

revista de

**DERECHO
MIGRATORIO Y
EXTRANJERÍA**

editorial

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

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

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2005

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Construyendo una *filosofía pública de la inmigración* en Catalunya: los términos del debate**
RICARD ZAPATA-BARRERO
- [39] **II. Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal**
LUIS LAFONT NICUESA
- [67] **III. Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España**
REMEDIOS ROQUETA BUJ

NOTAS Y COLABORACIONES. DOSSIER: DERECHOS HUMANOS Y PERSONAS MIGRANTES. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS

- [87] **I. Introducción al Dossier**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [89] **II. La protección convencional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas**
CARLOS VILLÁN DURÁN
- [117] **III. La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**
PASCUAL AGUELO NAVARRO Y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [127] **IV. El CGAE solicita al Gobierno la ratificación o adhesión a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [129] **V. Anexo: Derecho de petición**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [141] **Índice analítico de voces**

[141] **Asilo**

[156] **Visado**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [162] **Expulsión**
- [169] **Permiso de residencia**
- [175] **Derecho al trabajo**
- [188] **Permiso de trabajo**
- [195] **Derecho Penal**
- [203] **Homologación de títulos**
- [206] **Nacionalidad**
- [209] **Régimen comunitario**

[213] **La interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad: recensión y comentario de las decisiones dictadas de enero a octubre de 2005**

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

[235] **El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería (Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2004 a 30 de junio de 2005)**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[263] **La prohibición del velo islámico no viola los derechos humanos**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

CRÓNICA LEGISLATIVA:

[269] **I. Crónica legislativa**

[269] **Fuentes internas**

[269] **Fuentes internacionales**

[270] **Fuentes de la Unión Europea**

[271] **II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas del CGAE**

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[279] **Notas bibliográficas**

[287] **I. El nuevo estatus laboral de los inmigrantes**

ISIDRO SAIZ DE MARCO

[295] **II. Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes: una aproximación**

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

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

[317] **IV. Última hora. La renovación de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios. Irretroactividad reglamentaria y seguridad jurídica**

PASCUAL AGUELO NAVARRO, M.ª LUZ COLMENARES ÁLVAREZ Y ELENA DE MARTA URIOL

EDITORIAL

En las últimas semanas, una vez más, acontecimientos migratorios han sido portada de los más diversos medios de comunicación. Los recientes y trágicos sucesos ocurridos en la frontera sur de la UE, Ceuta y Melilla, pero también en Francia, en las periferias de las grandes capitales francesas y por tanto también de la UE, han puesto nombre a un conflicto que pese a sus singulares características explicitan unas raíces muy similares que se asientan en las desigualdades socioeconómicas y jurídicas, tanto individuales como colectivas basadas en el origen nacional y la procedencia de las personas.

El problema, en uno y otro caso, sin duda es de gran complejidad y no tiene respuestas sencillas. Sin embargo, ambos conflictos han evidenciado un escaso respeto de los derechos humanos por parte de los Estados y autoridades intervinientes y han puesto asimismo de actualidad un tema esencial cual es la existencia de Derechos que pertenecen universalmente a las personas con independencia del territorio en el que se encuentren y que los Estados están obligados a respetar.

La *REDMEX* estaba obligada a reflexionar sobre todo ello y con la máxima premura se ha concretado en la elaboración del DOSSIER de este número 10 que hemos titulado “Derechos humanos y personas migrantes” y que se ha precisado en el análisis en la Convención Internacional de 1990 sobre protección de los derechos de las personas migrantes y sus familiares y en el examen de los mecanismos de protección convencionales en el Sistema de Naciones Unidas, con particular referencia al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Para ello hemos contado con la inestimable colaboración de Carlos VILLÁN DURÁN, miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. También se ha incluido la importante iniciativa del Consejo General de la Abogacía Española, coincidente con la Resolución 22 del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2005, de ejercer su Derecho de Petición instando la ratificación por España del citado Convenio Internacional.

Nuestro objetivo prioritario no era ofrecer precipitadas y simplistas soluciones sino el de poder presentar un material que invite a la reflexión y se convierta en una herramienta eficaz en la reivindicación y defensa de los derechos humanos de las personas, en este caso de las personas migrantes.

Con ser importante el objetivo del Dossier, el contenido de la *REDMEX* abarca además un gran número de aportaciones desde diversos sectores académicos y profesionales; en primer lugar, destaca el trabajo de Ricard ZAPATA-BARRERO, prestigioso investigador de los fenómenos

migratorios, que se incorpora a la Comisión Asesora de la *REDMEX* desde este número, y que desarrolla un tema de la máxima actualidad como es el nuevo Plan de Ciudadanía e Inmigración (2005-2008) en Cataluña y su relación con la propuesta de Reforma del Estatut. Por su parte, Luis LAFONT NICUESA, Fiscal del TSJ del País Vasco nos ofrece sus comentarios y un amplio resumen jurisprudencial sobre una cuestión de gran trascendencia práctica y tan necesitada de reflexiones como es el de “La expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”. El tercero de los artículos lo firma Remedios ROQUETA BUJ, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Islas Baleares, que desarrolla el tema de “Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España” a la luz de la jurisprudencia más reciente.

En la Crónica Jurisprudencial destacan los trabajos de los Codirectores de la *REDMEX*, Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y Ángel G. CHUECA SANCHO sobre las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionadas con la extranjería, singulares trabajos que no se recogen en ninguna otra publicación editada en nuestro país. Y la habitual Crónica Laboral elaborada por la Profesora Pilar CHARRO BAENA. Se incluye una breve referencia a la STEDH sobre el velo islámico, que seguro provocará vivas controversias.

En Última hora se incluye un trabajo que es una llamada de atención sobre el tema de la obligatoria renovación bianual de la inscripción padronal por las personas extranjeras no comunitarias y el escándalo jurídico que puede suponer la declaración de retroactividad de la Ley 14/2003 por vía reglamentaria.

Dos nuevos trabajos sobre aspectos laborales de la inmigración se contienen en el apartado Notas y Colaboraciones, se trata del artículo del Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid, Isidro SAIZ DE MARCO, “El nuevo estatus laboral de los inmigrantes” y el de Francisco SACRISTÁN ROMERO, “Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes: una aproximación”.

Densa *REDMEX* que procurará llenar los ratos de ocio que nos ofrecen las próximas Navidades. ¡Que sería de nosotros, contumaces e impenitentes operarios, sin fines de semanas y bonitas fiestas navideñas!

Desde esta *REDMEX* n.º 10, sólo nos resta deseáros una buena y navideña lectura y ánimos reforzados para afrontar el próximo año 2006, que esperamos pueda abrir un poco de luz en el sombrío panorama de los derechos humanos de las personas. En este nuevo tramo, a buen seguro, nos encontraremos.

Artículos

RICARD ZAPATA-BARRERO

Profesor Titular de Ciencia Política,
Universidad Pompeu Fabra
(ricard.zapata@upf.edu)

I Construyendo una *filosofía pública de la inmigración* en Catalunya: los términos del debate

RESUMEN

CONSTRUYENDO UNA FILOSOFÍA PÚBLICA DE LA INMIGRACIÓN EN CATALUNYA: LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Catalunya debe definir su propio marco interpretativo y establecer un conjunto de argumentos que sostengan su filosofía pública de la inmigración. Una de las primeras acciones para construir dicha filosofía es la creación de un marco institucional. En este sentido, la redacción de la propuesta de Reforma del Estatut y el Pla de Ciutadania i Immigració (2005-2008) son dos acciones políticas que constituyen las bases para empezar a discutir con argumentos empíricos una filosofía de la inmigración en Catalunya.

Los lenguajes de autogobierno (lenguaje de competencias y lenguaje de identidad) deben también estar presentes en la filosofía pública de Catalunya. Aprovechando el contexto de reflexión en torno a una competencia –la de inmigración– hasta hace poco no contemplada a nivel nacional, se deben tener en cuenta las transformaciones que, teniendo como base a la inmigración, afectan a la comunidad catalana, en tanto que nación minoritaria (lenguaje de competencias). La política de inmigración es concebida como una política de reconceptualización y redefinición de la comunidad. Del mismo modo, la demanda de competencias debe ir acompañada de un lenguaje de identidad que pueda dar respuestas a la definición de quién es inmigrante en Catalunya, al debate sobre la tradición de la inmigración en Catalunya y la relación entre lengua y cultura dual.

El marco institucional que se propone debería incluir, entre otras propuestas, la elaboración de un Documento-Marco que establezca la filosofía propia de Catalunya; la creación de una dirección política que tenga carácter ministerial, y un centro de estudios o directamente Instituto que juegue la función de gestionar, diseminar y producir información para orientar la acción de gobierno en esta materia vital por su carácter comunitario e identitario.

ABSTRACT

BUILDING A PUBLIC PHILOSOPHY OF THE IMMIGRATION IN CATALONIA: THE TERMS OF THE DISCUSSION

Catalonia must define its own interpretative framework and establish a group of arguments that sustain its *public philosophy of the immigration*. One of the first actions to build this *philosophy* is the creation of an institutional frame. In this sense, the editing of the proposal of Reformation of the 'Estatut' and the 'Pla de Ciutadania i Immigració (2005-2008)' are two political actions that constitute the bases to begin to discuss with empiric arguments a philosophy of the immigration in Catalonia.

The self-government languages (language of domains and language of identity) must also be present in the public philosophy in Catalonia. Taking advantage of the reflexion context around a domain –that of immigration– not contemplated at national level until recently, it must be kept in mind the transformations that, basing on immigration, affect to the Catalan community, as long as minority nation (language of domains). The immigration politics is conceived as a redeemalitation and redefinition of the community. In the same way, the demand of domains must be enclosed by a language of identity that be able to answer to the definition of who is immigrant in Catalonia, to the discussion about the tradition of the immigration in Catalonia and the relationship between language and dual culture.

The institutional frame proposed should include, among other proposals, the elaboration of a Supporting-Document that establishes the philosophy characteristic of Catalonia; the creation of a political leadership that has ministerial character, and a center of studies or directly Institute that plays the function of promoting, disseminating and producing information to guide government's action in this vital matter for its communistic and identitisc character.

SUMARIO

- I. Introducción: razones de un debate que vincule inmigración, autogobierno e identidad.
- II. Buscando las bases de una filosofía pública propia: primeras acciones estratégicas.
- III. Bases institucionales: de la *Vía Catalana* al enfoque de la ciudadanía; de una interpretación administrativa a una interpretación social y política.
- IV. Elementos de innovación: programa para próximas actuaciones conceptuales e institucionales. A) El debate sobre las competencias y de creación de un marco institucional. B) El debate sobre la identidad: definir quién es inmigrante en Catalunya, tradición histórica, lengua y cultura dual.
- V. Balance final: líneas de reflexión y de acción futuras.
- VI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN: RAZONES DE UN DEBATE QUE VINCULE INMIGRACIÓN, AUTOGOBIERNO E IDENTIDAD

Una reflexión sobre el vínculo entre inmigración y autogobierno no es una simple cuestión académica, ni un artificio solamente válido para retroalimentar debates que no tienen un origen y un punto de llegada práctico, sino que es una exigencia política para las preguntas diferenciadas que suscita la inmigración en el contexto de Catalunya. Estamos en un momento propicio a la innovación política en la gestión de la inmigración en Catalunya, desprendido de un primer período de constatación del fenómeno. A la hora de reflexionar sobre cuáles deben ser los elementos básicos para enfocar el tema, debemos aceptar cuatro premisas básicas (R. ZAPATA-BARRERO, 2004c): en primer lugar, estamos ante un proceso de llegada de población inmigrante irreversible; en segundo lugar, la inmigración en Catalunya es una realidad demográfica consolidada; en tercer lugar, aunque se acepta que no estamos ante un nuevo fenómeno, puesto que forma parte de la propia historia de Catalunya y de la composición de su ciudadanía el hecho de que sea una sociedad de inmigración, esta nueva realidad tiene unas características propias que la hace muy diferente a otros procesos migratorios. En cuarto y último lugar, y como corolario de todo lo anterior, la gestión de la inmigración tiene en Catalunya unas características propias en tanto que nación minoritaria. En este marco, hablar de inmigración en Catalunya obliga no solamente a tener un discurso de derechos y de no-discriminación, de principios democráticos y éticos, como lo tienen otros Estados, sino un lenguaje de identidad, de necesidad de tener

unas herramientas propias, unos instrumentos políticos y administrativos coherentes con el autogobierno, una dimensión de gestión de política lingüística que se debe valorar. Estas son las premisas sobre las que se deben construir los argumentos referentes al vínculo entre inmigración y autogobierno en Catalunya.

Si estamos de acuerdo en que al tratar la inmigración debemos aceptar que no podemos evitar la interpretación, y por lo tanto, es imposible desvincular el hecho de los valores que suscita, el argumento central que se desprende es la necesidad de empezar a reflexionar sobre cuál debe ser el marco interpretativo propio de Catalunya. Esto supone aceptar que la dimensión descriptiva y de diagnóstico de la situación está inevitablemente vinculada al carácter prescriptivo y normativo característico del proceso de constitución de un autogobierno. Hoy por hoy, en materia de inmigración, la Generalitat tiene una función ejecutiva y administrativa, no legislativa. Desde el punto de vista de autogobierno, depende totalmente de lo que se diga y se decida desde el Gobierno central, esté o no de acuerdo. Esta situación crea unos escenarios de incoherencia en tanto que debe gestionar situaciones no deseadas por el Gobierno de la Generalitat. Estas situaciones se convierten en indicadores de falta de autogobierno. Destacamos tres argumentos basados en hechos prácticos:

En primer lugar, la situación de los “sin derechos” y las dificultades administrativas que suscita es un típico caso de tener que gestionar temas que no genera ella misma sino el Gobierno central. En este sentido, en materia de inmigración estamos ante una situación más propia de un Estado centralista que federal, estamos mucho más cerca de una región francesa que de la provincia del Quebec o de la Comunidad flamenca.

En segundo lugar, la fase en la que se encuentra Catalunya se puede caracterizar como la de la búsqueda de justificaciones que legitimen la demanda de autogobierno en materia de inmigración. Pero esta demanda no solamente tiene que ser entendida en términos de competencias para la gestión, sino también como aquella que abre un debate sobre la identidad propia de Catalunya. El marco de discusión del proyecto de Reforma del Estatut ha sido una ocasión perdida de vincular los temas de inmigración con la identidad, y se ha vinculado más con temas de competencias. El debate que relacione inmigración, autogobierno e identidad es fundamental. Una política de inmigración es una política de identidad. Las principales naciones minoritarias vinculan directamente su política nacionalista con la política de inmigración. Este vínculo en Catalunya aún está por hacer, política y socialmente.

En tercer lugar, existe también una razón democrática básica. La sociedad catalana se encuentra en un proceso de cambio importante, pero no tiene herramientas para reclamar a la Generalitat responsabilidades puesto que es bien consciente de que no está en sus manos la gestión. No es que sea deseable una situación que produzca manifestaciones pro-inmigrantes, pero si se generase esta actividad democrática, sería una situación normal que la mayoría de las reivindicaciones estuvieran dirigidas al gobierno de la Generalitat y no al Gobierno central. Las demandas que hacen los inmigrantes no tienen a la Generalitat como interlocutor, sino al Gobierno central. En este tercer argumento se puede también incluir el hecho de que la realidad pública de los inmigrantes es una realidad lingüísticamente castellano-parlante, no solamente en su

Construyendo una filosofía pública de la inmigración en Cataluña: los términos del debate

puesto de trabajo, sino porque su relación con la administración es sobre todo por asuntos de “papeles” escritos en castellano.

Las razones para un debate están, pues, más que justificadas. El resultado constituirá el conjunto de argumentos propios de Catalunya como realidad diferenciada con respecto a España.¹ Estos serán los argumentos que se podrán movilizar desde Catalunya para construir su *filosofía pública de la inmigración*. Cuando hablamos de filosofía nos referimos al conjunto de argumentos que tienen una doble función: sirven para dar sentido a las acciones estratégicas seguidas por una administración y, al mismo tiempo, constituyen las bases informativas sobre cómo será la sociedad del futuro. Esta filosofía es una filosofía *pública*, en tanto que está conectada con la gestión de lo público y constituye un discurso público, en el sentido que quiere tener unos efectos prácticos sobre la forma en cómo se conceptualiza la tarea política pública.

Con tal de contribuir a la fase en la que se encuentra actualmente Catalunya, el objetivo de este capítulo es proporcionar los términos del debate con el fin de construir una *filosofía* propia.

II. BUSCANDO LAS BASES DE UNA FILOSOFÍA PÚBLICA PROPIA: PRIMERAS ACCIONES ESTRATÉGICAS

Si centramos nuestra argumentación en el análisis de las acciones y la producción institucional que se ha hecho en materia de inmigración desde la Administración de la Generalitat, y buscamos identificar aquellos aspectos relacionados con el autogobierno, no nos sorprenderá no encontrar nada. Esto supone que Catalunya está realmente en el inicio de una etapa en la que aún ni se ha empezado a construir un marco institucional propio para su identidad. En términos políticos, no hemos entrado a la fase operacional.

Podemos considerar la propuesta de Reforma del Estatut recientemente aprobado por el 90% del Parlamento de Catalunya², como el primer marco legal que se pronuncia muy claramente en términos de necesidades y de reivindicación de competencias, y el recientemente aprobado Pla de Ciutadania i Immigració como un primer marco institucional donde se reconoce plenamente que la gestión de la inmigración implica una gestión de identidades, en tanto que se pronuncia claramente hacia un enfoque de ciudadanía.

Podemos considerar que estas dos acciones políticas constituyen, de hecho, las bases para empezar a discutir con argumentos empíricos una filosofía de la inmigración en Catalunya, pero que aún quedan muchos aspectos a considerar.

(1) No podemos decir que existe un debate sobre este tema en Catalunya, ni tan sólo a nivel académico. De trabajos dispersos (que han elaborado unas primeras reflexiones teniendo a Catalunya como marco contextual, podemos destacar, sin ánimo de ser exhaustivos, sino tan sólo ilustrativo, los siguientes: VV. AA. (2002), G. AUBARELL, A. NICOLAU, A. ROS (eds.) (2004), J. PORTA (2004).

(2) (2) <http://www.parlament-cat.net/activitat/bopc/07b224.pdf>.

El artículo 147 de la propuesta de reforma del Estatut establece los principios generales para regular la inmigración. Pensado más en términos de competencias que de gestión de identidad, se establecen las competencias exclusivas en régimen de acogida y de integración de las personas inmigradas. Igualmente, se indica que la Generalitat será competente para ejecutar la legislación estatal y europea en materia de trabajo de los inmigrantes (apartado 1.2). Finalmente, se fomenta la creación de una Comisión Bilateral entre la Generalitat y el Estado para fijar, entre otros, el número de inmigrantes (apartado 1.3) y otras decisiones de la normativa estatal de especial trascendencia en Catalunya.

ARTÍCULO 147. INMIGRACIÓN

1. En materia de inmigración corresponde a la Generalitat:

1.1. La competencia exclusiva en materia de régimen de acogida e integración de las personas inmigradas, que en todo caso incluye:

- a) El establecimiento y la regulación de garantías con relación a los derechos y los deberes de las personas inmigradas.
- b) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y su participación en los asuntos públicos.
- c) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida y la integración de las personas inmigradas.

1.2. La Generalitat es competente en Catalunya para ejecutar la legislación estatal y europea en materia de trabajo de los extranjeros. Esta competencia incluye en todo caso:

- a) La tramitación y la resolución de los permisos y las autorizaciones de trabajo por cuenta propia o ajena.
- b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a estos expedientes, y también la emisión de los informes legalmente establecidos sobre la situación laboral de los extranjeros, y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

1.3. La fijación, en el marco de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado, de:

- a) El establecimiento del número, el lugar de origen y la capacitación profesional del contingente de personas inmigrantes específico para Catalunya, de acuerdo con las necesidades y las previsiones de trabajo y desarrollo económico.
- b) Las decisiones estatales sobre inmigración, tanto las relativas a las normas sobre extranjería como los acuerdos internacionales, y de los actos ejecutivos de especial trascendencia en Catalunya.

