.*

I. NOTA PRELIMINAR

El objeto de la presente crónica es presentar las sentencias dictadas durante el año 2005 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en materias que afecten a la extranjería y migración. En este epígrafe introductorio se van a exponer algunas ideas esenciales en torno al TJCE (nociones que pueden ampliarse acudiendo a las fuentes manejadas para elaborar esta sinopsis: la página web del TJCE –http://www.curia.eu.int/es/instit/presentationfr/cje.htm– y las monografías siguientes: MANGAS MARTÍN, A/LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea,* cuarta edición, Tecnos 2005; MOLINA DEL POZO, C.F.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, cuarta edición, Dijusa 2002).

La función jurisdiccional de las Comunidades Europeas corresponde al TJCE, órgano con sede en Luxemburgo. En un primer momento, este TJCE constaba de una única instancia –el Tribunal de Justicia, en adelante TJ–, pero a través del Acta Única Europea se creó otra instancia, el Tribunal de Primera Instancia (de menor interés para esta crónica, ya que a éste no se le pueden transferir las cuestiones prejudiciales).

Centrando por tanto la atención en el TJ, ha de recalcarse que el objetivo de este órgano es garantizar el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones comunitarias competentes. Para llevar a cabo dicha tarea se han atribuido al TJ unas amplias competencias jurisdiccionales, que ejerce en el marco de las distintas categorías de recursos. Así, el TJ es competente para pronunciarse sobre los recursos de anulación o de omisión interpuestos por un Estado miembro o una institución, los recursos por incumplimiento dirigidos

contra los Estados miembros, las cuestiones prejudiciales o los recursos de casación contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia.

Por su interés para la presente crónica, se van a exponer las características esenciales de los siguientes tipos de recursos:

– El recurso por incumplimiento*:* Permite al TJ controlar cómo respetan los Estados miembros las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Antes de someter la cuestión ante el TJ tiene lugar un procedimiento previo dirigido por la Comisión, por el que se requiere al Estado miembro para que responda a las imputaciones de que ha sido objeto. Si tras este procedimiento el Estado miembro no ha puesto fin al incumplimiento, puede interponerse un recurso ante el TJ por vulneración del Derecho comunitario. Este recurso puede iniciarlo bien la Comisión –es el caso más frecuente en la práctica– bien otro Estado miembro. Si el TJ declara que se ha producido un incumplimiento, el Estado de que se trate está obligado a adoptar sin demora las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento. Si después de serle sometido de nuevo el asunto por la Comisión el TJ reconociese que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva, a instancia de la Comisión.

– La cuestión prejudicial: Es un recurso específico del Derecho comunitario. Si bien el TJ es, por su propia naturaleza, el defensor supremo de la legalidad comunitaria, no es sin embargo el único órgano jurisdiccional competente para aplicar el Derecho comunitario. Esta función corresponde también a los tribunales nacionales, en la medida en que queda sometida a su control la ejecución administrativa del Derecho comunitario, que se halla confiada en lo esencial a los órganos administrativos de los Estados miembros; un gran número de disposiciones de los Tratados y del Derecho derivado (Reglamentos, Directivas, decisiones) crean directamente derechos individuales en favor de los nacionales de los Estados miembros, que los tribunales nacionales tienen la obligación de garantizar. Así, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son, por naturaleza, los principales garantes del Derecho comunitario.

Para asegurar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria y evitar cualquier interpretación divergente, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al TJ para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto de Derecho comunitario. El TJ no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un acto motivado. El órgano jurisdiccional nacional destinatario se halla vinculado por la interpretación ofrecida. La sentencia del TJ vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.

Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, único competente para pronunciarse sobre su pertinencia, todas las partes afectadas, a saber, los Estados miembros, las partes litigantes ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, en particular, la Comisión, pueden participar en el procedimiento iniciado ante el TJ. De este modo, varios de

los principios del Derecho comunitario más importantes se establecieron a partir de cuestiones prejudiciales, a veces planteadas por órganos jurisdiccionales de primera instancia.

A continuación va a realizarse una breve distinción entre, por un lado, las características del procedimiento de los recursos directos (como el de incumplimiento) y, por otro, las del procedimiento de las cuestiones prejudiciales:

– En los recursos directos, el procedimiento ante el TJ debe iniciarse mediante escrito de recurso dirigido a su Secretaría. Al recibirse, el recurso se inscribe en el Registro. El Secretario se encarga de que en el DOCE se publique una comunicación sobre el recurso, indicando los motivos y las pretensiones del demandante. Se designa entonces a un Juez Ponente y a un Abogado General para seguir el desarrollo del asunto y se notifica el recurso a la parte contraria, que dispone de un mes para presentar el escrito de contestación. El demandante tiene derecho a presentar una réplica y el demandado una dúplica, disponiendo en cada caso de un plazo de un mes. Los plazos de presentación de estos documentos deben respetarse estrictamente, salvo que el Presidente otorgue una prórroga.

Una vez concluida la fase escrita del procedimiento, se requiere a las partes para que indiquen, en el plazo de un mes, si solicitan la celebración de la vista. El TJ decide, basándose en el informe del Juez Ponente y después de oído el Abogado General, si el asunto requiere diligencias de prueba y qué tipo de formación del TJ debe resolver el asunto. El Presidente fija la fecha de la vista pública. El Juez Ponente resume, en un informe para la vista, los hechos que se alegan y la argumentación desarrollada por las partes y, en su caso, por los coadyuvantes. Este informe se hace público en la lengua de procedimiento durante la vista.

El asunto se debate en una vista pública, ante la formación del TJ y el Abogado General, salvo que el asunto se resuelva sin conclusiones de este último. Los Jueces y el Abogado General pueden formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Algunas semanas más tarde se presentan ante el TJ, de nuevo en audiencia pública, las conclusiones del Abogado General. En ellas analiza en detalle los aspectos particularmente jurídicos del litigio, y propone con toda independencia al TJ la solución que él considera que debe darse al problema. Así finaliza la fase oral del procedimiento. Por último, los Jueces deliberan sobre la base de un proyecto de sentencia elaborado por el Juez Ponente. Cualquier Juez puede proponer modificaciones. Una vez adoptada, la sentencia se pronuncia en audiencia pública.

– En el procedimiento prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional plantea al TJ cuestiones relativas a la interpretación o a la validez de una disposición comunitaria, generalmente en forma de resolución judicial adaptada a las normas procesales nacionales. Tras traducir esta petición a todas las lenguas comunitarias, el Secretario la notifica a las partes litigantes en el litigio principal, pero también a los Estados miembros y a las instituciones. Asimismo, se publica en el DOCE un anuncio en el que se indican las partes del litigio y el contenido de las cuestiones.

Las partes, los Estados miembros y las instituciones comunitarias disponen de dos meses para presentar al TJ sus observaciones escritas. La continuación del procedimiento es idéntica a la de

los recursos directos (v. *supra*). Todos aquellos con derecho a presentar observaciones escritas pueden exponer también verbalmente su opinión durante la vista si se ha decidido que ésta se celebre. Después de la presentación de las conclusiones del Abogado General y una vez que ha tenido lugar la deliberación de los Jueces, se pronuncia la sentencia en audiencia pública y el Secretario la comunica al órgano jurisdiccional nacional, a los Estados miembros y a las instituciones interesadas.

Concluido ya este epígrafe introductorio, procede iniciar a continuación la presentación de la jurisprudencia del TJCE. Para una mejor sistematización de esta Crónica, las sentencias del año 2005 se encuentran clasificadas atendiendo a los materias siguientes: Ciudadanía Europea, Libre circulación de personas, Seguridad Social de los trabajadores migrantes, Relaciones exteriores y Reagrupación familiar. El texto completo de dichas resoluciones puede consultarse en español en la web http://www.curia.eu.int.

II. JURISPRUDENCIA TJCE 2005

A) Ciudadanía Europea

a) Sentencia TJ (Gran Sala) de 12 de julio de 2005, Asunto C-403/03, *Egon Schempp y Finanzamt München V*

El Sr. Schempp, nacional alemán residente en Alemania, abona tras su divorcio a su ex mujer, residente en Austria, una pensión alimenticia. En sus declaraciones tributarias correspondientes a los ejercicios 1994 a 1997, el Sr. Schempp intentó deducir dicha pensión alimenticia en virtud de lo dispuesto en el artículo 1a, apartado 1, número 1, primera y segunda frases, de la Ley del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*). Sin embargo, el *Finanzamt* alemán no admitió dicha deducción, debido a que no había recibido un certificado expedido por la administración tributaria austriaca que acreditase, como establece en su tercera frase el referido artículo 1a, apartado 1, número 1, que su ex mujer había tributado por la pensión alimenticia en Austria. En el presente caso, el Sr. Schempp no pudo aportar tal certificado porque el Derecho tributario austriaco excluye de tributación, por definición, a las pensiones alimenticias, y tampoco contempla, por otra parte, la deducción de los pagos realizados por este concepto. No obstante, de los autos se desprende que el Sr. Schempp habría podido deducir el importe total de la pensión alimenticia abonada a su ex mujer si ésta hubiera residido en Alemania. En tal supuesto, su ex mujer no habría tenido, por su parte, que pagar impuestos por dicha pensión, ya que su renta es inferior al mínimo exento de tributación en Alemania. El Sr. Schempp impugnó las liquidaciones ante el *Finanzamt*, por considerar que la normativa alemana controvertida era contraria a los artículos 12 y 18 del Tratado Constitutivo. Tras la desestimación por parte del *Finanzgericht München* del recurso interpuesto por el Sr. Schempp, éste interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente (el *Bundesfinanzhof),* Dicho órgano, al estimar que en el presente asunto se suscitaban dudas en cuanto a la interpretación del Derecho comunitario, decidió suspender el procedimiento y pedir al TJCE que dilucide si los artículos

12 y 18 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual un sujeto pasivo residente en Alemania no puede deducir de su base imponible en ese Estado miembro la pensión alimenticia que paga a su ex mujer residente en Austria, mientras que sí habría tenido derecho a hacerlo si ésta hubiera continuado residiendo en Alemania.

El TJCE expone y declara:

> Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado. Hay que examinar, por tanto, si se puede comparar la situación del Sr. Schempp, que paga una pensión alimenticia a su ex mujer residente en Austria y no puede deducir esas cantidades en su declaración del impuesto sobre la renta, con la de una persona que paga dichas cantidades a su ex cónyuge residente en Alemania y tiene derecho a esa desgravación fiscal. Atendiendo a la Ley alemana del impuesto sobre la renta, la posibilidad de deducir en Alemania las pensiones alimenticias abonadas por un contribuyente residente en dicho Estado miembro a un beneficiario que resida en otro Estado miembro depende de si dicha pensión ha tributado en este último Estado miembro. De lo anterior se desprende que, en el asunto principal, dado que en el Estado miembro de residencia de la ex mujer del Sr. Schempp las pensiones alimenticias no están sujetas a tributación, éste no pudo deducir dicha pensión de sus rendimientos en Alemania. En estas circunstancias, resulta evidente que el trato discriminatorio que invoca el Sr. Schempp es consecuencia, en realidad, del hecho de que el régimen fiscal aplicable a las pensiones alimenticias en el Estado miembro de residencia de su ex mujer es distinto del establecido en su propio Estado miembro de residencia. Pues bien, es jurisprudencia reiterada que el artículo 12 CE no comprende las eventuales disparidades de trato que puedan derivarse, para las personas y empresas sujetas al Derecho comunitario, de las divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, siempre que tales legislaciones se apliquen a todas las personas sometidas a ellas con arreglo a criterios objetivos y no por razón de su nacionalidad. Por consiguiente, debe afirmarse que el hecho de que un contribuyente que resida en Alemania no pueda deducir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1a, apartado 1, número 1, de la EStG, una pensión alimenticia abonada a su ex mujer residente en Austria no constituye un trato discriminatorio en el sentido del artículo 12 CE.
>
> En sus observaciones, el Sr. Schempp sostiene que el artículo 18 CE, apartado 1, no sólo protege el derecho a circular y residir en otros Estados miembros, sino también el de elegir residencia. Alega que la circunstancia de que la pensión alimenticia no sea deducible de la base imponible cuando su beneficiario reside en otro Estado miembro puede ejercer cierta presión sobre dicho beneficiario para que no se marche de Alemania, lo que constituiría una restricción al ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 18 CE, apartado 1. Tal presión podría manifestarse, en concreto, a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia, ya que su cálculo se realiza teniendo en cuenta las implicaciones fiscales.
>
> El traslado de la residencia de su ex mujer a Austria ha tenido ciertamente consecuencias fiscales desfavorables para el Sr. Schempp en su Estado miembro de residencia, como se ha señalado. No obstante, el Tribunal de Justicia ya declaró que el Tratado no garantiza a un ciudadano de la Unión que el traslado de sus actividades a un Estado miembro que no sea aquel en el que residía hasta entonces sea neutro en materia de tributación. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, tal traslado puede, según los casos, ser más o menos ventajoso o desventajoso para el ciudadano en el plano de la tributación indirecta.

En estas circunstancias, hay que responder a las cuestiones planteadas que los artículos 12 CE, párrafo primero, y 18 CE, apartado 1, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual un sujeto pasivo residente en Alemania no puede deducir de su base imponible en ese Estado miembro la pensión alimenticia que paga a su ex mujer residente en otro Estado miembro en el que dicha pensión no está sujeta a tributación, mientras que sí tendría derecho a hacerlo si su ex mujer residiera en Alemania.

b) Sentencia TJ (Sala Primera) de 15 de septiembre de 2005, Asunto C-258/04, *Office national de l'emploi y Ioannis Ioannidis*

Hechos:

El Sr. Ioannidis, de nacionalidad griega, llegó a Bélgica en 1994. En este país se reconoció la equivalencia del certificado de estudios que había obtenido en Grecia con el certificado homologado de enseñanza secundaria superior, que en Bélgica da acceso a la enseñanza superior de corta duración. Tras realizar diversos estudios en Bélgica y recibir en Francia una formación retribuida, el Sr. Ioannidis presentó en agosto de 2001 una solicitud de subsidio de espera –subsidio de desempleo concedido a jóvenes que acaban de terminar sus estudios y buscan su primer empleo– ante la Oficina Nacional de Empleo belga. Dicha solicitud fue denegada y, en la vía jurisdiccional, la *Cour du Travail* de Liège constató que el Sr. Ioannidis no cumplía ninguno de los requisitos exigidos de forma alternativa por la normativa nacional. En particular, no se obedece a lo prescrito en el artículo 36, apartado 1, párrafo primero, número 2, letra a), del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, por el que se regula el desempleo, puesto que no terminó sus estudios de enseñanza secundaria en Bélgica. Tampoco concurre en este caso lo prescrito en la letra h) del mismo precepto, dado que de los autos no se desprende que, a fecha de presentación de la solicitud del subsidio de espera, los padres del Sr. Ioannidis fueran trabajadores migrantes residentes en Bélgica. Ante este caso, el órgano jurisdiccional belga decide acudir al TJCE, y plantear por medio de una cuestión prejudicial si el Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro deniegue el subsidio de espera a un nacional de otro Estado miembro que busca su primer empleo, por el solo motivo de que el interesado haya terminado sus estudios de enseñanza secundaria en otro Estado miembro.

El TJCE expone y declara:

Ha quedado acreditado que los subsidios de espera regulados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal son prestaciones sociales, cuyo objetivo es facilitar a los jóvenes el paso de la enseñanza al mercado laboral. Dadas las circunstancias, el interesado puede ampararse en el artículo 39 CE para defender que no puede ser objeto de discriminación por razón de la nacionalidad en materia de concesión de subsidios de espera. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. La normativa interna controvertida en el litigio principal establece un trato diferenciado entre los ciudadanos que hayan terminado sus estudios de ciclo secundario en Bélgica y aquellos que los hayan finalizado en otro Estado miembro, de forma que sólo los primeros tienen derecho a los subsidios de espera. Semejante diferencia de trato

sólo resulta justificable si se basa en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, resulta legítimo que el legislador nacional desee asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de dichos subsidios y el mercado geográfico laboral objeto de controversia. Sin embargo, un requisito único relativo al lugar de obtención del diploma de fin de estudios secundarios tiene un carácter demasiado general y exclusivo; sobrevalora indebidamente un elemento que no es necesariamente representativo del grado real y efectivo de vinculación entre el solicitante de los subsidios de espera y el mercado geográfico laboral, excluyendo cualquier otro elemento representativo.

Por otro lado, del artículo 36, apartado 1, párrafo primero, número 2, letra h), del Real Decreto se desprende que un demandante de empleo que no hubiere terminado sus estudios de ciclo secundario en Bélgica tendrá aun así derecho a los subsidios de espera si hubiere cursado estudios o recibido una enseñanza del mismo nivel y equivalentes en otro Estado miembro y estuviere a cargo de trabajadores migrantes, a efectos del artículo 39 CE, residentes en Bélgica. El hecho de que los padres del Sr. Ioannidis no sean trabajadores migrantes residentes en Bélgica no puede motivar en ningún caso la denegación del subsidio solicitado. Dicho requisito va igualmente más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo propuesto.

Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 39 CE se opone a que un Estado miembro deniegue el subsidio de espera a un nacional de otro Estado miembro que busca su primer empleo sin estar, como hijo, a cargo de un trabajador migrante residente en el primer Estado, por el solo motivo de que el interesado haya terminado sus estudios de enseñanza secundaria en otro Estado miembro.

B) Libre circulación de personas

a) Sentencia TJ (Sala Primera) de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane y Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*

Hechos:

El 3 de diciembre de 2001, el Sr. Oulane, sospechoso de encontrarse en situación de estancia ilegal, fue detenido por las autoridades neerlandesas. Al prestar declaración, el Sr. Oulane, que no disponía de documento de identidad alguno, afirmó que tenía nacionalidad francesa, que se encontraba en los Países Bajos desde hacía aproximadamente tres meses y que estaba allí de vacaciones. Las autoridades neerlandesas lo retuvieron con vistas a su expulsión debido, en particular, a que existía riesgo de que eludiese dicha expulsión. El 7 de diciembre siguiente presentó un documento de identidad francés a las autoridades. Éstas reconocieron entonces su condición de nacional comunitario y no discutieron su estatus de turista. Mediante decisión de 10 de diciembre de 2001, el *Minister voor Vreemdelingenzaken en* Integratie levantó la medida de internamiento. El 27 de julio de 2002, el Sr. Oulane fue detenido por la policía ferroviaria en la estación de Rotterdam Central. Como no llevaba ningún documento que acreditase su identidad, se le tomó declaración y se dispuso su ingreso en un centro de internamiento con vistas a su expulsión. Al prestar declaración, afirmó que se encontraba en los Países Bajos desde hacía 18 días y que deseaba regresar a Francia. Las autoridades neerlandesas invocaron la protección del orden público para justificar la medida de internamiento, alegando que cabía presumir que

el interesado intentaría eludir la expulsión. El Sr. Oulane impugnó la legalidad de tales medidas de internamiento ante el *Rechtbank te´s-Gravenhage, solicitando* asimismo una indemnización por daños y perjuicios. Por considerar que la solución del litigio del que conocía requería la interpretación del Derecho comunitario, dicho *Rechtbank te's-Gravenhage* decidió suspender el procedimiento y acudir al TJCE.

El TJCE expone y declara:

> El artículo 4, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento por un Estado miembro del derecho de estancia de un destinatario de servicios nacional de otro Estado miembro no puede estar supeditado a la presentación por dicho nacional de un documento de identidad o un pasaporte válido, si su identidad y su nacionalidad pueden probarse inequívocamente por otros medios.
>
> El artículo 49 CE se opone a que los nacionales de los Estados miembros estén obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o un pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, si dicho Estado miembro no impone a sus propios nacionales una obligación general de identificación, permitiéndoles probar su identidad por cualquier medio admitido en el Derecho nacional.
>
> La adopción de una medida de internamiento con fines de expulsión de un nacional de otro Estado miembro, motivada por la no presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido, aun cuando no exista una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, vulnera el artículo 49 CE.
>
> Corresponde a los nacionales de un Estado miembro que residan en otro Estado miembro en calidad de destinatarios de servicios aportar las pruebas que acrediten la regularidad de su estancia. A falta de tales pruebas, el Estado miembro de acogida puede adoptar una medida de expulsión respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario.

b) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 12 de mayo 2005, Asunto C-278/03, *Comisión de las Comunidades Europeas,* representada por la Sra. M.-J. Jonczy, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, *contra República Italiana,* representada por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. De Bellis, avvocato dello Stato, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada

Hechos:

Advertida de las dificultades con que se habían enfrentado varios nacionales comunitarios en relación con su participación en los procedimientos de selección del personal docente para la escuela pública italiana, dificultades que resultaban, esencialmente, de que las autoridades italianas no tenían en cuenta la experiencia profesional adquirida con anterioridad por esos nacionales en otros Estados miembros, el 24 de noviembre de 1999 la Comisión remitió un escrito a la República Italiana en el que la requería para que presentara sus observaciones sobre esta situación y le informara tanto de las normas aplicables en la materia como sobre la manera como

se proponía, concretamente, resolver dichas dificultades. En un primer momento las autoridades italianas negaron toda obligación de tener en cuenta la experiencia profesional adquirida por los nacionales comunitarios fuera de Italia. Posteriormente, el Gobierno italiano admitió que la posición adoptada, en el caso de autos, por el Ministerio de Educación Nacional resultaba contradictoria con las disposiciones de la normativa nacional, las cuales establecen, según señaló, en el artículo 37 del Decreto Legislativo n.º 29/1993, la obligación de tener en cuenta la capacitación y la experiencia adquiridas en la función pública de otros Estados miembros. El mismo Gobierno añadió, no obstante, que el reconocimiento de la experiencia y de la antigüedad adquiridas por los nacionales comunitarios fuera del territorio nacional seguía creando dificultades a causa de que dicho Ministerio no había aprobado el procedimiento previsto en el artículo 37, apartado 3, del mencionado Decreto Legislativo. Por considerar, en las referidas circunstancias, que el incumplimiento persistía ya que no se habían tomado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la obligación de las autoridades italianas de tener en cuenta la experiencia y la antigüedad adquiridas por los nacionales comunitarios en las actividades docentes ejercidas fuera de Italia, el 26 de junio de 2002 la Comisión emitió un dictamen motivado por el que se requería a la República Italiana para que adoptara las medidas necesarias para atenerse al mismo en un plazo de dos meses desde su notificación. Dado que no obtuvo respuesta a dicho dictamen, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

El TJCE decide:

> Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39 CE y 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al no tener en cuenta o, al menos, al no tener en cuenta de manera idéntica, a efectos de la participación de los nacionales comunitarios en los procedimientos de selección de personal docente para la escuela pública italiana, la experiencia profesional adquirida por estos nacionales en actividades docentes según que tales actividades se hayan ejercido en el territorio nacional o en otros Estados miembros.

c) Sentencia TJ (Sala Tercera) de 2 de junio de 2005, Asunto C-136/03, *Georg Dörr y Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten, y entre Ibrahim Ünal y Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*

Hechos:

El Sr. Dörr es un nacional alemán casado. Reside desde 1992 en Austria, a partir de 1995 con su familia, y ejerce en este país una actividad profesional. Fue condenado a dieciocho meses de prisión, doce de ellos en libertad condicional, por un delito de estafa con agravantes, entre otros. Mediante resolución de 1 de octubre de 1998 de la *Bezirkshauptmannschaft Klagenfurt* (autoridad administrativa de primera instancia de Klagenfurt), se dictó contra el Sr. Dörr una prohibición de estancia por un período de diez años, con arreglo a los artículos 48, apartados 1 y 3, y 36, apartado 1, número 1, de la Ley de extranjería. Al haber sido desestimado su recurso ante la *Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten,* el Sr. Dörr recurrió ante el *Verwaltungsgerichtshof* con arreglo al artículo 66, apartado 4, de la Ley de procedimiento administrativo.

Por su parte, el Sr. Ünal es un nacional turco. Desde hace varios años reside legalmente en Austria, donde trabaja por cuenta ajena. Fue condenado en tres ocasiones a penas de multa, dos de ellas por riña y otra por infracción de la Ley sobre el permiso de conducción (*Führerscheingesetz*). Mediante resolución de 23 de marzo de 2001, la *Bezirkshauptmannschaft Dornbirn* (autoridad administrativa de primera instancia de Dornbirn) ordenó la expulsión del Sr. Ünal, de conformidad con el artículo 34, apartado 1, número 2, en relación con el artículo 10, apartado 2, número 3, de la Ley de extranjería. Al ser desestimado mediante resolución de 3 de octubre de 2001 su recurso ante *la Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg,* el Sr. Ünal interpuso asimismo un recurso ante el *Verwaltungsgerichtshof* con arreglo al artículo 66, apartado 4, de la Ley de procedimiento administrativo.

Dicho *Verwaltungsgerichtshof* acumuló los dos procedimientos a efectos de una deliberación y una resolución comunes. Dicho órgano se interroga, por una parte, sobre la compatibilidad de la tutela judicial prevista por el ordenamiento jurídico austriaco con las exigencias de la Directiva 64/221 y, por otra, sobre la aplicabilidad de tales exigencias a los trabajadores turcos cuya situación jurídica viene definida por la Decisión n.º 1/80.

El TJCE expone y declara:

> El artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los recursos judiciales interpuestos contra una decisión de expulsión del territorio de ese Estado, adoptada contra un nacional de otro Estado miembro, carezcan de efectos suspensivos y en virtud de la cual, al examinarse tales recursos, la decisión de expulsión únicamente pueda ser objeto de una apreciación de legalidad, siempre que no se haya instituido ninguna autoridad competente en el sentido de la referida disposición.
>
> Las garantías procesales establecidas en los artículos 8 y 9 de la Directiva 64/221 se aplican a los nacionales turcos cuya situación jurídica se define en los artículos 6 o 7 de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación.

d) Sentencia TJ (Sala Cuarta), de 14 de julio de 2005, Asunto C-141/04, *Michail Peros y Techniko Epimelitirio Ellados*

Hechos:

El Sr. Peros, nacional griego, obtuvo en 1980 un diploma de estudios expedido por la *Fachhochschule Wiesbaden* (Alemania). Dicho título le habilita para acceder a la profesión de ingeniero mecánico en Alemania (*"Diplom-Ingenieur im Fachbereich Maschinenbau")*. Dado que el Sr. Peros deseaba ejercer dicha profesión en Grecia, presentó ante el Dikatsa una solicitud para que se reconociera la equivalencia de su título. Esta solicitud fue desestimada, debido a que la institución de enseñanza que había expedido el título extranjero de que se trata no tenía un nivel de enseñanza equivalente al de los establecimientos de enseñanza superior griegos. El 21 de febrero de 1995, el Sr. Peros presentó ante el TEE una solicitud de inscripción en sus registros

para poder ejercer la profesión de ingeniero mecánico en Grecia y beneficiarse de las demás ventajas derivadas de dicho registro. Dicha solicitud fue asimismo desestimada: El Sr. Peros presentó un recurso contra esta resolución desestimatoria ante el *Dioikitiko Protodikeio Rodou* (Tribunal administrativo de Primera Instancia de Rodas). Mediante resolución n.º 249/1998, este órgano jurisdiccional consideró que la acción del demandante constituía un recurso de anulación, competencia del *Symvoulio tis Epikrateias,* al que se remitió el asunto. Este órgano acudió al TJCE.