Vista desde las otras Comunidades Autónomas (CCAA), Catalunya es una referencia porque ya tiene una tradición de gestión de la inmigración. Si bien su comportamiento ha sido hasta ahora administrativo, en el tercer programa (Plan de Ciudadanía e Inmigración 2005-2008) que

acaba de aprobarse da un paso cualitativo: tiene un carácter político y reivindicativo.³ El lenguaje de la ciudadanía constituye su principal innovación conceptual. Su acierto es fundamentar este nuevo lenguaje en la UE: la desvinculación de la ciudadanía de la nacionalidad es ya una realidad discursiva de las instituciones europeas. Igual que este lenguaje europeo tiene un carácter reivindicativo hacia los Estados representados en el Consejo, también el nuevo programa lo es hacia el Estado Español. Una definición de ciudadanía vinculada a la residencia pone en dificultades el monopolio que el Estado ejerce sobre la definición de la ciudadanía vinculada de forma casi sagrada a la nacionalidad. Este argumento no es “un nuevo capricho catalán”, sino que constituye un lenguaje europeo que Catalunya está adoptando como una acción política estratégica. Desde un punto de vista de la España multinacional sería deseable que al final sean todas las CCAA quienes acaben hablando este idioma: “es ciudadano (catalán) quien reside en Catalunya (en una CCAA)”. Instituye la noción de ciudadano residente (mejor que “nuevo ciudadano”). Este nuevo Plan se debe percibir también como la tercera fase de una trayectoria histórica. El primer programa (Plan Interdepartamental de Inmigración 1993-2000) constituye la fase de la creación de una red interdepartamental, implementando una convicción: la inmigración es un asunto transversal que afecta a todos los departamentos del Gobierno. En el período del segundo programa (Plan Interdepartamental de Inmigración 2001-2004) se crea y consolida una red de actores implicados procedentes del mundo asociativo inmigrante, de ONG, sindicatos, Cáritas, patronal, etc. Durante esta fase se pasa de una lógica de mutuas acusaciones a una cultura de la co-responsabilidad. En estos momentos podemos decir que la red de actores implicados en Catalunya tiene una lógica de complicidad con la administración y de búsqueda de soluciones conjuntas para su gestión.

En esta tercera fase (2005-2008), la Secretaria per a la Immigració tiene como principal reto consolidar el proceso de institucionalización de la gestión de la inmigración, siguiendo dos retos fundamentales. El primero es crear una red territorial que implemente los planes de acción sectoriales. El tema de la relación entre territorio e inmigración no está resuelto en Catalunya. La pregunta sobre qué administración local debe ser la que vehicule territorialmente las acciones estratégicas del Plan no tiene una única respuesta, sino varias: ¿la Diputación?, ¿las Comarcas?, ¿las Demarcaciones? ¿las Vegueries? ¿O bien directamente los gobiernos municipales? En efecto, la territorialización de las políticas se erige como un tema de suma importancia en Catalunya puesto que tiene muchos significados asociados, debido en gran parte a que existen problemas de competencias muy fuertes entre diferentes órganos de gestión local. La Diputación tiene unas obvias connotaciones administrativas estatales; las Comarcas, un significado identitario más catalán. Aun así existen las Demarcaciones, de ámbito supralocal y el reciente debate político sobre las Vegueries. La división territorial de Catalunya no es un tema resuelto, ni políticamente ni socialmente. Esta indefinición de competencias interna se refleja en la desorientación que tiene la Generalitat para territorializar su política de inmigración. El resultado es que tenemos un ejemplo de que, en materia de inmigración, una reflexión sobre el territorio implica no solamente concebirlo como realidad social, económica y demográfica, sino que también tiene unos componentes identitarios y comunitarios que no pueden obviarse. Sin duda alguna durante este nuevo período se deberá resolver este tema que tiene no solamente un carácter

(3) <http://www.gencat.net/benestar/societat/convivencia/immigracio/>.

administrativo, sino eminentemente político. Un segundo reto es el de conseguir la complicidad de la ciudadanía. Esto es, que la cultura de la co-responsabilidad que se ha logrado durante la segunda fase (2000-2004) se extienda también a la ciudadanía a través de sus asociaciones colectivas (las asociaciones de vecinos, los grupos deportivos, las asociaciones culturales, etc.) y a nivel individual. Hasta que la ciudadanía no perciba que las políticas del Plan también les conciernen y que el objetivo es la gestión de las zonas públicas de interacción entre ciudadanos e inmigrantes, siempre se tendrá una realidad discursiva que en lugar de legitimar encuentros, servirá de fundamento para corroborar separaciones entre inmigrantes y ciudadanos. Veamos con más detalle su maquinaria institucional, atendiendo a su breve trayectoria histórica.

III. BASES INSTITUCIONALES: DE LA VÍA CATALANA AL ENFOQUE DE LA CIUDADANÍA; DE UNA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA A UNA INTERPRETACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA

Hasta ahora, la “ficha técnica” de Catalunya en términos de inmigración, puede resumirse de la siguiente forma:

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none"> • Secretaria per a l'immigració (Dept. de Bienestar). • Comissió Interdepartamental d'Immigració (Órgano Técnico de la Comissió Interdepartamental). • Consell Assessor de l'immigració a Catalunya.
PLANES	<ul style="list-style-type: none"> • Pla de Ciutadania i Immigració (2005-2008). • Pla Interdepartamental d'Immigració (2001-2004). • Pla Interdepartamental d'Immigració (1993-2000).

Centrándonos en la estructura institucional, existen tres órganos principales que se encargan de la gestión de la inmigración en Catalunya. Uno que se ocupa de la dirección política, uno que tiene como función la coordinación interna interdepartamental, y otro que se encarga de la dimensión de la participación con la red de actores implicados. Respectivamente, en primer lugar se encuentra la *Secretaria per a la Immigració* (dependiente de la Consejería de Bienestar y Familia), la principal tarea de la cual es proponer criterios encaminados a impulsar actuaciones coordinadas en todos los ámbitos de intervención de la Administración de la Generalitat en materia de inmigración; así como elaborar las propuestas dirigidas a la canalización de los flujos migratorios y la integración de los residentes inmigrantes. En segundo lugar, la *Comissió Interdepartamental d'Immigració*. Es el instrumento de seguimiento y de coordinación de las actuaciones que se llevan a cabo en Catalunya en materia de inmigración. Finalmente, el *Consell Assessor de la Immigració*, el órgano responsable de la consulta y participación externa, información, representación y participación de actores (asociaciones de inmigrantes y ONG, organizaciones de interés, partidos políticos y otras Administraciones).

Ya hemos introducido antes los tres planes como referentes de tres fases en la gestión de la inmigración en Catalunya: la creación de la red interdepartamental, la creación de la red de acto-

res, y finalmente la que consideramos que es la actual fase: la de la creación de la red territorial y ampliación de la participación a redes ciudadanas. Si buscamos el enfoque de la identidad, si bien fue el segundo Plan de Inmigración (2001-2004) el que tuvo el acierto de asentar las bases de lo que denominó como “vía catalana”, no fue hasta el tercer Plan recientemente aprobado en que la cuestión de la identidad se incorpora de forma explícita como orientación y criterio en el diseño de políticas. Aunque no podemos decir que la intuición haya desaparecido del diseño de los Planes, la orientación claramente estratégica está cada vez más definida. Pero pensamos que es demasiado pronto por hablar realmente de una *filosofía propia*.

El *Plan Interdepartamental de Inmigración (2001-2004)* se constituye como un instrumento que pretende compilar y articular el conjunto de actuaciones que se promueven en el ámbito competencial de la Generalitat de Catalunya, de acuerdo con la política global de integración adoptada por el Gobierno. La responsabilidad de coordinar su elaboración, impulsar y dirigir su ejecución, corresponde a la *Secretaria per a la Immigració (Departamento de la Presidencia)*⁴, con el apoyo del *Òrgan Tècnic (Departamento de Bienestar Social)* y del asesoramiento de la *Comissió Interdepartamental d’Immigració* y de su *Consejo Asesor*. En la elaboración de este Plan, con vocación transversal, han participado los diferentes Departamentos (13) que conforman el Gobierno de la Generalitat de Catalunya.⁵

Este Plan mantiene los objetivos establecidos en el anterior Programa (1993-2000), al mismo tiempo que introduce nuevas variables fruto de la evolución que en todos los aspectos ha experimentado el hecho migratorio en los últimos años.⁶

(4) Desde la entrada del Gobierno tripartito (PSC/ERC/IC) en 2004 tras 23 años de gobierno de CIU, la *Secretaria per a la Immigració* (Decreto 293/2000, de 31 de agosto, de creación de la *Secretaria d’Immigració*) ha pasado a depender del Departamento de Bienestar y Familia.

(5) Estos 13 Departamentos son: Industria, Comercio y Turismo; Presidencia; Gobernación y Relaciones Institucionales; Bienestar Social; Justicia; Enseñanza; Cultura; Agricultura, Ganadería y Pesca; Trabajo; Interior; Política Territorial y Obras Públicas; Sanidad y Seguridad Social.

(6) Se podrían resumir en los siguientes 7 principios: a) Promover una política global de integración de los inmigrantes extranjeros establecidos en Catalunya, en el marco general de un proceso de construcción y de mantenimiento de la cohesión social; b) Establecer y llevar a cabo una serie de programas de recursos y servicios coherentes y coordinados, de apoyo al pleno desarrollo personal y social de los inmigrantes extranjeros; c) Potenciar la participación de los inmigrantes extranjeros en la sociedad catalana, contando con la aportación de la identidad y el patrimonio colectivos; d) Promover la información y la sensibilización sobre la realidad de la inmigración extranjera en Catalunya, a la población en general, y a los profesionales de los diversos ámbitos que tratan con esta población, porque disponen de instrumentos de intervención y de recursos adecuados; e) Luchar contra la exclusión social, política y económica como elemento básico para la convivencia y la cohesión social; f) Promover la igualdad de oportunidades de todas las personas que viven en Catalunya para poder ejercer los derechos de ciudadanía; g) Promover la reflexión y el debate nacional para que, a través del consenso, se consiga un pacto global sobre inmigración. A su vez, el Plan cuenta con 5 principios generales, que son sustrato ideológico e informativo de la actuación de la Generalitat en materia de inmigración: a) equiparación entre derechos y deberes; b) normalización y universalidad de los servicios c) colaboración y participación social; d) cooperación y coordinación de los poderes públicos; e) integración. Estos principios vienen sustentados a partir de 5 principios operativos o metodológicos (prevención, transversalidad, coordinación, cooperación interadministrativas, y co-responsabilidad con los agentes sociales y económicos), que tienen la función de orientar el diseño y la realización de las propuestas y de dar coherencia y unidad al Plan. Finalmente, para acabar con la descripción de la estructura del Plan, las propuestas se ordenan a partir de 15 programas de actuación (codesarrollo, cola-

Siguiendo nuestro enfoque, hace falta destacar el capítulo que define un incipiente modelo de integración de la inmigración extranjera en Catalunya, con el nombre de “*Una Vía catalana de Integración*”. Este enfoque de la integración incorpora implícitamente la variable “autogobierno” a la gestión de la inmigración en territorio catalán, y constata tres situaciones que exponen la complejidad del proceso inmigratorio. Estas situaciones tienen que generar respuestas institucionales adecuadas a un proceso inmigratorio creciente, buscando una gestión de la inmigración propia, de acuerdo con su especificidad nacional.

La *primera situación* pone de relieve que la inmigración supone un incremento de la diversidad cultural a los países de llegada, y advierte que se debe vivir la igualdad, desde el respeto a la diferencia, como uno de los objetivos básicos de las sociedades de acogida. Una *segunda situación* confirma que la inmigración ha acontecido uno de los retos principales de las sociedades europeas, y Catalunya no es una excepción, y hace falta que se aporten propuestas desde las instituciones, para poder gestionar correctamente este nuevo contexto, teniendo en cuenta la especificidad cultural, social y política de Catalunya. Finalmente como *tercera situación*, y en paralelo al sustrato positivo que aportan los recién llegados, no sólo desde un punto de vista económico, sino también desde el campo cultural y social, se afirma que un fenómeno como el de la inmigración, justamente por su complejidad, puede comportar conflictos sociales generados por la incomprensión, el miedo, la ignorancia y, en el fondo, por la desigualdad económica. Hace falta trabajar para evitar estos conflictos, y si se producen, se promuevan los canales necesarios por resolverlos, abriendo el diálogo y promoviendo el conocimiento mutuo. De esta manera se podrá mantener un país cohesionado y socialmente justo.

La *Vía Catalana de Integración* pretende ser un punto de partida para que las propuestas incluidas en el Plan Interdepartamental sigan un rumbo preciso: *el hecho de que la inmigración supone grandes esperanzas para la Catalunya social y económica del futuro, pero también grandes dudas y sombras para una Catalunya que apuesta por mantener e incrementar su especificidad política y cultural*. Esta *Vía* fue una de las principales aportaciones de su entonces primer secretario de inmigración, Sr. Àngel Miret. El desarrollo de éste tuvo, no obstante, una corta trayectoria. El segundo secretario de inmigración, Salvador Obiols (2002-2004), desarrollando algunas medidas de la vía catalana, hizo dos acciones básicas: una campaña socializadora a través de los medios audiovisuales y otra de cursos de catalán y apertura de agencias en el exterior (Polonia y Marruecos). Estas son primeras acciones, pero que responden más a medidas orientadas por la intuición que por la acción estratégica propiamente dicha. Hecho que entra dentro de la normalidad si consideramos que estamos en las primeras fases del proceso.

Pero nos interesa más detenernos en el tercer Plan de Inmigración de la Generalitat, el Plan de Ciudadanía e Inmigración (2005-2008). De entrada desaparece del título la referencia a la interdepartamentalidad y se establece una relación entre inmigrantes y ciudadanía. Este cambio es importante puesto que planea un cambio de orientación: de una visión administrativa de la

boración institucional, conocimiento del hecho migratorio, escuela, deporte y ocio, formación de adultos, formación de profesionales, género, vivienda, incorporación al mercado laboral, lengua e identidad catalanas, menores desamparados, participación ciudadana, salud y calidad de vida, y sensibilización) y de 133 programas departamentales, que guardan una lógica de carácter transversal.

inmigración (la interdepartamentalidad) a un enfoque claramente social y político. El cambio de interpretación está, pues, en el mismo título del Plan.

El nuevo Plan propone un enfoque de ciudadanía siguiendo dos grandes planteamientos. Por un lado, percibir las políticas en términos de gestión de un proceso de inclusión o de igualdad. La idea básica es gestionar el paso del estatus de inmigrante al estatus de ciudadano. Esto implica introducir que para gestionar esta interacción, las nociones básicas que tienen que conformar el enfoque propio deben ser la igualdad de derechos, la igualdad social y la igualdad económica. Forman también parte de esta dimensión de la inclusión y la igualdad, todos los temas relacionados con la igualdad de derechos políticos y el tema de la representatividad (poco discutido hasta el momento), pero que tiene una importancia simbólica, si se empieza por la presencia de personas de origen inmigrado dentro de las estructuras organizativas de la administración pública. Este tema de la representatividad y de la presencia proporcional de personas dentro de la Administración es fundamental. Nos referimos a la representatividad en estos términos de proporcionalidad o de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública. Aunque esta cuestión no forma parte de la agenda prioritaria del Plan, creo que sería un error obviarlo, porque tarde o temprano formará parte del discurso social y político.

Por otro lado, el enfoque también se plantea en términos de políticas de acomodación, es decir, en términos de gestión de las zonas públicas de interacción entre ciudadanos e inmigrantes (R. ZAPATA-BARRERO, 2004b). A nivel político es fundamental gestionar bien esta innovación conceptual, puesto que fácilmente el lenguaje de la ciudadanía se puede convertir en una nueva retórica que al final se vuelva inoperante, en cuanto que designa demasiadas realidades dispersas. En un contexto discursivo donde todo el mundo habla de “ciudadanía”, e incluso, de “nuevos ciudadanos” para designar a los inmigrantes, el exotismo y el paternalismo pueden llegar a confundir intenciones. Los inmigrantes no son nuevos ciudadanos. Los inmigrantes son inmigrantes (!). Hablar de los inmigrantes como nuevos ciudadanos es hacer retórica, puesto que pretende esconder una realidad utilizando técnicas de persuasión: que los inmigrantes no son ciudadanos. Esta retórica de la ciudadanía es el efecto perverso que puede generar este Plan. De aquí que sea importante evitar generar aquello que no se quiere, dando pie a popularizar tanto un concepto que al final deje de tener sentido por falta de un referente claro.

De los peligros de generar ciertos tipos de discurso, el III Plan también tiene virtudes a nivel conceptual, puesto que establece las bases de una *filosofía pública* que no se encuentran en los anteriores programas. De hecho su potente innovación conceptual constituye una de sus distinciones básicas respecto de los otros Planes.

De entrada el Plan tiene dos novedades estructurales importantes: el hecho que haya presupuestado sus acciones estratégicas y ámbitos de actuación, y el compromiso de ofrecer una serie de indicadores para evaluar su impacto social y su funcionamiento. Siguiendo nuestro hilo argumentativo, nos interesa destacar fundamentalmente su enfoque de la ciudadanía y su declaración de principios orientadores.

En primer lugar, el enfoque de la ciudadanía residente implica que la residencia se convierte en el único criterio para destinar políticas. Desde el punto de vista administrativo, se propone el empadronamiento como único criterio que otorga el derecho del inmigrante a estar incluido dentro del espacio político público. El empadronamiento expresa la voluntad del inmigrante de asentarse en Catalunya y compartir con sus habitantes ya residentes todos los espacios públicos existentes, sin distinciones. Se recupera, así, un concepto de ciudadanía desatado de la nacionalidad estatal y vinculado estrechamente a su relación con la ciudad y el mundo local.

En segundo lugar, el enfoque del Plan se completa con la definición de una *ciudadanía plural y cívica*. Este concepto vale la pena introducirlo, puesto que conforma el núcleo de la nueva percepción. En el Plan se dice que: “Con tal de impulsar un concepto de ciudadanía que incluya a la población no-nacional de Catalunya, la propuesta de ciudadanía plural y cívica del Plan se convierte a la vez en «un elemento de reflexión» para la sociedad catalana y todas sus instancias políticas, sociales, económicas y culturales, y en un vehículo que permita vincular la gestión cotidiana del proceso con un horizonte de nuevas oportunidades para la sociedad catalana del futuro” (cap. 2, un nuevo enfoque, pp. 53-54).

Este enfoque se basa en tres pilares básicos: el valor del pluralismo, el principio de la igualdad y la norma de comportamiento basada en el civismo. La aceptación del pluralismo juega un papel rector, puesto que es la condición sin la cual no es posible el reconocimiento público. Significa que toda persona que viva y trabaje en Catalunya, sea cual sea su cultura y religión, debe reconocer el pluralismo como valor básico en todas sus formas de manifestación (tanto el pluralismo de valores como el pluralismo cultural, tanto en su forma de expresión individual como de grupo). El valor del pluralismo incluye el de laicidad, que significa la separación estricta entre poder político y confesiones religiosas.

Igualmente, reconociendo que la llegada y permanencia de personas procedentes de fuera es un nuevo factor generativo de desigualdades, el enfoque de la ciudadanía también asume como segundo pilar, el principio de igualdad y unos derechos y deberes imprescindibles para orientar la actividad social. Más adelante se concreta que el principio de igualdad es tanto el principio de igualdad de tratamiento como de oportunidades. De hecho, combinando estos dos pilares se aspira reconocer la realidad plural y construir un vehículo que ayude a identificar propuestas que minimicen las desigualdades que genera la diversidad de culturas, lenguas y religiones coexistiendo en un mismo territorio (Catalunya).

Como norma básica de orientación de la relación entre las personas (sea cual sea su lengua de origen, su cultura, religión y color de la piel), se establece como tercer pilar el civismo. Se define el “civismo” en términos prácticos como una “actitud y norma de comportamiento de acción pública que permite la convivencia entre las personas y asegura la cohesión a lo largo del tiempo”.

En este contexto de definición de una ciudadanía plural y cívica se plantea también una noción importante: la de “cultura pública común”. Este concepto tiene el carácter de objetivo a alcanzar, siendo la propuesta de enfoque de ciudadanía con sus tres pilares (pluralismo, igualdad y

Construyendo una filosofía pública de la inmigración en Cataluña: los términos del debate

civismo) el principal instrumento. En términos políticos públicos, el enfoque tiene, pues, una clara voluntad estratégica.