Si no se han adoptado medidas para adaptar el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, en su versión vigente hasta el 31 de julio de 2001, en el plazo señalado en el artículo 12 de ésta, un nacional de un Estado miembro puede invocar el artículo 3, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva para obtener, en el Estado miembro de acogida, la autorización para ejercer una profesión regulada como la de ingeniero mecánico. Esta posibilidad no puede supeditarse a la homologación de los títulos del interesado por las autoridades nacionales competentes.

e) Sentencia TJ (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2005, Asunto C-142/04, *Maria Aslanidou y Ypourgos Ygeias & Pronotas*

Hechos:

La Sra. Aslanidou, nacional griega, tras cursar un programa de estudios de tres años, superó el examen de Estado para terapeutas ocupacionales *("Zeugnis über die Staatliche Prüfung für Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten")* en la Escuela homologada de terapeutas ocupacionales de Stuttgart (Alemania), que la habilitaba para acceder a la profesión de terapeuta ocupacional. Habida cuenta de que deseaba ejercer dicha profesión en Grecia, la Sra. Aslanidou presentó una solicitud de habilitación ante la Dirección de Sanidad de la Provincia de Salónica al amparo de la Directiva 89/48. Dicha solicitud fue trasladada al Ministerio de Sanidad para que comprobase el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Consejo para el Reconocimiento de los Títulos Profesionales de Terapeuta Ocupacional *(Symvoulio Anagnorisis Epaggelmatikon Titlon Ergotherapeuton –SAETE–).* Este órgano decidió suspender el procedimiento y preguntar al ITE si la Escuela en la que la Sra. Aslanidou había cursado sus estudios en Alemania "estaba comprendida dentro de lo que en Grecia corresponde a la enseñanza superior". Mediante su resolución n.º 1, de 12 de mayo de 1998, el SAETE desestimó formalmente la solicitud de habilitación de la Sra. Aslanidou por considerar que la titulación de estudios invocada por ésta no constituía un título de enseñanza superior, ya que, para ser admitido en la correspondiente Escuela en Alemania, no se exigía una formación de base de doce años, sino de entre ocho y diez años y, por lo tanto, no se cumplían los requisitos establecidos en la Directiva 89/48. Ante dicha respuesta, la Sra. Aslanidou interpuso un recurso contra dicha resolución desestimatoria ante el *Symvoulio tis Epikrateias* griego, órgano que acudió al TJCE.

El TJCE expone y declara:

> Si no se han adoptado medidas para adaptar el Derecho interno a la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE, en el plazo señalado en el artículo 17 de ésta, un nacional de un Estado miembro puede invocar el artículo 3, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva para obtener, en el Estado miembro de acogida, la habilitación para ejercer una profesión regulada como la de terapeuta ocupacional. Esta posibilidad no puede supeditarse a la homologación de los títulos del interesado por las autoridades nacionales competentes.
>
> Las medidas de compensación a las que se refiere el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/51 sólo pueden imponerse al interesado en la medida en que estén previstas por la normativa nacional vigente en el momento de la tramitación de la solicitud de que se trata.

f) Sentencia TJ (Sala Primera), de 15 de septiembre de 2005, Asunto C-464/02, *Comisión de las Comunidades Europeas,* representada por los Sres. N.B. Rasmussen y D. Martin, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, *contra Reino de Dinamarca,* representado por el Sr. J. Molde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada, apoyado por República de Finlandia, representada por la Sra. T. Pynnä, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte coadyuvante

Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 39 CE en relación con el artículo 10 CE, en la medida en que: su normativa y su práctica administrativa no autorizan a los trabajadores que ocupan un empleo en un Estado miembro limítrofe y residen en Dinamarca a utilizar, con fines profesionales y privados, un automóvil de empresa matriculado en dicho Estado miembro limítrofe donde su empresario tiene establecida la empresa y además su normativa y su práctica administrativa únicamente autorizan a los trabajadores que ocupan un empleo en otro Estado miembro de la Unión Europea y residen en Dinamarca a utilizar, con fines profesionales y/o privados, un automóvil, y concretamente un automóvil de empresa, matriculado en otro Estado miembro donde su empresario tiene su domicilio social o su establecimiento principal, a condición de que el empleo ocupado en la empresa establecida en el extranjero constituya su actividad principal y que se abone un impuesto al efecto.

El TJCE expone y declara:

> Declarar que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 39 CE, en la medida en que su normativa y su práctica administrativa no autorizan a los trabajadores que residen en Dinamarca y ocupan, en otro Estado miembro, un empleo que no constituye su actividad principal a utilizar, con fines profesionales y privados, un automóvil de empresa matriculado en este otro Estado miembro donde su empresario tiene establecida la empresa, y su normativa y su práctica administrativa únicamente autorizan a los trabajadores que residen en Dinamarca y ocupan un empleo en otro Estado miembro a utilizar, con fines profesionales o profesionales y privados, un automóvil de empresa matriculado en este otro Estado miembro donde su empresario tiene su domicilio social o su establecimiento principal, automóvil que ni se destina

a ser utilizado esencialmente en Dinamarca con carácter permanente ni se utiliza de hecho de tal manera, a condición de que el empleo ocupado en dicha empresa constituya su actividad principal y que se abone un impuesto al efecto.

g) Sentencia TJ (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2005, Asuntos acumulados C-151/04 y C-152/04, *Claude Nadin, Nadin-Lux S.A.* (C-151/04) *y Jean-Pascal Durré* (C-152/04)

Hechos:

Las peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación de los artículos 10 CE, 39 CE, 43 CE y 49 CE. Dichas peticiones se presentaron en el marco de sendos procesos penales seguidos contra los Sres. Nadin y Durré, ambos residentes en Bélgica, por infracción de la normativa belga que les obliga a matricular en Bélgica los vehículos de empresa puestos a su disposición por las sociedades establecidas en otro Estado miembro para las que trabajan.

El Sr. Nadin, nacional belga, reside en Bélgica pero trabaja en Luxemburgo como administrador de la sociedad Nadin-Lux S.A. El 21 de marzo de 2002, mientras circulaba en un vehículo matriculado en el Gran Ducado de Luxemburgo y propiedad de Crédit Lease S.A., sociedad con domicilio social en Luxemburgo, se vio sometido en Bélgica a un control por parte de los servicios de aduanas e impuestos especiales. En el proceso penal seguido ante el órgano jurisdiccional remitente, el Sr. Nadin declaró que el vehículo lo había comprado la sociedad Nadin-Lux S.A., que él mismo había firmado la hoja de pedido y que el vehículo lo había pagado la sociedad Crédit Lease S.A. El Sr. Nadin añadió que disponía de un contrato de alquiler de una duración de cerca de 42 meses que comenzó en enero de 2000. Del expediente que se adjunta a la resolución de remisión se desprende asimismo que el interesado solicitó el certificado del IVA, pero que dicho certificado le fue denegado debido a que desempeñaba una función de administrador en la sociedad que lo empleaba. Se imputa al Sr. Nadin haber utilizado el 21 de marzo de 2002, en el ejercicio de su profesión, un vehículo matriculado en el extranjero a nombre de un propietario extranjero al que estaba vinculado por un contrato de trabajo, sin llevar en el vehículo el certificado del IVA. El Sr. Nadin alega que debe ser considerado trabajador comunitario.

Por su parte, el Sr. Durré, nacional belga, reside en Bélgica, pero trabaja en Luxemburgo para la sociedad Delisalade S.A. El 15 de marzo de 2002, mientras circulaba en un vehículo matriculado en Luxemburgo a nombre de Delisalade S.A., se vio sometido en Bélgica a un control por parte de los servicios de aduanas e impuestos especiales. En dicho control, el Sr. Durré presentó un certificado expedido por su empresario y relativo a la utilización del vehículo, certificado visado por el organismo luxemburgués de seguridad social. El contrato de trabajo existente entre el interesado y su empresario prevé que éste pondrá un vehículo a disposición del primero y que dicho vehículo podrá utilizarse accesoriamente para fines privados. El Sr. Durré no estaba en posesión del certificado del IVA. Delisalade S.A. era inicialmente una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal constituida por el Sr. Durré, pero posteriormente, en 1997, se transformó en sociedad anónima, de la que el interesado es socio minoritario y administrador. Al Sr. Durré se le imputa el hecho de que, residiendo en Bélgica, no hubiera matriculado, a 15 de

marzo de 2002, un vehículo que deseaba poner en circulación en dicho país, aunque el vehículo ya estuviera matriculado en el extranjero. El Sr. Durré también alega que debe ser considerado trabajador comunitario. En tales circunstancias, el tribunal de police de Neufchâteau decidió suspender el procedimiento en ambos asuntos y plantear una cuestión prejudicial al TJCE.

El TJCE expone y declara:

> El artículo 43 CE se opone a que una normativa nacional de un primer Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, imponga a un trabajador por cuenta propia residente en dicho Estado miembro la obligación de matricular en él un vehículo de empresa puesto a su disposición por la sociedad para la que trabaja, establecida en un segundo Estado miembro, cuando dicho vehículo no esté destinado a ser utilizado esencialmente con carácter permanente en el primer Estado miembro ni, de hecho, sea utilizado de esta manera.

C) Seguridad social de los trabajadores migrantes

a) Sentencia TJCE (Sala Cuarta) de 20 de enero de 2005, Asunto C-101/04, *Roger Noteboom y Rijksdienst voor Pensioenen*

Hechos:

El Sr. Noteboom es un nacional belga que trabajó en los Países Bajos pero mantuvo su domicilio en Bélgica. Poco antes de su jubilación perdió su empleo y durante el año previo a la obtención de la pensión de jubilación, el Sr. Noteboom percibió interrumpidamente prestaciones por desempleo. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del Reglamento n.º 1408/71, dichas prestaciones por desempleo se calcularon y abonaron conforme a la normativa belga sobre la materia. A partir del 1 de enero de 1999, el Sr. Noteboom tiene derecho a una pensión de jubilación del régimen belga de trabajadores por cuenta ajena. En 1999, el *Rijksdienst* le abonó, además de dicha pensión, la cantidad de 571,87 euros, en concepto de paga de vacaciones. Dicho órgano consideró posteriormente que había abonado por error dicha cantidad al Sr. Noteboom y reclamó su devolución. El Sr. Noteboom interpuso un recurso contra la referida decisión ante el *Arbeidsrechtbank Gent.* Por un lado, el Sr. Noteboom alegó que tenía derecho a la paga de vacaciones, puesto que el año anterior a aquel en el que comenzó a abonársele su pensión de jubilación había percibido ininterrumpidamente prestaciones por desempleo. Por el contrario, el *Rijksdienst* sostuvo que el Sr. Noteboom no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 56 del Real Decreto de 21 de diciembre de 1967 (puesto que su situación de desempleo no había seguido a "una actividad por razón de la cual hubiera estado sometido al régimen belga de seguridad social)" Se añadió además que, si bien era el Reino de Bélgica quien abonaba las prestaciones por desempleo, el Estado que en realidad las adeudaba era aquel en el que se ejerció la actividad y en el que se produjo la situación de desempleo, es decir, el Reino de los Países Bajos. En estas circunstancias, el Arbeidsrechtbank Gent decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una serie de cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

> Una prestación como la paga de vacaciones contemplada en el artículo 22 del Real Decreto n.º 50, de 24 de octubre de 1967, relativo a la pensión de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena, en su versión modificada por la Ley de 30 de marzo de 1994, y en el artículo 56 del Real Decreto de 21 diciembre de 1967, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen de pensión de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena, en su versión modificada por el Real Decreto de 27 de enero de 1998 y por el Real Decreto de 4 de marzo de 2002, constituye una prestación de vejez en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra c), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo de 29 de junio de 1998.
>
> El artículo 45, apartado 6, del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, en su versión modificada por el Reglamento n.º 1606/98, debe interpretarse en el sentido de que la institución competente del Estado miembro de residencia debe tener en cuenta, a efectos de la concesión de una prestación como la controvertida en el asunto principal, un período de desempleo completo durante el cual el antiguo trabajador por cuenta ajena se haya beneficiado de prestaciones con arreglo al artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del mismo Reglamento n.º 1408/71, como si dicho trabajador hubiera estado sujeto a la legislación que aplica la referida institución durante su último empleo.

b) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, Asunto C-225/02, *Rosa García Blanco e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*

Hechos:

La Sra. Rosa García Blanco, cumplidos los 65 años de edad, solicitó que se liquidasen sus derechos a pensión en virtud de los regímenes de seguridad social alemán y español. Acreditaba 209 meses (más de 17 años) de cotización efectiva de acuerdo con la legislación alemana y, por lo que se refiere a sus cotizaciones conforme a la legislación española, un total de 4.265 días. De estos días de cotización española: 185 días fueron cubiertos cuando la Sr. Rosa recibió una prestación contributiva por desempleo y el INEM, en nombre de la demandante en el litigio principal, ingresó cotizaciones para todas las contingencias de la seguridad social española, en particular, para la contingencia de jubilación; 4.080 días fueron cubiertos por la Sra. García Blanco al percibir el subsidio por desempleo para los desempleados mayores de 52 años. Las cotizaciones fueron ingresadas, sólo por la contingencia de jubilación, por el INEM en su nombre. De los autos se desprende además que, tras la muerte de su madre, con la que vivía, la Sra. García Blanco percibió una pensión en favor de familiares con efectos a partir de 1 de diciembre de 1989. La Sra. García Blanco obtuvo una pensión abonada por el sistema de seguridad social alemán. En cambio, el INSS le denegó el derecho a cobrar una pensión de jubilación por estimarse que no alcanzaba en España el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a pensión. La Sra. García Blanco formuló una demanda contra el INSS y la TGSS ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense y este órgano se dirigió al TJCE.

El TJCE expone y declara:

> Según jurisprudencia reiterada, el procedimiento previsto en el artículo 234 CE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, a través del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen. Así, tanto del tenor como del sistema del artículo 234 CE se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales en la medida en que ante ellos penda un litigio en el que proceda adoptar una decisión que puede tener en cuenta la sentencia prejudicial. En efecto, la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio.
>
> En el litigio principal se concedió a la Sra. García Blanco, después de que el Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense remitiese su petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, la pensión de jubilación de la seguridad social española que solicitó, con efectos a partir de la fecha en que causó derecho a una pensión de jubilación. Por otra parte, ha quedado acreditado que la hija de la Sra. García Blanco, en su condición de causahabiente de ésta, renunció a dicha pensión para percibir la pensión en favor de familiares. No cabe sino constatar que se ha dado plena satisfacción a las pretensiones de la demandante en el procedimiento principal. En esas circunstancias, una respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense no tendría ninguna utilidad para éste. En consecuencia, no procede responder a la petición de decisión prejudicial.

c) Sentencia TJ (Sala Primera) de 20 de enero de 2005, Asunto C-302/02, *Nils Laurin Effing*

Hechos:

El demandante, Nils Laurin Effing, impugna la decisión de las autoridades austriacas de poner fin a los anticipos sobre la pensión alimenticia que percibía en virtud del artículo 4, número 3, de la *UVG (Unterhaltsvorschuzgesetz*-Ley austriaca relativa a la concesión de anticipos sobre pensiones de alimentos para los hijos). Desde que se decretó en Austria la prisión provisional del padre del demandante, se concedió a éste un anticipo mensual sobre la pensión alimenticia. El padre de Nils Laurin Effing fue trasladado a su país de origen, Alemania, para cumplir allí el resto de su pena y en la prisión alemana trabajó a cambio de una retribución. A raíz de este traslado, el *Bezirksgericht Donaustadt* (Austria), puso fin a los anticipos sobre la pensión alimenticia percibidos por este último. Según dicho órgano jurisdiccional, ya no concurrían los requisitos que permitían la concesión de los anticipos por cuanto el padre del demandante en el asunto principal estaba preso en el extranjero. El *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* (Austria), resolviendo en apelación, confirmó la resolución del órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello es debido a que la concesión de un anticipo sobre una pensión alimenticia en virtud del artículo 4, número 3, de la *UVG* se halla supeditada al requisito de que la persona de que se trate cumpla su pena en el territorio austriaco. Nils Laurin Effing presentó un recurso de casación contra la citada resolución ante el *Oberster Gerichtshof,* alegando que el traslado del deudor de los alimentos a un establecimiento penitenciario situado en otro Estado miembro no pone fin al pago de anticipos sobre su pensión alimenticia. Este órgano jurisdiccional planteó al TJCE si una interpretación de esta índole del artículo 4, número 3, de la UVG puede

suponer una discriminación por razón de la nacionalidad y, por consiguiente, una infracción de los artículos 12 CE y 3 del Reglamento n.º 1408/71.

El TJCE expone y declara:

> En circunstancias como las del asunto principal, en las cuales un trabajador, en el sentido del artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n.º 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, haya sido trasladado, en calidad de preso, al Estado miembro del cual sea originario para cumplir el resto de su pena, la legislación aplicable en el ámbito de las prestaciones familiares será la legislación de este Estado miembro, conforme a lo dispuesto en el artículo 13, apartado 2, del mencionado Reglamento. Ni lo dispuesto en el referido Reglamento, y en particular en el artículo 3 de éste, ni tampoco el artículo 12 CE se oponen a que, en una situación de esta índole, la legislación de un Estado miembro supedite la concesión de unas prestaciones familiares como las previstas en la UVG a los miembros de la familia de un nacional comunitario en la situación descrita al requisito de que éste permanezca encarcelado en su territorio.

d) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, Asunto C-306/03, *Cristalina Salgado Alonso e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*

Hechos:

La Sra. Salgado Alonso solicitó en 1992 en el INEM un subsidio especial por desempleo para trabajadores mayores de 52 años. En esa fecha podía acreditar los siguientes períodos de seguro efectivos: 74 meses con arreglo a la normativa alemana; 26 meses de acuerdo con la normativa suiza) y 182 días conforme a la normativa española. Inicialmente, el INEM le denegó el subsidio especial por desempleo, alegando que no cumplía en España el necesario período carencial de al menos quince años. Contra dicha resolución la Sra. Salgado Alonso formuló una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, el cual declaró, en sentencia de 22 de junio de 1993, el derecho de la demandante a recibir el subsidio. Así pues, la Sra. Salgado Alonso percibió el subsidio por desempleo para desempleados mayores de 52 años durante un período de 3.219 días, en los que el INEM cotizó en su nombre al seguro de vejez. En mayo de 2001, la Sra. Salgado Alonso, que había cumplido 65 años, solicitó que se liquidasen sus derechos a pensión en virtud de los regímenes de seguridad social alemán, suizo y español. Mientras que en Alemania y en Suiza se le concedió una pensión, el INSS denegó su solicitud, alegando que no había cumplido en España el período mínimo de cotización necesario para causar derecho a pensión y que el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71, relativo a la totalización de los períodos de seguro, no era aplicable, de conformidad con el artículo 48, apartado 1, de dicho Reglamento, ya que el período de seguro cubierto en España era inferior a un año. El INSS también basó su negativa en la disposición adicional vigésima octava de la Ley General de la Seguridad Social. La Sra. Salgado Alonso demandó al INSS y a la TGSS ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Orense

para que declarase que tenía derecho a percibir, a partir del 31 de mayo de 2001, una pensión con arreglo a la normativa española. Dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

> Los artículos 39 CE y 42 CE, así como el artículo 45 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado a su vez por el Reglamento (CE) n.º 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una norma nacional, como la enunciada en la disposición adicional vigésima octava de la Ley General de la Seguridad Social, que no permite a las autoridades competentes de un Estado miembro tener en cuenta, para causar derecho a una pensión de jubilación del régimen nacional, determinados períodos de seguro cubiertos en el territorio de dicho Estado por un trabajador en paro y durante los cuales las cotizaciones por la contingencia de jubilación hayan sido ingresadas por la entidad gestora del seguro de desempleo, y que tales períodos se computen únicamente para calcular el importe de dicha pensión.

e) Sentencia del TJ (Gran Sala) de 12 de abril de 2005, *Asunto C-145/03, Herederos de Annette Keller contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), anteriormente Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)*

Hechos:

La Sra. Keller, de nacionalidad alemana, residía en España y estaba afiliada al Régimen General de la Seguridad Social de dicho Estado miembro. Deseando desplazarse a Alemania por motivos familiares, la Sra. Keller solicitó del INSALUD la expedición de un formulario E 111, que le fue remitido antes de su partida, para el período comprendido entre el 15 de septiembre y el 15 de octubre de 1994. Durante dicha estancia, la Sra. Keller fue asistida en el hospital del distrito de *Gummersbach* (Alemania). Se le diagnosticó entonces un tumor maligno de tal gravedad que podía provocar la muerte de la interesada en cualquier momento. Preocupada por poder seguir disfrutando en Alemania de la asistencia médica necesaria por la enfermedad que le aquejaba, la Sra. Keller solicitó al INSALUD la expedición de un formulario E 112, que le fue expedido por dicho organismo, al considerarse que ante la gravedad de su estado de salud, no era recomendable trasladar a España a la interesada. Tras numerosos exámenes, los médicos alemanes estimaron que la intervención quirúrgica que la Sra. Keller necesitaba con carácter vital e inmediato sólo podía realizarse por los servicios de la Clínica Universitaria de Zúrich (Suiza). Por consiguiente, se trasladó a la Sra. Keller a la Clínica Universitaria de Zúrich, donde a la interesada se le practicó una intervención quirúrgica y posteriormente fue sometida a radioterapia. El coste global de la asistencia prestada ascendió a 87.030 francos suizos y fue abonado íntegramente por la Sra. Keller.

El 26 de abril de 1995, la Sra. Keller solicitó el reembolso de la citada suma al INSALUD. Se denegó dicha solicitud con base en el artículo 102 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 18, apartado 1, del Decreto n.º 2766/67, pues se estima que la cobertura de los gastos ocasionados por la atención médica prestada en un Estado tercero requiere una autorización expresa y previa por su parte. La Sra. Keller interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid. La Sra. Keller murió el 30 de octubre de 2001. y sus herederos se subrogaron en el ejercicio de acción en el procedimiento principal. El tribunal español acude ante el TJCE planteando una serie de cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

> El artículo 22, apartado 1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y del artículo 22, apartados 1 y 3, del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada mediante el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, han de interpretarse en el sentido de que la institución competente que consintió, mediante la expedición de un formulario E 111 o de un formulario E 112, que uno de sus beneficiarios de la seguridad social recibiera asistencia médica en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente está vinculada por los diagnósticos relativos a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, efectuados durante el período de validez del formulario por médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, así como por la decisión de tales médicos adoptada, durante ese mismo período, basándose en dichos diagnósticos y en los conocimientos médicos del momento, de trasladar al interesado a un establecimiento hospitalario situado en otro Estado, aun en el caso de que éste sea un Estado tercero. No obstante, en tal situación, conforme al artículo 22, apartado 1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/71, el derecho del asegurado a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente está sujeto a la condición de que, según la legislación aplicada por la institución del Estado miembro de estancia, ésta esté obligada a servir a una persona que está afiliada a ella las prestaciones en especie correspondientes a dicha asistencia. En tales circunstancias, la institución competente no tiene derecho ni a exigir el regreso del interesado al Estado miembro competente para someterle en él a un control médico, ni a hacer que se le examine en el Estado miembro de estancia, ni a supeditar los diagnósticos y las decisiones anteriormente mencionadas a una aprobación por su parte.
>
> En el caso de que los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia opten, por razones de urgencia vital y habida cuenta de los conocimientos médicos del momento, por el traslado del asegurado a un establecimiento hospitalario situado en el territorio de un Estado tercero, el artículo 22, apartado 1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que la institución del Estado miembro de estancia ha de asumir el coste de la asistencia prestada en aquel Estado de conformidad con la legislación que ella aplique, en condiciones idénticas a las que disfrutan los beneficiarios de la seguridad social a quienes se aplica dicha legislación. Por lo que respecta a la asistencia que figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde posteriormente a la institución de este último Estado soportar la carga de las prestaciones así realizadas, reembolsando a la institución del Estado miembro de estancia en las condiciones establecidas en el artículo 36 del Reglamento n.º 1408/71. Toda vez que la institución del Estado miembro de estancia no asumió el coste de la asistencia prestada en un establecimiento situado en un Estado tercero, que ha quedado acreditado que la persona

afectada tenía derecho a que así fuera y que dicha asistencia figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde a la institución competente reembolsar directamente a la referida persona o a sus derechohabientes el coste de tal asistencia a fin de garantizarle un nivel de asunción del coste equivalente al que dicha persona habría disfrutado si se hubiera aplicado lo dispuesto en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71.

f) Sentencia TJ (Sala Quinta) de 26 de mayo de 2005, Asunto C-249/04, *José Allard e Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*

Hechos:

El Sr. Allard es un nacional belga que reside en Bélgica y ejerce actividades profesionales por cuenta propia simultáneamente en Bélgica y en Francia. El INASTI le reclamó el pago de la cotización de moderación correspondiente a los años 1984 y 1985. Al negarse el Sr. Allard a pagar esta cotización, el INASTI interpuso un recurso ante el *Tribunal du Travail d'Arlon,* que, el 5 de diciembre de 2000, condenó al Sr. Allard a pagar dicha cotización. Este último apeló ante el tribunal remitente. A su juicio, el INASTI cometió un error al tomar en consideración los ingresos que había obtenido en Francia para calcular el importe de la cotización correspondiente al año 1985. En consecuencia, el Sr. Allard solicitó la reducción de este importe. En tales circunstancias, la *Cour du Travail de Liège, section de Neufchâteau,* decidió suspender el procedimiento y acudir al TJCE.

El TJCE expone y declara:

Los artículos 13 y siguientes del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, exigen que la imposición de una cotización –como la cotización de moderación devengada con arreglo al Real Decreto n.º 289, de 31 de marzo de 1984– incluya en los ingresos profesionales los obtenidos en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en el que es aplicable la legislación social aunque el pago de esta cotización no genere, en beneficio del trabajador por cuenta propia, ningún derecho a obtener una prestación social o de otro tipo en este último Estado.

El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) no se opone a que una cotización como la cotización de moderación, devengada en el Estado miembro de residencia y calculada tomando en consideración los ingresos obtenidos en otro Estado miembro, se imponga a trabajadores que ejercen actividades profesionales por cuenta propia en esos dos Estados miembros.

g) Sentencia TJ (Gran Sala) de 7 de junio de 2005, Asunto C-543/03, *Christine Dodl, Petra Oberhollenzer contra Tiroler Gebietskrankenkasse*

Hechos:

La Sra. Dodl y la Sra. Oberhollenzer, tienen la nacionalidad austriaca y trabajan en Austria pero residen en Alemania. Viven con su marido y su pareja, respectivamente, ambos de nacionalidad

alemana, que trabajan a tiempo completo en Alemania. Debido al nacimiento de sus respectivos hijos, la relación laboral de ambas quedó en suspenso durante unos meses. El marido de la Sra. Dodl y la pareja de la Sra. Oberhollenzer han percibido en Alemania, como padres, las prestaciones familiares que se asimilan a las prestaciones familiares austriacas, pero no han disfrutado de la prestación federal alemana de crianza debido a que ejercen una actividad profesional a tiempo completo. La solicitudes dirigidas a obtener la prestación federal de crianza presentadas en Alemania por las demandantes en el litigio principal fueron denegadas, alegando que era competencia de la República de Austria el abono de dichas prestaciones Asimismo, las demandantes intentaron obtener en Austria una prestación por cuidado de hijos, pero sus solicitudes les fueron igualmente denegadas. El caso de ambas madres llegó hasta el *Oberlandesgericht Innsbruck*, órgano que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si las demandantes en el litigio principal han perdido la condición de "trabajadores por cuenta ajena" a efectos del Reglamento n.º 1408/71 debido a la suspensión de su relación laboral durante la cual, con arreglo a la legislación austriaca, no estaban obligadas a cotizar a la seguridad social. En segundo lugar, en el supuesto de que las demandantes en el litigio principal estén comprendidas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento n.º 1408/71, el órgano jurisdiccional remitente pregunta cuál es Estado miembro es prioritariamente competente para asumir la prestación familiar de que se trata, lo que implica que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la posible pertinencia y, en su caso, la aplicación de las normas que prohíben la acumulación, a saber, los artículos 76 del Reglamento n.º 1408/71 y 10 del Reglamento n.º 574/72, en situaciones similares a las del presente caso.

El TJCE expone y declara:

> Una persona tiene la condición de "trabajador" en el sentido del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de seguridad social mencionado en el artículo 1, letra a), del mismo Reglamento, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral. Corresponde al juez nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias para determinar si, durante los períodos en relación con los cuales se solicitaron las prestaciones de que se trata, las demandantes en el litigio principal estaban afiliadas a una rama del régimen de seguridad social austriaco y, en consecuencia, estaban comprendidas en el concepto de «trabajador por cuenta ajena» en el sentido del citado artículo 1, letra a).
>
> Cuando la legislación del Estado miembro de empleo y la del Estado miembro de residencia de un trabajador por cuenta ajena le reconocen cada una, por el mismo miembro de su familia y para el mismo período, derechos a prestaciones familiares, el Estado miembro competente para abonar las referidas prestaciones es, en principio, el Estado miembro de empleo, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 574/72. Sin embargo, cuando quien tiene la custodia de los hijos, en particular, el cónyuge o la pareja de dicho trabajador, ejerce una actividad profesional en el Estado miembro de residencia, es éste el que debe abonar las prestaciones familiares, con arreglo al artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del mismo Reglamento, cualquiera que sea el benefi-

ciario directo de tales prestaciones designado por la legislación de dicho Estado. En este supuesto, el abono de las prestaciones familiares por el Estado miembro de empleo se suspende hasta la cuantía del importe de las prestaciones familiares que señale la legislación del Estado miembro de residencia.

h) Sentencia TJ (Sala Primera), de 7 de julio de 2005, Asunto C-153/03, *Caisse nationale des prestations familiares (CNPF) y Ursula Weide, por matrimonio Schwarz*

Hechos:

La Sra. Weide trabajó en Luxemburgo desde octubre de 1993 a mayo de 1998, aunque residía en Alemania, con su marido y su primer hijo. Después de un permiso de maternidad tras el nacimiento de su segundo hijo, el 11 de mayo de 1998, y de un breve período de permiso no retribuido, la interesada decidió dedicarse a la crianza de su segundo hijo desde el 1 de octubre de 1998 hasta el 15 de mayo de 2000. Durante este período la Sra. Weide siguió estando afiliada en el Estado miembro de empleo con arreglo al artículo 171 del *Code des assurances sociales* (Código de Seguridad Social) luxemburgués. La demanda de la Sra. Weide, del mes de junio de 1998, mediante la que reclamaba la prestación de crianza con arreglo a la *BErzGG,* fue desestimada por la institución alemana competente. La Sra. Weide solicitó entonces a la CNPF luxemburguesa el pago de la prestación de crianza con arreglo a la Ley de 1988, que fue denegado mediante decisión de 30 de noviembre de 2000. El caso llegó hasta la *Cour de Cassation* luxemburguesa, que acudió al TJCE planteándole varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

Tanto de los autos como de las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia se desprende que, conforme al artículo 73 del Reglamento n.º 1408/71, una persona que se encuentre en la situación de la Sra. Weide tiene derecho a obtener la prestación de crianza prevista por la Ley de 1988 en su condición de trabajador por cuenta ajena en Luxemburgo, condición que subsiste mientras el interesado esté afiliado a una de las ramas del régimen de seguridad social luxemburgués y cumpla al mismo tiempo los requisitos de concesión de la prestación de crianza con arreglo a la normativa del Estado miembro de residencia, esto es, la República Federal de Alemania, que no supedita la concesión de tal prestación al ejercicio previo de una actividad profesional, sino a la residencia en dicho Estado.

En un supuesto como el del procedimiento principal, el artículo 10, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 574/72 implica que el ejercicio, por el cónyuge de la persona beneficiaria de la prestación de crianza establecida por la Ley de 1988 con arreglo al artículo 73 del Reglamento n.º 1408/71, de una actividad profesional en el Estado miembro de residencia de los hijos, en el presente caso, la República Federal de Alemania, suspende el derecho a las prestaciones previstas por esta disposición hasta la cuantía de las prestaciones de crianza prevista por la legislación del Estado miembro de residencia, aunque éstas se adeuden al beneficiario de la prestación luxemburguesa, y no a su cónyuge.

i) Sentencia TJ (Sala Tercera) de 7 de julio de 2005 , Asunto C-227/03, *A.J. van Pommeren-Bourgondiën y Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*

Hechos:

La Sra. van Pommeren-Bourgondiën, de nacionalidad neerlandesa, reside en Bélgica pero ha trabajado en los Países Bajos durante toda su vida profesional. Desde 1997 recibe una prestación de incapacidad laboral con arreglo a la Ley neerlandesa del seguro de incapacidad laboral (*WAO*), correspondiente al grado máximo de invalidez. La citada Señora fue informada de que, por no residir en los Países Bajos, a partir del 1 de enero de 2000 ya no estaría cubierta con carácter obligatorio por determinados seguros sociales neerlandeses. También se le comunicaba que, por esta razón se le dejarían de retener en sus prestaciones percibidas al amparo de la citada ley las cotizaciones correspondientes al régimen general de la seguridad social, pero que podía, sin embargo, afiliarse con carácter voluntario presentando una solicitud ante la Tesorería de la Seguridad Social. El caso de la Sra. van Pommeren-Bourgondiën llegó hasta el *Rechtbank* de Ámsterdam, órgano que planteó ante el TJCE varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

> El requisito de residencia impuesto por el legislador neerlandés para conservar la afiliación obligatoria a determinadas ramas de la seguridad social sólo será compatible con el artículo 39 del Tratado Constitutivo si las condiciones de la afiliación voluntaria de los no residentes no son más desfavorables que las condiciones de afiliación obligatoria de los residentes para las mismas ramas de la seguridad social. De la resolución de remisión se desprende que, en virtud de la nueva legislación, los no residentes no gozan del derecho de afiliarse, ni siquiera voluntariamente, al régimen de las prestaciones familiares, salvo de forma parcial y transitoria. Los únicos no residentes que conservan el derecho a las prestaciones familiares son los que lo habían adquirido al amparo del régimen anterior de afiliación obligatoria. Pierden definitivamente la posibilidad de estar afiliados en el momento en que su hijo más joven cumple 18 años. Así, los no residentes tienen un trato menos favorable que el dispensado a los residentes en lo que se refiere a dichas prestaciones.
>
> Además, el órgano jurisdiccional remitente mantiene, como se ha expuesto en el apartado 23 de esta sentencia, que el importe de las cotizaciones no es el mismo para las afiliaciones obligatorias de los residentes que para las afiliaciones voluntarias de los no residentes. Finalmente, el reducido porcentaje de las afiliaciones voluntarias de los no residentes que han perdido la afiliación obligatoria parece indicar que las afiliaciones voluntarias son poco atractivas y que los no residentes encuentran dificultades para afiliarse voluntariamente.
>
> De los apartados que preceden resulta que la legislación neerlandesa en cuestión en el asunto principal coloca a los no residentes en una situación menos favorable que la de los residentes en lo que se refiere a su cobertura social en los Países Bajos y, por ello, viola el principio de libre circulación garantizado por el artículo 39 CE. En consecuencia, procede responder al órgano jurisdiccional remitente que el artículo 39 CE se opone a la legislación de un Estado miembro según la cual una persona que ha dejado de trabajar en su territorio sólo conserva la afiliación obligatoria a determinadas ramas de la seguridad social si mantiene su residencia en ese Estado, mientras que dicha persona, en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, sigue afiliada con carácter obligatorio a otras ramas de la seguridad social, aunque resida en otro Estado miembro, cuando las condiciones de la

afiliación voluntaria, para las ramas en las que ha cesado la afiliación obligatoria, son más desfavorables que las de la afiliación obligatoria.

D) Privilegios e inmunidades

a) Sentencia TJ (Sala Primera), de 8 de septiembre de 2005, Asunto C-288/04, *AB y Finanzamt für den 6., 7. und 15. Bezirk*

Hechos:

El Sr. AB, de nacionalidad alemana, parte demandante en el procedimiento principal, trabaja desde 1982 para la Comisión como agente local. Entró en funciones al servicio de la Representación Permanente de la Comisión ante las organizaciones internacionales en Ginebra (Suiza). En 1987, fue trasladado a la Delegación de la Comisión en Viena y, tras la adhesión de la República de Austria a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1995, está destinado en la Representación de la Comisión en Viena. Mediante contrato de 1 de julio de 1994, fue contratado como agente local por tiempo indefinido para realizar tareas de propuesta, planificación y control como agregado de prensa al servicio de dicha Delegación y, posteriormente, al servicio de la Representación de la Comisión en Viena, siendo clasificado en el grupo I, escalón 35. El demandante realizó tareas que excedían las previstas para los agentes locales en el artículo 4, primer párrafo, del *ROA* (Reglamento aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas) , al no poderse encomendar a éstos funciones propias de los grupos I y II, que corresponden a las categorías A y B del Estatuto. El interesado no fue sujeto pasivo del impuesto nacional sobre la renta por estar empleado en una «institución privilegiada», conforme a lo previsto de la normativa austriaca, hasta el final de 1994. La cuestión se planteó a partir del 1 de enero de 1995, fecha de la adhesión de la República de Austria a las Comunidades Europeas. El 5 de mayo de 2000 *el Finanzamt* giró una liquidación por los años 1995 a 1998, así como una liquidación de pago a cuenta del impuesto sobre la renta del año 2000. El interesado recurrió estas liquidaciones ante el *Unabhängiger Finanzsenat,* alegando que las tareas que realizaba de forma efectiva y real no se correspondían con las funciones encomendadas a los agentes locales por la normativa comunitaria. De la resolución de remisión se desprende que el demandante en el litigio principal mantiene que, atendiendo a las tareas que realiza, debería haber sido contratado como agente temporal o agente auxiliar y no como agente local en el sentido de los artículos 8 a 50 bis y 51 a 78 del *ROA*, respectivamente, en cuyo caso habría tenido derecho a acogerse a las disposiciones del artículo 13 del Protocolo, que le hubieran eximido del impuesto nacional sobre los sueldos, salarios y emolumentos abonados por las Comunidades. Ante este caso, el *Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Wien,* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

A efectos de la aplicación de los artículos 13 y 16 del Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas, la decisión de una institución comunitaria por la que se define la

situación estatutaria de uno de sus agentes y se determina su régimen laboral tiene carácter vinculante respecto de las autoridades administrativas y judiciales nacionales, de tal forma que éstas no pueden calificar de forma autónoma la relación laboral en cuestión.

E) Reagrupación familiar

a) Sentencia TJ (Sala Segunda) de 14 de abril de 2005, Asunto C-157/03, *Comisión de las Comunidades Europeas,* representada por la Sra. C. O'Reilly y el Sr. L. Escobar Guerrero, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, *contra Reino de España,* representado por la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada

Hechos:

Se presentaron ante la Comisión dos denuncias por nacionales comunitarios, que ejercieron el derecho de libre circulación otorgado por el Tratado CE, y a cuyas esposas se les denegó un permiso de residencia en España por no haber solicitado, previamente, un visado de residencia en el consulado español de su último domicilio. En relación con esta cuestión, la Comisión envió el 26 de abril de 1999 un escrito a las autoridades españolas, al que éstas respondieron el 5 de julio de 1999, confirmando que el visado de residencia era necesario para la posterior tramitación de la expedición del permiso de residencia. Con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 226 CE, párrafo primero, tras haber ofrecido al Reino de España la posibilidad de presentar sus observaciones, la Comisión envió a este Estado miembro, mediante escrito de 3 de abril de 2002, un dictamen motivado en el que le instaba a adoptar las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones con arreglo a las Directivas 68/360, 73/148, 90/365 y 64/221 en un plazo de dos meses a partir de su notificación. Al no quedar satisfecha con la respuesta de las autoridades españolas, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

El TJCE declara:

Que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública: al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 y, en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia, y al no conceder el permiso de residencia en el más breve plazo, y a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la

presentación de la solicitud de dicho permiso, en contra de lo dispuesto en la Directiva 64/221. Se condena en costas al Reino de España.

b) Sentencia de TJ (Sala Quinta), de 7 de julio de 2005, Asunto C-373/03, *Ceyhun Aydinli y Land Baden-Württemberg*

Hechos:

El Sr. Aydinli nació en Alemania en 1974. Entre 1980 y 1989 vivió con sus abuelos en Turquía, donde fue escolarizado. En septiembre de 1989, obtuvo la autorización para reunirse con sus padres en Alemania, donde adquirió una formación profesional. Entre enero de 1995 y septiembre de 2000 ejerció una actividad laboral por cuenta ajena para un mismo empresario, y desde junio de 1995 es titular de un permiso de residencia por tiempo indefinido en dicho Estado miembro. El interesado fue detenido el 27 de septiembre de 2000, acusado de tráfico ilegal de estupefacientes de cantidad considerable. Fue sometido a prisión provisional y, con fecha 31 de mayo de 2001, condenado a una pena privativa de libertad de 3 años de duración. Una vez que el Sr. Aydinli hubo cumplido parte de la condena, se suspendió la ejecución de ésta a partir del 2 de octubre de 2001, al objeto de que el interesado pudiera someterse a una terapia de desintoxicación de larga duración, que completó con éxito el 16 de julio de 2002. Desde la finalización de la terapia, el Sr. Aydinli trabaja con su padre en Alemania. El 16 de agosto de 2001, las autoridades alemanas decretaron la expulsión inmediata del interesado, quien interpuso un recurso contra dicha resolución el 20 de septiembre del mismo año. A pesar de considerar que la orden de expulsión es conforme con el Derecho interno, según el cual se expulsará obligatoriamente a un extranjero que haya sido condenado mediante sentencia firme, por una infracción de la Ley de estupefacientes, a una pena privativa de libertad de al menos tres años de duración cuya ejecución no haya sido suspendida, el órgano jurisdiccional remitente (*Verwaltungsgericht Freiburg*) plantea al TJCE si, en la fecha en que se decretó su expulsión, el Sr. Aydinli no había sus derechos de trabajador por motivo de su ausencia prolongada del mercado legal de trabajo a causa de, primeramente, la prisión provisional entre el 27 de septiembre de 2000 y el 3 de julio de 2001; seguidamente, el cumplimiento de la pena privativa de libertad entre el 4 de julio de 2001 y el 1 de octubre de 2001 y, finalmente, la terapia de desintoxicación entre el 2 de octubre de 2001 y el 16 de julio de 2002.

El TJCE expone y declara:

Un nacional turco que tiene derecho a acceder libremente a cualquier actividad laboral por cuenta ajena de su elección con arreglo al artículo 7, párrafo primero, segundo guión, de la Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, no pierde ese derecho ni por motivo de una ausencia prolongada del mercado de trabajo a causa de una pena privativa de libertad, incluso de varios años de duración, seguida de una terapia de desintoxicación de larga duración, ni tampoco por la circunstancia de que, al adoptarse la resolución de expulsión, el interesado fuera mayor de edad y ya no residiera con el trabajador turco de quien derivó originariamente su derecho de residencia, sino que viviera de forma independiente de este trabajador.

Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

– Resolución de 14 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 Difícil Cobertura (*BOE* n.º 292, de 7 de diciembre de 2005).

– Orden AEC/4163/2005, de 14 de diciembre, por la que se crea una Oficina Consular Honoraria en Pemba (Mozambique) (*BOE* n.º 4, de 5 de enero de 2006).

– Orden AEC/4164/2005, de 14 de diciembre, por la que se crea una Oficina Consular Honoraria en Zanzíbar (Tanzania) (*BOE* n.º 4, de 5 de enero de 2006).

– Ley Orgánica 6/2005, de 22 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Adhesión a la Unión Europea de la República de Bulgaria y de la República de Rumania (*BOE* n.º 306, de 23 de diciembre de 2005).

– Resolución de 30 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación de la concesión de financiación de proyectos para el ejercicio 2005 en aplicación del Fondo Europeo para los Refugiados, convocado por Resolución de 19 de septiembre de 2005 (*BOE* n.º 11, de 13 de enero de 2006).

– Resolución 452/38000/2006, de 9 de enero, de la Subsecretaría, por la que se convocan las pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes militares de formación para el acceso de nacionales y extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería (*BOE* n.º 12, de 14 de enero de 2006).

Crónica legislativa

– Orden AEC/170/2006, de 12 de enero, por la que se crea la Oficina Técnica de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional en la Misión Diplomática Permanente de España en la República de Cabo Verde (*BOE* n.º 29, de 3 de febrero de 2006).

– Real Decreto 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 (*BOE* n.º 14, de 17 de enero de 2006).

– Real Decreto 64/2006, de 27 de enero, por el que se crea la Misión Diplomática Permanente de España en Albania (*BOE* n.º 39, de 15 de febrero de 2006).

– Orden TAS/292/2006, de 10 de febrero, por la que se desarrolla el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo, por el que se establecen las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles (*BOE* n.º 36, de 11 de febrero de 2006).

– Resolución de 20 de febrero de 2006, de la Secretaría General Técnica, relativa a la Objeción de España a la declaración formulada por Pakistán al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 103, de 30 de abril de 1977), hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (*BOE* n.º 51, de 1 de marzo de 2006).

– Resolución de 1 de marzo de 2006, de la Dirección General de Emigración, por la que se establece para Cuba un plazo especial para la presentación de la fe de vida y declaración de ingresos por los beneficiarios de pensiones asistenciales (*BOE* n.º 56, de 7 de marzo de 2006).

– Resolución de 1 de marzo de 2006, de la Dirección General de Emigración, por la que se establece para Marruecos un plazo especial para la presentación de la fe de vida y declaración de ingresos por los beneficiarios de pensiones asistenciales (*BOE* n.º 56, de 7 de marzo de 2006).

– Resolución de 1 de marzo de 2006, de la Dirección General de Emigración, por la que se establece para México un plazo especial para la presentación de la fe de vida y declaración de ingresos por los beneficiarios de pensiones asistenciales (*BOE* n.º 56, de 7 de marzo de 2006).

II. FUENTES INTERNACIONALES

– Acuerdo Marco entre el Reino de España y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), hecho en Nueva York el 13 de abril de 2005 (*BOE* n.º 27, de 1 de febrero de 2006).

– Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Paraguay, hecho en Asunción el 24 de junio de 1998 (*BOE* n.º 28, de 2 de febrero de 2006).

Crónica legislativa

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

– Decisión del Consejo de 7 de noviembre de 2005 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (*DOUE,* L 304, de 23 de noviembre de 2005).

– Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (*DOUE,* L 326, de 13 de diciembre de 2005).

– Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (*DOUE,* C 326, de 22 de diciembre de 2005).

– Notificación de la República Eslovaca sobre la reciprocidad de los visados (*DOUE,* C 327, de 23 de diciembre de 2005).

– Notificación de la República de Estonia sobre la reciprocidad de los visados (*DOUE,* C 327, de 23 de diciembre de 2005).

– Decisión del Consejo, de 21 de febrero de 2006, relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega (*DOUE,* L 57, de 28 de febrero de 2006).

– Decisión del Consejo, de 21 de febrero de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en un.º de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, y en el Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo, relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín (*DOUE,* L 66, de 8 de marzo de 2006).

EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Gestión de la inmigración económica

Durante la última sesión plenaria celebrada en Estrasburgo, el Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución relativa al Libro Verde sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica, publicado por la Comisión Europea. En el informe se señala que la regularización masiva de inmigrantes ilegales llevada a cabo por países como España, no es sustituto de políticas sustanciales para tratar la inmigración, ni es un medio efectivo de reclutar inmigrantes económicos. Por otro lado, el texto resalta la necesidad de adoptar una política común de inmigración para terminar con la explotación ilegal de trabajadores y pide a los Estados miembros que promuevan la integración de inmigrantes económicos y les garanticen los mismos derechos que a los ciudadanos europeos, incluidos el derecho a votar en elecciones locales y europeas. El pleno ha suprimido la creación de un sistema europeo de "tarjeta verde", aunque apoya el establecimiento de un procedimiento administrativo único para la emisión de permisos de residencia y empleo para los inmigrantes económicos.
(7 de noviembre de 2005).

Plan de acción sobre la inmigración

El Comisario de Justicia, Libertad y Seguridad, Franco FRATTINI, se ha reunido con los gobiernos de los diferentes Estados afectados por el problema de la inmigración, a fin de elaborar, de manera conjunta, una respuesta política de alcance europeo al respecto. Así mismo, la Comisión tiene intención de presentar una serie de medidas, desde el respeto a los derechos humanos, sobre acciones concretas a adoptar, a fin de poder plantar cara al conflicto. FRATTINI propone, en el ámbito de la UE, reforzar la cooperación entre los Estados miembros de la costa mediterránea, así como autorizar controles marítimos conjuntos. De otro lado, pretende intensificar la colaboración con terceros Estados y, finalmente, crear un Grupo de Trabajo sobre inmigración UE/Mediterráneo ("EU/Mediterranean Task Force on immigration").
(14 de noviembre de 2005).

Información mutua medidas en materia de asilo e inmigración

La Comisión Europea ha publicado su propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de un procedimiento de información mutua sobre las medidas de los Estados miem-

(*) 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.*

bros en materia de asilo e inmigración [COM(2005) 480 final de 10.10.2005]. El texto justifica el establecimiento de este procedimiento ya que las medidas de asilo e inmigración adoptadas por un Estado miembro pueden tener un impacto en otros Estados miembros (y señala a título de ejemplo, que un procedimiento de regularización puede atraer la inmigración ilegal a un Estado miembro, a partir del cual los emigrantes regularizados podrían después trasladarse más fácilmente a otros Estados miembros). Las medidas deben comunicarse a más tardar cuando se hagan públicas. El Parlamento Europeo deberá pronunciarse sobre la propuesta, en el marco del procedimiento de consulta.
(14 de noviembre de 2005).

Admisión nacionales terceros países para investigación científica

La Directiva 2005/71/CE relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica ha sido publicada en el *DOUE* (L 289/15 de 3.11.2005). Junto a la directiva, se han publicado una Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo para facilitar la concesión por los Estados miembros de visados uniformes para estancias cortas para estos investigadores y una Recomendación del Consejo destinada a facilitar esta admisión. (L 289/23 y L289/26 de 3.11.2005).
(14 de noviembre de 2005).

Libro Verde: gestión inmigración económica

El *DOUE* ha publicado el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre el "Libro Verde: El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica" que fue aprobado en su 4180 Pleno, de los días 8 y 9 de junio de 2005 (sesión del 9 de junio). El presente Libro Verde, tal y como se venía informando en anteriores números de "Europa en Breve", se refiere a los procedimientos de admisión de los inmigrantes económicos de terceros países, es decir, a las normas comunitarias más adecuadas para regular la admisión de inmigrantes económicos y trata sobre el valor añadido que supondrá la adopción de este marco común. Hay varios aspectos que se consideran clave: la determinación del grado de armonización normativa deseable, los procedimientos de admisión para trabajadores extranjeros por cuenta ajena y autónomos, los procedimientos de solicitud de permiso de trabajo y residencia, la posibilidad para el trabajador de cambiar de empleo y/o sector una vez en la UE, derechos del trabajador inmigrante y por último, reciprocidad y cooperación con terceros países.
(21 de noviembre de 2005).

Inmigración y globalización social

El Parlamento Europeo ha aprobado el informe de 2004 de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (CMDSG), titulado *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. En su Resolución, y en relación con la inmigración, el Parlamento destaca

la necesidad de elaborar políticas de inmigración que tengan en cuenta las necesidades de los mercados de trabajo y salvaguarden debidamente los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares, denunciando que las políticas nacionales sobre inmigración están diseñadas cada vez más para satisfacer únicamente las necesidades de los mercados laborales locales. Asimismo, entre las medidas solicitadas a la UE, destaca la elaboración de una agenda de política social para desarrollar una sociedad inclusiva, cohesionada, basada en la igualdad de género y en la lucha contra la discriminación.
(21 de noviembre de 2005).

Racismo y xenofobia en la UE

El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) ha presentado, ante las comisiones de Empleo y de Libertades Civiles del Parlamento Europeo, su informe anual 2005, bajo el título *El Racismo y la Xenofobia en los Estados miembros de la UE. Tendencias, evolución y buenas prácticas.* El informe enfoca el asunto de la inmigración y las minorías desde cinco grandes ejes: la legislación, el empleo, la vivienda, la educación y los delitos racistas. El texto recoge las iniciativas legislativas e institucionales contra el racismo y la discriminación, adoptadas en los Estados miembros, y aborda asuntos como la transposición de las directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la legislación destinada a combatir los delitos racistas, incluida la delincuencia a través de Internet, la legislación que refuerza los derechos de los inmigrantes o las decisiones judiciales y administrativas y el impacto sobre los inmigrantes.
(28 de noviembre de 2005).

Acceso al sistema de información de visados

La Comisión Europea ha adoptado una serie de medidas destinadas a realizar cambios en las bases de datos en materia de Justicia, Libertad y Seguridad para mejorar la seguridad interior de la UE y facilitar los desplazamientos legales. La Comisión ha adoptado una propuesta de Decisión del Consejo relativa al acceso al Sistema de Información de Visados (SIS) por parte de las autoridades de los Estados miembros competentes en materia de seguridad interior y por la Oficina Europea de Policía (Europol), para garantizar el acceso a los datos en el curso de sus funciones de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo. Asimismo, ha aprobado una comunicación sobre el desarrollo, a medio y largo plazo, de tres bases de datos europeas comunes en el campo de la Justicia y Asuntos de Interior de la UE, a fin de perfeccionar su efectividad, interoperabilidad y las sinergias entre ellas: el sistema de información Shengen (SIS), el Sistema de Información de Visados (VIS) y EURODAC, unidad central automatizada para comparar las huellas dactilares de las personas que solicitan asilo en el espacio comunitario y de los inmigrantes clandestinos.
(28 de noviembre de 2005).