Con la noción de cultura “pública común” también se expresa un rechazo: abandonar el que podríamos nombrar como “enfoque pluralista institucional”, en el sentido que cada cultura y realidad diferenciada dentro de Catalunya tenga una forma de expresión institucional separada del resto. Algo semejante a una realidad libanesa donde la vida pública y cotidiana está institucionalizada según la religión (las escuelas, los hospitales, los matrimonios, etc.).

Desde el punto de vista de las premisas de acción, creo que el mejor modo es entenderla como marco de interpretación y componentes básicos de la filosofía propia. Son premisas que ayudan a interpretar los conflictos y a orientar acciones políticas. El Plan fija las siguientes:

1. Reconocimiento de la diversidad cultural.
2. Derechos humanos y respeto a la dignidad de la persona.
3. Universalidad de las políticas públicas y respeto de derechos individuales.
4. Asegurar la estabilidad y la cohesión de la sociedad catalana.
5. Defensa de la lengua catalana como lengua de la ciudadanía residente.
6. Coordinación, cooperación y corresponsabilidad.
7. La política de integración con base europea.

En primer lugar, se reconoce que Catalunya es diversa culturalmente. En segundo lugar, el respeto de los derechos humanos y de la dignidad humana como principio básico implica que antes de cualquier argumento económico, social o de cualquier otra dimensión, los derechos humanos deben prevalecer como primer principio de orientación. El tercer principio es la universalidad de las políticas públicas y el respeto de los derechos individuales. Se crea un vínculo entre dos aspectos muy importantes: las políticas públicas para todos por igual, y se declina pensar en las personas en términos culturales y étnicos.⁷ Cada cual puede tener el sentimiento de pertenencia a una comunidad que quiera, pero ninguna administración le puede decir qué sentimiento debe tener. El reconocimiento de los derechos individuales es importante aquí. A nivel político y en Europa, podríamos hablar de la experiencia de Holanda. El gran problema de este país con su enfoque de “pilarización” es que adscribe a las personas en términos comunitarios, y por lo tanto, la pertenencia a una comunidad era el primer elemento que tenía en cuenta la administración al percibir a un inmigrante, sin el respeto de los derechos individuales. Percibir al inmigrante desde el punto de vista de su pertinencia comunitaria tiene unas implica-

(7) Podríamos pensar que es un posicionamiento explícito contra el enfoque comunitarista de la inmigración al estilo de “communauté culturelle” de Québec, L. FONTAINE y Y. SHIOSE (1991), que precisamente ha tenido que dejar de banda en sus últimas actuaciones, apostando por un enfoque de ciudadanía. Aparte de la contribución de M. LABELLE y F. ROCHER, vean igualmente D. JUTEAU (2000a,b, 2002), M. LABELLE (2000, 2001), M. LABELLE y F. ROCHER (2003), M. MACANDREW (1995).

ciones sociales y políticas muy diferentes a la percepción individual del inmigrante. En este segundo caso, se da al inmigrante la libertad de opción a sentirse miembro de la comunidad que él desee (voluntad propia), no de la que la administración le imponga. Entre un enfoque comunitarista y un enfoque liberal, el Plan ha apostado claramente por el enfoque liberal.

Dejando de lado el cuarto principio, el que asegura la estabilidad y la cohesión de la sociedad catalana, de acuerdo con los objetivos de este trabajo interesa destacar el quinto principio: la defensa de la lengua y la identidad catalana. Este aspecto también es importante a nivel de criterios. Es un hecho que la realidad lingüística que vive el inmigrante es bastante diferente si se trata de la sociedad, de su puesto de trabajo y de su relación con la administración central por asuntos de “papeles”, de sus tiendas, mercado y vida en el barrio. Además, el tema del idioma castellano puede ser un criterio para el acceso dentro de nuestras fronteras por parte del Gobierno central, pero este sistema de preferencia lingüística no es pertinente en Catalunya. Diría que incluso puede ser contrario al proceso de autogobierno. Creo que es de sentido común y aceptable que el proceso nacionalista puede verse afectado de forma muy contundente por el proceso de inmigración de lengua castellana (principalmente procedente de países de centro y Sur-América) sin una acción política estratégica. Este quinto principio también implica un reconocimiento: la política de inmigración es una política lingüística. Las dos políticas deben estar estrechamente vinculadas.

En sexto lugar, se habla de coordinación (entre varias administraciones), cooperación (entre diferentes actores) y de corresponsabilidad (en el sentido básico del término, no es responsabilidad de un único actor sino que es responsabilidad de todos los actores implicados). Como séptima y última premisa, es importante resaltar un aspecto que consideramos muy importante: la política de integración con base europea. Ya hemos destacado antes que su lenguaje europeo se utiliza tanto para informar el marco de actuación como también para reivindicar competencias al Gobierno central. Este lenguaje es una de las fuerzas del Plan y se sitúa dentro de una realidad discursiva europea.

En este marco de argumentación europea, el Plan hace suyos los principios básicos comunes que el Consejo de la Unión Europea aprobó el pasado 19 de noviembre de 2004 para una política de integración de los inmigrantes en la Unión Europea. Estos principios básicos son:

1. La integración es un proceso bidireccional, dinámico y continuo de ajustes mutuos entre las personas inmigradas y las autóctonas. Los Gobiernos tienen que comunicar claramente a ambas partes sus derechos y responsabilidades.
2. La integración implica el respeto a los valores básicos de la Unión Europea, que los Estados deben garantizar, que son comprendidos, respetados y disfrutados por todos.
3. La ocupación constituye una parte fundamental del proceso de integración y es esencial para la participación de las personas inmigradas en la sociedad de acogida. Facilitar este proceso pasa por el reconocimiento de las calificaciones obtenidas en sus países de origen, por la provisión de oportunidades de formación y por el establecimiento de políticas y programas que contribuyan al acceso, a la ocupación y a la transición hacia el mundo del trabajo.

Construyendo una filosofía pública de la inmigración en Cataluña: los términos del debate

4. La integración precisa de facilidades para un conocimiento básico del idioma, de la historia y de las instituciones de la sociedad de acogida, que tienen que tener su justa correspondencia en el pleno respeto por las lenguas y culturas de origen de las personas inmigradas.
5. La educación es un ámbito esencial para la integración de las personas inmigradas y de sus descendientes.
6. Una integración real también requiere que las personas inmigradas accedan a las instituciones, bienes y servicios públicos y privados, de la sociedad de acogida en igualdad de condiciones con los autóctonos, o sea sin ningún tipo de discriminación. La perspectiva de adquirir la ciudadanía del país de residencia puede constituir un importante revulsivo para su integración.
7. La integración se nutre de una interacción frecuente entre las personas inmigradas y las autóctonas. De aquí la importancia de los espacios compartidos, del diálogo intercultural y del conocimiento de las culturas de origen de las personas inmigradas. También hace falta la mejora de los barrios urbanos generalmente degradados donde éstos acostumbran a residir.
8. La práctica de las culturas y religiones de las personas inmigradas debe ser protegida a menos que entre en contradicción con otros derechos europeos inviolables, con las legislaciones nacionales o con las mismas posibilidades de integración de algunos de sus miembros como pueden ser las mujeres o los niños.
9. La integración también se ve favorecida por la participación de las personas inmigradas en todos los aspectos de los procesos democráticos y en la formulación de las políticas y medidas para su beneficio. Entre esta participación se incluye, siempre que sea posible, el derecho a voto y la afiliación a partidos políticos.
10. El reto de la inmigración debe figurar transversalmente en todas las competencias públicas, niveles de gobierno y servicios públicos y no públicos.

IV. ELEMENTOS DE INNOVACIÓN: PROGRAMA PARA PRÓXIMAS ACTUACIONES CONCEPTUALES E INSTITUCIONALES

Es un hecho que el vínculo entre inmigración y autogobierno en Catalunya tiene más un carácter académico que político y social. También es un hecho que la academia puede proporcionar argumentos para que tomen conciencia las élites políticas del problema. Estamos ahora en el proceso donde el ámbito de la política empieza a identificar el tema en términos de preocupación, pero aún está más debida a las intuiciones que a argumentos sólidos.

Lo que sí es del todo cada vez más claro es que la política debe anticiparse a los efectos sociales que puede tener la inmigración sobre la definición misma de comunidad política. Es un hecho que la inmigración ha tenido como efecto tanto en Quebec como en Flandes, la necesidad de auto-definirse como nación-estado.⁸ Si bien la sociedad catalana ha tomado conciencia de que

(8) Sobre esta idea, y para el caso de Flandes, vean también E.L. LEFEBVRE (2003). La distinción entre *Nación-Estado* y *Estado-Nación* constituye la base de referencia de los trabajos sobre multinacionalidad. Veán, entre otros, los últimos trabajos de F. REQUEJO (2005a,b), M. GUIBERNAU (2004) y A.G. GAGNON, M. GUIBERNAU y F. ROCHER (eds. 2003).

está delante de un nuevo proceso de llegada de inmigrantes, principalmente procedentes de países en vías de desarrollo, y que esta presencia empieza a modificar el paisaje urbano y social, no ha tomado plenamente conciencia del efecto que puede tener sobre la construcción nacional.⁹

Desde este punto de vista, las transformaciones que tienen como base la inmigración, también afectan a naciones minoritarias.¹⁰ En este sentido, una política de inmigración es concebida como una política de reconceptualización y redefinición de la comunidad.¹¹ En este marco nos planteamos cuáles son los elementos que podrían conformar la filosofía pública de Catalunya, teniendo en cuenta las características comunitarias propias.

Somos conscientes de que si bien Quebec, y en cierta medida Flandes (aunque sea por no contemplarlo de forma explícita, como veremos más adelante) ya tienen una cierta tradición en la gestión del vínculo entre inmigración y autogobierno, Catalunya está en un momento clave para iniciar su reflexión. Es cierto que Catalunya ha sido siempre un país construido a partir de la inmigración y que por lo tanto la llegada de inmigrantes forma parte de su historia y también de su identidad. Pero este hecho no puede justificar la inexistencia de una forma propia de gestionar esta nueva fase de inmigración que se incorpore dentro de su historia, y adquiera un carácter político y reivindicativo cuando nos centramos en su relación con el Gobierno central.

Desarrollar esta *filosofía propia* tiene el carácter de una exigencia. Aún no hemos llegado a una situación de fractura o polarización catalano/española en materia de integración de los inmigrantes. Pero en los otros dos casos de estudio esta división es una de las restricciones básicas que se tienen en cuenta a la hora de gestionar la inmigración. En Bélgica, por ejemplo, la gestión de la inmigración está en la base de fracturas sociales basadas en identidad¹², en Quebec este peligro es el que ha orientado el Programa marco de 1990 (*Énoncé de politique en matière d'Immigration et d'Intégration*). Este es el *peligro básico* que debe acompañar toda discusión.

(9) Quizá las últimas declaraciones de Jordi Pujol a finales de agosto en una conferencia de la Universitat Catalana d'Estiu (UCE) donde aseguró que la "mezcla" podría tener un efecto sobre la identidad catalana sirvieron de punto de partida para introducir el tema en el debate político y social (vean principales periódicos del 23 de agosto y el artículo aclaratorio del mismo J. Pujol en *La Vanguardia* titulado "La inmigración" (3 de septiembre de 2004, p. 19), pero este lenguaje mal enfocado puede contribuir más al confucionismo que a la aclaración.

(10) Sobre los procesos de cambios que se derivan de la inmigración, vean G. AUBARELL y R. ZAPATA (eds. 2004). Aunque se trate más de un tema de perspectiva, de ahora en adelante adoptaremos el término más correcto de *nación minoritaria* aunque haya una literatura extensa, entre la que se encuentra W. KYMLICKA (2001) y R. BAUBÖCK (2001), que continúa utilizando el término de *minoría nacional*. Es cierto que el término correcto debería ser "nación *minorizada*", destacando así un hecho: que la relación mayoría/minoría no se debe entender en términos cuantitativos sino de relaciones de poder (vean con respecto a este argumento en D. JUTEAU, 2005). Por lo tanto, un grupo no es minoría en sí, sino que ha sido convertido en minoría por un grupo dominante mayoritario.

(11) Adapto la idea de *Politics of Reconceptualising Community* de A. FAVELL (2001: 24).

(12) Empezó en 1990 según D. JACOBS (2001, 2004). Sobre este tema, vean también M. MARTINIELLO (1996, 1998), M. MARTINIELLO y M. SWYNGEDOUW (1998), H. BOUSSETTA (2000).

Con el fin de establecer las bases de esta filosofía propia, completando así aspectos importantes inexistentes en el nuevo Pla, dividiremos nuestra argumentación en los dos lenguajes que debe tener esta filosofía. El lenguaje de las competencias y el lenguaje de la identidad.

A) El debate sobre las competencias y de creación de un marco institucional

Desde la realidad multinacional de España, el proceso de inmigración también se debe interpretar como proceso de definición de una nueva competencia no contemplada previamente (R. ZAPATA-BARRERO, 2005b). En el Estado español ni tan sólo fue tema de conversación durante la Transición política de los años 80. Esta definición es ahora necesaria para incluirla dentro de nuestro sistema político y administrativo. Esta nueva competencia tiene la característica de ser transversal y multinivel. Hoy en día tenemos los suficientes elementos e indicadores para afirmar que la desorientación que ha caracterizado su gestión durante la última década del siglo pasado tiene que dar paso, ahora, a una reflexión profunda de cómo se distribuye territorialmente esta nueva competencia, especialmente teniendo en cuenta que hemos iniciado desde el año 2000 un proceso de definición de un marco institucional para gestionar la acomodación de los inmigrantes y de los ciudadanos (R. ZAPATA-BARRERO, 2004a). Se trata, pues, de reflexionar ahora sobre esta competencia teniendo en cuenta la realidad multinacional y la estructura del Estado, con especial incidencia sobre cómo la inmigración afecta al debate del autogobierno en Catalunya.

Para iniciar esta reflexión debemos considerar los dos niveles básicos de las políticas de inmigración: nivel de acceso al territorio (¿quién entra? y ¿cuántos?) y nivel de coexistencia (políticas e intervenciones sociales). En este marco, se supone que las fronteras de las competencias están sin definir con claridad, y están muy relacionadas con el carácter identitario de la comunidad nacional. Los dos extremos de gestión de la inmigración son la *gestión política* (nivel legislativo) y la *gestión administrativa* (nivel ejecutivo). Por el momento, en el Estado Español se da por supuesto, aunque con fronteras de competencias sin definir con claridad, que la *gestión política* de la inmigración está en manos del Gobierno central y que la *gestión administrativa* está en manos de las administraciones autonómicas y de las entidades locales. De lo que se trataría es de problematizar esta distinción, y de discutir cómo se distribuye territorialmente esta competencia teniendo en cuenta la realidad plural de España.

Igualmente, para definir una competencia, tenemos que vincular dos niveles: un nivel político instrumental, y un nivel estructural. El *primer nivel* hace referencia a los diferentes instrumentos de acción política que se pueden desarrollar dentro de esta competencia. El conjunto de estos instrumentos políticos definen la competencia de inmigración. El *nivel estructural* trata de los actores administrativos y de las instituciones encargadas de implementar estas acciones. En este segundo caso apuntamos a la distribución territorial de la competencia de inmigración. En resumen, los dos niveles tratan de contestar a la pregunta *Quién hace qué*, siendo el *Quién* el nivel estructural y el *Qué* el nivel instrumental político.

En el *nivel instrumental político* (¿Qué?) nos interesa destacar cuáles son los instrumentos políticos que habitualmente se utilizan para gestionar la inmigración. Suponiendo la lista de acciones y de políticas públicas, de intervenciones sociales que se incluyen (como mínimo) dentro de esta nueva competencia, necesitamos también vincularlas dentro de un sistema de categorías básicas productoras de la mayoría de argumentos: *Marco Legal, Marco Institucional, Políticas Públicas, Valores*.



De momento no nos planteamos si existen o no unas relaciones de prioridad entre estas cuatro líneas de reflexión sobre competencias propias para gestionar la inmigración. Nos limitaremos a describirlas y especialmente a vincularlas.

El siguiente cuadro resume las principales competencias necesarias para gestionar la inmigración.

Categoría	Descripción	Instrumentos políticos-administrativos
Marco Legal	Se trata de identificar la legislación que delimita la acción del autogobierno para gestionar la presencia de inmigrantes.	<ul style="list-style-type: none"> • Control de flujos: acceso al territorio: criterios de selección y volumen. • Control de permisos. Estatuto administrativo: permisos de residencia y de trabajo. • Control de contingente. • Código de nacionalidad. • Legislación antidiscriminación. • Derecho de voto. • Contratación en origen. • Asilo y refugiados. • Reunificación familiar. • Política de retorno.

Construyendo una filosofía pública de la inmigración en Cataluña: los términos del debate

Categoría	Descripción	Instrumentos políticos-administrativos
Marco Institucional	Se trata de identificar las estructuras institucionales de autogobierno que gestionan la inmigración, el marco de colaboración intergubernamental, y arreglos institucionales.	<ul style="list-style-type: none"> • Consejerías/Ministerios. • Secretarías de inmigración. • Observatorios e institutos. • Consejos consultivos de participación. • Consejos interdepartamentales/transversales. • Oficinas de acogida. • Política integrada. • Acceso a financiación para desarrollar políticas. • Oficinas contra la discriminación. • Colaboración en determinadas materias comunes (seguridad, etc.). • Acceso a la función pública de los inmigrantes. • Representación equitativa en la función pública. • Representación equitativa en los órganos de representación política. • Reconocimiento institucional del derecho al aprendizaje de la lengua.
Políticas Públicas	Las acciones e intervenciones sociales que se llevan a cabo para gestionar la presencia de inmigrantes dentro del territorio	<ul style="list-style-type: none"> • Políticas de lucha contra el racismo. • Políticas contra la discriminación (en el trabajo, espacio público, etc.). • Políticas de lucha contra la inmigración en situación irregular (inmigración ilegal). • Políticas de acogida. • Gestión de cultos religiosos. • Políticas sociales (vivienda, educación, sanidad, servicios sociales, etc.). • Políticas lingüísticas (cursos de lengua, incentivos para promover su uso, etc.). • Políticas culturales (cursos de formación de normas, leyes, costumbres, cultura, etc.). • Políticas de socialización de la ciudadanía. • Recursos para las asociaciones inmigrantes. • Políticas demográficas y de compensación territorial. • Políticas de (co-)desarrollo.

Categoría	Descripción	Instrumentos políticos-administrativos
Valores y principios democráticos ¹³	Una política de inmigración debe mantener y consolidar la base común de la tradición, de nuestros valores y principios democráticos, independientemente de los aspectos culturales diferenciadores de la comunidad. En esta categoría se incluyen los elementos de una cultura pública común ¹⁴	<ul style="list-style-type: none"> • Igualdad de oportunidades. • Igualdad de la mujer. • Libertad de elección. • Desarrollar sentimiento de pertenencia. • Promoción de espacios de participación social y política. • Desarrollar la lengua pública común. • Protección de la identidad cultural de los ciudadanos. • Derecho a la diferencia. • Discriminación positiva. • Pluralismo. • Convivencia. • Respeto identidad cultural de los inmigrantes. • Interculturalidad. • Conocimientos y respeto de las leyes y costumbres de la sociedad. • Valores propios (constitucionales, jurídicos, sociales, etc.). • Respeto mutuo. • Laicismo y secularismo¹⁵. • Civismo¹⁶.

Para discutir estas competencias y dar un sentido dentro del vínculo inmigración/autogobierno, es necesario también acompañar este lenguaje de competencias del lenguaje de la identidad. De hecho, este lenguaje de identidad es el que dota de significado a las demandas de competencias que se puedan hacer en materia de inmigración al Gobierno central.

(13) Otorgaremos un instrumento político-administrativo a la categoría de Valor cuando tenga un carácter de acción estratégica, de objetivo y principio orientador de políticas públicas. Es decir, cuando una política tenga como finalidad de la acción conseguir implementar un valor, y no otra medida. Por ejemplo, se puede tener como instrumento político el acceso de los inmigrantes a la función pública. Esta medida es una política pública y no un valor, aunque todos sabemos que esta política pública tiene como objetivo el valor de la igualdad. Aun así, diferenciamos bien entre “principios” y “valores”. Los “valores” tienen relación con una concepción del mundo y están relacionados con un marco cultural; los “principios”, no.