Procedimiento de concesión y retirada del estatus de refugiado

La Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado ha sido publicada en el *DOUE* (L326/13 de 13/12/2005). Se aplicará a todas las solicitudes de asilo presentadas en el territorio de cualquier Estado miembro de la UE, con inclusión de la frontera o en las zonas de tránsito, así como a la retirada del estatuto de refugiado, salvo las relativas al asilo diplomático o territorial de las representaciones de los Estados miembros. Se regulan los derechos y garantías fundamentales del solicitante de asilo, los procedimientos en primera instancia, el concepto de terceros países considerados de origen seguro, así como los procedimientos para la retirada del Estatuto de Refugiado. La Directiva entra en vigor a los 20 días de su publicación en el *DOUE* y los Estados miembros tienen hasta el 1 de diciembre de 2007 para su transposición, salvo lo dispuesto en el artículo 13 (sobre la audiencia personal) que se pospone para el 1 de diciembre de 2008. La normativa se elabora en cumplimiento de los objetivos del Consejo Europeo de Tampere relativos a establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia a través de una política común en el ámbito del asilo y un sistema europeo común de asilo. Más información: EB 33 05.
(12 de diciembre de 2005).

Plan de acción relativo a la inmigración ilegal

La Comisión Europea ha aprobado el "Programa de Acción relativo a la Inmigración Ilegal" presentado en un acto conjunto por la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad y la Dirección General de Empleo de la Comisión Europea. El Plan enumera un conjunto de acciones e iniciativas legislativas con vistas a mejorar la integración de los inmigrantes que viven y trabajan de forma legal en el territorio comunitario. Un paquete de medidas que permitirá gestionar de manera más coherente y eficaz el fenómeno de la inmigración en todas sus dimensiones. El Programa, referido al período 2006-2009, prevé agilizar las condiciones de entrada y estancia de los inmigrantes económicos, mejorar el intercambio de información disponible en materia de inmigración, la integración de los inmigrantes económicos y de las personas a su cargo, así como reforzar la cooperación con los países de origen.
(16 de enero de 2006).

Intercambio de información de antecedentes penales más eficaz

La Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea ha adoptado una propuesta de Decisión marco del Consejo, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información sobre antecedentes penales entre los Estados miembros, al objeto de reforzar la eficacia de tales intercambios en el ámbito de la Unión Europea. La propuesta establece una serie de principios destinados a remediar las disfuncionalidades existentes en la materia, mediante la instauración de un sistema informatizado de intercambio de información entre los distintos registros de penados nacionales.
(16 de enero de 2006).

ICONET: Intercambio de información sobre inmigración ilegal

La Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea ha adoptado una Decisión para la implementación de la Decisión del Consejo de la Unión Europea por la que se crea la página Web ICONET, que prevé establecer una amplia red en aras a asegurar una rápida a la vez que efectiva coordinación entre los servicios de gestión de la migración de los Estados miembros y el intercambio confidencial de información en relación con la inmigración clandestina.
(16 de enero de 2006).

La política europea de la inmigración: el reto de la integración

En el marco de los trabajos de elaboración de su dictamen de iniciativa sobre el tema "La inmigración en la Unión Europea y las políticas de integración: colaboración entre los gobiernos regionales y locales y las organizaciones de la sociedad civil", el Comité Económico y Social Europeo (CESE), la Generalitat de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona han organizado una conferencia-audición, en Barcelona, durante los días 2 y 3 de febrero de 2006. En ella han participado diversas autoridades regionales y locales europeas, para conocer y analizar en común las experiencias y buenas prácticas que sobre estas políticas se están aplicando en muchas ciudades y regiones europeas. Del mismo modo, se hallarán representados la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, así como el CES de Cataluña y el CES de Barcelona. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) está elaborando este Dictamen de iniciativa con el objetivo de que las políticas de integración formen parte fundamental de la política de inmigración que está poniendo en marcha la UE.
(6 de febrero de 2006).

Programa temático en inmigración y asilo

La Comisión Europea ha aprobado, en el contexto de las próximas perspectivas financieras 2007-2017, siete nuevos programas temáticos que fueron propuestos como estructura simplificada para la prestación de la ayuda exterior de la Comunidad, con el fin de facilitar la coherencia y conseguir más y mejores logros con los recursos disponibles. De entre ellos, el programa temático en el sector de la Inmigración y Asilo que ofrecerá un marco comunitario horizontal que ayude a consolidar la cooperación entre los distintos agentes de la Unión Europea y los diversos agentes internacionales y de terceros países concernidos en el fenómeno de la inmigración, con vistas a fomentar una mayor comprensión de los desafíos que se plantean y contribuir a la búsqueda de soluciones equilibradas y mutuamente satisfactorias.
(6 de febrero de 2006).

Impacto positivo libre circulación trabajadores desde ampliación

La Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea ha publicado un informe que presenta estadísticas y experiencias de flujos de trabajadores de los nuevos a los antiguos Estados miembros de la UE desde la ampliación de ésta en mayo de 2004. Tiene como objetivo proporcionar a los Estados miembros unos datos que les sirvan de base a la hora de decidir si prorrogan las restricciones en sus mercados de trabajo nacionales a la circulación de los trabajadores. Las estadísticas que contiene el informe reflejan que la movilidad de los trabajadores desde los Estados miembros de la UE de Europa central y oriental a la EU 15 ha tenido principalmente efectos positivos. Los trabajadores de la EU 10 han contribuido a mitigar las carencias de mano de obra del mercado de trabajo así como a unos mejores resultados económicos en Europa. Los países que no han aplicado restricciones después de mayo de 2004 (Reino Unido, Irlanda y Suecia) han experimentado un elevado crecimiento económico, una reducción del desempleo y un incremento del empleo. En cuanto a los 12 países de la UE que recurrieron a disposiciones transitorias, en los casos en que los trabajadores consiguieron acceder legalmente se integraron sin problemas en el mercado de trabajo. No obstante, existen datos que sugieren que estos países se han enfrentado a efectos secundarios indeseados, como por ejemplo niveles más elevados de trabajo no declarado y falsos trabajadores autónomos. En cuanto a la UE en su conjunto, los desplazamientos de trabajadores han sido bastante limitados. El próximo paso será la presentación del informe de la Comisión al Consejo.
(13 de febrero de 2006).

Régimen europeo de asilo

La Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea, en su intención de reforzar la cooperación práctica en materia de asilo entre los Estados miembros que conforman la Unión Europea, ha hecho pública una comunicación de cara a dotarse, de aquí a 2010, de un régimen comunitario de asilo totalmente armonizado. Este informe presenta una serie de acciones prácticas para cada uno de los ámbitos contemplados por Programa de la Haya en lo referente a cooperación en materia de asilo, al objeto los regímenes de asilo nacionales puedan ganar en eficacia y calidad. Entre los objetivos fijados por el Programa de la Haya destacan la puesta en marcha de un único procedimiento para el examen de solicitud de protección internacional o mejorar la cooperación en lo que se refiere a la recogida y uso de información sobre los países de origen de los demandantes de asilo, a través del establecimiento de una base de datos común, en aras a promover mejores prácticas entre los diferentes Estados miembros.
(20 de febrero de 2006).

Nuevo visado para facilitar el tráfico fronterizo

El Parlamento Europeo, reunido en sesión plenaria en Estrasburgo, ha adoptado, en primera lectura, el informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen

normas relativas al tráfico fronterizo menor en la fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifica el Convenio de Shengen y la Instrucción consular común que establece normas comunes de gestión del tráfico fronterizo menor entre países de la UE y países terceros vecinos. El nuevo sistema de visado facilitará a aquellas personas que vivan en zonas fronterizas el poder cruzar al país vecino por motivos laborales o personales, beneficiando a los ciudadanos que viven en la frontera terrestre común entre un Estado miembro y un tercer país vecino (enmienda 15). Según la propuesta, se emitirá a los residentes un visado especial, llamado permiso del tráfico fronterizo menor o PTFM, que permitirá cruzar la frontera con "arreglo al régimen de tránsito fronterizo menor" (enmienda 13).
(20 de febrero de 2006).

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

Notas Bibliográficas

– CARTIER, M.-E. (dir.): *Le mandat d´árret européen,* Bruylant, Bruselas, 2005, 420 pp.

– CHOLEWINSKI, R.: *Migrants irréguliers: L´accés aux droits sociax minimaux,* Consejo de Europa, Estrasburgo, 2005, 100 pp.

– COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA: *Tercer Informe sobre España (CRI (2006) 4),* publicado el 21 de febrero de 2006, http://www.coe.int, 54 pp (incluyendo las respuestas del Gobierno español).

– CONSEIL DE L´EUROPE: *DOMINO-Un manuel sur l´emploi de l´éducation par groupes de pairs en tant que moyen de lutte contre le racisme, la xénophobie, l´antisemitisme et l´intolérance,* 3ª edic., Estrasburgo, 2005, 106 pp.

– DE LORA, P.: *Memoria y frontera: El desafío de los derechos humanos*, Alianza Editorial, Barcelona, 2006, 296 pp.

– DEPARTAMENTO DE HISTORIA MODERNA, CONTEMPORÁNEA Y DE AMÉRICA: *Anales de Historia Contemporánea,* n.º 21 (2005). *Monográfico sobre inmigraciones e interculturalidad,* Universidad de Murcia, 2005, 196 pp.

– EUROPEAN MONITORING CENTRE ON RACISM AND XENOPHOBIA: *Migrants, minorities and housing: Exclusion, discrimination and anti-discrimination in 15 Member States of the European Union*, diciembre de 2005, http://www.eumc.eu.int , 11 de enero de 2006, 151 pp.

– *Consecuencias de los atentados con bomba perpetrados en Londres el 7 de julio de 2005 para las Comunidades Musulmanas en la UE,* http://www.eumc.eu.int, noviembre de 2005, 65 pp.

– FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE: *La inserción laboral de las personas inmigrantes en Andalucía y Melilla,* Federación Andalucía Acoge, Fondo Social Europea y Fundación Luis Vives, Granada, 2005, 172 pp.

– GOMIEN, Donna: *Vade-mecum de la Convention Européenne des Droits de l´Homme,* 3.ª ed., Consejo de Europa, Estrasburgo 2005, 200 pp.

Notas bibliográficas

– INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION: *Biometrics and International Migration,* Ginebra 2005, 34 pp.

– JIMÉNEZ, A.; AGUADO M. y PIMENTEL, M.: *Inmigración y empresa. El desafío empresarial de la inmigración. Guía para el ejecutivo,* Editorial Almuzara, Sevilla 2005, 224 pp.

– JULIEN-LAFERRIÈRE, F.; LABAYLE, H. y EDSTRÖM, O. (dir.): *La politique européenne d´immigration et d´asyle: bilan critique cinqs ans après le Traité d´Amsterdam*, Bruylant, Bruselas 2005, 338 pp.

– KYMLICKA, W.: *Fronteras territoriales,* Trotta, Madrid 2006, 80 pp.

– LINDE PANIAGUA, E. y MORENO DÍAZ, J.A. (dir.): *Inmigración, extranjería y asilo*, prólogo de J. CALDERA, CEUE-CCOO-COLEX, Madrid, 2005, 217 pp.

– MADRAZO RIVAS, E.: *Cooperación internacional y movimientos migratorios,* Dykinson, Madrid 2006, 502 pp.

– MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *La inmigración extranjera,* Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, 366 pp.

– MORERAS, J. y AUBARELL, G. (eds.): *Imams d´Europa. Les expressions de l´autoritat religiosa islàmica,* IEMed., Barcelona, 2006, 156 pp.

– MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Diálogo y Alianza de Civilizaciones*, Cuadernos de Análisis n.º 22, noviembre de 2005, 55 pp.

– "Racismo e Islamofobia", *Cuadernos de Análisis,* n.º 23, diciembre 2005, 47 pp.

– PALOMARES LERMA, G.: *Relaciones Internacionales en el siglo XXI,* 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, 232 pp.

– RAMBERG, I.: *L´islamophobie et ses consequénces pour les jeunes*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2005, 134 pp.

– REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: *El internamiento de extranjeros,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 205 pp.

– RIBAS, N.; ALMEDA, E. y BODELÓN, E.: *Rastreando lo invisible: Mujeres extranjeras en las cárceles,* Anthropos, Barcelona, 2005, 188 pp.

– RITAINE, E. (ed.): *L´Europe du Sud face à l´inmimgration. Politique de l´Étranger,* PUF, París 2005, 266 pp.

– RODRÍGUEZ JORDÁN, M.: *Tratados internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2005, 194 pp.

– SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: *Derecho de Extranjería,* Diego Marín-Librero Editor, Murcia, 2005, 776 pp.

– SOLÉ ALAMARJA, E.: *Extranjeros en España: ¿y después de la regularización, qué?*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona 2006, 251 pp.

El Islám en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico

I. JIMÉNEZ-AYBAR
Navarra Gráfica Ediciones
Colección Canónica
Pamplona, 2004

Por:

Zoila Combalía

La presencia creciente –y, en ocasiones, inquietante– del Islam en las sociedades europeas hace necesario establecer cauces para el diálogo entre las comunidades musulmanas y los poderes públicos. En 1992, España se convertía en el primer país occidental que firmaba un Acuerdo de cooperación con el Islam, aventajando a naciones de arraigada tradición migratoria.

Es propio del Derecho dar respuesta a las demandas sociales; cuando se anticipa a éstas y se apresura a legislar, o bien la norma promulgada queda como mero adorno, si la demanda social no llega a producirse, o, si termina por generarse la necesidad, la norma anticipada corre el peligro de convertirse en rémora que dificulte una respuesta ajustada a la realidad. Es el caso del Acuerdo español de 1992, firmado con más voluntad política que jurídica.

En este contexto, resulta particularmente oportuna la publicación del libro de Jiménez-Aybar que tiene el acierto de haber sabido detectar el núcleo del problema del estatuto jurídico del Islam en España. Prologado por Ferrer Ortiz (director de la memoria doctoral que originó el trabajo), se estructura en dos capítulos e incluye un apéndice documental que recoge el texto del Acuerdo, así como los Estatutos de la Comisión Islámica de España (CIE), y de las dos federaciones que la integran (FEERI y UCIDE). Quizá se echa en falta un elenco bibliográfico que hubiera sido de utilidad para el lector interesado en profundizar en el tema.

El primer capítulo – "El estatuto jurídico del Islam en España: el Acuerdo de cooperación con la CIE"– parte de un análisis de la penetración del Islam en nuestro país, arrancando de los años 60. Se hace hincapié en la configuración del asociacionismo islámico, especialmente en el proceso de formación de la FEERI, exponente de lo que el autor califica como "*Islam converso*", y de la UCIDE o "*Islam nacionalizado*". Alude Jiménez-Aybar al protagonismo del llamado "*Islam de las embajadas*" que es resultado del control político y religioso que los países de origen de nuestros inmigrantes musulmanes persiguen sobre las asociaciones fundadas por ellos. Con este fin, suelen servirse de recursos como la financiación de las grandes mezquitas o la elección del personal religioso. Concluye el autor que "el creciente influjo de este «Islam de las embajadas» –que, es importante advertir, se hace presente tanto en la FEERI como en la UCIDE–, supone un claro obstáculo al reto que los musulmanes españoles tienen en orden a cooperar en la formación de un «Islam europeo», autónomo e independiente del control o influjo de países como, por ejemplo, Arabia Saudita o Libia" (p. 54).

La segunda parte del capítulo se centra en el Acuerdo. Describe el marco normativo que abrió la posibilidad y condujo a la firma de éste; en concreto, el principio constitucional de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. A continuación, se refiere al sujeto del Acuerdo, a su negociación, naturaleza jurídica, contenido, ejecución, desarrollo, seguimiento y procedimiento previsto para la modificación y extinción. Con gran acierto, aquellos aspectos que no han resultado problemáticos se exponen brevemente, ofreciendo una síntesis de lo que es doctrina pacífica.

Notas bibliográficas

El capítulo segundo –"La institucionalización del Islam en España: sus tres pilares"– comienza con el estudio de la estructura interna de la CIE. La mayor dificultad que encontró la Administración en el proceso de negociación del Acuerdo fue la de identificar a un interlocutor válido capaz de aglutinar los intereses y expectativas del Islam en España.

Desde que se constituyó la UCIDE por la escisión de siete asociaciones de la FEERI, los representantes de ambas federaciones han mantenido un desencuentro notorio y enconado. La separación condujo a una duplicidad de comisiones negociadoras que tuvieron que unirse artificial e instrumentalmente en la CIE por exigencia de la Administración para la firma del Acuerdo. En la monografía se pone de manifiesto cómo la falta de entendimiento entre los representantes de las federaciones, "unido a las diferencias existentes entre ellas en cuanto a su concepción del Islam y a su origen social y étnico, bloquea de manera sistemática el normal funcionamiento de la CIE, y, en consecuencia, la aplicación de buena parte del articulado del Acuerdo de cooperación" (pp. 97 y 98).

Los siguientes apartados del capítulo se dedican al análisis de dos instituciones de vital importancia para la consolidación del Islam en España: los lugares de culto y los dirigentes religiosos. Jiménez-Aybar compara la consideración que mezquitas e imanes tienen en el ámbito islámico con el rol que desempeñan en territorio europeo. Pone de relieve cómo, para paliar la ausencia de una jerarquía representativa en el Islam (que, de existir, facilitaría el diálogo con los poderes públicos), asistimos en Europa a una progresiva "clericalización" del imán, que termina por asumir unas funciones que no le corresponden según la configuración islámica del imanato. Finalmente, se propone una revisión del articulado del Acuerdo de cooperación que corrija los desajustes que se producen con la realidad. Por ejemplo, entre los requisitos que se establecen para ser considerado imán, se recoge el de la conformidad de la CIE que no se ha otorgado en ningún caso. A pesar de no tener la conformidad, algunos asisten como imanes acreditados a la celebración de matrimonios islámicos que están siendo reconocidos civilmente.

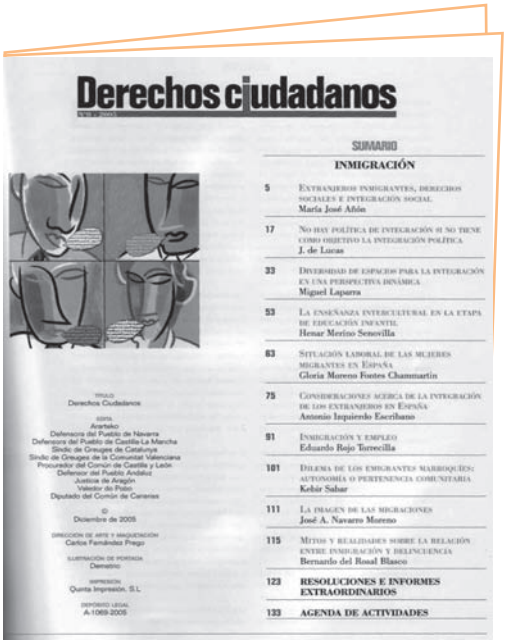
En la conclusión se destaca que se ha tratado de mostrar cómo el Islam español carece de una estructura organizativa unitaria: la composición actual de la CIE mantiene la bipolaridad que existía antes de la firma del Acuerdo lo cual hace muy difícil la aplicación de éste. La falta de un ente representativo del conjunto de la comunidad musulmana no es un problema exclusivo de España, sino compartido por otros países europeos. Por ello, el autor concluye su trabajo exponiendo las soluciones adoptadas en Bélgica y Francia y que han llevado a la constitución, tras sendos procesos electorales entre los miembros de las comunidades islámicas, del "*Conseil Fracais du Culte Musulman*" y del "*Conseil Exécutif des Musulmans de Belgique*", como órganos de representación del Islam belga y francés respectivamente.

Inspirándose en estas iniciativas, Jiménez-Aybar propone una reorganización de la estructura institucional del Islam en España; "la construcción de un auténtico Islam español –esto es, autónomo e independiente del influjo de los países musulmanes– pasa ineludiblemente por la necesidad de dotar al conjunto de las comunidades islámicas implantadas en nuestro país de una única cabeza visible que represente a todas ellas" (p. 205). A la luz de la incapacidad demostrada por la CIE para asumir esa tarea, "consideramos de todo punto imprescindible proceder a la creación de un organismo representativo del Islam nacido de la voluntad libre y democráticamente manifestada de los musulmanes españoles, a través de las comunidades de ámbito local, terminando así con el monopolio impuesto por dos federaciones, FEERI y UCIDE, que hoy en día no gozan de la legitimidad necesaria para representar por sí solas al conjunto del Islam español. El objetivo último no sería otro que la negociación y firma de un nuevo Acuerdo de cooperación que, esta vez sí, debería ser elaborado con las herramientas propias de la técnica jurídica, desechando así todo criterio de oportunismo político. Sólo de esta manera podría dar respuesta a las

Notas bibliográficas

necesidades y aspiraciones reales de la comunidad musulmana española" (p. 207).

En definitiva, Jiménez-Aybar ha sabido localizar el verdadero problema del estatuto jurídico del Islam en España y plasmarlo en una monografía que no se limita a un análisis descriptivo de una norma de interés jurídico-práctico limitado, sino que ofrece un diagnóstico certero sobre el mismo, diagnóstico que se acompaña de sugerentes propuestas extraídas del conocimiento de nuestra realidad y de la mirada hacia las soluciones que se están impulsando desde países con más experiencia en cuanto a presencia islámica, como son Bélgica y Francia.



Derechos ciudadanos

SUMARIO

INMIGRACIÓN

5 Extranjeros inmigrantes, derechos sociales e integración social. María José Añón

17 No hay política de integración si no tiene como objetivo la integración política. J. de Lucas

33 Diversidad de espacios para la integración en una perspectiva dinámica. Miguel Laparra

53 La enseñanza intercultural en la etapa de educación infantil. Henar Merino Senovilla

63 Situación laboral de las mujeres migrantes en España. Gloria Moreno Fontes Chammartin

75 Consideraciones acerca de la integración de los extranjeros en España. Antonio Izquierdo Escribano

91 Inmigración y empleo. Eduardo Rojo Torrecilla

101 Dilema de los emigrantes marroquíes: autonomía o pertenencia comunitaria. Kebir Sabar

111 La imagen de las migraciones. José A. Navarro Moreno

115 Mitos y realidades sobre la relación entre inmigración y delincuencia. Bernardo del Rosal Blasco

123 RESOLUCIONES E INFORMES EXTRAORDINARIOS

133 AGENDA DE ACTIVIDADES

Título: Derechos Ciudadanos
Edita: Ararteko, Defensora del Pueblo de Navarra, Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha, Síndic de Greuges de Cataluña, Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana, Procurador del Común de Castilla y León, Defensor del Pueblo Andaluz, Justicia de Aragón, Valedor do Pobo, Diputado del Común de Canarias
© Diciembre de 2005
Dirección de arte y maquetación: Carlos Fernández Prego
Ilustración de portada: Demetrio
Impresión: Quinta Impresión, S.L.
Depósito legal: A-1069-2005

Por:

Pascual Aguelo Navarro
Director de la REDMEX

Fernando García Vicente, Justicia de Aragón, nos hace llegar el interesante n.º 0 de la Revista *Derechos Ciudadanos,* editada en el mes de diciembre de 2005, por los Comisionados Parlamentarios autonómicos para la defensa de los derechos fundamentales (Defensor del Pueblo Andaluz, Sindic de Greuges de Catalunya, Valedos do Pobo de Galicia, Diputado del Común de Canarias, Arateko del País Vasco, Justicia de Aragón, Procurador del Común de Castilla y León, Defensora del Puebloi de Navarra y Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha).

Con periodicidad anual y carácter monográfico la revista tratará de profundizar en problemas que afectan de forma importante a los derechos que los Comisionados Parlamentarios Autonómicos están llamados a defender.

El inicial N.º 0 se dedica íntegramente a examinar el tema de los derechos de las personas inmigrantes, de ahí su interés particular para la REDMEX.

En sus 164 pp. recoge diferentes trabajos multidisciplinares relacionados con el fenómeno de la inmigración: La integración de los inmigrantes es abordada en tres artículos firmados por María José Añón, Javier de Lucas, miembro de la Comisión Asesora de la REDMEX, Miguel Laparra y Antonio Izquierdo; el tema de la educación es objeto de análisis por Henar Merino Senovilla; la problemática laboral es desarrollada por Gloria Moreno y Eduardo Rojo, colaborador frecuente de la REDMEX; y otros aspectos sociológicos y jurídicos son tratados por Kebor Sabar, José A. Navarro y Bernardo del Rosal.

Recomendamos vivamente su lectura y deseamos una larga e intensa vida a esta nueva y trascendente Revista.

Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional

5.ª edición, 2006-2007

Directores: P. Aguelo Navarro y Á.G. Chueca Sancho

(Abierta reserva de plazas)

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid, homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

Directores: Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

Colaboran: Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Gobierno de Aragón –Consejería de Economía, Fundación Telefónica, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México)– Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gentes en movimiento.

Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

Aurora López Azcona

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
(alopaz@unizar.es)

I

La institución musulmana de la *kafala* y el Derecho de Extranjería: Breve noticia de algunas resoluciones judiciales

SUMARIO

I. Planteamiento.

II. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 21 de junio de 2005.

III. La Sentencia 166/2005, de 13 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca.

IV. Nota final.

I. PLANTEAMIENTO

La legislación de extranjería incorpora instituciones y nociones propias del Derecho de Familia que llevan, primero, a la Administración y, luego, cuando se impugnan las correspondientes resoluciones, a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a interpretar elementos del Derecho privado y, lo que reviste mayor complejidad, del Derecho privado extranjero. Tal complejidad se acrecienta cuando los afectados por la resolución administrativa proceden –o son nacionales– de Estados que pertenecen a sistemas jurídicos muy diferentes al nuestro.

Precisamente, las presentes líneas pretenden, simplemente, dar publicidad de algunas resoluciones judiciales, en las que puede encontrarse una toma de posición sobre los efectos que la institución musulmana de la *kafala* puede tener en el ámbito de los procedimientos administrativos en materia de extranjería; pronunciamientos que, por lo demás, están en línea con el criterio plasmado en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de

Trabajo y Asuntos Sociales, de 1 de diciembre de 2004, según el cual, cuando dicho documento esté constituido por los padres biológicos del menor no equivale a una tutela dativa[1].

Por lo demás, dicha concepción de la *kafala* guarda coherencia con la propia tesis de la Dirección General de Registros y del Notariado, que, en el ámbito de sus competencias, y en alguna resolución, ya había podido dejar patentes las diferencias entre dicha institución del Derecho musulmán y el régimen de adopción español[2].

Y es que conviene sintetizar lo hasta ahora expuesto, señalando que el régimen de la *kafala* en los casos precitados puede aproximarse al del acogimiento[3], por lo que, como se verá, sus efectos en la legislación de extranjería serán prácticamente inexistentes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, DE 21 DE JUNIO DE 2005

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 21 de junio de 2005[4], resolvió, desestimándolo, el recurso de apelación planteado contra la Sentencia 39/2004, de 15 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Teruel[5]. El Juzgado reseñado y, luego, el Alto Tribunal aragonés confirmaron la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Teruel, de 24 de octubre de 2002, por la que se denegó al recurrente la solicitud de exención del visado y, por ende, el permiso de residencia.