(14) M. LABELLE y D. SALÉE (2001; 302 y ss.) incluyen dentro de la categoría de “Cultura Pública Común” las siguientes dimensiones: Lengua en esfera ública - Valores democráticos - Igualdad hombre/mujer - Pluralismo - Derechos individuales fundamentales - Secularismo - Solidaridad social - Compartir una herencia común - Reconocimiento de derechos históricos.

(15) Entendido como ausencia de argumentos religiosos para justificar acciones políticas ni explicar articulación de la sociedad.

(16) Sistema de obligaciones por el hecho de vivir en sociedad, y por mantener su estabilidad y cohesión.

B) El debate sobre la identidad: definir quién es inmigrante en Catalunya, tradición histórica, lengua y cultura dual

En las fases iniciales en las que se encuentra Catalunya, penetrar en el debate sobre la inmigración y el autogobierno por la puerta no ya de las competencias, sino de la identidad, implica formar argumentos que adquieran el carácter de programas de investigación. Lo que podemos hacer ahora es situar los principales ejes del debate bajo la forma de grandes bloques de categorías y de argumentos.

En primer lugar, si bien hasta ahora la opción ha sido la de defender un enfoque de ciudadanía, el argumento que defenderé ahora es que este enfoque es incompleto si no se complementa con otro también fundamental: el debate sobre quién es inmigrante en Catalunya. Esta nueva forma de enfocar el tema también tiene un carácter generador de nuevos argumentos para completar el debate sobre la identidad. El argumento entero nos dice que hasta que no se tenga, con criterios propios, una definición de inmigrante, el debate sobre la ciudadanía puede servir más para alimentar discursos retóricos que para llenar una función política práctica desde una perspectiva de autogobierno. Es un hecho, también, que existe una tradición política de autogobierno en Catalunya, pero no una tradición que trace una evolución en el concepto de inmigrante. Este debate, pese a suscitar preguntas de carácter político, requiere una respuesta que no olvide de incluir a la sociedad. No puede ser el mismo ámbito de la política el que se conteste sus propias preguntas, sin tener en cuenta la composición de la sociedad catalana.

Este enfoque para conformar una filosofía propia es un debate concreto e invita menos a la retórica que al debate de la ciudadanía. No tiene la tendencia a caer en el nominalismo. Quizás tiene el peligro de caer dentro de un solipsismo, de aquí que la referencia constante a la composición real de la población en Catalunya sea imprescindible. Es cierto que igual que para el debate de las competencias, este debate sobre la identidad se centra en las carencias (esta vez conceptuales) que tiene Catalunya para gestionar la inmigración, y por lo tanto, constantemente producirá argumentos que expresen más *desideratum* a cubrir. Pero esto es lo propio del debate político que ha caracterizado a Catalunya. La ligadura constante entre la descripción y los *desideratum* de los argumentos políticos es una constante, especialmente si se centra en debates relacionados sobre la propia identidad de Catalunya.

Es cierto que si nos adentramos en esta dirección, se deben combinar dos lógicas predominantes como vías de análisis, que se puede hacer de forma separada, pero que también se deberán combinar para tener una composición final. La primera lógica es la comparativa, especialmente en lo referente a los otros contextos que viven una situación similar. Reflexionar, como lo ha hecho Quebec, sobre los aspectos que hacen que Catalunya sea una *sociedad diferenciada*. La respuesta que se dé proporcionará argumentos para conformar su filosofía pública de inmigración y para poder definir quién es inmigrante. Estos elementos diferenciadores requieren protección propia de un Estado. Pensamos, por ejemplo, en la lengua catalana como elemento de identidad diferenciador.

La segunda vía es la lógica histórica. Ésta nos indica que se debe poder trazar una historia sobre la tradición de la inmigración en Catalunya. Siguiendo las pautas de P. LOOBUYCK y D. JACOBS, la premisa que se debe seguir es reconocer que Catalunya es una sociedad de inmigración. Este hecho significa que se ha construido con la inmigración, que no se puede separar su biografía de la llegada de inmigrantes. Por lo tanto, esta nueva llegada no está separada, ni tampoco es una excepción histórica, sino que forma parte de su tradición histórica.

Vinculando estas dos lógicas, podemos tener la principal fuente generativa de argumentos para poder iniciar un debate sobre cómo definir quién es inmigrante en Catalunya. Existen dos posibles baterías de respuestas, dependiendo de si tomamos como marco de referencia el Estado español o Catalunya. Debemos aceptar también que todas las potenciales definiciones tienen inevitablemente un carácter político en el sentido de expresar, en último término, una determinada forma de entender las relaciones de poder que se establecen. No es lo mismo, por ejemplo, definir Catalunya como nación minoritaria, minoría nacional o nación minorizada.

Este problema de cómo conceptualizar quién es inmigrante en Catalunya no es un debate teórico, sino que tiene unos claros efectos prácticos. Por ejemplo, según la definición que se establezca los porcentajes estadísticos cambian considerablemente. ¿A quiénes se cuenta como inmigrante? ¿Todos los casos de estudio tienen el mismo referente? ¿Todo el que ha nacido fuera de Catalunya es inmigrante? ¿Los inmigrantes procedentes del interior del Estado español que vinieron en los años 50/60 son inmigrantes? ¿Se deben contemplar en datos estadísticos y comparar con el número de inmigrantes extracomunitarios y comunitarios? Las respuestas varían en función de si se toma como marco de referencia el Estado español o bien Catalunya. En este mismo sentido, estadísticamente qué marco territorial se contempla para analizar Catalunya: ¿el marco político actual, el geográfico y histórico (y por lo tanto se debe incluir la Catalunya Norte)? ¿Se anexiona la Catalunya Sur y Valencia dentro de la concepción de Catalunya (Països Catalans)? ¿O bien debemos admitir que Valencia constituye la misma realidad que Navarra para los debates que se siguen en Euskadi? Estas cuestiones no forman parte de la batería de sub-temas a discutir, sino del núcleo mismo del debate a considerar.

Teniendo en cuenta todas estas dimensiones, y situados dentro en el punto de vista de Catalunya, se puede conceptualmente establecer una distinción entre inmigrantes españoles e inmigrantes de fuera de España. La respuesta necesita criterios. La discusión sobre criterios puede tener al menos tres respuestas:

- ¿Nacimiento? Nacido fuera de Catalunya – ¿implica que quien nace dentro de Catalunya pero de padres nacidos fuera no es inmigrante? – ¿implica que el que ha nacido fuera de Catalunya pero reside en Catalunya es inmigrante?
- ¿Lengua? Alófono / no catalano-parlante. Esta es una vía para categorizar la población que ha adoptado Québec.
- ¿Cultura? ¿Relación con autóctonos? Minoría étnica. Esta es la vía adoptada por Flandes. La de categorizar a los inmigrantes como minoría étnica, en la línea de su principal área de influencia: Holanda.

Lo que está claro es que la selección de un criterio para definir la población de procedencias diferenciadas siempre es una opción política que en último término acaba exigiendo una definición de comunidad nacional. Hay naciones que optan por la lengua (Quebec) y otras por criterios culturales (Flandes). Siguiendo la tradición de Catalunya, el criterio de la residencia (*ius domicili*) podría ser la opción. Conceptualmente, se podrían hacer combinaciones invocando el origen. De esta manera se podría establecer una doble taxonomía para categorizar a la población residente.

La primera tomaría como referencia el vínculo entre residencia actual y procedencia de nacimiento. Tendríamos, así, la siguiente categorización de la población.

- *Residentes catalanes*: población residente nacida en Catalunya, independientemente del origen de sus padres.
- *Residentes catalanes de origen español o de una comunidad histórica* (Euskadi y Galicia): población residente nacida en España o en una comunidad histórica reconocida (ciudadano vasco o gallego).
- *Residentes catalanes de origen europeo*: población residente nacida en un país de la UE (aquí se deberán incluir los que antes formábamos parte de los extra-comunitarios, como los polacos, húngaros, etc.).
- *Residentes catalanes de origen extra-europeo*: población residente en Catalunya nacida fuera de la Unión Europea.
- *Nuevos residentes*: designa a la población recién llegada que está, se está o acaba de empadronarse, e inicia el proceso de acomodación y de inclusión en la sociedad catalana.

Aun así, no podemos obviar que se pueden producir zonas de conflicto a la hora de debatir estas cuestiones relacionadas con la identidad. Sabemos que en este sentido el tema no está resuelto entre estatistas y nacionalistas. Este eje de conflicto puede producir argumentos muy diferentes sobre cómo entender la tradición de inmigración que caracteriza a Catalunya.

Para entender esta cuestión tenemos que partir de la premisa que toda filosofía de la inmigración busca recursos de la Tradición para dar respuestas a preguntas que suscita su gestión.¹⁷ El problema es que en Catalunya no hay una, sino dos formas de entender su tradición: puede interpretar la presencia de inmigrantes de ahora (principalmente extracomunitarios procedentes de países en vías de desarrollo) de dos maneras: o bien como segunda oleada (la primera fue en los años 60 en un contexto no democrático, principalmente procedente del Sur de España y de Aragón, y por lo tanto, inmigración interna castellano-parlante) o bien como primera oleada de inmigración en Catalunya. En el primer caso se supone que las dos oleadas de inmigración son comparables (se puede, incluso, establecer un debate para determinar los criterios de comparación); en la segunda forma de interpretación esta inmigración es incomparable con la de los años 60 (es un hecho que en general los inmigrantes de la oleada de los años 60 castellano-parlantes no soportan ser comparados con los nuevos residentes de ahora. ¡Os invito a hacer la experiencia!). En resumen, en Catalunya no es que haya una tradición y diferentes formas

(17) Vean una aplicación de este argumento en el contexto de España. La tesis es que tradición identitaria española se ha construido sobre bases anti-musulmanas (R. ZAPATA-BARRERO, 2005a).

de gestionarla de cara al futuro, sino que nos encontramos con una “disputa de tradiciones”. Esta disputa es fundamental puesto que dependiendo de qué interpretación se dé, tendremos diferentes bases para formar los argumentos que necesitamos hoy en día para construir una filosofía propia. De aquí que sea importante antes analizar las oleadas de inmigración anteriores y destacar los elementos que se han seguido para gestionarla, identificando los principales elementos de evaluación en términos de gestión de identidades.

Lo que también está claro es que esta cuestión de cómo definimos la calidad de miembro de la comunidad/sociedad catalana es fundamental. Enfocar el tema en términos de sentimiento de pertenencia o de residencia tiene unas implicaciones muy diferentes, sobre todo cuando no se tiene una estructura estatal para organizar la estabilidad y la cohesión de una sociedad como la puede tener el Gobierno central. La residencia es un criterio más objetivo que el sentimiento de pertenencia, la definición de la cual requiere movilizar temas de identidad y de tradición.

Teniendo en cuenta los nuevos elementos que hemos introducido, la gestión de la pregunta sobre cómo definimos la tradición es fundamental puesto que puede provocar al menos dos efectos que pueden no solamente alterar la estabilidad, sino también la cohesión de la sociedad. Me refiero a dos peligros básicos fundamentales. Por un lado, que se fracture la sociedad de tal manera que se provoque una sociedad dual y dividida (la podríamos ejemplificar simbólicamente como conflicto entre la cultura “del toro” y cultura “del asno”).¹⁸ Por otro lado, y en conexión con el anterior, se puede producir una pérdida de hegemonía nacionalista y retroceso en la cultura pública propia. En otros términos, una castellanización del espacio público recuperado durante estos últimos años. Es un hecho que sin intervención pública, el inmigrante se integra en la cultura dominante, y a través de esta relación de poder, a su lengua. Desde el punto de vista del autogobierno, sin intervención pública se debe reconocer que los inmigrantes no son aliados.

Desde un punto de vista teórico, e incluso de búsqueda de indicadores para acompañar estos argumentos, podemos decir que la inmigración hace visible los déficit de autogobierno existentes. Este debate se debe hacer en Catalunya. Hace referencia al reconocimiento de que dentro de Catalunya existe una cultura dual entre mayorías y minorías. En esta relación de poder, la posición del inmigrante adquiere un carácter vital. Una política de inmigración mal enfocada puede incrementar la dualidad español/catalán (“cultura del toro”/“cultura del asno”). Las dificultades no tienen solamente un carácter teórico, sino más bien práctico: ¿cómo acomodar a los inmigrantes dentro de la realidad lingüística catalana si sus principales “referentes de autoidentidad” se expresan en castellano? (administración para gestionar sus papeles, por ejemplo; su puesto de trabajo). En este sentido, y si vinculamos competencias, autogobierno e identidad, es un hecho que el criterio de la lengua española seguido por el Gobierno español para gestionar

(18) Estos últimos años se ha producido en Catalunya la proliferación dentro del espacio público (especialmente en coches, pero también en camisetas y otros soportes individuales) de dos símbolos a través de los cuales no sólo se expresa un sentimiento de pertenencia, sino también se reivindica el carácter identitario diferenciado de quien lo enarbola. La imagen de la sombra de un toro ejemplifica el carácter españolista de la persona, la imagen del asno (haciendo referencia al carácter diferenciador de un tipo de asno catalán) expresa el carácter catalanista de la persona. Esta batalla (pacífica) de símbolos dentro del espacio público se ha convertido en una forma de expresión cultural, hasta tal punto que podemos hablar, como propongo, de “cultura del toro” y “cultura del asno”.

Construyendo una filosofía pública de la inmigración en Cataluña: los términos del debate

el acceso de inmigrantes no es un criterio válido en Catalunya. Diría, incluso, que es un criterio adverso desde el punto de vista de la hegemonía nacionalista. Una filosofía propia de la inmigración tiene que poder valorar los que se acomodan idiomáticamente. Forma parte de la responsabilidad de las instituciones catalanas hablar a los inmigrantes en catalán en la mayoría de sus esferas públicas, especialmente en zonas de mayoría castellano-parlante.

La vinculación de las tres dimensiones que han articulado nuestra argumentación: la necesidad de definir quién es inmigrante en Catalunya, el debate sobre la tradición de inmigración de Catalunya y el que acabamos de hacer en torno a la lengua y la cultura dual, debe ser la principal unidad de análisis y fuente generadora de argumentos para construir una filosofía propia de inmigración. Una política de inmigración con filosofía propia tiene que poder tener una posición clara ante estas cuestiones. Resolver estos temas de identidad y de tradición se convierte, pues, en la condición *sine qua non* para tener una filosofía pública de inmigración.

Los términos del debate que estamos estableciendo tienen unas implicaciones epistemológicas que deben destacarse. Lo que estamos diciendo es que para tener una filosofía propia de la inmigración no se deben buscar modelos teóricos extranjerizantes, sino dentro, mirando y analizando nuestra práctica, basándonos en nuestra propia experiencia.¹⁹ No debemos adoptar conceptos de otras realidades, no debemos exportar conceptos, sino construir los nuestros propios (con la connotación que queremos que tengan según nuestra tradición). Si hablamos en términos de condiciones para construir una filosofía propia, podríamos destacar los siguientes elementos. En primer lugar, seguir el principio de la realidad y la inducción para orientar debates. Es decir, que todos los argumentos tengan un referente empírico que forme parte sustancial de la tradición. La filosofía propia tiene que poder seguir la estructura lógica del país.

Si queremos dar nombre a las políticas prioritarias para fortalecer el vínculo entre autogobierno e inmigración, se infiere de todo lo dicho hasta ahora que existen tres políticas prioritarias: las políticas lingüísticas, las políticas educativas y las políticas de trabajo. Lengua/Educación y Trabajo deben estar vinculadas en el momento de formular políticas de acomodación de los inmigrantes en la sociedad catalana. Es cierto que con respecto a otros casos similares, como son Quebec y Flandes, Catalunya tiene más elementos de desventaja, en cuanto que no tiene referentes exteriores de lengua sobre los que apoyarse. Los otros tienen una lengua que en algún otro país tiene Estado. Este hecho debe obligar a las instituciones a reforzar aún más su política lingüística, incluso con relación a la sociedad civil de Catalunya.

En efecto, una filosofía pública que vincule inmigración/autogobierno desde su vertiente identitaria debe poder ser más exigente con el mundo asociativo, especialmente el que está directamente comprometido con el destino de los inmigrantes, como son las ONG y las asociaciones de inmigrantes. Deben poder pedir, y ser entendidos en sus demandas, que el mundo asociativo vehicule sus acciones y demandas en catalán. Como política estratégica de autogobierno, se podría incluso fijar como criterio de soporte institucional a asociaciones inmigrantes si favorecen

(19) Ésta fue la base metodológica que orientó el análisis de los planes comarcales: inferir a partir de lo que se ha hecho, el enfoque que se está construyendo. Vean R. ZAPATA-BARRERO, D. SANCHO y B. RIUS (2004).

o no el autogobierno. La pregunta es: ¿una asociación que solamente sea castellano-parlante, se debe apoyar? No estoy haciendo una defensa particular, sino formulando una pregunta. ¿Cómo se gestiona en términos de identidad el hecho de que hayan ONG y asociaciones de inmigrantes que juegan a favor del Estado y no de Catalunya, aunque sea de forma no querida?

V. BALANCE FINAL: LÍNEAS DE REFLEXIÓN Y DE ACCIÓN FUTURAS

Los dos lenguajes del autogobierno (el de las competencias y el de la identidad) se deben poder combinar para que puedan producir argumentos que contribuyan a la definición de una *filosofía pública de inmigración* en Catalunya. Pero es importante percibir este vínculo en términos de prioridades. Un lenguaje exclusivamente de competencias para legitimar políticas puede llegar a desvirtuar la propia identidad comunitaria. No es imprescindible centrarse en competencias para construir una filosofía propia. El lenguaje de las competencias debe tener un significado comunitario. Para conseguirlo debe tener previamente un lenguaje de identidad.

Hemos visto cómo el vínculo entre inmigración y autogobierno genera toda una serie de cuestiones normativas que a penas están desarrolladas en Catalunya, ni teóricamente ni institucionalmente. Lo que está claro es que la inmigración exige replantearse, en términos de redefinición, el autogobierno.²⁰ Especialmente para poder diferenciar bien los argumentos de reivindicación cultural de los inmigrantes hacia la sociedad de los que se proyectan hacia el Estado desde Catalunya.

Se ha argumentado también que para construir una filosofía propia, Catalunya debe evitar buscar modelos extranjerizantes ni marcos teóricos acontextuales: las principales fuentes de legitimación del enfoque para gestionar el vínculo entre inmigración y autogobierno deben estar basadas en un análisis de la experiencia propia, siguiendo una lógica que podríamos denominar como “de retrovisor”: *tener presente el pretérito de la tradición para diseñar políticas futuras*. En este sentido, creo que las referencias a otras experiencias, como Flandes y Quebec, nos muestran que el vínculo entre inmigración y nacionalismo es visto de forma diferente según el contexto. En Flandes, por ejemplo, como negativo: la inmigración es una amenaza a la identidad nacional. La existencia de partidos de extrema derecha (el *Vlaams Blok*) con un discurso claramente anti-inmigrante es un ejemplo de lenguaje identitario extremo que se debe evitar. En Quebec, por el contrario, la inmigración es vista como positiva, como oportunidad, si se socializa con el principal vehículo identitario: la lengua francesa. De esta manera, numéricamente engorda las filas de la cultura francesa ante la inglesa dominante en Canadá. Esta percepción inicial es fundamental puesto que se convierte en la premisa básica que nos ayuda a entender los diferentes enfoques. ¿Cuál es la lectura que debe hacerse desde Catalunya de este vínculo?

Desde el principio se percibe al inmigrante como teniendo un efecto lingüístico. Éstas son las dos categorías básicas que orientan la mayoría de las acciones. Una política de inmigración desde un marco nacional sin herramientas estatales está básicamente articulada como política lingüística.

(20) Existe una amplísima literatura sobre las justificaciones del autogobierno, vean, entre otros, W. NORMAN (2000), los sucesivos trabajos de F. REQUEJO (ed. 2001, 2005a,b), A. CASTIÑEIRA (2001; dir. 1995), E. FOSSAS y F. REQUEJO (eds., 1999), E. FOSSAS, E. (ed. 2000), R. JORBA (2004).