A efectos de clarificación del supuesto de hecho, interesa destacar que era la propia persona sometida a la *kafala* la que, en este caso, instó la autorización pertinente, lo que condujo al Juez

(1) En lo que aquí interesa, en la citada Instrucción puede leerse lo siguiente: "Cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento *kafala* constituido por los padres biológicos del niño, y con independencia de que haya intervenido o no en el proceso una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, se considerará que el citado documento no establece entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa".

(2) Agustín MOTILLA y Paloma LORENZO: *Derecho de familia islámico*, Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 185, se refieren, en concreto, a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1992, en la que se concluía que "la «adopción» constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica la alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención".

(3) Precisamente, Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho Internacional Privado,* II, Comares, Granada, 6.ª edición, 2005, p. 164, ofrecen un resumen de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, de la que deducen una suerte de asimilación funcional de la *kafala* con el régimen del acogimiento familiar.

En la doctrina extranjera, puede consultarse lo expuesto por Louis MILLIOT y François-Paul BLANC en *Introduction à l'étude du droit musulman*, Ed. Dalloz, París, 2001, pp. 439-440; y la voz "kafala" *The Encyclopaedia of Islam,* ed. de E. VAN DONZEL, B. LEWIS Y CH. PELLAT, vol. IV, E.J. BRILL, Leiden, 1997.

(4) Ponente: Magistrada Sra. Zarzuela Ballester.

(5) Magistrado Sr. Mozo Amo.

de instancia a rechazar la aplicabilidad de la normativa de reagrupación de familiares. Ello se indica, con perfecta claridad, en un párrafo del fundamento de derecho tercero que, a continuación, se reproduce:

> "El día 14 de junio de 2002 A.N. presenta en la Comisaría de Policía de Teruel solicitud de permiso de residencia temporal no lucrativa y exención de visado. A pesar de la confusión a la que puede inducir la solicitud presentada, hay que entender que la misma no se presenta al amparo de lo establecido en los artículos 17 y 18 de la ley de Extranjería y 41.4 de su Reglamento. En efecto, si lo que se pretendía era ejercer el derecho de reagrupación familiar al amparo de lo establecido en el artículo 17.1.c) de la Ley de Extranjería, el hermano de A.N., representante legal del mismo, debería haber ejercitado su derecho a reagrupar a sus familiares cumpliendo el procedimiento y los requisitos establecidos en el artículo 18 de la ley de Extranjería y solicitando el correspondiente visado de residencia para reagrupación familiar, previsto en el artículo 8.2 del Reglamento, para que, una vez obtenido el mismo, su titular solicitara el correspondiente permiso de residencia en los términos previstos en el artículo 41.4 del Reglamento. Sin embargo, la solicitud la presenta A.N. y en ella lo que se pide, además del permiso de residencia, es la exención de visado al amparo de lo previsto en el artículo 49 del Reglamento que desarrolla la Ley, por lo que el pronunciamiento sobre la legalidad de la resolución recurrida deberá tener en cuenta si en el solicitante concurre alguno de los supuestos previstos en el citado artículo."

En consecuencia, se examina si el actor se encontraba en alguno de los casos en los que el artículo 49.2 del antiguo Reglamento ejecutivo en materia de extranjería contemplaba la posible concesión de la exención de obtención del visado correspondiente[6]. Y, en este punto, el Juzgado de Teruel viene a rechazar en los siguientes términos que la *kafala* constituya uno de estos supuestos excepcionales:

> "Teniendo en cuenta la solicitud presentada y la documentación que se adjunta a la misma y la regulación de la exención de visado en la legislación de extranjería, tal y como se ha indicado en el fundamento de derecho anterior, hay que señalar que la resolución recurrida es ajustada a Derecho, dado que el solicitante de la exención de visado no está bajo la tutela de un extranjero residente legal en España en cuanto que su hermano (...) no ejerce una tutela sobre el solicitante sino simplemente un poder de representación, otorgado por el padre de ambos."

El Tribunal Superior de Justicia confirmó el criterio del Juzgado de instancia, afirmando que

> "el actor no se encuentra en la situación de tutela legal que permita la exención de visado solicitada, porque, como señala el Abogado del Estado, el documento presentado no deja de ser un simple acogimiento (*Kafala*) del menor, figura jurídica no equiparable con la tutela, tal y como se recoge en nuestro ordenamiento jurídico, y así lo señaló esta Sección en el Auto de febrero de 2003 recaído en pieza separada de medidas cautelares y mantiene la sentencia de instancia. Por consiguiente, la

(6) En lo que aquí interesa, el artículo 49.2 letra c) del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por el RD de 20 de julio de 2001, contemplaba la posibilidad de excepción de visado de residencia a los extranjeros menores de edad o incapacitados que fuesen hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o que estuviesen sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España.

resolución administrativa que denegó el permiso de residencia y la exención de visado es conforme a Derecho y la sentencia apelada debe ser confirmada."[7]

III. LA SENTENCIA 166/2005, DE 13 DE SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE HUESCA

En este caso, el recurrente no era el sujeto sometido a *kafala,* sino la persona a la que el documento de constitución de la misma atribuía determinados poderes sobre un tercero respecto del que se pretendía ejercer el derecho a la reagrupación familiar[8]. Ello, no obstante, como se verá, la anterior decisión del Tribunal Superior de Justicia de Aragón servirá de argumento para desestimar la pretensión esgrimida ante el Juzgado de Huesca en la sentencia anotada que, por cierto, ha devenido firme, al no ser impugnada por la parte legitimada para ello.

Entrando en el contenido de la sentencia, conviene reflejar los planteamientos argumentativos de las partes, tal y como fueron recogidos en el fundamento jurídico 3.º de la sentencia:

> "La Sra. Letrada que asiste y representa a la actora ha comenzado sus alegatos , haciendo referencia (...) a la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Marruecos de Sidi Sliman, subrayándose una declaración contenida en dicha resolución judicial sobre el consentimiento y acuerdo relativo a que la niña viva con la actora «bajo su custodia, su tutela, su kafala y su cargo (...) con la facultad de viajar con ella en cualquier lugar». A este respecto, en la demanda se explica que el régimen de adopción marroquí, expresándose que la *kafala* se otorga cuando los padres viven, mientras que únicamente se otorga la tutela dativa en el caso de que no vivan los padres biológicos. Por añadidura, se informa que la niña era hija de un hermano de la actora, teniendo a cargo de la recurrente a la menor (...) sin que tenga relación con los padres biológicos.
>
> Con base en las precitadas circunstancias y en otras también referidas en los hechos de la demanda, se apela a diferentes preceptos constitucionales y legales, así como al Convenio de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997.
>
> Por su parte, el Sr. Abogado del Estado ha enmarcado la petición de la recurrente en el régimen legal y reglamentario de la reagrupación familiar, concretando la cuestión en si la llamada *kafala* puede equipararse a una adopción. En su opinión y con base en unas Instrucciones dictadas por la Dirección General de Inmigración de 1 de diciembre de 2004, se rechaza esta equivalencia."

(7) En este mismo procedimiento, el Alto Tribunal aragonés había ya expresado su concepción de la *kafala*, al resolver la pieza de medidas cautelares, con carácter previo a la remisión de los autos al Juzgado de Teruel, que fue, finalmente, considerado competente para conocer del presente asunto. En concreto, en el Auto de 20 de febrero de 2003, se revocó la medida provisionalísima inicialmente otorgada respecto a la orden de salida obligatoria de territorio español, en cuanto que "el actor no se halla en el supuesto previsto en el artículo 49.2 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en relación con el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los que se comprende, a efectos de la exención de visado y el permiso de residencia temporal, a los extranjeros «menores de edad que estén sujetos legalmente a tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español», supuesto que, como efectivamente indica el representante procesal de la Administración, no concurre en el caso en el que simplemente consta un mero acogimiento del menor extranjero por un compatriota suyo, residente legal en España".

(8) Magistrado: Sr. Oliván del Cacho.

Resolviendo la controversia anteriormente expuesta, el órgano judicial entendió que la *kafala* no puede equipararse a una adopción, al consistir en una figura próxima a un simple acogimiento:

> "... en aplicación de dicho precepto [el artículo 17.1 letra b) de la Ley Orgánica 4/2000 de los derechos y libertades de los extranjeros en España] y del concordante reglamentario [artículo 39 letra b) del Real Decreto 2393/2004, no cabe anular la resolución impugnada, toda vez que la denominada *kafala* no puede equipararse a una adopción al tratarse de una suerte de acogimiento."[9]

IV. NOTA FINAL

Como se puede apreciar, los movimientos demográficos que acompañan al fenómeno de los procesos migratorios, está forzando a la Administración y, luego, a Tribunales del orden contencioso-administrativo a valorar instituciones integrantes del Derecho de familia propias de Ordenamientos extranjeros que, en ocasiones, participan de principios y criterios antitéticos al nuestro. Pues bien, las sentencias precitadas permiten comprobar que la adecuación de tales instituciones con las nociones empleadas en la legislación española de extranjería se realizan con cierto rigor, sin que se desnaturalicen conceptos tan esenciales del Derecho español, como son la tutela o la adopción[10]. 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. Así ocurre con la *kafala*, institución propia del Derecho musulmán, que, en las demandas planteadas pretendió equiparase con una situación de tutela o de adopción, pero que, para los órganos judiciales aragoneses, no cabe equipararla sino a una situación de acogimiento.

(9) El artículo 17.1 letra b) de la LO 4/2000 dice así: "El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a (...) los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y que esté efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España". Este precepto se reproduce en el artículo 39 letra b) del RD 2393/2004.

(10) En esta línea el artículo 9.5.5 del Cc, en su redacción dada por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, condiciona la eficacia en España de la adopción constituida en el extranjero a que sus efectos se correspondan con los previstos en la legislación española.

Chaime Marcuellos Servós

Departamento de Psicología y Sociología
Universidad de Zaragoza
(chaime@unizar.es)

II

Sobre los cinco mitos de las migraciones internacionales

SUMARIO

I. Mitos y mistificaciones.

II. Modos de encubrimiento.

III. Deconstruyendo un análisis de las migraciones.

IV. ¿Mitos, engaños o simples encubrimientos? A) Sobre la cuestión de las raíces. B) Sobre la cuestión de las cifras. C) Sobre la cuestión de la ilegalidad. D) Sobre la cuestión del "vale todo". E) Sobre la cuestión del relativismo cultural.

V. ¿Desmitificación o des-encubrimiento y desmistificación?

Referencias.

I. MITOS Y MISTIFICACIONES

El objetivo principal de este texto es analizar y profundizar en las mitologías y las mistificaciones que circulan a propósito de las migraciones internacionales. Las primeras construyen interpretaciones del mundo que tienen una racionalidad –mítica– que produce efectos sociales al ofrecer explicaciones sobre el mundo. Las segundas son simplemente engaños. Son construcciones simbólico-conceptuales que pretenden embaucar. Y, por supuesto, también tienen sus consecuencias.

Los mitos, si lo son, construyen formas de entender y de estar en el mundo. Construyen un cosmos y, por eso mismo, crean formas de explicar ese mundo –cosmologías– que dan lugar a una racionalidad con una lógica, una mítica y, de ahí, una mitología. Si se desprecian o rechazan simplemente por ser una "deformación" de "la realidad" pareciera que alguien pudiera tener el punto de vista perfecto para observar sin equívocos esa "realidad". Pero si se de-construyen y analizan como elementos socialmente plausibles entonces podemos, primero, ofrecer un diagnóstico, segundo, proponer una terapia para conseguir una vida buena o, al menos, un mayor grado de comprensión del fenómeno al que se refiere cada mito. Y como Roland Barthes –en

su ya clásico *Mitologías* publicado en 1957– decía: "¿Qué es un mito en la actualidad? Daré una primera respuesta muy simple, que coincide perfectamente con su etimología: el mito es un habla" (Barthes, 2005, 199)

Las mistificaciones son directamente engaños, explicaciones construidas a sabiendas para camuflar lo que se sabe es equivocado. Podría aceptarse que, en este caso, hay una voluntad consciente que apuesta por encubrir las cosas que pasan, "la realidad"... y si no es respecto de "la realidad" son, como poco, una traición a lo que uno sabe y percibe de un modo contrario al que explicita. También se mistifica cuando se "falsea" pero porque no se conoce en profundidad, en este caso, el engaño no va acompañado de una "mala voluntad". Esto es, de un querer conscientemente engañar... lo cual no sirve de excusa para justificar el equívoco.

Cuando se equiparan sin más los mitos a las mistificaciones se cercena la posibilidad de comprender la construcción de sus universos simbólicos asociados, los cuales legitiman los mecanismos de comportamiento social que conllevan. Desde nuestro punto de vista, en los procesos de construcción social de la realidad (Berger & Luckmann, 1995) lo esencial es conocer cómo funcionan, qué mecanismos simbólicos los desencadenan, cómo se institucionalizan y qué consecuencias tienen a la hora de establecer procedimientos de control social que los mantengan.

Aunque también conviene recordar que se puede entender al modo que planteaba Barthes (2005, 225): "El mito como lenguaje robado". Para entonces preguntarse y responder en la línea siguiente: "¿Qué es lo específico del mito? Es transformar un sentido en forma. Dicho de otro modo, el mito es siempre un robo de lenguaje (...) ¿Todo lenguaje primero es fatalmente presa del mito? ¿No existe ningún sentido que pueda resistir esta captura en la que la forma lo amenaza? En realidad, nada puede ponerse a cubierto del mito, el mito puede desarrollar su esquema segundo a partir de cualquier sentido y, según lo hemos visto, a través de la privación misma de sentido". Pero, de momento, no seguiremos por este camino semiológico.

Tampoco resulta satisfactorio conformarse con la vieja distinción entre *mito* y *logos*. Se suele recurrir a la filosofía griega y se sitúa esa distinción como el paso de un mundo *pre*-científico a otro que ya abría las puertas al conocimiento cierto, al "verdadero" conocer, a la "ciencia" como verdad de y sobre el mundo. Aquella escisión en el conocimiento nos muestra que estamos ante dos modos de razonar el vulgar y el científico, el mítico y el lógico, si se pueden llamar así. Esas dos racionalidades tienen sus estructuras de argumentación, sus axiomas de partida y sus consecuencias en la construcción del mundo. Cada una tiene sus luces y sombras. Por ejemplo, la ciencia heredera del *logos* ha sido capaz de modificar genéticamente organismos vivos, crear vacunas para numerosas pan-endemias, viajar a la Luna y, también, construir bombas atómicas, desarrollar ingenios destructivos más poderosos que los rayos de Zeus. Del mismo modo, la tradición mítica ha posibilitado la perpetuación de estructuras sociales de dominación, el sometimiento de los individuos a estructuras simbólicas irrefutables, pero también ha servido para mantener códigos de sentido que vertebran psicologías personales y colectivas facilitando las formas de convivencia. Los mitos no se terminaron al cerrar el Olimpo de los dioses helenos, han seguido creándose y recreándose, mediante narraciones que muestran lo correcto y lo incorrecto, los ideales sociales y los oscuros fondos contra los que pelear. Mito y logos conviven

de la misma forma que tenemos dos lóbulos cerebrales. Aportan formas de conocimiento que se complementan, con sus pros y sus contras. La cuestión aquí, entonces, es ver qué nos aportan estas distinciones en el análisis de las migraciones internacionales. Para ello, optamos por seguir la línea argumentativa del profesor Chueca (2005) en su artículo "Las migraciones internacionales a través de cinco mitos" publicado en esta misma revista.

II. MODOS DE ENCUBRIMIENTO

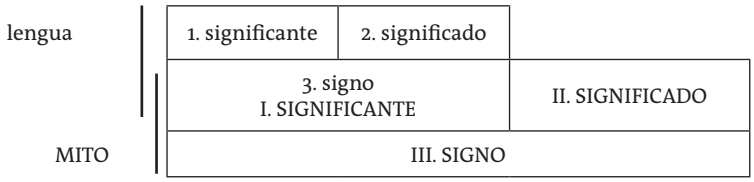
El profesor Chueca (2005,45) opta por una de las formas de entender lo que es un mito: "un relato que desfigura la percepción racional". Antes, en su caso, recuerda que la forma de nombrar el mundo no es neutral ni indiferente, lo cual coincide con la intención de este texto: desentrañar las consecuencias sociales que tienen las construcciones conceptuales con las que se explican las migraciones internacionales en nuestro tiempo. Sin embargo, no compartimos su estrategia de utilizar el análisis de los mitos como una mera percepción no racional, sin más. Y esto, aun siendo evidente que parte del uso aceptado en un diccionario de referencia. En este caso, la ortodoxia de una voz no es suficiente para explicar y comprender el fenómeno. Además, "lo racional" adopta formas cultural y contextualmente dependientes. En nuestro caso, partimos de una constatación: no hay, en sentido estricto, una racionalidad universal. Se podría construir, pero como ejercicio de voluntades intersubjetivas, como consenso socialmente generado. Tenemos la posibilidad de entendernos, pero hay que querer entenderse. ¿Se pueden encontrar posiciones argumentativas y verdades apodícticas? Quizá, pero ese quehacer filosófico no es nuestra tarea en este momento. En todo caso, ¿puede alguien demostrar –con toda la fuerza que este verbo tiene– que algún enunciado y opinión en el ámbito de lo social es la última palabra? No, o como decía Ricoeur (1984) sólo si ejerce la violencia.

Al afirmar que "un mito es un relato, una narración o una aproximación que desfigura la realidad, que modifica la percepción racional de la realidad" (Chueca, 2005, 45) se desprecia la fuerza del mito y sus efectos. La pregunta a plantear es qué se encubre con estos mitos/engaños socialmente construidos.

Barthes (2005, 238-239) decía: "el mito es un habla despolitizada. Naturalmente, es necesario entender política en el sentido profundo. Como conjunto de relaciones humanas en su poder de construcción del mundo; sobre todo es necesario dar un valor activo al sufijo des: aquí representa un movimiento operatorio, actualiza sin cesar una defección (...) el mito no niega las cosas, su función, por el contrario, es hablar de ellas; simplemente las purifica, las vuelve inocentes, las funda como naturaleza y eternidad, les confiere una claridad que no es la de la explicación, sino de la comprobación". En su análisis nos transmitía un modo de entender la política –¿demasiado pura?– y sus relaciones con lo que denomina mito. Pero no se queda ahí, va más allá "al pasar de la historia a la naturaleza, el mito efectúa una economía: consigue abolir la complejidad de los actos humanos, les otorga la simplicidad de las esencias, suprime la dialéctica, cualquier superación que vaya más allá de lo visible inmediato, organiza un mundo sin contradicciones puesto que no tiene profundidad, un mundo desplegado en la evidencia,

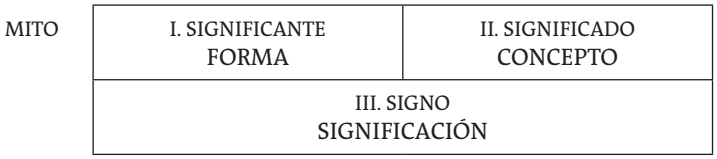
funda una claridad feliz: las cosas parecen significar por sí mismas". Lo cual es en sí mismo una estrategia que hace una política, por otra parte, cada vez más abundante: enfatizar una parte del análisis para legitimar unas actuaciones. Por ejemplo, la famosa frase de "todos los terrorismos son iguales", es a todas luces una simplificación que impide analizar en profundidad las variables implicadas en ese terrible asunto. Da la impresión que no se aspira a intervenir en las causas, sino en justificar un modelo de intervención. Por tanto cabe decir, frente a lo que apunta Barthes, que por definición toda expresión del mundo, toda habla refleja un proceder en el mundo, esto es, una política, por eso no hay hablas despolitizadas. El mito por muy inocente que sea crea mundos, hace sociedad, por tanto, hace política.

En la aclaración conceptual del profesor Chueca nos encontramos con una descomposición habitual de los elementos que, a su juicio, están presentes en los mitos y dice: "en el contenido del mito, suelen conjugarse tres elementos: el real (que es desfigurado por el mito), el fabuloso (que constituye el desfigurante o el núcleo del mito) y la narración (que relaciona a los dos primeros, o sea vehicula la desfiguración). Su mezcla produce una aproximación mítica a la realidad". Podemos compartir que el mito se puede descomponer. Son muchos los autores que han aportado reflexiones al respecto. La que nos parece más sugerente para nuestra posición es la de Barthes (2005,206), que representa del siguiente modo:



Tomado de Barthes (2005, 206).

En este segundo modelo de análisis se nos muestran "dos sistemas semiológicos" de forma que uno es la *lengua* con la que se habla del mundo y el otro es un *metalenguaje* que utiliza ese *lenguaje objeto* de primer nivel. Unas páginas más adelante aclara y precisa algo más la terminología que utilizará para analizar los mitos. De modo que se podría representar de la siguiente manera:



Elaboración propia a partir de Barthes (2005, 208).

Esta distinción nos permite desentrañar las estrategias que operan en cada narración mítica. Si ésta se entiende como un discurso social, como un decir el mundo por parte de un grupo humano no nos importa si se corresponde con "lo real" o es algo imaginario. Su valor radica en ser un discurso socialmente disponible, con unos grados de plausibilidad que se institucionaliza o está en proceso de institucionalización. En la generación de españoles nacidos entre los años 30 y 40 del siglo XX, las palabras *emigrante*, *inmigrante* o *migrante* les resuenan del mismo modo. Abren un vector de sentido directamente conectado con su sensibilidad, con su experiencia social, disponen de un conjunto de discursos para explicarse su mundo y crean con ellos una cosmología. Por eso, al igual que con otros aspectos de la vida en sociedad el sistema de códigos socialmente compartidos construye sus sentidos y hace plausibles sus vivencias. El empeño en abrir una brecha entre "lo real" y "lo imaginado", pudiendo ser necesario, no es suficiente para comprender el fenómeno. En nuestro caso, operaremos sólo con el tercer elemento de la descomposición del profesor Chueca, con el mito como narración, como decir, como discurso... y a partir de ahí propondremos algunas conjeturas para actuar. Es más trataremos de analizar los mitos considerados por el profesor Chueca, desde su propio discurso y análisis.

III. DECONSTRUYENDO UN ANÁLISIS DE LAS MIGRACIONES

Según el profesor Chueca (2005, 48) hay un conjunto de características que aparecen en los mitos que él postula para el ámbito de las migraciones, a saber: "la perversión de la visión del fenómeno migratorio, su naturaleza de respuestas simplificadoras, su defensa del discurso dominante, la despersonalización del inmigrante, la conversión de los Derechos Humanos en Objetos Normativos no Identificables (ONNIs) y la interrelación entre ellos". En su enfoque está claro que los mitos son de suyo encubrimientos sesgados y orientados a tergiversar la correcta interpretación de la *realidad* de las migraciones. Parece, pues, que sí que existe una visión correcta y global del fenómeno. Ésta, además, no puede ser nunca una generalización ni un estereotipo. Sin embargo, esto es en sí una tautología... Aunque parece apuntarse un elemento para catalizar esas perversiones: el compromiso, que evita las manipulaciones. Y siempre recordando que en el fenómeno de las migraciones, en último término, estamos hablando de personas.

El segundo elemento que señala el profesor Chueca (2005, 48) es la consideración de que estamos ante "respuestas simplificadoras". Pero su argumentación también juega con esas simplificación que reprocha, pues atribuye una relación de causalidad no contrastada en la generalización de este modo de percepción de las migraciones. Queda muy bien decir que "ha cambiado la situación social pero no han cambiado las viejas percepciones de miedo al otro, al extranjero", pero no hay soporte en datos que permita considerar esta afirmación de manera rigurosa. Parece pues que estamos ante otro tipo de simplificación... que también tiene un cierto perfume "nocivo y contaminante", como él mismo indica.

El tercer aspecto es que "los mitos defienden el discurso dominante". Y, quizá, con esta crítica se pierde en el mismo tipo de argumentación ya señalado. Los mitos que quiere cuestionar a propósito de las migraciones son tales porque se convierten en referencias generalizadas. Si esto no sucede el mito no es tal. Será un discurso más o menos metafórico, más o menos perverso o

encubridor, pero no tendrá la *dosis de mitología* necesaria para ser considerado como un mito. Todo orden del mundo, todo sistema de explicación de la vida cotidiana asume una serie de estructuras simbólicas que se dan de suyo y rara vez se hacen visibles, mucho menos, se cuestionan. Frente a la sugestiva cita de Zaguirre Altuna (2005) donde se insiste en la condición sempiterna de "recién llegado", cabe contraponer la situación de los pueblos colonizados o las "first nations" que, como en la muy respetuosa y multicultural sociedad canadiense, siguen siendo un elemento de distorsión. En este aspecto conviene introducir como distinción los códigos de inclusión/exclusión social, que pueden girar en torno a la condición de ser o no migrante.

El cuarto elemento no es sólo una cuestión relativa a los mitos. La despersonalización a la que alude más bien se puede interpretar como un tipo más de reificación, en este caso, de las personas que están implicadas en las migraciones. Pero forma parte de los usos del lenguaje. Funcionamos haciendo economía de palabras y de matices. Nuestro lenguaje cotidiano tiende a ser "incorrecto" *per se*. No hay tiempo suficiente como para explicar que no todos los catalanes son votantes de Esquerra o de CiU... ni todos los vascos son del PNV por no nombrar a ETA... o para hablar siempre, siendo consecuentes, con la perspectiva de género. Sin embargo, es correcto apuntar a los olvidos y los sesgos en los que caemos al economizar los matices. Esto no es tanto una mitología, como una condición del habla.

En quinto lugar, se detiene en los Derechos Humanos de los inmigrantes y revisa cómo estos se convierten en *Objetos Normativos No Identificados* (ONNIs). Considera que la causa de que esto sea así radica en la relativización provocada por los mitos sobre las migraciones... cuando lo que más bien parece es que estamos ante una decisión previa, independiente de cómo se expliquen los fenómenos sociales.

Lo cual conecta directamente con lo que el profesor Chueca considera como el sexto y último aspecto, donde apela a la interrelación de los mitos. Pero más bien lo que encontramos es una relación no de causalidad, sino de interés por parte del analista. Aquí se puede recordar que la "realidad" siempre responde en función de cómo se pregunta... suponiendo que seamos capaces de entrar en diálogo con algo externo a nosotros mismos.

IV. ¿MITOS, ENGAÑOS O SIMPLES ENCUBRIMIENTOS?

El profesor Chueca (2005, 50) considera que en estos momentos "manejamos con gran frecuencia cinco mitos: el mito de las raíces, el mito estadístico, el de la ilegalidad de las personas, el mito según el cual contra la inmigración irregular, o no reglada, vale todo, y el mito del relativismo cultural o la primacía de la cultura sobre los Derechos Humanos". En una nota al pie nos recuerda que ha ido construyendo su análisis paulatinamente. No son el fruto de un día y forman parte de una estrategia analítica que también ha seguido respecto de los Derechos Humanos.

Desde nuestro punto de vista lo que hace es señalar los encubrimientos y en algunos casos los engaños que se construyen al utilizar los argumentos que expone en cada uno de los mitos. Pero también se puede dar un paso más, como luego se verá.

A) Sobre la cuestión de las raíces

En la propuesta del profesor Chueca (2005, 50) las raíces de diversos tipos están ligadas de suyo al "pensamiento nacionalista", a las nociones de identidad, de pueblo y éstas como "esencialidades excluyentes". Dice que sirven como justificación para reclamar derechos sobre unos territorios y frente a los "inmigrados", a los que considera como peligrosos "para la pervivencia de ese pueblo o para la pervivencia de su cultura". Por otra parte, también recuerda la otra cara de la cuestión: "Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"[1].

Más adelante sigue su argumento recurriendo a las metáforas e ideas de Goytisolo y a las de Zapata-Barrero, pero reiterando lo que nos aparece como tesis principal: hay formas de apelar a las raíces que caen en la exclusión de los distintos. Con lo cual no se sabe bien de qué mito se está hablando: ¿las raíces, la identidad, la cultura... o la exclusión?

Su objetivo principal es mostrar que en los procesos migratorios a los inmigrados se les considera como distintos y en ese reconocimiento se atribuyen miedos y diferencias que generan exclusión. Una de las causas es la referencia a las raíces. Parece que el axioma implícito es que la exclusión por sí misma es un mal contra el que hay que pelear.

Ahora bien, la cuestión de las raíces adquiere un carácter mítico cuando a su significación se le atribuyen unas vías de pertenencia y vinculación como totalidad. Pero paradójicamente, si lo que se trata es de trabajar por la inclusión y por el reconocimiento de la igualdad de derechos, entonces uno de los temas principales es el análisis de los procesos de arraigo. O dicho de otro modo, cómo se echan "raíces" –si vale la expresión– en una comunidad y, por ende, en un territorio. Si se plantea desde una perspectiva sistémica, la cuestión es cómo hacer que aquellos elementos que están fuera de las estructuras del sistema se incorporen y crucen el límite. Al ser un proceso dinámico, entonces las interacciones producidas han de tener efectos tanto en el sistema receptor y sus componentes como en el elemento incorporado. Curiosamente, si no se da un arraigo mínimo, el proceso de inclusión es más complicado. Pero no necesariamente se tienen que borrar las identidades o aceptar que se han de cambiar. Por ejemplo, muchas de las tesis expuestas sobre la multiculturalidad pasan por esa concepción fixista y compartimentada de las culturas y de las identidades. Pero sabemos que nada de lo humano resiste el cambio.

Al analizar la propuesta del profesor Chueca, da la impresión que tampoco él pelea contra el mito de las raíces. En todo caso, lo que hace es rebatir las mistificaciones de los nacionalismos excluyentes –curiosamente sólo nombra ejemplos de nacionalismos periféricos y centrípetos, no sus contrarios...– que pueden ser considerados tanto en lo internacional como en lo nacional.

(1) Artículo 1, párrafo 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

II

Desde nuestro punto de vista, las raíces consideradas como concepto mítico nos remiten a un debate que el profesor Chueca apunta pero no llega a entrar en él. Esto es, la metáfora implícita en la noción de raíz apela al paso de las sociedades nómadas a las sedentarias. Echar raíces supone arraigarse en un trozo de suelo, apunta a la acción de adueñarse del territorio. Trae implícito, por tanto, la disputa por el espacio que es común a todas las especies. No hay lobo que no marque su terreno, ni león que no defina su espacio de caza. ¿Qué hacemos los humanos? Algo similar, las raíces –que son de las plantas– también remiten a la conquista de nuestro sitio en el mundo. En nuestra especie nos enfoca a la cuestión de la propiedad. El problema no es tener una u otra raíz, una u otra identidad, las dificultades surgen cuando se disputan las propiedades y no se acepta compartir los espacios. Éstos pueden ser tanto los físicos y tangibles como los simbólicos e intangibles.

En el análisis de las consecuencias del mito que hace el profesor Chueca da la impresión que sólo nos muestra que el mero apelar a las raíces crea exclusión. Según él, surgen inmediatamente grupos opuestos –nosotros y ellos– que son antagónicos por naturaleza... Nos recuerda que el invitado es bien recibido mientras interesa... Pero no nos habla para nada del principio de hospitalidad, ni tampoco de la hibridación, ni del mestizaje. Pareciera que su tesis es que la exaltación de las raíces lleva al racismo, lo cual no nos parece acertado. La exaltación de las diferencias crea también la diversidad cultural, enriquece el horizonte de lo humano. Y lleva a releer el viejo mito de Babel: ¿la diversidad y la diferencia son un mal de la humanidad? Se percibe un cierto anhelo como si todos tenemos que estar dentro en un nosotros globalizante, aséptico identitariamente hablando y sin raíces que puedan servir de excusa para la exclusión.

En los procesos migratorios –que son siempre movimientos de personas– anatematizar las raíces y las diferencias no sirve para conseguir mejores formas de inclusión. El problema de fondo no es la identidad. Es la distribución de los bienes, de las propiedades, y esto desde la capacidad personal para actuar de manera autónoma y responsable. El profesor Chueca considera que hay una corriente de pensamiento que, según él, incluye[2] a Kant, pasando por Muñoz Molina, Goytisolo y llega J. de Lucas... donde se coloca en el centro a la persona.

Para sintetizar esa línea de pensamiento recurre a un comentario a partir del texto "Sobre la paz perpetua..." de Kant. Pero pasa por alto un elemento esencial presentado en el "Cuarto principio" de esa misma obra del genio de Könisberg, dice: "El medio del que se sirve la Naturaleza para llevar a cabo el desarrollo de todas sus disposiciones es el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, en la medida en que ese antagonismo acaba por convertirse en la causa de un orden legal de aquellas disposiciones". Y en la frase siguiente aclara lo que es el concepto central de su argumentación: "Entiendo aquí por antagonismo la insociable sociabilidad de los hombres, esto es, el que su inclinación a vivir en sociedad sea inseparable de una hostilidad que amenaza constantemente con disolver esa sociedad" (Kant, 1987, 8). Este elemento es cen-

(2) Aquí quizá convendría revisar las fuentes, e incluso superar las citas para remontarse bien más atrás o bien a un equilibrio con los autores que propone. Personalmente no tengo nada contra Goytisolo o Muñoz Molina, pero ambos no creo que estén a la altura del primero, ni siquiera del último. Y si se recurre a Kant, no se puede dejar de obviar sus profundas *raíces cristianas*... que están en el centro de toda su construcción ética.

tral y complementario al imperativo categórico kantiano. Este segundo aspecto atraviesa las propuestas éticas y políticas que se derivan de las tesis de este autor, pero se han de considerar junto con esa insociable sociabilidad. De ambas podríamos decir que la humanidad se puede interpretar como un único sistema social (Marcuello, 2003) que tiene una imperiosa necesidad de encontrarse y construir en común. Pero no por ello las raíces y las identidades tienen que ser erradicadas. Es más la diversidad es fuente de riqueza que no tiene porqué derivar ni legitimar las diferencias en cuanto afectan a los derechos y libertades. Obviamente, los humanos nos podemos reconocer en el ya clásico *homo viator* y constatar lo evidente, –tenemos pies, no raíces–. Pero por muchos movimientos que hagamos, hay una cierta necesidad de rumbo, si prefieren de arraigo. Sólo el marinero errante parece no estar a gusto en ningún puerto... pero tiene su trozo de mundo en el barco con el que navega. De la misma manera que cualquiera sabe que las culturas, para permanecer inamovibles han tenido que perecer al paso del tiempo. Pues, sólo lo que no está vivo se salva del cambio cotidiano. Pero también se ha de recordar que los individuos estamos en una permanente relación dialéctica con el sistema social donde construimos nuestra identidad. Ésta, como tal, no es nunca personal e intrasferible, siempre está en relación de dependencia con el contexto social donde uno se socializa. Por eso, las culturas envuelven a los sujetos más allá de su voluntad, pero las primeras no son autónomas por completo. Sin embargo, sí que existen culturas dominantes o, al menos, predominantes. Unas formas de identidad y cultura resisten mejor el paso del tiempo que otras. En el caso de las migraciones también se observa que hay culturas que superan las hibridaciones, que se mantienen –en ambos sentidos, como receptoras o como innovadoras– en sus códigos fundamentales.

B) Sobre la cuestión de las cifras

La propuesta del profesor Chueca (2005, 53) distingue dos aspectos distintos –la general y la penitenciaria–, pero ninguno de los dos nos parece que se pueda considerar un mito. En este caso es más preciso hablar de un encubrimiento e incluso mejor dicho, una mistificación que pretende tergiversar la información disponible. Aunque lo que muestra en su análisis es una crítica a la forma de describir a la población, pero no es un mito sobre las estadísticas en sentido estricto. Más bien apunta a un problema de concepto, pues parece una forma sesgada de contabilizar los tipos de personas según el criterio de ciudadanía. E incluso, se puede decir, que es directamente un error de quienes tienen la tarea de registrar y computar las personas que forman parte de la sociedad española. Si ya hay un estatuto especial para los ciudadanos de la Unión Europea, entonces no procede clasificarles con el mismo criterio que a quienes no lo poseen. Sin embargo, tampoco nos parece equivocado el distinguir en las estadísticas la procedencia y otras variables para conocer los datos que conforman el conglomerado social. Forzando un ejemplo, contabilizar el número de robos o de violaciones no crea una mitología sobre los ladrones o los violadores.

El énfasis del profesor Chueca (2005, 53) es una pelea directa contra la dicotomía "nacional-extranjero" cuando ésta sirve para introducir privilegios o justificar decisiones excluyentes. En especial resalta la norma europea en esta materia y dice: "el artículo 1 del Convenio de 1990 de Aplicación del Acuerdo de Schengen, ratificado por España; en esa norma el Convenio define al extranjero como «toda persona que no sea nacional de un Estado miembro de las Comu-

nidades Europeas»". Su análisis se ajusta a lo que las normas dicen. Manifiesta una posición tajante, pero al mostrar el error no analiza los elementos coadyuvantes. Es decir, si la Oficina Estadística de la UE, Eurostat sigue reproduciendo lo que el profesor denomina "viejas concepciones nacionalistas, todavía no superadas", quizá es porque nos encontramos ante una de las características de la propia UE. Como sistema más o menos federado de estados, la UE no tiene resueltas ni la cuestión identitaria ni la gestión de sus diversidades. ¿No será que no hay una percepción socialmente construida y por tanto individualmente asumida de ciudadanía europea? ¿No será que todavía está pendiente el proceso de creación de códigos simbólicos de pertenencia como ciudadanos europeos a la institución supra-estatal? ¿No será muestra de un problema no resuelto de trabazón entre personas de la Unión? ¿No será que estamos ante la punta de un iceberg que aclararía por qué la UE sigue siendo más un proyecto de mercaderes que de ciudadanos?

Aquí no hay un mito. Se constata un problema estructural: falta consolidar en el imaginario de la ciudadanía de la Unión Europea su propia condición de ciudadanos. Lo cual remite a las tensiones que aparecían al hablar de las raíces... en definitiva la distribución de recursos y el acceso a la propiedad. Por eso mismo, no hay una relación de causa efecto en la dirección que apunta el profesor Chueca, más bien al contrario. Mientras no se resuelvan esas debilidades intangibles en lo que afecta a la identidad y la pertenencia, esto seguirá siendo un elemento omnipresente.

Sin embargo, en lo que afecta a la *formulación penitenciaria*, sí que aparecen elementos distintos. En este caso, nos muestra un uso perverso de las estadísticas que pretenden consolidar una visión de la sociedad donde "ellos" son los generadores de las dificultades. Se reproduce un mecanismo de encubrimiento basado en un engaño que es atribuir al "otro" la culpa de aquello que molesta. En épocas pasadas, era una estrategia utilizada para justificar la quema de brujas... que como sucedió en una localidad del Moncayo, fue una manera de venganza ante una mujer hermosa y rebelde. El clásico mecanismo de chivo expiatorio funciona de manera eficaz cuando se atribuyen las causas de los problemas sin analizarlos en profundidad. La pregunta entonces es ¿qué efecto tienen las estadísticas penitenciarias construidas con esta lógica en la población general? Cuestión complementaria a ¿por qué no se establecen distinciones más rigurosas en este campo? ¿de quién depende? En el caso del análisis del profesor Chueca no entra en ellas porque sólo constata la existencia de este encubrimiento estadístico... que sí que posibilita la creación del mito del inmigrante como causante de los males de nuestra sociedad. Queda pendiente responder a estos otros interrogantes.

C) Sobre la cuestión de la ilegalidad

En los discursos cotidianos de distintos actores sociales, –fundamentalmente de medios de comunicación social poco rigurosos–, se habla de "ilegales". El profesor Chueca (2005, 55) considera que esto constituye el "mito de la ilegalidad de las personas" y como señala "según este mito, se ilegaliza a las personas, no a sus actos". De nuevo, desde nuestro punto de vista lo que aparece es un proceso de encubrimiento y manifiesta un temor profundo a la diferencia. En especial a la diferencia que puede afectar al bienestar particular. Y cuando este segundo se per-

cibe amenazado se recurre a las causas más fáciles para achacar culpabilidades. Pero también muestra una forma del habla generalizada que tiende distinguir al "forastero". Estrategia de clasificación social que se practica en la mayoría de los pueblos españoles e incluso ciudades[3]. En el medio rural –especialmente "zonas difíciles"– es muy habitual que se considere "de fuera" a todo aquel, incluida la siguiente generación, que no es del lugar. Este dato es una constatación empírica registrada en todas las ocasiones en las que hemos tenido que desarrollar alguna investigación en el medio rural. La última en un proceso de dinamización social en la zona de Zamora. Al presentarse uno de los participantes en el grupo decía: "me dicen forastero, aunque llevo cincuenta años viviendo aquí". Lo cual nos retrotrae a la cuestión de las raíces. Sangre y suelo se utilizan para legitimar la posición social del sujeto. No es un mito, es una herramienta de distribución de legitimidad. Y en los juegos de poder, desde una perspectiva maquiavélica, cualquier estrategia vale para conquistar la fuerza del poder.

¿Qué nos muestra entonces la cuestión de la ilegalidad? Primero un error manifiesto y, por tanto, una mistificación. Segundo, nos muestra una simplificación que no se puede aceptar. Pero también muestra la capacidad que tienen los medios de comunicación para construir conceptos que transcienden los usos "correctos" del lenguaje llegando a insertarse en nuestros universos simbólicos para consolidar interpretaciones del mundo. En el caso de las migraciones parece que hay una corriente interesada en atribuir a las personas implicadas todos los elementos excluyentes posibles. Pero también hay más. Los ejemplos que muestra el profesor Chueca a propósito de los documentos oficiales de la UE son una constatación del error y de la simplificación. Es una mistificación de grueso y grosero calibre. Pero ¿constituye una estrategia en este campo? ¿Son sólo una equivocación?

La literatura de la UE pretende en muchas ocasiones generar unos códigos compartidos, un lenguaje común y una forma de interpretar el mundo. En este caso, llama especialmente la atención la reiteración del error en los textos de la UE. Por eso no sólo es la falta de rigor de la prensa, a la que se puede descalificar rápidamente, lo que está en juego. Los cinco ejemplos que presenta son flagrantes posicionamientos de la UE en esta materia. Y resulta especialmente llamativo que se edite el *Libro Verde relativo a una política comunitaria en materia de retorno de los residentes ilegales* [COM(2002) 175 final]. Puede interpretarse que hay una voluntad manifiesta por sembrar un concepto que permite crear una interpretación de la posición de las personas inmigrantes respecto del resto de ciudadanía. ¿Qué objetivo se persigue? ¿qué pretenden al hacer este uso de las palabras? Como dice el profesor Chueca (2005, 56): "desde el punto de vista del Derecho, ninguna persona es ilegal, aunque sí pueden serlo sus actos. Por tanto, al calificar como ilegal a una persona, se pervierte el más íntimo sentido del derecho, se comete un auténtico fraude en la interpretación o en la aplicación del derecho; este fraude, esta perversión surgen cualquiera que sea el contenido de la norma concreta que se pretende interpretar o aplicar".

En este caso sí que se quiere construir una narración que consolide una imagen del mundo. Parece, pues, que hay un intento de mitologizar lo que es una irregularidad para convertirlo en

(3) Sirva como ejemplo la frase que circula con cierta asiduidad entre la burguesía zaragozana, dicen: "son [somos] de Zaragoza de toda la vida"... Lo cual permite clasificar a la población en capas de pertenencia.

una ilegalidad. Esa es una práctica "criminilizadora". Como analiza el profesor Chueca (2005, 57) tiene efectos perversos:

> "Si admitimos este mito, las consecuencias de ello resultantes son claras: Al hablar de «migrantes ilegales» o de «personas ilegales», con estas dos sencillas palabras criminalizamos a las personas inmigradas de modo irregular.
>
> Esa criminalización procede a veces de una irregularidad originaria, tras haber cruzado esa persona irregularmente una frontera. Pero surge en ocasiones mediante una irregularidad sobrevenida, cuando alguien se hallaba regularmente en territorio de un Estado y le caducó el permiso de residencia sin haberlo renovado ni haber abandonado el territorio de dicho Estado. Pues bien, sea la irregularidad originaria o sobrevenida, ninguna de ellas constituye un delito.
>
> A través del mito se llega pues a la criminalización del extranjero indocumentado o «sin papeles»; ello le aproxima mucho al estatuto aplicable a cualquier delincuente. Resulta indignante que en algún Estado el simple hecho de que un extranjero resida de modo irregular en su territorio conduzca a la imposición de penas de cárcel."

Entonces hay que volver a la pregunta ¿qué mundo se construye al alimentar una construcción mítica como ésta? Es algo recurrente en la historia de la humanidad. Los griegos lo hicieron con los "bárbaros", los romanos con sus esclavos, los cristianos discutieron durante años si los negros y los indios tenían alma... los musulmanes siguen considerando a la mujer en una posición inferior, no hace falta recordar a los nazis con su estrategia de limpieza aria, ni tampoco las formas de combatir a Al-Qaeda que practican algunos. La cuestión de fondo es reducir al "otro", al diferente a una posición menor y merecedora de cualquier abuso. Se construye un sistema de valores que nos retrotrae a un universo de referencias totalmente inaceptable pues, entre otras cosas, los Derechos Humanos son completamente olvidados. Se cae en la gran contradicción de olvidarse del *principio de dignidad humana* sobre el que se sustenta un estado social de derecho como el nuestro.

Se construye un cosmos que acepta *cosificar* a las personas inmigrantes para poder hacer con ellas lo que se quiera. Lo terrible es que esto se extienda desde los documentos elaborados por las instituciones. Pero todavía es más aterrador que esa reducción a meras cosas vaya acompañada de una *mercantilización criminalizante*. Es decir, son productos que, a través de los mecanismos de mercado, la sociedad va usando según sus necesidades. Pero que no se tiene ningún pudor en convertirlos en reos apresados por las fuerzas de seguridad, vigilados y esposados porque han cometido el delito de viajar –haciendo turismo de aventura, sarcasmo donde los haya– porque aspiran a vivir mejor. Se les trata como si hubieran invadido una propiedad privada con intención de robo. Y lo peor, es que se les trata como si fuesen invasores dispuestos a rapiñar el bienestar de la población ya instalada... cuando su contribución a la economía receptora es más que necesaria.

Si se construye una narración mítica que los presenta con esa categoría lo que se consigue es precisamente la legitimidad necesaria para aniquilar y utilizar impunemente a estas personas. Esto, además, suele ir acompañado de unas formas de narración que recrean el mito. Por ejemplo, las noticias sobre las pateras se presentan como si se tratase de un fenómeno meteorológico sobre el que no se puede hacer nada. De esta manera, se evita hablar de las causas profundas

de los desplazamientos de personas desde los países emisores a los receptores. Nada se habla de las condiciones de pobreza, de los efectos que generan las políticas internacionales o nuestras pautas de consumo en las movimientos de personas. Nos escandalizamos cuando los turistas se ven atrapados en un aeropuerto porque un huracán no les deja regresar desde el Caribe, pero ya hemos asumido el sufrimiento que muestran los rostros de quienes saltan desde África a Europa o intentan cruzar el Río Grande.

Esta construcción simbólica también se suele acompañar de la pregunta que se posiciona en esas coordenadas: *¿no van a venir todos los que quieran?* Que suena, las más de las veces, a la expresión infantil de quien no quiere compartir su bocadillo o su pelota en un patio de recreo. Pero no deja de ser una posición existente en el sistema social.

A su vez, es necesario contrapesar esta forma de tratar conceptualmente a los inmigrantes con el análisis del sistema internacional. No basta con legitimar sin más a cualquiera que se desplace desde un país del llamado Sur. Las personas somos lo primero, pero con esto no basta. La cuestión de la ilegalidad sirve para crear negocio entre quienes explotan las fronteras como modo de enriquecerse. El movimiento de personas entre países no es libre y abierto. Ese es el problema central, pero ¿cómo se articula?

D) Sobre la cuestión del "vale todo"

El profesor Chueca (2005, 58) nos presenta como un corolario del punto anterior lo que llama "el mito según el cual, contra la inmigración irregular, vale todo". En el fondo, la formulación ajustada al propio mito sería: *contra la inmigración ilegal, vale todo*. Por eso, no nos parece en sentido estricto una narración mítica como lo es la de la ilegalidad. En este caso, más se puede considerar que es un mecanismo coherente con el estado de cosas anterior. En el cosmos de los que ilegalizan y crean ilegales, con el fin de considerarlos delincuentes que vulneran las leyes, es automático el permiso para aplicar cualquier método. Que por otra parte también se utiliza cuando el otro es un terrorista. Parece que se construye un interruptor que responde según el estímulo, sin más análisis: *culpable, dispare*. Es un ejercicio de simplificación institucionalizada. No es único, ni exclusivo del tratamiento de las personas que están cruzando las fronteras en situación irregular. El cumplimiento de los derechos humanos resulta incómodo para quienes quieren utilizar la fuerza de su poder. En casos como la llamada lucha contra el terrorismo se ha llegado a regular los mecanismos legales necesarios para que los detenidos se encuentren en un limbo donde las fuerzas de coerción puedan actuar con un margen de presión mayor. Al simplificar la condición del otro y reducirla de antemano a un estatuto de criminalidad se consigue una primera impresión en la opinión pública que tolera esa forma institucionalizada de actuación. Y como esos no somos nosotros, es fácil aceptar lo que les pasa... ¿pero hasta cuándo? ¿Cuándo llegará nuestro turno, si seguimos por este camino?

En el análisis del profesor Chueca (2005, 59), se destacan las consecuencias de esta estrategia del poder, corolario de mito anterior: "simplificación, peligro para los Derechos Humanos e inexactitud jurídica". Pero no parece ajustado considerar el "vale todo" como un mito. Pues sólo es el paso siguiente al argumento previo. Es una clara regresión a estadios poco elaborados de las formas de organización social, política y jurídica. Lo terrible de esto radica en ser una amenaza para otros seres humanos que se ejecuta en la práctica, sólo visto así es una amenaza importante para los Derechos Humanos.

Para algunos que no somos juristas, no nos importa tanto que se dé una inexactitud jurídica cuanto que eso se traduzca en unas actuaciones inaceptables. Por ejemplo, da igual cuál sea la norma, pero si otra persona necesita ayuda porque está herido o en situación grave ¿no es evidente que tengo que acogerlo? El personaje de Antígona lo reflejó bien al enfrentarse a la norma de su tío Creonte, ¿cómo no iba a enterrar a su hermano Polinice?

En el caso del profesor Chueca (2005, 59), da la impresión que le conduce una cierta *esperanza utópica* que también tiene mucho de narración mítica... la cual no termina de ajustarse a lo que en el mundo de la vida cotidiana nos encontramos. Sirva un ejemplo, dice: "los tratados internacionales de Derechos Humanos obligan a los Estados partes en ellos a respetar los derechos protegidos de «todas las personas dependientes de la jurisdicción de esos Estados» Por eso en definitiva la universalidad de los Derechos Humanos nos protege a todos, nacionales, ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales, extranjeros, apátridas o refugiados". Los derechos si no tienen al lado un consenso social que los apoya y una fuerza coercitiva que los hace cumplir, en caso de que éstos sean vulnerados, se convierten en papel mojado, –narraciones más o menos bien estructuradas, pero inocuas–.

E) Sobre la cuestión del relativismo cultural

En este punto el profesor Chueca (2005, 60) arremete contra la tesis de la validez de las culturas *per se*. Formula lo que él considera el mito: "según el cual la cultura (entendida en sentido amplio) o la religión o los hábitos o las costumbres sociales de los inmigrados (o varios de estos elementos considerados en su conjunto) no pueden verse alterados por el respeto de las normas dictadas por los Estados de acogida; según esta tesis, no pueden verse alterados ni siquiera aun cuando su cultura, su religión, etc., violen flagrantemente los Derechos Humanos de personas concretas". Y en un paso posterior lo liga a lo que también denomina el "mito de la europeidad de los Derechos Humanos", es decir, los DDHH como una construcción cultural europea que sólo tiene sentido en el contexto de la civilización occidental.

En este caso, el propio profesor introduce una distinción que nos hace dudar sobre el carácter de la cuestión abordada, dice: "en este mito o desde esta posición ideológica". Lo cual vendría a destacar la equiparación entre posiciones ideológicas y mitos, ¿pero qué consecuencias tiene en su dimensión teórica conceptual? ¿Son las ideologías narraciones míticas? ¿Son los mitos, ideologías en sentido estricto? Quizá debiéramos remontarnos a Manheim (1966) o a Ricoeur (1989) para abordar el mundo de las ideologías... que también construyen mundos y estructuras

mentales muchas veces de carácter mítico. Pero, insistiendo en ese sentido estricto mentado, parece que conviene distinguirlas entre sí. ¿O ciertamente resulta más fructífero considerar que toda ideología, –en tanto que es un decir sobre el mundo–, es interpretable como un mito puesto que no deja de ser una lógica que parte de axiomas irrefutables, resistentes a la diferencia y a la crítica? La tarea de responder a estos interrogantes da mucho de sí, pero no es el objeto central de este trabajo. En este caso, lo que observamos es una tendencia del profesor a colocar en el mismo plano a lo ideológico y a lo mítico. Esto va acompañado de una referencia crítica a "las elites culturales de inmigrados" y a "ciertas corrientes de izquierda a veces autoinculpadas por el pasado colonialista". Con lo cual da la impresión que tanto el concepto de mito como la noción de ideología sólo tienen un rostro negativo desde el enfoque del profesor Chueca (2005, 60). Sin embargo, ambos nos parecen mucho más ricos si los despojamos de esa visión, o mejor dicho, si la entendemos en un sentido más amplio. Cuando el mito es un engaño o cuando una ideología oculta aspectos de la vida cotidiana estamos ante mistificaciones. Y esa es sólo una de las dimensiones posibles.