Esto no significa que los otros aspectos instrumentales de políticas no sean importantes (los del nivel de acceso y de coexistencia), sino que éstos están supeditados a la dimensión lingüística.

Desde un punto de vista comparativo, hay algunos que priorizan un enfoque basado en la ciudadanía (Quebec) para definir las políticas, mientras que otros tienen como centro de atención una lógica instrumental para conseguir más capacidad competitiva en sus relaciones con otras naciones (Flandes). Lo que también nos dicen las otras experiencias es que los procesos de definición institucional que supone la presencia de inmigrantes implica también un proceso de innovación conceptual²¹, especialmente para designar al inmigrante, a veces identificado como alófono (Quebec) o minoría etno-cultural (Flandes). El criterio de diferenciación puede ser lingüístico o cultural. Estos dos enfoques de políticas mantienen una distancia que tiene una relación con la construcción de la tradición. Este hecho debe estar presente como uno de los temas básicos para construir una filosofía de la inmigración desde Catalunya.

Desde el punto de vista de marco institucional, se pueden hacer tres propuestas: la necesidad de elaborar un Documento-Marco que establezca la filosofía propia de Catalunya; la creación de una dirección política que tenga carácter ministerial, y un centro de estudios o directamente Instituto que juegue la función de gestionar, diseminar y producir información para orientar la acción de gobierno en esta materia vital por su carácter comunitario e identitario.

Tanto en Quebec como en Flandes se ha elaborado un Documento marco que sirve de Marco de referencia para limitar las políticas que se hagan y orientarlas. Este Documento establece su *filosofía*. En Quebec su *Énoncé* de 1990, y en Flandes su *Décret* de 1998. En Catalunya es necesario elaborar un Documento-Marco consensuado políticamente que juegue la misma función.

Desde un punto de vista institucional existen también dos maneras de enfocar la gestión de la inmigración: o bien se tiene una visión transversal como Flandes (cada ministerio trata el tema o crea una estructura para coordinar el tema) o bien se hace una lectura más específica creando un nuevo ministerio para gestionar el tema, como Quebec. Por el momento en Catalunya la dirección política de la inmigración ha pasado de Bienestar a Presidencia (donde se crea en el 2000 la Secretaría per a la Immigració) y de Presidencia a la Consejería de Bienestar y Familia coincidiendo con la nueva legislatura y el gobierno del Tripartito (PSC, ERC, IC). Este desplazamiento de Consejería (de Presidencia a Bienestar y Familia) de la Secretaría per a la Immigració tiene una clara lectura política.

Si tomamos seriamente el conjunto de argumentos que hemos expuesto en este trabajo y si queremos que éstos formen parte de la filosofía pública de la inmigración en Catalunya, lo que está claro es que, sea cual sea la *filosofía*, ésta solamente podrá generar pautas de acción estratégicas si tiene la fuerza institucional de una Consejería.²² Sin este carácter ministerial se

(21) Sobre la relación entre procesos de cambio e innovación conceptual vean R. ZAPATA-BARRERO (ed. 2006). Para el caso concreto que nos ocupa, vean el estudio comparativo de R. ZAPATA-BARRERO (2005c).

(22) De hecho, si tomamos seriamente el artículo 147 de la Propuesta de nuevo Estatut, centrado como hemos dicho en las competencias, solamente una administración con el rango de Consejería podría desarrollarlos.

tendrán pocos recursos para poder pilotar una política de identidad vital para el autogobierno de Catalunya. No sólo para poder negociar hacia el exterior (competencias y políticas con el Gobierno central), sino también hacia el interior, teniendo el marco político necesario para consolidar una red interdepartamental, construir un marco institucional territorial y una red de actores asociativos implicados en la acomodación de los inmigrados.

Por último, es bastante incomprensible que pese a la tradición que tiene Catalunya en la gestión de la inmigración, estando como está en su tercera fase si tomamos los Planes como referencia, que no tenga aún un Centro que tenga el rango de Instituto que gestione la información, produzca argumentos y orientaciones y también se ocupe de la formación no solamente académica, sino técnica y profesional. Como ejemplos de estudio que aún están por hacer, y siguiendo la orientación de este trabajo, es imperativo poder tener una fuente cuantitativa que nos indique cuáles son las percepciones que tiene la población de la inmigración, siguiendo las variables de identidad. Por ejemplo, aportaría información saber si el hecho de sentirse “más catalán que español” o igual “de catalán que español” –por citar algunas categorías– influye en la actitud de esta persona hacia la inmigración y cómo, aparte de variables sociales y económicas clásicas.

Catalunya tendrá retos futuros vitales si quiere tomar seriamente su tarea de diseñar su filosofía pública de inmigración. Los vínculos entre autogobierno/identidad adquieren, cuando se trata de la definición de una nueva competencia como es la inmigración, una dimensión eminentemente generacional. La condición es que los políticos deberán hacer política. La lógica de país tiene que prevalecer sobre cualquier otro interés partidista. Los próximos años veremos si nuestros pilotos han entendido que con la inmigración toda Catalunya está ante una nueva oportunidad histórica.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUBARELL, G. y ZAPATA-BARRERO, R. (eds.) (2003): *Inmigración y procesos de cambio: Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona: Icaria.

AUBARELL, G.; NICOLAU, A. y ROS, A. (eds.) (2004): *Immigració i qüestió nacional*, Barcelona: Editorial Mediterrània.

BAUBÖCK, R. (2001): “Cultural Citizenship, Minority Rights, and Selfgovernment”, T.A. ALEINIKOFF y D. KLUSMEYER (eds.): *Citizenship Today*, Washington: Cornege; 319-345.

BOUSSETA, H (2000): “L’impact des divisions communautaires sur la integration des étrangers”, MCANDREWS, M. y PAGÉ, M.: *L’education dans les sociétés divisées*, Montreal: L’Harmattan; 59-81.

CASTIÑEIRA, A. (dir.) (1995): *Comunitat i nació*, Barcelona: Proa.

– (2001), *Catalunya com a projecte*, Barcelona: Proa.

FAVELL, A. (2001): *Philosophies of integration*, Londres: Palgrave (1.ª ed. 1998).

FONTAINE, L. y SHIOSE, Y. (1991): “Ni citoyens ni Autres: La categorie politique communautés culturelles”,

Construyendo una filosofía pública de la inmigración en Cataluña: los términos del debate

D. COLAS, C. EMERI y J. SYLBERBERG (eds.): *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, París: Presses Universitaires de France; 435-443.

FOSSAS, E. (ed.) (2000): *Les Transformacions de la sobirania i el futur polític de Catalunya*, Barcelona: Proa.

FOSSAS, E.; REQUEJO COLL, F. (eds) (1999): *Asimetría federal y Estado plurinacional: el debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid: Trotta.

GAGNON, A.G.; GUIBERNAU, M.; ROCHER, F. (eds) (2003): *The Conditions of diversity in multinational democracies*, Montreal: Institute for Research on Public Policy (IRPP).

GUIBERNAU, M. (2004): *Catalan nationalism: francoism, transition and democracy*, London: Routledge.

JACOBS, D. (2001): "Immigrants in a Multinational Political Sphere: The Case of Brussels", ROGERS, A. y TILLIE, J. (eds.): *Multicultural Policies and Modes of Citizenship in European Cities*, Aldershot: Ashgate; 107-122.

– (2004): "Alive and Kicking? Multiculturalism in Flanders". *Paper* presentado en la conferencia *Europeans in Chicago* (manuscrito).

JORBA, R. (2004): *Catalanisme o nacionalisme: proposta d'una nova laïcitat*, Barcelona: Columna.

JUTEAU, D. (2000a): "Du dualisme canadien au pluralisme québécois", MCANDREW, M.; GAGNON, F. (eds.) (2000): *Relations ethniques et éducation dans les sociétés divisées*, París: L'Harmattan; 13-26.

– (2000b): "Ambigüités de la citoyenneté au Québec", *Les grandes conférences Desjardins*, 7 Programme d'Études sur le Québec, Université McGill (23 de noviembre).

– (2002): "The Citizen Makes an Entrée: Redefining the National Community in Quebec", *Citizenship Studies*, vol. 6, n.º 4.

– (2005): "Inmigración, ciudadanía y autogobierno: Quebec en perspectiva", *Documentos de Trabajo CIDOB* (Serie Migraciones), n.º 6.

KYMLICKA, W. (2001): "Minority Nationalism and Immigrant Integration", Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular*, Oxford: Oxford University Press.

LABELLE, M. (2000): "La politique de la citoyenneté et de l'interculturalisme au Québec: défis et enjeux", GREVEN, H. y TOURNON, J. (dirs.): *Les Identités en débat: intégration ou multiculturalisme*, París: L'Harmattan; 269-293.

– (2001): "Intégration et multiculturalisme: discours et paradoxes", DANS RESCH, Y. (dir.): *Définir l'intégration*, Actes du colloque de l'Association internationale d'études québécoises et Institut d'Études politiques, Montréal: XYZ éditeur; 19-31.

LABELLE, M. y ROCHER, F. (2003): "Debating Citizenship in Canada: The Collide of Two Nation-Building Projects", in L. CARDINAL (dir.): *A Century of Citizenship in Australia and in Canada*, Institute of Canadian Studies of the University of Ottawa/Australian High Commission in Ottawa/Forum of Federations/Australian Studies Association of North America/Centre for Australian Cultural Studies, (en prensa).

LABELLE, M. y SALEE, D. (2001): "Immigrant and Minority Representations of Citizenship in Quebec", T.A. ALEINIKOFF, T.A.; KLUSMEYER, D. (eds.): *Citizenship Today*, Washington: Cornegie; 278-315.

LEFEBVRE, E.L. (2003): "Belgian Citizenship: Managing Linguistic, Regional, and Economic Demands"; *Citizenship Studies*, n.º 1, vol. 7.

MARTINIELLO, M. (1996): "La question national belge à l'épreuve de l'immigration", DIECKOFF, A. (ed): *Belgique. La force de la desunion*, Brussel-les: Complexe.

– (1998): "Culturalisation des différences, différenciation des cultures dans la politique belge" (Working paper), *Les cahiers du CERI*.

MARTINIELLO, M. y SWYNGEDOUW, M. (1998): *Où va la Belgique?*, Paris: L'Harmattan.

MCANDREW, M. (1995): "Multiculturalisme canadien et interculturelisme québécois: Mythes et réalités", AA. VV.: *Pluralisme et education*, Montreal: Faculté des Sciences de l'Education.

NORMAN, W. (2000): "Secesió i democràcia (constitucional)", *Diàlegs*, vol. III, abril-junio; n.º8; 15-29.

PORTA, J. (2004): "Immigració i Identitat Nacional", Ponencia presentada en el 2.º *Congrés de l'immigració a Catalunya* (17/18 abril).

REQUEJO, F. (2005a): *Multinational Federalism and Value Pluralism: The Spanish Case*, Londres: Routledge.

– (2005b): "Multinational, not «postnational», federalism", en R. MAIZ-F. REQUEJO (eds): *Democracy, Nationalism and Multiculturalism*, Londres: Routledge; 96-107.

– (ed.) (2001): *Democracy and national pluralism*, Londres. Routledge (trad. castellana *Democracia y Pluralismo nacional*, Barcelona: Ariel, 2002).

VV. AA. (2002): *Immigració, autonomia i integració*, Departament de Presidència, Generalitat de Catalunya.

ZAPATA-BARRERO, R. (2004a): *Inmigración, innovación política y cultura de acomodación en España: Un análisis comparativo entre Andalucía, Catalunya, la Comunidad de Madrid y el Gobierno Central*, Barcelona: Ed. Cidob.

– (2004b): *Multiculturalidad e inmigración*, Madrid: Editorial Síntesis.

– (2004c): "Davantal: Un marc interpretatiu per gestionar l'immigració des de Catalunya", *Revista Idees*, n.º 22; 76-79.

– (2005a): "The Muslim Community and Spanish Tradition: Mauophobia as a Fact and Impartiality as a Desideratum" en T. MODOOD, R. ZAPATA-BARRERO, y A. TRIANDAFYLLIDOU (eds.): *Multiculturalism, Muslims and Citizenship: a European approach*, Londres: Routledge.

– (2005b): "Multinacionalidad y la inmigración: premisas para un debate en España", prólogo de D. JUTEAU: "Inmigración, ciudadanía y autogobierno: Quebec en perspectiva", *Documents de Treball CIDOB* (Serie Migraciones), n.º 6 (www.cidob.org).

– (2005c): *L'immigració en Estats plurinacionals: El cas de Catalunya en perspectiva*, UPF/Fundació Trias Fargas (manuscrito www.upf.edu/dcpis/griip > Estudis).

– (ed.) (2006): *Manual de Conceptos Políticos en el contexto de España*, Madrid: Ed. Síntesis (en prensa).

ZAPATA-BARRERO, R.; SANCHO, D. y RIUS, B. (2004): "Un enfocament comarcal per a la gestió de l'immigració: línies bàsiques i perspectives", *Revista Idees*, n.º 22; 93-108.

LUIS LAFONT NICUESA

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco

II

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

RESUMEN

EXCEPCIONES A LA EXPULSIÓN JUDICIAL DEL EXTRANJERO EN EL ÁMBITO PENAL

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros modificó el artículo 89 del Código Penal generalizando la expulsión del extranjero condenado por la comisión de un delito, convirtiendo la no expulsión en una excepción. Ahora bien, más de un año después de su entrada en vigor la autoridad judicial ha configurado tantas excepciones a la expulsión que, unido a la dificultad de hacer efectivas las expulsiones por problemas a la hora de documentar a los extranjeros expulsados, han determinado que la regla general sea la excepción.

ABSTRACT

EXCEPTIONS TO THE FOREIGNER'S EXPULSION IN THE PENAL ENVIRONMENT

The LO 11/2003 of September 29, about concrete measures on civic security, domestic violence and foreigners' social integration, modified the article 89 of the Penal Code generalizing the expulsion of the foreigner condemned for commit a crime, transforming the non expulsion into an exception. Now then, more than one year after it took in effect the judicial authority has configured so many exceptions to the expulsion that, joined to the difficulty of making effective the expulsions caused by problems when documenting the expelled foreigners, have determined that the general rule be the exception.

SUMARIO

I. Planteamiento general.

II. Los nacionales de la Unión Europea y asimilados.

III. El residente legal.

IV. La naturaleza del delito. A) Delitos excluidos legalmente. B) El tráfico de drogas. C) Los delitos violentos.

V. El arraigo con específico análisis del familiar. A) Consideraciones generales. B) Casuística.

VI. La audiencia del extranjero sobre el arraigo.

VII. Otras circunstancias que deben evitar la expulsión. A) El largo tiempo de permanencia en nuestro país. B) La enfermedad grave. C) Que el extranjero que accede al territorio español no tenga ánimo de residir en el mismo y su único propósito sea el de cometer el delito y regresar a su país. D) Delitos cometidos por organizaciones criminales.

VIII. Referencia a los requisitos procesales para excepcionar la expulsión.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En las excepciones que se han configurado subyacen diversos principios que podemos resumir en hacer efectiva la expulsión de forma que la misma no se produzca hacia naciones que no tengan fronteras con España por regir un principio de libre circulación entre los Estados, asegurar un mínimo principio retributivo de la pena de forma que la expulsión no se convierta en un beneficio indiscriminado y respeto al arraigo familiar.

A ello debe añadirse las críticas que el artículo 89 CP ha recibido y aquellas posiciones que entienden que la expulsión es un factor de discriminación frente a los españoles que cometen dicho delito y que la expulsión viene a ser como un premio para los extranjeros de escasa compatibilidad con el principio de prevención general. Así, la Fiscalía de La Rioja¹ considera cri-

(1) Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2004, p. 543. En el mismo sentido la Fiscalía de Málaga señala que el sistema de expulsión, en la medida que supone una condonación de la pena, encierra múltiples peligros desde el punto de vista de la prevención general, habida cuenta de la facilidad que tienen algunos expulsados de volver a territorio español a continuar con sus ilícitas actividades, dada la permeabilización del espacio Schengen, sobre todo nacionales de los antiguos países del Este, que al menos en la Costa del Sol son los que controlan actualmente las mafias organizadas de la prostitución y el tráfico de vehículos. Dicha situación se ve agravada si tenemos en cuenta que ciudadanos rumanos y

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

minológicamente discutible la idoneidad de este tipo de medidas con carácter general, ya que provoca un efecto muy desfavorable en la prevención general, pues se corre el serio peligro de instaurar la sensación de que, si se viene a España a delinquir sin estar legal, la peor consecuencia que se puede tener es la expulsión. Para evitar estas consecuencias se propone mantener los criterios de la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 4/2001 y Circular 3/2001, donde ya se advertía de la inconveniencia de la expulsión en delincuencia grave organizada.

II. LOS NACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y ASIMILADOS

Como señala la Instrucción 3/2003 sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo²

“Sin embargo hoy día asistimos a un proceso consolidado de creación de comunidades supraestatales en las que los Estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia.”

Por tanto cabría fijar un concepto de no español al que no se le puede expulsar en el que se integraría a los miembros de los países integrados en la Unión Europea o en los que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen³ resulte de aplicación. Como señala PATS WESTERLINDH⁴

“De conformidad con el RD 766 /1992, de 26 de junio, y las directivas comunitarias n.º 364, 365, 366 de 1994 o el RD 737/1995, de junio, los nacionales miembros de las Comunidades Europeas a quienes resulte aplicable la legislación europea no pueden ser expulsados.”

A las dificultades de considerar a estos sujetos como residentes ilegales⁵ se une que en tales casos, al existir libertad de circulación, el artículo 89 CP sería inútil en la práctica. En este

búlgaros gozan del privilegio de no necesitar de ningún tipo de visado para poder ingresar en nuestro país, únicamente el pasaporte en regla. También debe considerarse que no tiene mucho sentido autorizar expulsiones o sustituir penas a aquellos nacionales miembros de los países que en mayo del presente año pasarán a ser miembros de pleno derecho de la Unión Europea.

(2) Op. cit., *Memoria...*, p. 912.

(3) Los países miembros de la Unión Europea son: Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia y Suecia. El 1 de mayo de 2004 se hizo efectiva la adhesión a la Unión Europea de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa. Los otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo son Islandia, Noruega y Liechtenstein. Los ciudadanos suizos tampoco podrían ser expulsados en aplicación del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, que regula la materia relativa a la libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea, Confederación Suiza y de los nacionales de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

(4) Como señala PATS WESTERLINDH, C.: *Alternativas a la prisión*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 96.

(5) El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de marzo de 2004 señala que “Atendiendo a la nacionalidad francesa del condenado, dentro de la Unión Europea, y el criterio expresado en la Circular de la Fiscalía General del Estado de la que se hace eco el Ministerio Fiscal en su informe, no resulta de aplicación el artículo 89 del Código Penal, por lo que no resulta

sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería expone

“Consecuentemente con todo lo anterior, los Sres. Fiscales deberán, con carácter general y salvo supuestos excepcionales, informar negativamente las solicitudes de expulsión relativas a ciudadanos comunitarios que, al amparo de lo previsto en los artículos 57.7 LOEx y artículo 89 CP les trasladen para informe los órganos judiciales competentes.”

A los comunitarios deben asimilarse sus familiares aunque no sean comunitarios que como señala ARIAS SENSO⁶ están protegidos por las disposiciones del Reglamento 1612/1968 del Consejo de 15 de octubre y demás normas de derecho derivado relacionadas con dicho Reglamento y con la extensión y límites que le confiere la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base de los derechos comunitarios a la libre circulación del trabajador y el derecho a la vida familiar.

III. EL RESIDENTE LEGAL

Para expulsar al extranjero condenado, el mismo no debe residir legalmente en España, siendo la legislación administrativa en la materia la que determina los supuestos de residencia, debiendo el Juez valorar este extremo, cuya existencia le debe constar suficientemente (STS n.º 919/1999, de 2 de junio). Como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001

“el extranjero residente que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas o dispensado de la obligación de obtenerlas en virtud de tratado o ley ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que el reo español, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.2 LE que autorizaría la incoación de expediente de expulsión si la condena ha sido por delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año de duración.”

Por residencia deberá entenderse aquella situación en que el extranjero esté en posesión de un permiso de residencia permanente o temporal obtenido⁷ con arreglo a las exigencias y procedimientos de la normativa de extranjería⁸. En consecuencia no es suficiente que haya solicitado

procedente la expulsión solicitada”. En este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2001 confirma el Auto que rechazó la petición de un ciudadano francés de que se le sustituyera la pena por la expulsión.

(6) ARIAS SENSO, M.: “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”, *Diario La Ley*, n.º 6160, Madrid, 2005, p. 4.

(7) Así, según el artículo 30 bis.1 de la LO 8/2000 añadido por la LO 14/2003, de 20 de noviembre “Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”.

(8) La Fiscalía de Almería, op. cit., *Memoria...*, p. 544, viene entendiendo que el término “extranjero no residente legalmente” debe ser interpretado en los términos de la LO 4/2000, que considera residente legal al extranjero que se encuentre en la situación prevista en el artículo 30 bis; lo que supone la aplicación del artículo 89 CP a los extranjeros con visado en vigor, pero sin autorización de residencia. Criterio igualmente seguido por los Juzgados de Instrucción cuando se ha planteado la cuestión tras la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

un permiso, sino que el mismo debe haber sido concedido⁹. Respecto a las situaciones intermedias de regularidad entre la residencia y la ilegalidad como la estancia¹⁰ CAMPO CABAL¹¹ considera que no cabe la expulsión ya que aunque no son situaciones

“de residencia legal en sentido estricto de acuerdo con la normativa de la LOE y su Reglamento, pero tampoco constituyen circunstancias de ilegalidad, en las cuales aplicando siempre el principio de *in dubio pro reo*, debe entenderse que no resulta aplicable el sustitutivo del artículo 89 CP.”

Por el contrario DE LA ROSA¹² considera que cabe la expulsión de los estantes ya que

“la ratio del precepto parece inspirarse en la no expulsión para los extranjeros que a través de su residencia legal demuestran su arraigo (...) la expulsión de estantes debe atemperarse a las circunstancias de cada caso y a la necesidad de preservar mínimamente los fines del Derecho penal y evitar praxis con efectos claramente criminógenos, aunque este pretendido casuismo no se cohonestara con la automaticidad de la sustitución derivada de la explicitada *voluntas legis*.”

En mi opinión, la explicación del requisito de la residencia legal es la existencia de una presunción legal *uris et de iure* de que quien ha obtenido la residencia legal tiene una situación de arraigo. Tal presunción no parece que pueda extenderse a los estantes, de forma que se establezca sin posibilidad de admitir prueba en sentido contrario que una situación administrativa que habilita estar en España tan sólo 90 días se corresponda con un arraigo de su titular en nuestro país. El escaso lapso temporal de la estancia hace que no pueda presumirse un arraigo, debiendo probarse el mismo en la audiencia.

Para PATS WESTERLINDH¹³ los apátridas e idocumentados, los refugiados o asilados o los estudiantes extranjeros son residentes legales ya que

“En cuanto la normativa de extranjería contempla dentro de las «situaciones de los extranjeros» en referencia a los artículos 33 y 34, se entiende que se trata de una situación legal, por lo que son residentes legales en nuestro país, al menos en términos administrativos, y por supuesto en términos penales. No obstante tales situaciones administrativas requieren un reconocimiento por parte de las autoridades españolas y consecuente expedición de títulos, certificados y documentos.”

No comparto plenamente esta tesis. La situación administrativa de residencia tiene una sustantividad propia y un contenido muy preciso que se contrapone tanto a la ilegalidad como a otras situaciones administrativas de legalidad pero distintas de la residencia administrativa.

(9) Así, tras la reforma de la LO 11/2003 la Ley establece que “la expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”. Para PATS WESTERLINDH, C.: op. cit., p. 99 “la presentación de una solicitud de regularización es un indicio favorable a la no sustitución, y en especial si fue con anterioridad a la comisión del delito por el que ha sido condenado”.

(10) Según el artículo 30.1 LO 8/2000 estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días.

(11) CAMPO CABAL, J.M.: en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 426.

(12) DE LA ROSA, J.M.: “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”, *Diario La Ley*, n.º 6042, 2004, p. 3.

(13) Op. cit., p. 98.

Partiendo de este presupuesto sólo en la situación de residencia como estado administrativo particular concurre, en el sentido señalado supra, una razón de fondo que justifica la no expulsión que es el arraigo que se le presume al extranjero en nuestro país partiendo de una presencia estable en España que, al igual que con el estante, no se da propiamente en otras situaciones intermedias como el apátrida.

La equiparación de forma global entre residencia y cualquier situación de legalidad¹⁴ desborda de forma impropia los límites precisos del concepto de residencia y supone dejar sin razón de fondo a una excepción a la expulsión no existiendo razón para no expulsar a un extranjero o a un indocumentado que no justifique una situación de arraigo.

Se plantea el problema de si la situación del extranjero debe valorarse en el momento de la comisión de los hechos delictivos o en el que se decide sobre la sustitución, ya sea en sentencia o en ejecución¹⁵. Creo que vista la interpretación hecha en figuras similares como la suspensión de la pena el instante debe ser el de decidir sobre dicha sustitución. Así, el criterio seguido en el caso de un requisito de aplicación de la suspensión de la pena del artículo 87 y siguientes CP como la no habitualidad es apreciada en el momento en que se decide sobre la suspensión y no en el de la comisión del delito, pareciendo que éste es también el criterio que deberá aplicarse en la expulsión al no existir razones de fondo que justifiquen una diferencia interpretativa.

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2005 en relación a un delito cometido por un extranjero el 10 de febrero de 2001 atiende a la fecha de decidir sobre la expulsión

“olvida el alegante que la documentación aportada, relativa a su situación de residencia, caducó el 29-3-2002, por lo que su situación es de no residente legal.”

(14) RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: “La expulsión del extranjero”, *Revista Jueces para la Democracia*, Madrid, 1998, p. 62, establecía un concepto amplio de residencia y con base en el artículo 1 del acuerdo de Schengen que define el permiso de residencia como toda autorización expedida que dé derecho a permanecer en ese territorio, entendió que se modificaba tácitamente el concepto de residencia en la legislación de extranjería; no obstante en la legislación de extranjería posterior a Schengen se mantiene el concepto restringido de residencia no como un título genérico de permanencia, sino como una situación precisa de tenencia de un permiso de residencia.

(15) Doctrinalmente para DE LA ROSA, M.: op. cit., p. 3, “A los efectos de calificar la carencia de residencia legal parece que el momento jurídicamente relevante será el del enjuiciamiento de los hechos, de forma que si el imputado inicialmente carente de residencia para quien se solicita expulsión obtuviere residencia legal durante la tramitación de la causa, no podría ser objeto de expulsión sustitutiva y a la inversa”. Del mismo modo RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: op. cit., p. 63, el precepto referido parece referirse al momento de la ejecución de la sentencia, pues entre las valoraciones que se hacen en el artículo 88.1 para la aplicación de los restantes sustitutivos previstos en el CP, se tienen en cuenta situaciones postdelictivas y cercanas al momento de aplicación del sustitutivo, cual sería, por ejemplo, “el esfuerzo para reparar el daño causado”. En igual sentido PALOMO DEL ARCO, A.: “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”, *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 176, citando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Beldjoudi contra Francia, de 26 de septiembre de 1997, en el cual la expulsión se acuerda como pena complementaria a la de prisión y se sostiene que para atender si el demandante tenía una vida privada y familiar debía tenerse en cuenta la época en que la prohibición de residir en territorio francés se convirtió en definitiva, lo que ocurrió al dictar Sentencia el Tribunal de Apelación.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

No obstante la Providencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 de abril de 2005 atiende al momento menos perjudicial para el reo al señalar

“Por cuanto a la fecha de dictado de la Sentencia y cuando ésta ganó firmeza gozaba de permiso de residencia (hasta 29 de marzo de 2004) entendiéndose que es a esa fecha a la que ha de estarse y no a la de la resolución de la expulsión por ser una medida contra reo, ya que no se cuenta con su consentimiento. Todo ello sin perjuicio de que pueda en el futuro llevarse a cabo la expulsión gubernativa del penado.”

La residencia legal del extranjero en un país de la Unión Europea o del Tratado Schengen (se da con alguna frecuencia el de nacionales africanos con residencia legal en potencias ex-coloniales) no impediría la expulsión ya que el requisito legal de la residencia exige que ésta sea en España. Como expone el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de junio de 2004

“... como muy bien se expone por el Ministerio Fiscal el nacimiento en una ex colonia portuguesa no otorga tal nacionalidad, y en el presente caso y a la vista de las actuaciones no queda acreditada tal nacionalidad.”

La Circular 3/2001 manifiesta

“la expulsión de un extranjero por las autoridades españolas habrá de conllevar –para que sea eficaz– la imposibilidad de entrar no sólo en España sino en todo el espacio Schengen, ya que, para hacer efectiva la medida y conforme a los mencionados principios comunes que han de ser aplicados por los Estados miembros en sus fronteras exteriores, se ha creado en el marco del SIS (Sistema de Información de Schengen) la denominada lista de extranjeros no admisibles. Inscrito un extranjero en dicha lista por cualquier Estado miembro no pueden los restantes concederle permiso de residencia, a no ser por motivos serios, especialmente de carácter humanitario o derivados de obligaciones internacionales (artículo 25 CS); estar incluido en la lista de personas no admisibles es motivo para la denegación del visado (artículo 27.5 LEx) y la autorización de residencia temporal (artículo 31.5 LEx). Entre los motivos que dan lugar a la inscripción de un extranjero en la lista de no admisibles se encuentra «el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o residencia de un extranjero» (artículo 96.3 CS).”

En consecuencia, expulsado a su país de origen el extranjero con residencia en un país del territorio Schengen, su inclusión en la lista de extranjeros no admisibles por su expulsión de España le impediría volver a un país del territorio de Schengen ya que dicha expulsión va acompañada de una prohibición de residencia en cualquier país de dicho Convenio, salvo que concurren razones excepcionales humanitarias o de aplicación de convenios internacionales. Desde esta perspectiva si el residente comunitario acredita su arraigo en un país comunitario no cabría su expulsión pero no por la residencia sino por el vínculo de arraigo en un país del espacio Schengen, vínculo que la expulsión de España también lesionaría al impedirle la entrada en cualquier país del territorio de Schengen durante diez años.

Puede plantearse si cabría la expulsión cuando la pena es superior a un año de prisión aunque no esté acreditado el requisito de la no residencia por cuanto en tal caso el juez puede efectuar una apreciación autónoma de la causa administrativa de expulsión. Así, el artículo 57.2 LE fija

como causa de expulsión la condena del extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. GONZÁLEZ CAMPO¹⁶ considera que sí cabría ya que

“aunque la norma citada exige la previa tramitación de un expediente administrativo no cabe duda de que este supuesto de expulsión, encuadrado sistemáticamente en la esfera del artículo 89.1 CP, ofrece una singularidad evidente, y es que la misma condena deviene causa legal de expulsión, por lo que no parece inoportuno ni improcedente que el juez o tribunal que condena por delito doloso a un extranjero residente legal en España por un delito que tiene asignada en el Código pena de prisión de duración superior a un año, resuelva en la propia sentencia la sustitución de la pena por expulsión, dado que la pena impuesta colma indudablemente el supuesto del artículo 57.2 LOE 8/2000.”

Creo que no cabe esta posibilidad por cuanto supondría una indebida interferencia entre poderes. Al igual que la Administración no puede intervenir en la adopción de la decisión judicial, el Juez penal no puede determinar por sustitución la voluntad administrativa de expulsión, más aún cuando dicha voluntad surge en un procedimiento sustancialmente distinto al judicial del artículo 89 CP en aspectos tales como las garantías, las causas de excepción o las consecuencias de la expulsión (ej. tiempo por el que no puede regresar a España). El Juez erigido en autoridad administrativa lesiona el principio de separación de poderes.

Por último la residencia debe acreditarse; no obstante ello no significa que corresponda al Ministerio Público su prueba sino que de algún modo, bien por aportación documental de la Brigada de Extranjería o autoridad gubernativa, prueba de las partes o iniciativa del órgano judicial conste de alguna forma que el extranjero no tiene permiso de residencia. El que no se acredite no significa que la expulsión deba denegarse sino que, como veremos posteriormente con el arraigo, concurre un elemento de incertidumbre sobre la concurrencia de los elementos legales precisos para la expulsión que determina un aplazamiento sobre la decisión, difiriéndola a la sede de ejecución¹⁷.

(16) GONZÁLEZ CAMPO, E.: “La expulsión del extranjero como sustitutivo penal en la reforma del Código Penal y de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, IV-2003, p. 505.

(17) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de diciembre de 2004 denegó la expulsión no porque el acusado declaró tener mujer y cuatro hijos en España y que la cédula de citación a juicio fue recogida por parte de su esposa “sino porque, y fundamentalmente, no se ha practicado prueba alguna a instancia de la acusación pública tendente a acreditar la situación de irregularidad en España, tal y como exige el artículo 89 CP para acordar dicha sustitución”. Entiendo que la expulsión no se integra en el principio acusatorio sino que es una medida legal de oficio por lo que en sentido estricto se podrá denegar porque del examen de la causa no consta la situación legal del acusado no pudiendo, en su caso, presumirse una situación de no residencia, pero no porque el Fiscal no ha preguntado o no ha probado, de lo que parece derivarse una obligación legal inexistente en tal sentido. El Fiscal podía haber preguntado, pero también podía hacerlo la Sala, la defensa o podía constar, reclamado por el instructor la certificación de la autoridad gubernativa sobre la situación legal del extranjero. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 29 de abril de 2005 deniega la expulsión atribuyendo la carga de la prueba al Ministerio Fiscal “Resulta sintomático que el relato de hechos de la acusación refiera que no consta la residencia legal del acusado en España, en lugar de la clara afirmación de su situación de ilegalidad que pudo y debió haberse producido mediante la correspondiente información de las autoridades administrativas y, por otro lado, en el momento de la citación el acusado presentó una documentación acreditativa de la solicitud de regularización efectuada tiempo atrás de cuyo resultado nada se sabe. Ante la falta evidente de acreditación por parte de la acusación

IV. LA NATURALEZA DEL DELITO

A) Delitos excluidos legalmente

El párrafo cuarto del artículo 89 CP excluye del ámbito de la expulsión sustitutiva a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6 y 518 CP. Estos preceptos abarcan los delitos de tráfico ilegal de personas, trata de personas con fin de explotación sexual y tráfico ilegal de mano de obra¹⁸.

La expulsión sería prácticamente un premio para el condenado que no tendría que cumplir la pena de privación de libertad. La expulsión en los delitos citados no hace sino favorecer al delincuente que a través de esta medida puede reiniciar su actividad encaminada al tráfico ilegal de personas.

A esta lista pueden añadirse otros delitos ya que como expone la STS de 28 de octubre de 2004 respecto del tráfico de drogas el hecho de que

“no figure entre los ilícitos que expresamente figuran en el artículo 89 a los que no cabe aplicar la sustitución, no significa que de modo mecánico y sistemático se deba de sustituir la pena de prisión por la de expulsión en todos los demás delitos tipificados en el Código, siempre y cuando –como aquí acontece– el Tribunal motive y justifique razonada y racionalmente su decisión.”

Entre estos delitos considero que debe incluirse el de ablación previsto en el artículo 149.2 CP tras la reforma introducida por la LO 11 /2003 en que mujeres y niñas de origen extranjero son sometidas por sus progenitores o familiares próximos a lesiones genitales bajo pretextos religiosos o culturales. Con la expulsión, el criminal volverá al país en el que socialmente imperan las creencias religiosas que justifican tales actos, continuando con su actividad delictiva. En consecuencia, entiendo que estos delitos deberán cumplirse siempre en España sin posibilidad alguna de acordar la expulsión.

B) El tráfico de drogas

Cuando la entidad de la operación de favorecimiento excede el acto de venta a pequeña escala procede denegar la expulsión por razón de la naturaleza del delito. El Auto del TS de 23 de septiembre de 2004 expone

pública de las circunstancias que permitirían la sustitución que solicita, ha de ser ésta denegada”. Nuevamente se incurre en el error de considerar que una medida legal a aplicar de oficio como regla general por el órgano judicial debe ser probada por el Ministerio Fiscal. En mi opinión, al igual que ocurre con el arraigo, las dudas que se le plantean al Tribunal debe determinar que la expulsión se resuelva en sede de ejecución.

(18) Artículo 57.8 LE “Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6 o 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”. El Auto de la Audiencia Provincial de Gran Canaria de 18 de agosto de 2004 señala “En todo caso la expulsión que como medida alternativa pide el abogado del recurrente, no sería posible acordarla, ni siquiera una vez firme la condena, por estar exceptuado el supuesto delictivo, –delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis CP– de la expulsión como medida sustitutoria”.

“En el presente caso, se cumple con todos los requisitos de forma para denegar la sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional, ya que se ha oído al Ministerio Fiscal, y el Tribunal sentenciador razona la no procedencia de la sustitución de la pena en base a la naturaleza del delito cometido por el acusado –contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud–, el *modus operandi* que se utiliza para cometer el mismo –el acusado de nacionalidad ecuatoriana llega al Aeropuerto de Barcelona, procedente de Sao Paulo, vía Zúrich, en un vuelo de la compañía Swiss Internacional, portando en el interior de su organismo 51 envoltorios, que contenían 578,6 gramos netos de cocaína, con un porcentaje de riqueza base del 85,6%– y en que el artículo 3.6 de la Convención de Naciones Unidas de fecha 20-12-1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 30 de julio de 1999, establece: «las partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detención y represión respecto a estos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de estos delitos».”

En el mismo sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 manifiesta

“En el citado fundamento jurídico se razona por el juzgador a quo que debe acogerse la excepción que el precepto prevé, pues la naturaleza del delito cometido consistente en introducir sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud como es la cocaína en cantidad de 647,500 gramos con una pureza del 83%, con las graves consecuencias que tal ilícito puede llegar a generar para el bien jurídico protegido, que no es otro que la salud pública y por otro lado la alarma y repulsa social que infracciones de este tipo producen en la sociedad, llevan a estimar al juzgador a quo que el fin de prevención general que comporta la pena privativa de libertad impuesta debe ser satisfecho mediante el cumplimiento de la misma en establecimiento penitenciario en España, lo que también debe verse reforzado por la frecuencia con la que ilícitos de esta naturaleza se producen en el territorio de esa Audiencia Provincial y concretamente a través del aeropuerto del Prat de Llobregat (...) La motivación de la resolución judicial no sólo existe, sino que se muestra convincente, razonable y fundada, ya que la sustitución pretendida por la parte recurrente, además de la impunidad que menciona la sentencia respecto de conductas de inequívoca gravedad como es el tráfico de drogas, lo que impulsaría la proliferación de tan dañinas actividades por ciudadanos extranjeros, lesionaría seriamente el efecto resocializador de la pena.”

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005 expone

“contiene la motivación requerida por la norma para acudir a la vía de la excepción establecida por el legislador. En el citado fundamento jurídico se señala que nos encontramos ante la tenencia preordenada al tráfico de unos 495 gramos de cocaína por un acusado que tan sólo lleva cuatro meses en situación de prisión preventiva. Se trata de un delito muy grave, dada la trascendencia del bien jurídico protegido y cuatro meses de cumplimiento de prisión preventiva por un delito en el que se ha impuesto una pena de 5 años de privación de libertad no es respuesta suficiente para el objetivo perseguido por la pena ni para cumplir el efecto disuasorio que con la misma se pretende, pues se estaría promoviendo la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros, con exclusión del efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal. Además, se generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal.”

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2004¹⁹ confirmada por la del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 deniega la expulsión de un extranjero condenado por tráfico de drogas que solicitó ser expulsado dado que

“en el presente caso estimamos, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena, tenencia preordenada al tráfico de 411 gramos de cocaína, que no procede la sustitución de la pena de prisión impuesta de cinco años, por la expulsión del territorio nacional a su país de origen, cuando el acusado lleva escasamente cinco meses de prisión preventiva, pues lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos. Nos encontramos ante un delito muy grave por el bien jurídico protegido. Al respecto la jurisprudencia ha puesto de relieve que el tráfico de drogas duras constituye actualmente uno de los más graves males sociales en razón de las gravísimas consecuencias de su consumo.”

La Fiscalía de Bilbao en nota de servicio señala que

“... en las condenas inferiores a seis años, impuestas a extranjeros como autores de delitos contra la salud pública no se solicitará la expulsión del penado del territorio nacional en sustitución de la pena impuesta, conforme a lo dispuesto en la norma general del artículo 89 CP, cuando la cuantía de la sustancia incautada sea notoria (artículo 369 CP), o cuando hubiera tenido tal consideración antes del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo que amplió la notoria importancia a las 500 dosis tóxicas de sustancia estupefaciente. En estos supuestos se considerará que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España conforme al último párrafo del artículo 89 CP. Del mismo modo, tampoco se solicitará la expulsión cuando el extranjero viene a España con la finalidad de cometer el delito.”

C) Los delitos violentos

La Instrucción 3/2003 de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁰ se decantó por la negativa a la sustitución en aquellos supuestos en los que se hubiera utilizado violencia en las personas que genere un plus en la ofensa, o sea especialmente vejatoria, o implique un mayor riesgo para la persona, o violencia innecesaria para obtener el resultado. Por ejemplo, el robo en casa habitada, con personas dentro, el robo con violencia en el que se intimida con armas, o cuando hay agresión a la víctima. Y, también, cuando se trate de delitos contra la libertad sexual o de formas imperfectas de delitos graves (por ejemplo homicidio) y en los supuestos de elevación de la pena previstos en los artículos 76 y 78 del Código Penal. En un sentido similar la Fiscalía de Jaén considera que debe informarse negativamente en los casos de delitos transnacionales, como el tráfico de drogas, tráfico de personas o trata de blancas, agresiones sexuales violentas o lesiones especialmente graves.

(19) En el mismo sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 25 de junio de 2004 “De otra parte tampoco puede ignorarse que elementales principios de justicia y equidad aconsejan el efectivo cumplimiento de la pena, ya que en caso contrario, con la indiscriminada sustitución de las penas impuestas por la expulsión, no sólo se produciría un agravio comparativo con los nacionales, sino que se fomentaría la idea de la impunidad de los extranjeros para dedicarse al nocivo y grave tráfico de drogas que tantos perjuicios sociales generan”.

(20) Op. cit., *Memoria...*, p. 546.

V. EL ARRAIGO CON ESPECÍFICO ANÁLISIS DEL FAMILIAR

A) Consideraciones generales

El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la LO 11 /2003 expone respecto al artículo 89 CP

“el párrafo primero del precepto, al permitir que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refiere a la naturaleza del delito, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir, y a las que alude el artículo 57.5 de la LO 4/2000, que aunque regula la expulsión como sanción administrativa, no puede ser despreciado si tenemos en consideración que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias como las de 18-9-1995, 19-9-1995, 4-10-1996, 4-11-1996, 13-12-1998, 26-5-1998, 9-2-1999, 4-10-1999, 15-11-1999, 18-7-2000, 25-11-2000, etc. y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia del arraigo, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión.”

El informe del Consejo recuerda asimismo

“la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, en su artículo 3.2 obliga a los Estados miembros a aplicar la Directiva respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.”

La referencia del artículo 89 CP a la naturaleza del delito no puede interpretarse como un motivo cerrado de exclusión que impida tomar en consideración otros aspectos²¹ como son el arraigo, la integridad familiar y la protección de la vida y demás derechos fundamentales de los extranjeros; y ello por cuanto la ponderación de tales aspectos es una exigencia derivada del respeto que a estos derechos se debe conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El arraigo del extranjero es un elemento fundamental, hasta el punto de justificar, como luego veremos, un trámite procesal específico. El arraigo se integra por aquellos vínculos temporales, familiares o profesionales en España que determinan una permanencia estable y una integración del extranjero en la sociedad española que simultáneamente debilitan sus lazos con el país de origen. La política criminal no es un valor absoluto, sino que debe ser sometido a un proceso de armonización ante su colisión con derechos fundamentales en cada caso concreto y de forma motivada; la argumentación debería ceñirse a las concretas razones por las que en cada supuesto debe ceder uno de los elementos enfrentados frente al otro, bien el derecho fundamental o la

(21) Así, como señala PATS WESTERLINDH, C.: op. cit., p. 102 “No sólo a la naturaleza del delito, deben barajarse otros criterios, la nacionalidad del delincuente, la presencia de medios de vida en España o en el extranjero, la posibilidad o probabilidad de que vuelva a nuestro país, la gravedad o importancia de los hechos cometidos, la trascendencia social producida, el riesgo de reiteración delictiva. Todos ellos, y algunos más, deben ser tenidos en cuenta en el momento de acordar la expulsión, y no atender sólo a la naturaleza del delito cometido”.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

razón de política criminal o de extranjería que justifica la expulsión. Esto parece desprenderse cuando La Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004 señala

“que la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensoristas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado.”

En consecuencia, el arraigo como causa que excepciona la expulsión exige ponderar los valores en conflicto²² para llegar a una solución equilibrada. Así, las causas de arraigo serán más y se interpretarán de forma más flexible en los casos de la expulsión administrativa que en la judicial del artículo 89 CP y dentro de este artículo no se exigirá la misma intensidad al arraigo en los delitos que en las faltas, y dentro de los delitos habrá de valorarse su gravedad²³ quedando reservado el arraigo en el caso de delitos de cierta entidad a un vínculo familiar cualificado o a una muy amplia permanencia en nuestro país que deberá individualizarse en cada caso concreto.

El artículo 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 señala:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia.

2. No deberá producirse interferencia por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, salvo en los casos consagrados por la ley si es necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la tranquilidad pública o el bienestar económico del país para la prevención del desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de otras personas.”

En consecuencia, el crimen es un límite de suficiente entidad para restringir el derecho del extranjero a la integridad de su vida familiar. Ello no excluye examinar en cada supuesto concreto las circunstancias del caso, la entidad de los intereses en conflicto y la proporcionalidad

(22) Como manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de julio de 2004 “Tampoco, tal y como expone el Ministerio Fiscal, la decisión sobre la expulsión debe inspirarse necesariamente en la función resocializadora de la pena, sino el de la adecuada resolución del conflicto de intereses al que responde el artículo 89 CP”.

(23) Así, la Sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 7 de agosto de 1996 constata que el expulsado había tejido unos vínculos sociales reales en Bélgica, donde ha residido desde los once años, recibiendo formación escolar, profesional y donde trabaja desde hace varios años. Para el Tribunal había creado una vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH procediendo por tanto realizar un juicio de armonización. Como señala la Resolución “La tarea del Tribunal consiste en determinar si la expulsión recurrida ha respetado un equilibrio justo entre los intereses en presencia, a saber, de una parte, el derecho del demandante al respeto a su vida privada y familiar y, de otra parte, la protección del orden público, la prevención de infracciones penales”. En esa ponderación el Tribunal “atribuye una gran importancia a la gravedad de las infracciones por las que se impone la pena de prisión y se acuerda la expulsión del Sr. C.: posesión ilícita de estupefacientes y asociación de malhechores”.

No obstante creo que aunque la gravedad del delito sea un punto de referencia en la exigencia de la intensidad del arraigo debe partir de la base de que la expulsión se acuerda para delitos no excesivamente graves (que sea inferior a los seis años de prisión) y por tanto el criterio de la gravedad no puede prevalecer frente a una vinculación de tanta entidad como el residir en el país del que se le expulsa desde los once años lo que necesariamente tiene que haber debilitado de forma intensa los vínculos con su país de origen.

de la medida de expulsión adoptada²⁴. Así, respecto de la causa de expulsión deben valorarse la gravedad y trascendencia de la conducta delictiva, el número de delitos y respecto del arraigo familiar, la existencia y consolidación de un núcleo familiar en España, la existencia de hijos menores de edad, ponderando en particular la carga injustificada que para el núcleo familiar podría suponer el desplazamiento fuera de España si la familia no ha tenido ninguna relación real con el país de origen del extranjero. En este caso, la expulsión del extranjero supondría en la práctica la expulsión simultánea de su familia o la ruptura de la integridad familiar²⁵.

(24) En el caso Beldjoudi contra Francia antes señalado, la Corte invalidó la expulsión de un ciudadano argelino por su conducta criminal ponderando de forma conjunta el hecho de que había nacido en Francia; había vivido toda su vida en Francia y estaba casado con una francesa; casi todos los miembros de su familia vivían en Francia; nunca había aprendido árabe, ni practicado la religión musulmana, había expresado su deseo de nacionalizarse francés y se había registrado para prestar el servicio militar en Francia. En el caso Moustaqin contra Bélgica (1991) la Corte valoró como factores relevantes que la persona hubiera vivido en Bélgica desde los dos años, que su educación escolar hubiera sido en francés que hubiera desempeñado su vida escolar en Francia. Para RUBIO MARÍN, R.: “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 46, “La jurisprudencia, sin embargo, no ha dejado de ser errática pues aunque entienda que la expulsión de un extranjero integrado constituye *prima facie* una violación del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 muchas veces acepta los argumentos del Estado en el sentido de que la medida está justificada al amparo del artículo 8.2 de la Convención que permite interferencias siempre que las restricciones estén amparadas por la Ley y sean necesarias en una sociedad democrática para satisfacer un interés social importante”.

En todo caso entiendo que algún criterio del caso Beldjoudi como el factor religioso nunca puede ser un aspecto determinante del arraigo ya que ninguna práctica religiosa por mayoritaria que sea puede ser entendida como un factor de integración en la sociedad española, en cuanto todas las opciones religiosas o la decisión de no practicar ninguna están equiparadas constitucionalmente como manifestaciones de la libertad religiosa y no puede introducirse sobre las mismas ningún factor diferencial como sería el que determinada religión se configure como criterio de arraigo o desarraigo.

(25) El TEDH parte de un proceso de armonización entre intereses enfrentados: de un lado, el respeto a la vida privada y familiar y, de otra parte la protección del orden público y la prevención de infracciones penales, realizando un juicio de proporcionalidad sobre la expulsión. En este marco, el TEDH efectúa una interpretación más amplia que la defendida en este trabajo sobre el concepto de vida privada y familiar en el que no sólo se integran los vínculos familiares o la larga estancia en el país sino también aspectos muy variados como la formación o la actividad profesional en el país en el que va a ser expulsado. Al mismo tiempo realiza una interpretación muy intensa de las razones de orden público y prevención de infracciones penales de forma que como hemos visto supra la STEDH de 7 de agosto de 1996 considera que la estancia en Bélgica desde los once años aun integrada en la vida privada no impide la expulsión ante un delito de tenencia ilícita de estupefacientes. Desde esta perspectiva la doctrina del TEDH se muestra más bien favorable a considerar proporcionada la expulsión ante delitos, cediendo únicamente ante vínculos familiares muy intensos como en el caso Beldjoudi contra Francia. En numerosos supuestos el Tribunal se ha inclinado por considerar que en la expulsión se ha asegurado el justo equilibrio de los intereses en juego y que no ha sido desproporcionada en relación a los fines perseguidos. Así, Sentencias de 29 de enero de 1997, caso Bouchelkia contra Francia, (argelino residente en Francia en aplicación de las medidas de reagrupación familiar), 19 de febrero de 1998, caso Dalia contra Francia, (nigeriana residente en Francia con su familia) y de 11 de julio de 2000, caso Cliz contra los Países Bajos (turco residente en Holanda, donde contrajo matrimonio con una mujer de su misma nacionalidad). La STEDH de 2 de agosto de 2001 (Boultif contra Suiza) manifiesta en el caso de un argelino condenado a dos años de cárcel por tenencia ilícita de armas que “El tercero de los requisitos (la necesidad en una sociedad democrática) permite al Tribunal constatar que se puede expulsar a los extranjeros que cometen delitos; pero, para que se cumpla realmente el artículo 8 de la Convención, las medidas adoptadas contra el extranjero habrán de cumplir dos condiciones: Estar justificadas por una necesidad social imperiosa y sobre todo proporcional al fin perseguido (párrafo 46). Por tanto la tarea del Tribunal consiste en determinar si el rechazo de renovar el permiso de residencia del demandante ha respetado en el caso un justo equilibrio entre los intereses en presencia, o sea por una parte el derecho del interesado a la vida familiar y, por otra la protección del orden público y la prevención de las infracciones penales (párrafo 47).

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

Por tanto, el arraigo como excepción a la expulsión no se funda tanto en una vinculación con España que derive de cierta estabilidad de su presencia en nuestro país o de que tenga domicilio o trabajo, sino que debe responder a la necesidad de proteger derechos constitucionales del extranjero como su intimidad familiar que en determinados supuestos podría ser objeto de una limitación desproporcionada como consecuencia de la expulsión.

El arraigo debe ser acreditado. Al no estar integrado en el derecho a la presunción de inocencia ni en el principio acusatorio, no corresponde a la acusación la prueba del no arraigo para justificar la expulsión. En consecuencia, las dudas que se le presenten al órgano judicial sobre el arraigo afirmado no pueden determinar la denegación por la existencia de un déficit probatorio sino el aplazamiento a sede de ejecución. En este sentido, la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 31 de enero de 2005 expone

“Debe ser estimado el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en lo relativo a la denegación de la expulsión del condenado, ya que se basa en la duda racional que le ofrece al juzgador el posible arraigo de aquel (...) el condenado en su declaración instructora ha indicado estar casado con una nacional (S.C.) y convivir con ella. Entiende la Sala que tal alegación, carente de soporte probatorio alguno no puede suponer, per se, la acreditación de la situación de arraigo, pero sí determinar un aplazamiento de la decisión de expulsión a sede de ejecución hasta que se acredite la veracidad de tales afirmaciones.”

Desde esta perspectiva, la mera afirmación del penado sin ningún soporte probatorio adicional resulta insuficiente para evitar la expulsión. En tal sentido, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de julio de 2004 que acuerda la expulsión no obstante las alegaciones manifestadas en la audiencia ya que

“... consta que en el trámite de audiencia concedido al penado, éste (...) dice mantener una relación sentimental con una residente en España llamada E.M., manifestando igualmente que tiene un hijo nacido en el año 1989 llamado L.C., sin que se aporte por el penado documento alguno acreditativo de lo que alega (...). En consecuencia y por todo lo que antecede no habiéndose acreditado por demás un arraigo familiar se sustituye la pena por la expulsión.”²⁶

Sobre la doctrina del TEDH en la materia ver el exhaustivo estudio de POMED SÁNCHEZ, L.: “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España”, *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 86 y ss. Asimismo ver CHUECA SANCHO, A.G.: “El Tribunal de Derechos Humanos y la Extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Ed. Lex Nova, n.º 1, Valladolid, 2002, pp. 233 y ss.

(26) En este mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 de julio de 2004 tampoco toma en consideración el mero arraigo afirmado sin ningún soporte documental al señalar “Las circunstancias que se alegan en el escrito de oposición a la expulsión carecen de soporte documental alguno. No consta que el penado tenga familiares directos en Portugal o tenga una situación de arraigo en España (...) Por todo ello la Sala se muestra favorable a la sustitución de la pena impuesta”. La misma Sala en Auto de 6 de julio de 2004 señala que “Circunscrito el debate a la valoración de las circunstancias personales del penado, en particular las propias del arraigo, con incidencia en valores o bienes con relevancia constitucional, lo cierto es que el trámite de audiencia no ha aportado absolutamente nada en este sentido, al margen de las alegaciones de su defensa. Evidentemente, no puede aceptarse sin más, la causa de arraigo familiar, sin ninguna acreditación, que se sostiene por la defensa”.

En todo caso, entiendo que las dudas que se le puedan plantear al órgano judicial sobre la concurrencia real de la causa de arraigo no se deben traducir en la denegación de la expulsión sino, en todo caso, en su aplazamiento al momento de ejecución, como hace, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 25 de febrero de 2004

“habida cuenta de la gravedad del delito por la que ha sido el acusado condenado, por un lado y, toda vez, que por otro lado, tampoco se le ha dado un trámite para que alegue lo que considere oportuno en ese sentido y aporte la prueba necesaria, puesto que únicamente en el acto del juicio oral tuvo ocasión de manifestar a este Tribunal que mantenía una relación sentimental estable con una ciudadana española, que se encontraría actualmente embarazada, es por lo que la Sala no va a efectuar, de momento, pronunciamiento alguno en ese sentido hasta tanto en cuando en ejecución de sentencia se determine, a la vista de las alegaciones que efectúe y de la documentación que nos aporte, si concurren o no los requisitos para atender a la solicitud de la Acusación Pública sobre la expulsión del mismo.”²⁷

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 13 de mayo de 2005 funda esta doctrina en el conocimiento previo por la defensa de la petición de expulsión.

“No habiendo acreditado que cuenta con el necesario arraigo social o familiar que pudiera propiciar su permanencia en España por cuanto que tan sólo se ha limitado a alegar que su hermano reside legalmente en España sin haber acreditado dicho extremo, habiendo manifestado que en caso de ser condenado prefiere cumplir la condena en una prisión del territorio español, y pese a que conocieron ex ante y temporáneamente tal petición tanto el acusado como su defensa de modo que pudieron haber efectuado las probanzas necesarias, extremo que no ha sucedido.”

(27) En el mismo sentido cabe citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de septiembre de 2004 “Toda vez que por otro lado, tampoco se le ha dado trámite para que alegue lo que considere oportuno en este sentido y aporte la prueba necesaria, –puesto que únicamente en el acto del juicio oral tuvo ocasión de manifestar al Tribunal que llevaba en España más de doce años, que carecía de residencia legal en el país y que era de nacionalidad portuguesa–, es por lo que la Sala no va a efectuar, de momento, pronunciamiento alguno en ese sentido, hasta que tanto en cuanto en ejecución de Sentencia se determine, a la vista de las alegaciones que E.D. efectúe y de la documentación que se nos aporte, si concurren o no los requisitos para atender a la solicitud de la Acusación Pública sobre la expulsión del mismo”; 20 de septiembre de 2004 “Atendida la alegación referente a su oferta de trabajo y posible regularización de su estancia, procede abrir trámite de ejecución en sentencia a fin de acreditar el posible arraigo en nuestro país y situación concreta en la que se encuentra con carácter previo a la expulsión”; 3 de diciembre de 2004 “Dado que afirma llevar seis años residiendo en España, estar casado con una ciudadana de Guinea Ecuatorial y de nacionalidad española, con la que tiene dos hijos de corta edad, de ser el encargado de mantener a su familia con un trabajo de carpintero, parece oportuno esperar a que se lleven a cabo las actuaciones pertinentes y tras ellas se resolverá tal extremo en ejecución de Sentencia”, y de 17 de febrero de 2005 “... a la vista de su alegación sobre la residencia legal en Portugal, en tanto no se efectúen las indagaciones pertinentes sobre dicho extremo, procede no pronunciarse sobre la posible sustitución instada por la acusación”. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2004 parece aceptar que la expulsión se aplaze a sede de ejecución cuando valora la audiencia al Fiscal “Pero sea como fuere, lo cierto es que la decisión del Tribunal, según consta en la mencionada acta, fue la de no proceder a la expulsión «inmediata», como se ratifica en la parte dispositiva de la sentencia al consignar que procede en este momento la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional al país de origen de Marcos, lo que remite el pronunciamiento definitivo a la fase de ejecución de sentencia en cuyo momento habrá de ser oído el fiscal”. Ello es lógico, por cuanto una norma cuyo espíritu es la generalización de la expulsión no parece compatible con momentos preclusivos siempre que no se resienta las garantías del extranjero, fundamentalmente el de recurrir la decisión dictada en ejecución.

B) Casuística

Los supuestos pueden ser muy variados y deberán valorarse con arreglo a un principio de intensidad en la presencia del extranjero en nuestro país.

La Jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo²⁸ ha fijado unas circunstancias vinculadas a situaciones de arraigo que impiden la expulsión administrativa; algunas de estas circunstancias creo que tienen suficiente entidad para evitar la expulsión del artículo 89 CP.

En el caso del matrimonio del extranjero con un español o española, la STS de 25 de noviembre de 1985 expuso que el que la extranjera contrajera matrimonio con un ciudadano español determina que exista una situación jurídica nueva, un estado civil cuya efectividad resulta incompatible con la expulsión; también suspende la expulsión administrativa en el caso de matrimonio aun sin descendencia (entre otras SSTs de 18 de septiembre de 1995, 4 y 18 de octubre, 18 de diciembre de 1996 y 30 de marzo de 1998) y siempre que no conste que se encuentre separado (STS de 4 de noviembre de 1996), aunque esté en trámite de hacerlo (STS de 9 de diciembre de 1996); no obstante la STS de 20 de febrero de 1989 introduce un matiz importante al señalar que el matrimonio no determina por sí solo la adquisición de la nacionalidad española por el extranjero y que tanto la Administración como los Tribunales pueden y deben tener en cuenta el hecho del matrimonio para evitar en lo posible adoptar medidas que dificulten la convivencia conyugal, pero siempre ponderando las circunstancias de los contrayentes o las personas que dependen de ellos y la trascendencia o entidad de la causa legal invocada como fundamento de la expulsión. Aunque no pueda incluirse expresamente dentro de la naturaleza del delito no excluye que razones de arraigo del extranjero puedan justificar la no expulsión siempre que tal circunstancia haya sido debidamente acreditada. En dicho caso, el Tribunal Supremo concluyó que no mediaba en los cónyuges una causa de específica cualificación que pudiera prevalecer sobre la gravedad del hecho contrastado de que el extranjero había sido condenado por un delito contra la salud pública.

Por tanto, entiendo necesario que para que el matrimonio pueda excepcionar la expulsión del artículo 89 CP será precisa una cualificación como un tiempo mínimo de duración del matrimonio o de una convivencia previa al mismo hasta el punto de considerar que la expulsión destruiría un grupo familiar consolidado.

Desde esta perspectiva y a los efectos de no apreciar la expulsión del artículo 89 CP podrían aplicarse literalmente las siguientes causas de suspensión de la expulsión administrativa fijadas por la Sala 3.^a: el matrimonio con residente legal con hijos nacidos en nuestro país (STS de 2 de julio de 1996), o por estar casada con un residente legal con largo período de convivencia en nuestro país (STS de 10 de enero de 1997). Asimismo, considero que en el ámbito del artículo 89

(28) Un análisis jurisprudencial detallado del tratamiento jurisprudencial del arraigo como causa de suspensión de la efectividad de la expulsión administrativa en SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 178-185.

CP debe proyectarse la equiparación establecida por la Sala 3.^a entre el matrimonio y las uniones de hecho²⁹

“la interrupción de la relación caracterizada por la existencia de vínculos afectivos y de convivencia derivados de la unión de hecho estable entre dos personas aun cuando no hayan contraído matrimonio, derivan perjuicios irreparables para los afectados, consistentes en la ruptura de las relaciones personales que mantiene la pareja, por lo que debe deducirse, en consecuencia, que procede dar lugar a la petición de suspensión solicitada por la expulsión (SSTS de 15 de noviembre de 1999 y 18 de julio de 2000).”

En el marco de las relaciones paterno-filiales³⁰ sería causa de no expulsión el ser madre de un hijo español, menor de edad, hijo extramatrimonial de padre español (STS de 13 de enero de 1997); asimismo la expectativa de que un hijo de ocho meses pueda adquirir la nacionalidad española por *ius soli* conforme señala la STS de 15 de enero de 1997 puede ser causa de suspensión de la expulsión administrativa. Particularmente interesante con respecto a este problema resulta la STS (Sala 3.^a) de 26 de enero de 2005 que revoca la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 19 de enero de 2001 que expulsaba a una extranjera con un hijo menor de edad nacido en España por carecer el hijo de la nacionalidad española. La Sentencia del Tribunal Supremo señala como el hijo es español ya que en el Auto del Registro Civil de Madrid, “se ha declarado con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor inscrito al amparo del artículo 17.c) del Código Civil”³¹.

(29) La STEDH de 20 de junio de 2002 (Al-Nashif contra Bulgaria) establece “vida familiar incluye familias basadas en el matrimonio y también relaciones *de facto*. Para decidir cuándo una relación puede considerarse vida familiar resultan relevantes un número de factores entre ellos la convivencia entre la pareja, la duración de la relación y la prueba de su compromiso mutuo al tener hijos comunes o por cualesquiera otros medios”. El caso de los matrimonios polígamos puede plantear problemas. Entiendo que los mismos con los requisitos de compromiso mutuo y estabilidad deben quedar dentro del ámbito de protección de la vida familiar del artículo 8 CEDH sin perjuicio de los problemas que pueden presentar desde la perspectiva de la proscripción de la discriminación de la mujer.

(30) La STEDH de 21 de diciembre de 2001 (Sen contra Holanda) manifiesta que “El Tribunal recuerda que un niño nacido de una unión matrimonial se inserta plenamente en esta relación; por tanto desde el momento de su nacimiento y por el solo hecho de su nacimiento, existe entre él y sus padres un lazo constitutivo de «vida familiar» (...) En su análisis el Tribunal considera la edad de los niños afectados, su situación en el país de origen y su grado de dependencia respecto a sus padres. Efectivamente no puede analizarse la cuestión únicamente desde el punto de vista de la inmigración, comparando esta situación con la de las personas que no han establecido lazos familiares hasta que se han establecido en el país receptor. Al no dejar a los dos primeros demandantes más que la elección de abandonar la situación adquirida en Holanda o de renunciar a su hija primogénita, el Estado demandado ha omitido realizar un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes por un lado y su propio interés en controlar la inmigración, por otro lado”. La STEDH de 20 de junio de 2002 (Al-Nashif contra Bulgaria) señala que “el concepto de familia en el que se basa el artículo 8 permite afirmar que un niño nacido de una unión marital es *ipso iure* parte de esta relación: por tanto, desde el momento en que un niño nace y por este mismo hecho, existe entre él y sus padres un fuerte lazo de «vida familiar» que los sucesos posteriores no pueden romper salvo en circunstancias excepcionales”.

(31) Señala la Sentencia del Tribunal Supremo “Ni las normas sobre extranjería, ni el solo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre”.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

Ahora bien, se desprende de la Sentencia que aunque el hijo no fuera español no cabría la expulsión de la madre, y ello con base en unos fundamentos que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) La normativa constitucional y ordinaria: la Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (artículo 39.2). En consecuencia con ello, el artículo 11.2.b) de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos el mantenimiento del menor en el núcleo familiar del origen. Artículo 110 del Código Civil (CC) que obligan al padre y a la madre aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143.2 CC, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimento; artículo 154 CC, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.

b) Un derecho natural consistente en que el hijo menor esté con su madre. Señala la Resolución judicial “Así, pues puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal”³².

Entiendo que en el ámbito de la expulsión judicial del artículo 89 CP debe distinguirse:

a) Que el hijo sea español: en cuyo caso no procede de forma automática acordar la expulsión de la madre o del padre.

b) Que no sea español, en cuyo caso debe ponderarse en cada caso concreto las circunstancias concurrentes, valorando³³ en qué medida la expulsión del progenitor supone una desmembración de la familia.

Tanto en el matrimonio como en las relaciones paterno-filiales para evitar la expulsión es preciso que el vínculo no sea meramente formal sino que debe responder a un contenido material de asistencia y atención mínima hacia el familiar. El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de noviembre de 2004 acuerda acertadamente la expulsión no obstante tener el penado un hijo en España

“por cuanto A.S. carece de arraigo familiar en este país (ya que ha quedado acreditado que el condenado no ha reconocido ni mantiene relación alguna con el hijo que dice tener en España).”

(32) En el marco de un sistema positivo la apelación al espíritu de la norma y a derecho impreso en el hombre por la naturaleza no deja de ser novedoso; no obstante el derecho del hijo y sus padres a estar juntos es un derecho natural integrado plenamente en el contenido del Derecho positivo, en particular de la protección de la vida familiar del artículo 8 CEDH.

(33) Atendiendo, entre otros posibles criterios al tiempo que el hijo lleva en España, su integración del hijo en la sociedad española, sus menores vínculos con el país de origen que dificultarían la reunificación familiar, situación del otro progenitor, etc.

Con carácter general entiendo que salvo que se acredite lo contrario debe entenderse que ese contenido material de la relación familiar existe. La única excepción sería en el caso de un delito de malos tratos en que puede presumirse, salvo prueba en contrario, que el vínculo es puramente formal y que carece de un soporte material de afecto y cuidado que determine una entidad mínima para excepcionar la expulsión.

Entiendo que también evitaría la expulsión del artículo 89 CP la consideración de arraigo fijada en la STS de 4 de octubre de 1996 en el que una ciudadana argentina mayor de edad convive con su padre, del que depende económicamente y quien “la invitó a vivir en su compañía por motivos de reagrupación familiar y para prestarse mutua asistencia” o desde la misma perspectiva, la STS de 20 de diciembre de 1996, con relación al extranjero y su madre con la que convivía a sus expensas o en la que la expulsión comporta apartar a la extranjera de su hija, residente comunitaria como esposa de español y de su nieto español. Tales circunstancias constituyen para la Sala una situación de arraigo cuya ruptura implica un “perjuicio irreparable”. En la misma línea, la STS de 27 de octubre de 1995 integra en el arraigo y en la reagrupación familiar tener a los abuelos –uno de nacionalidad española– de edad avanzada, enfermos y necesitados de asistencia familiar en nuestro país unido al hecho de vivir durante la minoría de edad en España.

A mi juicio no reviste entidad para evitar la expulsión del artículo 89 CP ni que el expulsado sea progenitor de un residente legal en España (que la STS de 27 de octubre de 1995 considera manifestación suficiente de arraigo para evitar la expulsión administrativa) ni mucho menos el arraigo en las relaciones colaterales como el fijado en la STS de 10 de marzo de 2000 que suspende la expulsión administrativa al justificarse que la recurrente tiene una hermana casada con un ciudadano español, comprometiéndose el cuñado a correr con todos los gastos de mantenimiento y a contratarla una vez obtenga permiso de trabajo³⁴.

Tampoco impedirán la expulsión del artículo 89 CP causas que no son estrictamente de arraigo sino de solidaridad social como el ser beneficiario de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en España³⁵ o percibir una prestación contributiva por desempleo o ser beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral y que conforme al artículo 57.5 LE evita la expulsión administrativa.

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de mayo de 2004 deniega la expulsión del artículo 89 CP por estimar acreditada la existencia de

“un arraigo en territorio nacional suficiente como para causar la determinar la causación de un perjuicio irreparable de llevarse a sus ultimas consecuencias.”

(34) El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de enero de 2005 señala “no se ha acreditado su situación de arraigo, por lo que es procedente autorizar dicha sustitución, en cuanto que el hecho de que un tío suyo resida en nuestro territorio no puede ser tenido como tal”.

(35) Aunque sí la concreta enfermedad padecida, como luego veremos.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

El Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 de mayo de 2004 niega asimismo la expulsión ya que

“a través de la prueba documental se ha acreditado su situación de arraigo, en concreto que reside desde hace más de cinco años en esta Comunidad Autónoma, por lo que la expulsión implica un perjuicio irreparable para el núcleo familiar, para la hija nacida en España”³⁶

Por último, es importante señalar que la expulsión ejecutada en vulneración del derecho a la vida familiar del extranjero es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de un derecho fundamental. Como señala POMED SÁNCHEZ³⁷

“No obstante pueden existir dudas acerca de su protección por vía de amparo; dudas que acaso quiepa disipar considerando la posibilidad de desarrollar esa vida privada y familiar (con la amplitud reconocida en el Tribunal de Estrasburgo) como presupuesto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE.”

VI. LA AUDIENCIA DEL EXTRANJERO SOBRE EL ARRAIGO

La necesidad de dar audiencia al extranjero se ha configurado por la Jurisprudencia constitucional como un requisito necesario para poder acordar la expulsión. Así, la STC 242/1994, de 20 de julio, señala

“Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los requisitos que autorizan su aplicación –se refiere a la posibilidad de sustitución citada– que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, artículo 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental..., pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del artículo 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no ocasión de defenderse al respecto).”

La Sentencia del Tribunal Supremo 17/2002, de 21 de enero, dice

“c) Sobre cuándo debe oírse al afectado, y, según ha indicado un ilustre tratadista, no es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objetos de la acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra, ya que es necesario que haya un acto de audiencia específica sobre la cuestión.”

(36) Los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de septiembre de 2004 y 5 de octubre de 2004 deniegan la expulsión al tener el penado una hija española.

(37) Op. cit., p. 91.

Por tanto y aunque nada diga expresamente el texto legal, la necesidad de audiencia sigue plenamente vigente a la luz de una lectura constitucional del artículo 89 CP siendo necesario un trámite específico para examinar las concretas circunstancias de arraigo que concurren en el acusado y el único medio de asegurar debidamente el proceso de armonización y la primacía del bien más relevante. Así, como señala la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004

“En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Esta misma Sala en la STS 17/2002, de 21 de enero –anterior a la actual regulación– acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión –motivada– corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTS 330/1998, de 3 de marzo y 1144/2000, de 4 de septiembre.”

Respecto al momento procesal en que debe realizarse el trámite de audiencia, el mismo podría ser en sede de instrucción o en el acto del juicio oral. La STS de 8 de julio de 2004 *a sensu contrario* parece entender que el momento preclusivo sería el del inicio del juicio, siendo el momento de las conclusiones definitivas demasiado tardío. Así, dicha Sentencia expone

“... bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado *sic et simpliciter* tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia.”³⁸

Lógicamente entendemos que tal argumentación se extiende al supuesto que la expulsión se acuerde en sentencia. Si, como entiendo, cabe la expulsión con posterioridad a la sentencia siempre que no se vulneren los derechos del penado nada impediría que la audiencia se realice en sede de ejecución.

La Ley no señala expresamente que la audiencia deba celebrarse ante el Juez que decide sobre la expulsión por lo que nada impediría celebrar la misma ante el Juez Instructor y que las circunstancias de arraigo que se pongan de manifiesto sean valoradas por el órgano sentenciador al decidir sobre la expulsión. La audiencia del Fiscal sólo es necesaria cuando el

(38) Con fundamento en dicha doctrina jurisprudencial la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de enero de 2005 estima un recurso de apelación anulando la sustitución de la pena por expulsión ya que esta se produjo de forma automática, inmotivada, *inaudita parte* y sin efectuar el correspondiente juicio de proporcionalidad. Como señala dicha Resolución “Una vez más hay que recordar que todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también deben serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión, lo que no ha ocurrido en el presente caso”.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

órgano judicial considere que no procede la expulsión por la naturaleza del delito (que podrá evacuarse por escrito al no establecer la ley la forma oral). Con respecto a la intervención de letrado FERNÁNDEZ AREVALO³⁹ expone que

“no se exige la asistencia de letrado, que sin embargo se hace necesaria si expresamente lo solicitara o cuando se adopte al margen de su voluntad, según la STC 203/1997, de 25 de noviembre, e insiste la STS 17/2002.”

Efectivamente tal Sentencia señala “en el preciso contexto que venimos analizando, dado que el demandante de amparo no solicitó la asistencia letrada, y que la ausencia de ésta no generaba indefensión material, cualquier perjuicio que de ello pudiera derivarse «sólo sería imputable a la falta de diligencia del actor, es decir a su no solicitud» (STC 39/1997, fundamento jurídico 3.^º), y sin que, por otra parte, pueda apreciarse que la autodefensa ejercitada por aquél haya sido incapaz de plantear, con un aceptable grado de corrección, las cuestiones jurídicas que debían ser tomadas en consideración como premisas para resolver su petición”; no obstante como expone COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA⁴⁰ el supuesto al que se refiere la sentencia era una solicitud presentada por escrito por el propio penado y que el derecho de defensa presente en esta materia aconseja que el penado esté debidamente asesorado para evitar cualquier posibilidad de indefensión, de modo que es aconsejable proporcionarle la correspondiente asistencia letrada para un correcto planteamiento de la solicitud, contestación y de los recursos contra la resolución judicial.

No sería necesaria la audiencia si el extranjero está conforme con la expulsión y ello con base en la doctrina de la STC 242/1994 en la que se diferencia entre la expulsión consentida por el extranjero en que estaríamos ante un beneficio consistente en eludir la privación de la libertad personal o que no la acepte de forma que la expulsión se configura como una medida restrictiva de sus derechos, único caso en que sería precisa la audiencia.

Por tanto, si interrogado el foráneo sobre la expulsión, se opone a la misma, la audiencia podría celebrarse ante el Juez de Instrucción en el acto del juicio.

a) Ante el órgano judicial sentenciador, en el juicio o en un acto procesal separado del juicio, abriendo el trámite de audiencia inmediatamente después de su celebración. El problema sería que el extranjero no comparezca al juicio, en cuyo caso la audiencia se debería celebrar una vez que el extranjero haya sido localizado, antes de ejecutar la expulsión, lo que supondría una mayor dilación.

Con relación a si la acusación particular puede formular alegaciones sobre la expulsión, entiendo que en el marco de una política legislativa como la actual que incrementa la intervención de la víctima en el proceso penal no habría obstáculo a que la acusación particular realice alegaciones

(39) FERNÁNDEZ AREVALO, L.: “Extranjería. Derecho Penal y Penitenciario”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Ed. Lex Nova, n.º 3, Valladolid, 2003, p. 90.

(40) COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: “El extranjero como autor de delitos”, *Jornadas sobre problemática jurídica de la inmigración ilegal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I, Madrid, 2003, p. 835.

o que la víctima pueda sea oída sobre la pertinencia de la expulsión en aquellos delitos que afecten a bienes jurídicos personales.

Aunque puede celebrarse en el juicio⁴¹, separar formalmente la audiencia del acto del juicio evitaría que la valoración del arraigo y la procedencia de la expulsión se diluya en el debate sobre la culpabilidad o inocencia del acusado propia del juicio oral.

b) En la toma de declaración del imputado en el Juzgado de Instrucción en la guardia lo que asegura la presencia del extranjero. Es difícil que en un momento tan temprano el extranjero pueda justificar plenamente el arraigo pudiendo además cambiar las circunstancias con posterioridad. No obstante, la audiencia no operaría como un trámite preclusivo que impida en un momento posterior aportar una prueba suplementaria sobre el arraigo o tomar en consideración las nuevas circunstancias que puedan operar sobre el extranjero en el momento preciso de decidir sobre la expulsión.

c) Si la expulsión se defiere a la ejecución de sentencia por no resultar acreditado algún elemento la audiencia puede celebrarse en sede de ejecución.

Una vez celebrado el trámite de audiencia no es preciso que el mismo se reproduzca en fases procesales posteriores salvo que concurren circunstancias de arraigo nuevas o conocidas con posterioridad.

Por último, entiendo que la omisión del trámite de audiencia puede determinar un recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE ya que en la exigencia de protección de la intimidad familiar está el que se pondere⁴² la proporcionalidad de una medida restrictiva como es la expulsión. Sólo si ha sido escuchado⁴³ en un trámite con las debidas garantías puede determinarse si existe una vida familiar que debe tenerse en cuenta en la expulsión asegurando el justo equilibrio de intereses.

(41) En cuyo caso el acusado será interrogado por las partes y/o el órgano judicial sobre sus circunstancias personales de arraigo en nuestro país y utilizando el trámite de informe para formular las alegaciones sobre la procedencia de la expulsión. Respecto a la acreditación del arraigo invocado si la petición de expulsión se formula en el escrito de calificación, estimo que el acusado tiene la carga de justificar su arraigo presentando la documentación o proponiendo los testigos que justifiquen el mismo bien en el escrito de defensa o como cuestión previa. Si la petición de expulsión se formulara en el juicio y se alegara en el mismo arraigo la decisión sobre la expulsión debería aplazarse a sede de ejecución a expensas de su acreditación.

(42) Como señala POMED SÁNCHEZ, L.: op. cit., p. 91 “La inmediata aplicación de la doctrina del TEDH en España (afirmada en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), obliga a efectuar ese juicio de proporcionalidad, ponderando también la vida privada y familiar que haya podido crear el extranjero durante su residencia en nuestro país”.

(43) Salvo que acepte la expulsión.

VII. OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN EVITAR LA EXPULSIÓN

A) El largo tiempo de permanencia en nuestro país

El que el extranjero lleve mucho tiempo en nuestro país podría ser una excepción a la expulsión. Sería