Nos interesa más conocer las consecuencias sociales de las narraciones míticas que operan en el sistema social que simplemente despreciarlas. Así el juego de palabras que realiza el profesor Chueca, con la noción de mito de las "raíces... transplantadas" no sirve para entrar en el asunto de fondo. Pues su posición parece surgir de la premisa abstracta y teórica donde existe un "universal" humano que nos hace iguales a todos. Las diferencias empíricamente contrastables que muestran la diversidad humana no pesan lo suficiente, aunque sean hechos sociales visibles y observables. Parece que en buena medida se convierte en aquello que combate. Cae en el predicado tautológico del tipo: *no se aceptan las imposiciones, prohibido prohibir*. Y compartimos lo que sustenta esa referencia ética, política y moral: cualquier persona sea de donde sea merece un trato digno y adecuado, porque es igual en derechos fundamentales a cualquier otra. La reminiscencia kantiana del imperativo categórico es más que obvia. Su fundamento esencial es la regla de oro: no quieras para otro lo que no quieras para ti. Lo podríamos llamar también *principio de reciprocidad conmutativa*, a saber: lo que le pasa a otra persona es aceptable siempre que esté dispuesto a ponerme en su lugar. Pero con esto no se dice nada relevante sobre el relativismo cultural. La diversidad de culturas no es un mito, es un dato.

Cada sistema social, cada grupo humano construye sus modos de interpretar el mundo. Son más o menos abiertos, más o menos susceptibles de ser modificados, en todos los casos tienen la posibilidad de interaccionar con otros grupos humanos. La tensión es individual y colectiva. Somos sujetos en tanto que estamos sujetos a unos universos simbólicos, a una cosmología... Pero ese ser sujeto está en relación directa con la capacidad de conjugar una acción. Hay sujeto si tenemos verbo... y predicado. Somos lo que la sociedad nos deja ser y la sociedad es lo que hacemos que sea. En esa tensión dialéctica, los Derechos Humanos, –como cualquier otra premisa nomotética y deontológica–, no pueden llegar desde fuera de los sujetos que interpretan su estar en el mundo. Si descalificamos sus códigos simbólicos sin más, apelando a la universalidad de la Humanidad, –que suele tener rostro pálido– facilitamos el rechazo de cualquier elemento externo y, por tanto, *exogenizante* de los hábitos socialmente aceptados.

El profesor Chueca (2005, 61) da la impresión que pretende desmontar lo que entiende que está equivocado –relativismo cultural– sólo con nombrar sus consecuencias, dice:

> "(a) En nombre de una cerrada e inadmisible multiculturalidad, destruye el elemento común de la Humanidad: Unos Derechos Humanos universales, indivisibles, interdependientes e irrenunciables.
>
> (b) Encierra a los inmigrantes en guetos culturales o religiosos o sociales, en los cuales (quienes se benefician del mito) afirman que los inmigrantes deben encontrarse."

En esto se parece a la posición que el papa Benedicto XVI utiliza para defender una postura firme ante el "relativismo moral". Quizá, en ambos casos, se convierte en tarea urgente revisar su posición epistemológica y pasar por propuestas como la de Arne Kjellmann (2003) con su *enfoque orientado al sujeto*, de donde se deducen consecuencias importantes para hacer ciencia y también para emitir proposiciones de carácter universal sobre el mundo. Por eso, tampoco vale la sustitución de la *multiculturalidad* por la *interculturalidad* a la que apela el profesor Chueca. La relatividad de las culturas y de las posiciones ante el mundo no son una debilidad teórica, son un hecho. Es más, al igual que se defiende la biodiversidad, convendría recordar que también es importante proteger la *diversoculturalidad*... Salvo que se piense que la condena de Babel es una maldición de la humanidad y que todos los seres humanos deberíamos tener una única lengua, una única cultura con la que interpretar la vida cotidiana. ¿O no son todas las culturas lo que se llama patrimonio de la humanidad? Quizá en esto la defensa de la universalidad de los derechos humanos tiene que retomarse desde un enfoque que salga fortalecido por las diferencias y no debilitado por la mera homogeneidad.

V. ¿DESMITIFICACIÓN O DES-ENCUBRIMIENTO Y DESMISTIFICACIÓN?

La solución del profesor Chueca para combatir los efectos perversos de los mitos pasa por lo que él llama desmitificación. Si se ha seguido nuestro argumento se deducirá que no podemos sin más ni más este tipo de estrategia lógica: como todo mito es un engaño, la tarea "científica" o racional es eliminar el mito. Pero volvemos a recordar, perdemos la posibilidad de comprender la cosmología a la que hace referencia cada mito y nos perdemos la posibilidad de intervenir en su cosmogonía. En este caso, nos parece más interesante *de-construir* la propuesta de Ángel Chueca (2005, 61) "la desmitificación de las migraciones a través de la afirmación de los derechos humanos de todas las personas", para llegar al mismo lugar donde nos parece que quiere llevar: el valor supremo de la persona como criterio para cualquier acción. Se trata pues de desmistificar y des-en-cubrir.

El problema que quiere afrontar el profesor Chueca (2005, 61) es que con determinados argumentos –lo que él llama mitos– se "incrementa la vulnerabilidad que ya padecen los inmigrantes y, con frecuencia, los priva de sus Derechos Humanos mínimos". El asunto a resolver es la vulnerabilidad de las personas inmigrantes y la privación de Derechos a las que se les somete. Según él, esto es porque los mitos coadyuvan a crear o potenciar "un discurso de desconfianza, de separación entre personas, de señalización de los inmigrantes, de oposición a quienes han migrado".

Lo cual es una de las partes del problema clásico de la dominación de unos seres humanos por parte de otros. La cuestión del sometimiento y el abuso de unos por parte de otros es tan vieja como la propia humanidad. Son muchas las formas de combatirlo, pero no por eso deja de ser una patología fácil de erradicar. Nos remite a la *insociable sociabilidad* a la que nos hemos referido en párrafos anteriores. Siempre en proceso de metamorfosis dispuesta a reproducirse en las relaciones asimétricas de poder, como suele suceder con las personas inmigrantes que buscan soluciones a situaciones nada agradables de vida.

Aunque seguramente no lo pretende, hay una cierta apelación del profesor Chueca a una especie de procedencia transcendental de los Derechos Humanos. Pero ésta no tiene peso práctico si no va acompañada de una capacidad de coerción suficiente para que se hagan cumplir. Arguye que los Derechos Humanos se imponen de suyo a los Estados y que su cumplimiento permite hablar de un "certificado de calidad de un Estado en materia de Derechos Humanos". Pero frente a ese perfume carado de "iustranscendentalismo" se impone una mirada pragmática de lo social y político. Hay que reiterar que el derecho, si no va acompañado de un ejercicio de la violencia legítima que lo hace cumplir, es papel mojado.

Sus tres caminos para la desmitificación, pasan por lo político, lo social y lo jurídico son llamadas a erradicar las formas de encubrir lo que sucede en torno a las migraciones internacionales de nuestro tiempo. Reclama a los actores relevantes de cada uno de esos ámbitos una posición de vigilancia, claridad y coherencia con el principio de dignidad de la persona. Pero el problema es que lo hace pidiendo que no se creen mitos... cuando lo que debe exigir es que se diga lo que pasa[4] sin introducir mecanismos que camuflan posiciones interesadas respecto de los acontecimientos.

Los criterios y argumentos presentados por el profesor Chueca son una forma de resaltar las trampas con las que se crean modos de explicar el mundo que impiden a las personas llevar una vida digna. Y en esto su apelación al papel que ha de jugar la Unión Europea es una de las cuestiones más relevantes de todo el texto. No porque se trate de una forma de desmitificar si no porque estamos ante un encubrimiento de la situación ante la que se enfrentan diariamente miles de personas que están dispuestas a perder su vida con tal de salir de sus miserias llegar al supuesto paraíso que los países de la Europa rica han construido tras muchos siglos de someter y explotar a otras zonas del planeta. En este punto de la argumentación la tarea es superar las mistificaciones. Poner claridad donde hay engaño. Revisar cómo construimos las formas de interpretar nuestra vida cotidiana para saber qué posición atribuimos a "los otros" a los de fuera... La solución jurídica que postula el profesor Chueca, siendo necesaria nos parece insuficiente. Quizá porque para poder resolver el problema de fondo hay que trabajar con la dimensión simbólica socialmente construida. En eso, una senda por la que buscar soluciones viene de la mano de la poesía y de los mitos, –que tan poco aprecian algunos–. Sirvan los conocidos versos de Rafael Amor[5]:

(4) Sería más claro y contundente pedir que se diga la "verdad", pero es un término que tiene muchos problemas de carácter epistemológico y conceptual. Aunque en un "primer nivel del leguaje" es el término más evidente.

(5) La letra completa de este poema/canción está disponible en la web oficial del Rafael Amor: http://www.rafaelamor.com/discografia76.htm.

Chaime Marcuello Servós

II

No me llames extranjero, traemos el mismo grito,
El mismo cansancio viejo que viene arrastrando el hombre
Desde el fondo de los tiempos, cuando no existían fronteras,
Antes que vinieran ellos, los que dividen y matan,
Los que roban los que mienten los que venden nuestros sueños,
Los que inventaron un día, esta palabra, extranjero.

No me llames extranjero que es una palabra triste,
Que es una palabra helada huele a olvido y a destierro,
(...)
No me llames extranjero, mírame bien a los ojos,
Mucho más allá del odio, del egoísmo y el miedo,
Y verás que soy un hombre, no puedo ser extranjero.

REFERENCIAS

– BARTHES, R. (2005): *Mitologías*. Ed. Siglo XXI, Madrid.

– BERGER, P. & LUCKMANN, TH. (1995): *La construcción social de la realidad*, Amorrotu Ed. BA.

– CHUECA SANCHO, A.G. (2005): "Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* n.º 9, julio, 2005, pp. 45-63.

–COMISIÓN EUROPEA (2002): *Libro Verde relativo a una política comunitaria en materia de retorno de los residentes ilegales* [COM(2002) 175 final].

– KANT, I. (1987): *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la* Historia, Ed. Tecnos, Madrid.

– KJELLMAN, A. (2003): *Constructive Systems Science - the Only Remaining Alternative?* Disponible en formato digital en: http://www.dsv.su.se/~kjellman/soa/e-soa-table.htm.

– MANHEIM, K. (1966): Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento, Ed. Aguilar, Madrid.

– MARCUELLO, Ch. (2003): *"Ciudadanía y globalización: la humanidad como único sistema social"* en GARCÍA INDA, A. & MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (coord.) (2003): *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación*. Dykinson (Colección Oñati: Derecho y Sociedad, vol. 12). Madrid.

–RICOEUR, P. (1989): *Ideología y Utopía*, Gedisa Editorial, Barcelona.

PASCUAL AGUELO NAVARRO Y
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Directores de INTERMIGRA
(Seminario Permanente para las Migraciones Internacionales y la Extranjería)

III

Informe sobre la participación de los residentes rumanos y búlgaros en las elecciones municipales de 2007

SUMARIO

I. La nueva ampliación de la Unión Europea.

II. Ciudadanía de la Unión Europea y derechos políticos.

III. La posible incidencia en las próximas elecciones municipales: El ejemplo de la Comunidad Autónoma de Aragón como caso-test.

IV. La inscripción en el censo electoral y la manifestación de voluntad como requisitos para el ejercicio de este derecho.

V. Conclusión general.

VI. Anexos.

I. LA NUEVA AMPLIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

El 1 de enero de 2007 la Unión Europea (UE) pasará a contar con 27 Estados miembros, al entrar en vigor el Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria[1]. En esos momentos no sólo se ampliará la Europa política y económica sino también la Europa de los ciudadanos.

La entrada en vigor de este Tratado de Adhesión tendrá efectos económicos, jurídicos y políticos importantes. El Informe señala principalmente los efectos sobre las personas. En concreto analiza la repercusión que el Tratado tendrá sobre los 192.134 rumanos y los 56.329 búlgaros

(1) El Tratado de Adhesión puede verse en Diario Oficial de la UE, L 157, 21 de junio de 2005, p. 21. España ha autorizado la ratificación del Tratado de Adhesión por Ley Orgánica 6/2005, de 22 de diciembre.

que el 31 de diciembre de 2005 residían en España[2] y sobre los que residan legalmente en el momento de la adhesión.

Nacionalidad	31-12-2005	31-12-2004	Variación 31-12-2004 / 31-12-2005	
			Número	%
TOTAL	**2.738.932**	**1.977.291**	**761.641**	**38,52**
Marruecos	493.114	386.958	106.156	27,43
Ecuador	357.065	221.549	135.516	61,17
Colombia	204.348	137.369	66.979	48,76
Rumanía	192.134	83.372	108.762	130,45
Reino Unido	149.071	128.283	20.788	16,20
China	85.745	71.881	13.864	19,29
Italia	84.853	72.032	12.821	17,80
Perú	82.533	71.245	11.288	15,84
Argentina	82.412	56.193	26.219	46,66
Alemania	71.513	69.719	1.794	2,57
Portugal	59.787	50.955	8.832	17,33
Bulgaria	56.329	32.244	24.085	74,70
Francia	52.255	49.918	2.337	4,68
Rep. Dominicana	50.765	42.928	7.837	18,26
Bolivia	50.738	11.467	39.271	342,47
Ucrania	49.812	27.461	22.351	81,39
Cuba	36.142	30.738	5.404	17,58
Argelia	35.437	27.532	7.905	28,71
Polonia	34.600	23.617	10.983	46,50
Pakistán	28.707	18.072	10.635	58,85
Senegal	27.678	19.343	8.335	43,09
Brasil	26.866	17.524	9.342	53,31
Venezuela	25.372	16.622	8.750	52,64
Uruguay	24.272	13.055	11.217	85,92
Países Bajos	23.040	21.397	1.643	7,68
Rusia	22.223	14.233	7.990	56,14
Resto de países	331.020	260.535	70.485	27,05
Apátridas y No consta	1101	1049	52	4,96

Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Aunque la adhesión no implicará la plena aplicación del derecho de libre circulación de personas para los ciudadanos rumanos y búlgaros[3], aquellas personas que residan regularmente en territorio español el día 1 de enero de 2007 habrán conseguido la ciudadanía de la UE.

(2) Ver MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor a 31/12/2005, http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200602/Infor_Est_Dic2005.pdf; Madrid, 2/1/2006, p. 4, web consultada el 28 de febrero de 2006.

(3) Como ya sucediera en el caso de los diez Estados miembros que ingresaron el 1 de mayo de 2004, el Tratado de Adhesión de Bulgaria y Rumania contempla un período transitorio de dos años a partir de la entrada en vigor, para que se realice la plena libre circulación de las personas; además este período transitorio podrá ampliarse hasta cinco años .

Sobre este extremo, consultar los Anexos VI y VII al Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumania, punto 2, en el mismo Diario Oficial de la UE, L 157, 21 de junio de 2005, pp. 104 y 138.

La participación de los residentes rumanos y búlgaros en las elecciones de 2007

III

Durante el período transitorio, la situación jurídica de los nacionales rumanos y búlgaros en los actuales 25 Estados miembros de la UE habrá de ser determinada o fijada por las normas de extranjería de cada Estado miembro. En otras palabras, su estancia regular o irregular dependerá exclusivamente de lo que diga cada derecho interno, no de lo que diga el derecho de la UE.

Pero, en los casos en los que se produzca la adquisición de la Ciudadanía de la UE, ello tendrá consecuencias directas **inmediatas.**

Una de ellas será que, al dejar de ser extranjeros, la aplicación de la Ley Orgánica de Extranjería solo será posible en el caso de norma más favorable, puesto que su régimen jurídico pasará a regularse en nuestro país por el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo.

Otra de gran trascendencia será que los nacionales rumanos y búlgaros que residan regularmente en España podrán participar en las elecciones municipales que deberán convocarse en la primavera del próximo año 2007.

Sucederá así, porque el estatuto jurídico de la ciudadanía de la UE concede a todos los ciudadanos de la Unión (cuando se hallen en el territorio de un Estado miembro de la UE distinto al Estado de su nacionalidad) derechos políticos en los ámbitos municipal y del Parlamento Europeo.

En síntesis, los rumanos o los búlgaros que en el momento de la entrada en vigor residan **regularmente** en España podrán participar en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo que se convoquen a partir del 1 de enero de 2007, fecha de entrada en vigor del Tratado de Adhesión.

No ocurrirá los mismo en las elecciones de ámbito autonómico y generales, pues la Ciudadanía de la UE no atribuye ningún derecho a participar en las elecciones en estos dos últimos ámbitos, que normalmente suele reservarse a los nacionales de cada Estado.

Por el contrario, nada prohíbe que un Estado extienda la participación electoral en las elecciones municipales a los extranjeros, sometiendo dicha extensión a las condiciones que considere convenientes (extensión a todos ellos, a los nacionales de un Estado, a quienes lleven determinado tiempo residiendo en su territorio, etc.).

Esa posible extensión en el caso español puede concretarse, en el caso de las elecciones municipales, a través de la exigencia de la reciprocidad, como permite expresamente el artículo 13.2.º, de nuestra vigente Constitución.

Precisamente España y Noruega firmaban en Madrid en 1990 un acuerdo reconociendo el derecho de los noruegos que residen en España a participar en las elecciones municipales españolas y el de los españoles en Noruega a participar en las elecciones municipales noruegas[4].

(4) Canje de Cartas de 6 de febrero de 1990.

Además gozan del derecho de sufragio activo los nacionales de otros Estados que han celebrado con España otros acuerdos de reciprocidad (Argentina, Chile, Uruguay)[5].

Tras las anteriores ideas generales, conviene no olvidar que en este breve Informe nos centraremos en la incidencia de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria sobre las elecciones municipales que habrán de celebrarse en el año 2007.

II. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS POLÍTICOS

La Ciudadanía de la UE se contiene en los artículos 17 a 22 del vigente Tratado de la Comunidad Europea. Se regula asimismo en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, actualmente en proceso de ratificación[6].

La Ciudadanía de la UE tiene, como no puede ser de otra manera, un gran contenido político; desde luego significa el signo político de pertenencia a una entidad supraestatal y distinta a los Estados miembros, en definitiva la pertenencia a la Unión Europea. Pero la Ciudadanía de la UE, además de ser un signo político, concede derechos políticos, como veremos a continuación.

Dice el artículo 17, 1.º, del Tratado de la Comunidad Europea que

> "será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro."

La misma norma indica que esta Ciudadanía es

> "complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional."

Los efectos de la adhesión en esta materia serán pues automáticos: En cuanto Rumania y Bulgaria se conviertan en Estados miembros de la UE, sus nacionales automáticamente se convierten en ciudadanos de la UE.

Por lo que afecta a la cuestión de fondo abordada en el presente Informe (la posible participación de los rumanos y búlgaros residentes en las elecciones municipales de 2007), recordaremos que el párrafo 1 del artículo 19 del mismo Tratado señala:

(5) El Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentaba en febrero de 2006 una Proposición no de Ley "para avanzar en el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos extranjeros en España" (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D: GENERAL, 3 de febrero de 2006, n.º 327, pp. 2-3, instando al Gobierno a estudiar las reformas legales necesarias para hacer efectiva esta participación.

(6) Consultar el artículo I-10 y los artículos II-99 a II-106.

> "Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado en el que resida en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado."

Cumpliéndose esta previsión normativa, el 1 de enero de 2007 tendremos pues a las personas rumanas y búlgaras, siempre que residan regularmente en España, como posibles electores y posibles candidatos elegibles en las elecciones municipales españolas.

A través de la Ciudadanía de la UE, dispondrán por tanto de la elegibilidad activa (ellos eligen) y de la elegibilidad pasiva (ellos pueden ser elegidos); en otras palabras, no solamente podrán elegir a los concejales de los Ayuntamientos en los que residen sino que también podrán ser ellas mismas elegidas como concejales o, en su caso, como alcaldes.

Dicha participación se producirá además de acuerdo con las previsiones del Derecho derivado de la UE, que aplica el Tratado de la Comunidad Europea.

En este sentido hay que tener presente en concreto de la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la UE residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales[7].

Según la Directiva 94/80/CE, los ciudadanos de la UE en España pueden participar en las elecciones celebradas para elegir a los órganos de los entes locales básicos (artículo 2); pues bien, el Anexo de la misma Directiva señala que en España son entes locales básicos el municipio y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal.

Asimilando plenamente su situación a la de los nacionales del Estado en el que residan (en este caso, España) y aplicando por ello el principio de igualdad y no discriminación, los ciudadanos de la UE que no sean españoles se someterán igualmente a las mismas obligaciones e incompatibilidades que los españoles.

Por otro lado, esa participación será asimismo válida según el Derecho español, que evidentemente debe aplicar e introducir el Derecho de la UE[8].

En nuestro ordenamiento recordaremos que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General[9], que transpone al derecho español las normas de la UE antes mencionadas, en sus artículos 176 y 177, otorga a los ciudadanos de la UE derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

(7) Diario Oficial de la UE, L 368, 31-12-1994, p. 38.

(8) El artículo 14 de la Directiva exige que los Estados miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir dicha Directiva. Por eso la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General fue modificada por la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de marzo, "para la transposición de la Directiva 94/80/CE, de Elecciones Municipales".

(9) *BOE* de 20 de junio del mismo año.

III. LA POSIBLE INCIDENCIA EN LAS PRÓXIMAS ELECCIONES MUNICIPALES: EL EJEMPLO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN COMO CASO-TEST

Obviamente las conclusiones de este Informe resultan aplicables a todos los Estados miembros de la UE. En el caso español, resultan aplicables a todas las Comunidades Autónomas. Pero nosotros vamos a limitarnos al examen de la cuestión en la Comunidad Autónoma de Aragón como caso-test.

En Aragón existen determinadas poblaciones (ciudades y pueblos) en los que hay una inmigración rumana significativa; a título de ejemplo podemos recordar los casos de Calatayud (2.566), Cariñena (589), La Almunia de Doña Godina (580), Ricla (570), Monzón (255) o Alcañiz (728)[10]. Ello sucede en menor medida con la población de origen búlgaro, destacando sin embargo los casos de Fraga (416) y Ejea de los Caballeros (488)[11].

Si nos centramos en las Comarcas, esta afirmación resulta fácilmente contrastable en las tres provincias aragonesas, sobre todo en las Comarcas de Calatayud, Jiloca, Valdejalón, Monegros y Maestrazgo.

Los rumanos y los búlgaros, que se hallen residiendo legalmente en territorio aragonés, podrán participar por tanto en las elecciones municipales de junio de 2007, en plenitud de derechos con los otros ciudadanos de la UE, podrán hacerlo en pie de igualdad con los españoles, si cumplen los requisitos exigidos por el Derecho interno español.

Desde luego para comprobar hasta dónde llega esta incidencia habrán de hacerse estudios estadísticos concretos y desglosados por municipios sobre los residentes rumanos y búlgaros en Aragón en esa fecha (o en la actualidad, realizando en este caso las posibles proyecciones hacia comienzos de 2007). Tales estudios deberán contar asimismo con la tabla de edades, porque los menores de 18 años no podrán elegir ni ser elegidos (como sucede con los españoles).

El 31 de diciembre de 2005 –según los datos que pueden consultarse en el Anexo II– los rumanos que residían legalmente en Aragón eran 16.103 personas; el 1 de enero de 2005 las personas rumanas empadronadas en nuestra Comunidad Autónoma ascendían a 24.645. En las mismas fechas –según los datos presentes en el Anexo III– las personas búlgaras residentes en Aragón eran 1.907 y las que estaban empadronadas ascendían a 2.846.

(10) Consultar Anexo I.

(11) Consultar Anexo II.

Anexo I: población de nacionalidad rumana en Aragón

	RUMANOS RESIDENTES a 31 de diciembre de 2005	RUMANOS EMPADRONADOS 1 de enero de 2005
ESPAÑA	192.134	317.366
ARAGÓN	16.103	24.645
HUESCA	1.828	2.569
TERUEL	2.495	2.967
ZARAGOZA	11.780	19.109

Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio Permanente de la Inmigración.

Anexo II: población de nacionalidad búlgara en Aragón

ESPAÑA	56.329
Aragón	2.846
Huesca	879
Teruel	231
Zaragoza	1.736

Fuente: INE Padrón 1 de enero de 2005.

Si consultamos los datos del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales antes citados, comprobaremos cómo la media de edad de los extranjeros residentes en Aragón (siempre el 31 de diciembre de 2005) era de 30 años en Huesca y en Teruel y de 31 en Zaragoza[12]. Por tanto la incidencia electoral de los nacionales rumanos y búlgaros puede ser significativa.

(12) P. 12, tabla 3 (Extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor según Comunidad Autónoma y Provincia por sexo, grupo, media de edad y lugar de nacimiento).

TABLA 3
EXTRANJEROS CON TARJETA O AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA EN VIGOR SEGÚN COMUNIDAD AUTÓNOMA Y PROVINCIA POR SEXO, GRUPO Y MEDIA DE EDAD Y LUGAR DE NACIMIENTO
31-12-2005

COMUNIDAD AUTÓNOMA / PROVINCIA	TOTAL	% MUJERES	GRUPO DE EDAD				MEDIA DE EDAD	LUGAR DE NACIMIENTO			
			De 0 a 15 años	De 16 a 64 años	Más de 64 años	No consta		ESPAÑA	PAÍS DE SU NACIONALIDAD	OTRO PAÍS DE SU CONTINENTE	OTRO CONTINENTE
TOTAL	**2.738.932**	**45,67**	**312.415**	**2.305.318**	**121.016**	**183**	**34**	**119.884**	**2.506.129**	**21.675**	**90.143**
ANDALUCÍA	**326.831**	**44,18**	**29.530**	**273.003**	**24.255**	**43**	**37**	**10.832**	**298.984**	**3.596**	**13.321**
Almería	88.798	35,99	10.090	75.420	3.286	2	33	3.057	84.317	320	1.090
Cádiz	22.453	48,64	2.441	18.383	1.625	4	37	1.133	19.778	355	1.178
Córdoba	10.297	49,91	1.212	8.854	228	3	32	347	9.665	67	211
Granada	35.683	46,16	3.538	30.091	2.054	0	35	1.088	32.769	374	1.450
Huelva	17.205	40,89	1.376	15.341	486	2	33	536	16.312	99	254
Jaén	12.314	37,88	1.637	10.519	158	0	31	489	11.631	72	122
Málaga	111.758	48,29	6.604	89.572	15.551	31	42	3.088	98.720	1.977	7.918
Sevilla	28.323	50,26	2.632	24.823	867	1	34	1.094	25.792	332	1.098
ARAGÓN	**81.028**	**40,90**	**11.200**	**68.917**	**909**	**2**	**30**	**3.596**	**75.768**	**424**	**1.230**
Huesca	12.622	39,16	1.864	10.636	121	1	30	755	11.665	73	125
Teruel	9.187	38,04	1.303	7.825	59	0	30	287	8.800	27	73
Zaragoza	59.219	41,72	8.033	50.456	729	1	31	2.554	55.303	324	1.032

Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

En todo caso, conviene no olvidar que las personas rumanas y búlgaras que podrán participar en las elecciones municipales y en su caso al Parlamento Europeo serán solamente los que residan legalmente en nuestro territorio.

Por tanto, la adhesión por sí misma no convierte automáticamente en regulares a quienes se hallen en situación irregular[13].

IV. LA INSCRIPCIÓN EN EL CENSO ELECTORAL Y LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD COMO REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO

La Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General, citada anteriormente, en sus artículos 176 y 177, y la Directiva 94/80/CE del Consejo (asimismo mencionada) otorgan a los ciudadanos

(13) Su situación cambiará cuando disfruten plenamente del derecho a la libertad de circulación y de residencia, o sea cuando pase el período transitorio de 2 años (que puede llegar hasta los cinco).

de la UE el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, exigiéndoles el cumplimiento de las cuatro condiciones siguientes:

a) Ser ciudadanos de la UE;

b) Ser residente en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, en este caso, ser residente en España (la residencia ha de ser legal o regular);

c) Reunir los requisitos para ser elector o elegible exigidos por la mencionada Ley para los españoles; y

d) Que "hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo (y pasivo) en España"[14]).

Por tanto, para que las personas rumanas y búlgaras puedan participar en las elecciones municipales a celebrar a partir del 1 de enero de 2007 no sólo deberán ser residentes en España y estar inscritos en el censo electoral, sino que también habrán de realizar esa declaración.

Aplicando en sus justos términos tanto la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral general como la Directiva 94/80/CE del Consejo, antes citada, no parece que quepa ni la inscripción en el censo electoral ni la realización de esta manifestación de voluntad antes de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión, o sea no cabe antes del 1 de enero de 2007. Porque hasta ese momento los rumanos y búlgaros residentes legalmente en España seguirán siendo extranjeros, aun cualificados como consecuencia de los Acuerdos de Adhesión firmados por la Unión Europea y Bulgaria y Rumania, al no tener todavía la condición o estatuto de ciudadanos de la UE.

Precisamente en cumplimiento de esta Ley 5/1985, el Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo, se exigen para la inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la UE los siguientes datos:

Nombre y apellidos, residencia (provincia y municipio), domicilio, sexo, lugar de nacimiento (provincia y municipio), fecha de nacimiento, grado de escolaridad, nacionalidad y declaración de voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España en las elecciones municipales (artículo 2, 3).

Desde luego, como expresamente señala la Directiva 94/80/CE, antes citada, para inscribirse en el censo electoral el ciudadano de la UE (que resida en un Estado distinto al de su nacionalidad) deberá presentar las mismas pruebas que un elector nacional; y también para presentar su candidatura se le exigen las mismas pruebas que a los candidatos nacionales, aplicándosele plenamente el principio de igualdad y no discriminación (artículos 8, 2.º, y 9, 1.º).

(14) Esta misma condición se recoge ya en la Directiva 94/80/CE del Consejo, artículo 7.

V. CONCLUSIÓN GENERAL

De la anterior exposición se deduce que nos encontramos en el momento idóneo para calibrar la importancia de la adhesión de Rumania y Bulgaria a la UE en las elecciones municipales de toda España, de cada Comunidad Autónoma y cada municipio donde exista población rumana o búlgara en situación regular; nosotros hemos analizado el caso de Aragón como caso-test.

En este orden de ideas, a nuestro entender pueden surgir tres problemas principales:

1.º.- Que las personas de nacionalidad rumana y búlgara que residen en España no tengan ningún interés en participar en las elecciones municipales;

2.º.- Que, aun teniendo interés, por falta de información no estén inscritas en el censo electoral en el día de referencia, o sea en el día o los días en los que los ciudadanos de la UE deban cumplir los requisitos establecidos por la normativa electoral del Estado miembro, en este caso España; y

3.º.- Que, aun estando inscritas en dicho censo en el día de referencia, no hayan realizado la manifestación de voluntad exigida para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en España.

Evitar y superar esos tres problemas, informar a las personas afectadas, obtener su inscripción en el censo cumpliendo todos los requisitos, incluida dicha declaración de voluntad, y lograr que ejerzan su derecho al voto es tarea de la sociedad en general y de los partidos políticos en particular. Y sin duda estamos en el momento oportuno para comenzar a trabajar en esa dirección y lograr que la ciudadanía de la UE sea real y activa, no meramente formal y pasiva.

En numerosas Comunidades Autónomas, teniendo presentes la dispersión demográfica de la España rural, la existencia de numerosos municipios con poca población y la escasa diferencia de votos que en la realidad atribuye uno o varios concejales en tales municipios, este aspecto no es anecdótico sino muy significativo.

VI. ANEXOS

Anexo I: población de nacionalidad rumana en Aragón

	RUMANOS CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA 31 de diciembre de 2005	RUMANOS EMPADRONADOS 1 de enero de 2005
ESPAÑA	192.134	317.366
ARAGÓN	16.103	24.645
HUESCA	1.828	2.569
TERUEL	2.495	2.967
ZARAGOZA	11.780	19.109

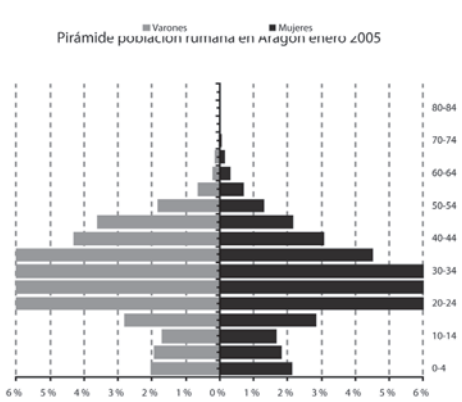
Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio Permanente de la Inmigración.

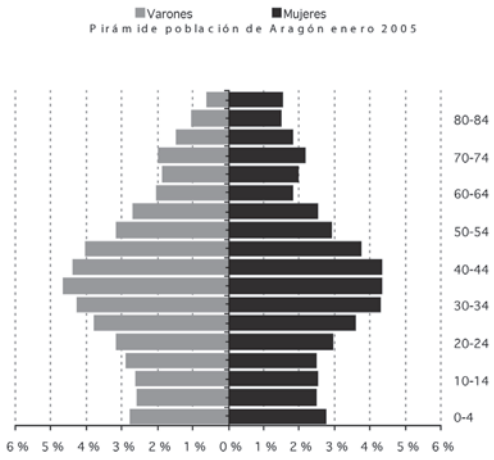
TOTAL Población Extranjera (1 de enero de 2005)			
	Ambos sexos	Varones	Mujeres
España	3.730.610	1.992.034	1.738.576
Aragón	96.848	54.451	42.397
Huesca	15.132	8.988	6.144
Teruel	9.756	5.891	3.865
Zaragoza	71.960	39.572	32.388
TOTAL Población Nacionalidad Rumana (1 de enero de 2005)			
España	317.366	173.316	144.050
Aragón	24.645	13.974	10.671
Huesca	2.569	1.417	1.152
Teruel	2.967	1.712	1.255
Zaragoza	19.109	10.845	8.264

Fuente: INE Padrón 1 de enero de 2005.

	Ambos sexos	Varones	Mujeres
Total	24.645	13.974	10.671
0-4	1.024	499	525
5 a 9	930	478	452
9 a 14	838	422	416
15-19	1.391	690	701
20-24	3.654	1.838	1.816
25-29	5.190	3.062	2.128
30-34	4.055	2.468	1.587
35-39	2.973	1.861	1.112
40-44	1.818	1.059	759
45-49	1.427	891	536
50-54	774	450	324
55-59	329	157	172
60-64	130	51	79
65-69	72	33	39
70-74	26	10	16
75-79	9	4	5
80-84	2	0	2
85 y más	3	1	2

Fuente: INE Padrón 1 de enero de 2005.





RESIDENTES PROVINCIA HUESCA (31-12-2005) (MTAS)	2.569	RESIDENTES PROVINCIA TERUEL (31-12-2005) (MTAS)	2.967	RESIDENTES PROVINCIA ZARAGOZA (31-12-2005) (MTAS)	19.109
EMPADRONADOS PROVINCIA HUESCA (01-01-2005) (INE)	879	EMPADRONADOS PROVINCIA TERUEL (01-01-2005) (INE)	231	EMPADRONADOS PROVINCIA ZARAGOZA (01-01-2005) (INE)	1.736
Total	2.569	Total	2.967	Total	19.109
Huesca	340	Alcañiz	728	Zaragoza	10.873
Monzón	255	Teruel	564	Calatayud	2.566
Sabiñánigo	195	Calamocha	201	Cariñena	589
Binéfar	131	Calanda	181	Almunia de Doña Godina (La)	580
Fraga	121	Andorra	123	Ricla	570
Sariñena	117	Valderrobres	121	Mallén	379
Graus	105	Aguaviva	85	Utebo	284
Benabarre	81	Alcorisa	60	Caspe	183
Albalate de Cinca	80	Utrillas	47	Tauste	162
Jaca	73	Fresneda (La)	45	Calatorao	157
Barbastro	69	Puertomingalvo	41	Alfamén	147
Bisecas	63	Puebla de Valverde (La)	34	Zuera	129
Aínsa-Sobrarbe	59	Sarrión	34	Alagón	126
Sallent de Gállego	49	Albalate del Arzobispo	30	Paniza	117
Tamarite de Litera	44	Mas de las Matas	29	Boquiñeni	103
Grañén	42	Linares de Mora	28	épila	88
Alcolea de Cinca	35	Samper de Calanda	23	Maluenda	87
Benasque	35	Castellote	22	Illueca	86
Fonz	33	Santa Eulalia	22	Fuentes de Ebro	85
Villanúa	31	Mata de los Olmos (La)	21	María de Huerva	75

Bielsa	28	Mora de Rubielos	21	Sádaba	71
Capella	28	Barrachina	18	Lumpiaque	69
Boltaña	22	Báguena	17	Daroca	64
Peralta de Alcofea	21	Alloza	16	Ejea de los Caballeros	61
Zaidín	21	Cella	16	Pedrola	53
Isábena	20	Codoñera (La)	16	Pinseque	52
Lanaja	20	Cretas	16	Tarazona	52
Altorricón	19	Monreal del Campo	16	Villanueva de Gállego	52
Binaced	18	Montalbán	16	Ateca	48
Estopiñán del Castillo	16	Fortanete	15	Moros	41
Sena	16	Tronchón	14	Aguarón	40
Albalatillo	15	Cantavieja	13	Puebla de Alfindén (La)	40
Belver de Cinca	15	Calaceite	12	Muela (La)	36
Tardienta	15	Peñarroya de Tastavins	12	Belchite	35
Berbegal	14	Alfambra	11	Pina de Ebro	32
Camporrélls	13	Bordón	11	Plasencia de Jalón	32
Novales	13	Valdealgorfa	11	Cadrete	30
Robres	13	Villel	11	Villanueva de Huerva	30
Alcubierre	12	Albarracín	10	Mequinenza	27
Ballobar	12	Cascante del Río	10	Villalengua	27
Albelda	10	Formiche Alto	10	Jarque	25
Grado (El)	10	Híjar	10	Morata de Jalón	25
Gurrea de Gállego	9	Molinos	10	Cuarte de Huerva	24
Lalueza	9	Perales del Alfambra	10	Terrer	24
San Miguel del Cinca	9	Torrevelilla	10	Encinacorba	23
Arén	8	Alcaine	9	Gallur	23

Sangarrén	8	Manzanera	9	Nuévalos	22
Castigaleu	7	Torrecilla de Alcañiz	9	Longares	20
Colungo	7	Fuentespalda	8	Lécera	19
Fueva (La)	7	Nogueruelas	8	Tosos	19
Montanuy	7	Torrijo del Campo	8	Borja	18
Alfántega	6	Valdelinares	8	Herrera de los Navarros	17
Almuniente	6	Castejón de Tornos	7	Novallas	17
Broto	6	Albentosa	6	Brea de Aragón	16
Castillazuelo	6	Beceite	6	Burgo de Ebro (El)	16
Puértolas	6	Caminreal	6	Nonaspe	16
Siétamo	6	Oliete	6	Torrijo de la Cañada	16
Tella-Sin	6	Pitarque	6	Montón	15
Tolva	6	Rubielos de Mora	6	San Mateo de Gállego	15
Vencillón	6	Cuba (La)	5	Villarreal de Huerva	15
Bierge	5	Mirambel	5	Alhama de Aragón	14
Laperdiguera	5	Mosqueruela	5	Escatrón	14
Salillas	5	Cañada de Benatanduz	4	Miedes de Aragón	14
Torrente de Cinca	5	Cañizar del Olivar	4	Novillas	14
Sotonera (La)	5	Cedrillas	4	Villarroya de la Sierra	13
Adahuesca	4	Cuevas de Almudén	4	Fabara	12
Albero Alto	4	Torre del Compte	4	Arándiga	11
Chía	4	Torre los Negros	4	Lucena de Jalón	11
Monesma y Cajigar	4	Celadas	3	Perdiguera	11
Pueyo de Araguás (El)	4	Escucha	3	Santa Cruz de Grío	11
Torralba de Aragón	4	Portellada (La)	3	Villafranca de Ebro	11
Torres de Barbués	4	Pozondón	3	Ainzón	9
Alcalá del Obispo	3	San Agustín	3	Almonacid de la Sierra	9

Almudévar	3	San Martín del Río	3	Chodes	8
Ayerbe	3	Tornos	3	Magallón	8
Bonansa	3	Villarluengo	3	Pomer	8
Castejón de Sos	3	Villarquemado	3	Quinto	8
Castiello de Jaca	3	Visiedo	3	Torres de Berrellén	8
Labuerda	3	Aliaga	2	Jaraba	7
Laluenga	3	Camarillas	2	Luna	7
Peñalba	3	Castelserás	2	Paracuellos de Jiloca	7
Salas Bajas	3	Foz-Calanda	2	Pastriz	7
Tierz	3	Fuentes Calientes	2	Pradilla de Ebro	7
Alcampell	2	Gea de Albarracín	2	Sobradiel	7
Biscarrués	2	Iglesuela del Cid (La)	2	Valtorres	7
Estada	2	Jatiel	2	Villadoz	7
Pozán de Vero	2	Muniesa	2	Cimballa	6
Puebla de Castro (La)	2	Alba	1	Figueruelas	6
Salas Altas	2	Alobras	1	Maella	6
Torre la Ribera	2	Camañas	1	Mara	6
Abizanda	1	Orihuela del Tremedal	1	Mediana de Aragón	6
Aisa	1	Valacloche	1	Romanos	6
Alquézar	1	Villafranca del Campo	1	Torrellas	6
Angüés	1	Villar del Cobo	1	Villalba de Perejil	6
Azara	1			Aniñón	5
Canal de Berdún	1			Letux	5
Castejón de Monegros	1			Luceni	5
Castelflorite	1			Vilueña (La)	5
Laspaúles	1			Belmonte de Gracián	4
Naval	1			Berdejo	4

Panticosa	1			Biota	4
Valfarta	1			Cervera de la Cañada	4
Villanueva de Sigena	1			Codos	4
Valle de Hecho	1			Ibdes	4
Santa María de Dulcis	1			Muel	4
				Murillo de Gállego	4
				Salillas de Jalón	4
				Sestrica	4
				Almonacid de la Cuba	3
				Aranda de Moncayo	3
				Bujaraloz	3
				Castejón de Alarba	3
				Cetina	3
				Grisén	3
				Jaulín	3
				Manchones	3
				Sigüés	3
				Villar de los Navarros	3
				Zaida (La)	3
				Agón	2
				Alberite de San Juan	2
				Anento	2
				Ariza	2
				Bulbuente	2
				Cabañas de Ebro	2
				Calmarza	2

				Cosuenda	2
				Farlete	2
				Gallocanta	2
				Joyosa (La)	2
				Leciñena	2
				Morés	2
				Olvés	2
				Pintanos (Los)	2
				Ruesca	2
				Sos del Rey Católico	2
				Tabuenca	2
				Alpartir	1
				Bárboles	1
				Botorrita	1
				Campillo de Aragón	1
				Carenas	1
				Castejón de Valdejasa	1
				Cuerlas (Las)	1
				Embid de Ariza	1
				Fuendejalón	1
				Gelsa	1
				Lagata	1
				Monterde	1

				Murero	1
				Nuez de Ebro	1
				Pozuelo de Aragón	1
				Sástago	1
				Torralba de los Frailes	1
				Urrea de Jalón	1
				Villafeliche	1

Anexo II: población de nacionalidad búlgara en Aragón[15]

TOTAL Población Extranjera			
	Ambos sexos	Varones	Mujeres
Aragón	96.848	54.451	42.397
Huesca	15.132	8.988	6.144
Teruel	9.756	5.891	3.865
Zaragoza	71.960	39.572	32.388
TOTAL Población Nacionalidad Búlgara.			
Aragón	2.846	1.578	1.268
Huesca	879	509	370
Teruel	231	135	96
Zaragoza	1.736	934	802

Fuente: INE Padrón 1 de enero de 2005.

(15) De las cifras de población se comprende la menor incidencia de la población de nacionalidad búlgara en el objeto de nuestro estudio.

RESIDENTES PROVINCIA HUESCA (31-12-05) (MTAS)	498	RESIDENTES PROVINCIA TERUEL (31-12-05) (MTAS)	188	RESIDENTES PROVINCIA ZARAGOZA (31-12-05) (MTAS)	1.221
EMPADRONADOS PROVINCIA HUESCA (01-01-05) (INE)	879	EMPADRONADOS PROVINCIA TERUEL (01-01-05) (INE)	231	EMPADRONADOS PROVINCIA ZARAGOZA (01-01-05) (INE)	1.736
Fraga	416	Rubielos de Mora	45	Ejea de los Caballeros	488
Huesca	141	Valderrobres	30	Zaragoza	437
Zaidín	85	Monreal del Campo	27	Tauste	314
Barbastro	36	Teruel	26	Almunia de Doña Godina (La)	86
Esplús	26	Mora de Rubielos	11	Nonaspe	50
Angüés	19	Urrea de Gaén	10	Borja	46
Jaca	18	Formiche Alto	8	Utebo	29
Binéfar	15	Utrillas	8	Zuera	26
Sabiñánigo	13	Sarrión	7	Sierra de Luna	21
Sena	13	Alcañiz	6	Boquiñeni	17
Villanueva de Sigena	10	Aliaga	6	Tarazona	16
Gurrea de Gállego	9	Cucalón	6	Bulbuente	15
Lalueza	8	Alcorisa	5	Mallén	15
Altorricón	6	Jarque de la Val	5	Gallur	13
Vencillón	6	Calaceite	4	Biota	12
Canfranc	5	Fuentes de Rubielos	4	Puebla de Alfindén (La)	12
Tierz	5	Lledó	4	Alarba	11
Sotonera (La)	5	Torrijo del Campo	4	Nuévalos	9
Bierge	4	Villafranca del Campo	4	Tabuenca	9
Broto	4	Calamocha	3	Alagón	8
Peñalba	4	Fuentespalda	3	Maluenda	8
Villanúa	4	Vinaceite	2	Cuarte de Huerva	7
Sallent de Gállego	3	Fresneda (La)	1	Sobradiel	7
Sangarrén	3	Gargallo	1	Joyosa (La)	6
Tardienta	3	Montalbán	1	Muel	6
Almuniente	2			Bureta	5

Ballobar	2			Calatayud	5
Boltaña	2			Mezalocha	5
Grañén	2			Pozuelo de Aragón	5
Ilche	2			Novillas	4
Torres de Barbués	2			Pradilla de Ebro	4
Alcalá del Obispo	1			Remolinos	4
Benasque	1			Ateca	3
Canal de Berdún	1			María de Huerva	3
Graus	1			Muela (La)	3
Robres	1			Alborge	2
Sariñena	1			Cabañas de Ebro	2
				Fuentes de Jiloca	2
				Quinto	2
				Salillas de Jalón	2
				Arándiga	1
				Artieda	1
				Bárboles	1
				Cariñena	1
				Castejón de Alarba	1
				Codo	1
				Daroca	1
				épila	1
				Longares	1
				Lucena de Jalón	1
				Lumpiaque	1
				Murillo de Gállego	1
				Osera de Ebro	1
				Pinseque	1
				San Mateo de Gállego	1
				Sástago	1
				Villanueva de Gállego	1

16

Encuentro Abogacía sobre

Derecho de Extranjería y Asilo

Sevilla, del 18 al 20 de mayo de 2006

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

CONSEJO GENERAL DE
LA ABOGACÍA ESPAÑOLA
Subcomisión de Extranjería

ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE SEVILLA

CONSEJO ANDALUZ DE
COLEGIOS DE ABOGADOS

16 Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

JUEVES, 18 DE MAYO

09.00 h.: **Entrega de documentación y acreditaciones**

10.00 h.: **Apertura del 16 Congreso**

10.30 h.: Pausa café

11.00 h.: **Ponencia marco**

D. Bernabé López García
Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

Mesas de trabajo

1.ª ASILO Y DENEGACIÓN DE ENTRADA

D. José Luis Santamarta Rodríguez
Iltre. Colegio de Abogados de Madrid

D.ª Itziar Caballero González
Comisión Española de Ayuda al Refugiado de Euskadi

2.ª TURNOS DE EXTRANJERÍA: EVOLUCIÓN Y SEGUIMIENTO

D. Pascual Aguelo Navarro
Real e Iltre. Colegio de Abogados de Zaragoza

D.ª Marisol Batalla Galera
Iltre. Colegio de Abogados de Sabadell

3.ª DERECHO PENAL Y EXTRANJEROS

D. Luis Fernández Arévalo
Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

D. José Luis Rodríguez Candela
Iltre. Colegio de Abogados de Málaga

4.ª ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EXTRANJEROS

D. Santiago Yerga Cobos
Coordinador de Políticas Migratorias de la Junta de Andalucía en Cádiz

D. Francisco Dorado Nogueras
Letrado del Servicio de Asistencia al Inmigrante del Ayuntamiento de Granada

14.30 h.: Almuerzo de trabajo

16.00 h.: **Reanudación del Encuentro: Mesas de trabajo**

18.00 h.: **Cierre de las sesiones de trabajo**

20.00 h.: Traslado a los Reales Alcázares

21.30 h.: Cóctel de bienvenida

PROGRAMA

VIERNES, 19 DE MAYO

09.00 h.: **Ponencia marco**

ASISTENCIA LETRADA EN LAS INSTANCIAS EUROPEAS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

D. Santiago Quesada Polo
Letrado en la Comisión Europea de Derechos Humanos

11.00 h.: Pausa café

11.30 h.: **Mesas de trabajo**

5.ª DERECHO DE FAMILIA Y EXTRANJEROS

D. Bartolomé José Martínez
Área de Interior de la Oficina del Defensor del Pueblo Español

D.ª Elena Arce Jiménez
Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba

6.ª DERECHO SANCIONADOR

Ilmo. Sr. D. Jesús Peces Morate
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

D. Francisco Solans Puyuelo
Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

7.ª RÉGIMEN COMUNITARIO

D. Andrés Rodríguez Benot
Vicerrector de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

D.ª Margarita Palos Nadal
Ilustre Colegio de Abogados de Palma de Mallorca

8.ª VISADOS Y RÉGIMEN LABORAL

D. Marcelo Belgrano Ledesma
Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Representante por determinar del Ministerio de Asuntos Exteriores

14.00 h.: Almuerzo de trabajo

16.00 h.: **Reanudación del Encuentro: Mesas de trabajo**

19.00 h.: **Acto de clausura**

21.00 h.: Cena de despedida en el Pabellón de Marruecos

SÁBADO, 20 DE MAYO

09.30 h.: Traslado a la Sede Central de Caja San Fernando

10.00 h.: **Sesión de trabajo: Conclusiones**

13.00 h.: Copa de despedida

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

A CELEBRAR

- Foro Social Mundial de las Migraciones

  22 al 24 de junio de 2006. Rivas-Vaciamadrid.

- Las relaciones euroafricanas y la problemática de la inmigración magrebíe y subsahariana

  9 y 10 de noviembre de 2006. Marruecos (Centro de Estudios de los movimientos migratorios magrebies).

CELEBRADAS

- Nuevas formas de esclavitud en las migraciones internacionales

  13 de diciembre de 2005. Madrid (Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África).

- Atención a la infancia. Una perspectiva comparada

  14 y 15 de diciembre de 2005. Sevilla (Universidad de Sevilla).

- Regulación de la inmigración ¿son eficaces los cupos?

  15 de diciembre de 2005. Madrid (Instituto Complutense Estudios Internacionales).

- Jornadas sobre trata

  16 de diciembre de 2005. Madrid (Organiza Red Acoge).

- Jornadas contra la mutilación genital femenina

  6 de febrero de 2006. Madrid (Grupo de Estudios Africanos).

- El tercer sector y los derechos sociales

  1 de marzo de 2006. Madrid (Plataforma de ONG de Acción Social).

- El Derecho Internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales

  7 al 10 de marzo de 2006. Zaragoza (Cruz Roja Aragón).

Jornadas sobre extranjería

V

- La Comunidad Musulmana en España: integración y desafíos

  15 de marzo de 2006. Málaga (Facultad de Informática).

- II Jornadas Antirracistas

  21 de marzo de 2006. Madrid (SOS Racismo).

- La acomodación de la inmigración en Europa

  23 al 25 de marzo de 2006. Palma de Mallorca (Colegio de Abogados de Baleares).

- Derecho penal y extranjería

  30 y 31 de marzo de 2006. Burgos (Universidad de Burgos).

- Jornadas de Cuenca sobre Derecho Internacional de los Refugiados

  18 al 21 de abril de 2006 (Universidad de Castilla la Mancha).

- La protección internacional en el ordenamiento jurídico español. Intervención letrada en las medidas de control de frontera y alejamiento del extranjero del territorio nacional

  25, 27 y 28 de abril de 2006. Melilla (Colegio de Abogados).

- Mercado de trabajo y relaciones laborales

  27 y 28 de abril de 2006. Palencia (Universidad de Valladolid).

- Jornadas transpirenaicas. La asistencia letrada en las fronteras interiores

  12 de mayo de 2006. Figueras (Colegio de Abogados).

- XVI Jornadas de Investigación Interdisciplinaria. Movimientos de mujeres en el mundo actual. Derechos, conflictos y alianzas

  17 y 18 de mayo de 2006. Madrid (Universidad Autónoma).

CURSO DE VERANO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Los días 29, 30 y 31 de Agosto de 2006 se celebrará en la Residencia Universitaria de JACA (Huesca, Pirineo Aragonés) el Curso de Verano LAS MIGRACIONES EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA.

Dirigido por:

A. CHUECA SANCHO (Universidad de Zaragoza) y P. AGUELO NAVARRO (Subcomisión de Extranjería, Consejo General de la Abogacía Española), abordará **la perspectiva jurídica, económica y sociológica** de las migraciones, ensamblando teoría y práctica.

Ponentes:

Antonio HERNANDO VERA (Diputado en el Congreso y Portavoz del PSOE en esta materia), Ángel MORENO ZAPIRAÍN (Director General de Trabajo e Inmigración del Gobierno de Aragón), Joaquín ARANGO VILA-BELDA (Universidad Complutense de Madrid), Mauricio VALIENTE OTS (CEAR), Elena ARCE JIMÉNEZ (Abogada, Córdoba), Iñaki ALMANDOZ RÍOS (Abogado, Guipúzcoa), etc.

Colaboran **Gobierno de Aragón (Departamento de Economía, Hacienda y Empleo), Fundación CAI-ASC e INTERMIGRA** (Seminario Permanente para las Migraciones y la Extranjería).

Información: http://www.unizar.es/cursosdeverano y http://www.intermigra.info/extranjeria

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.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS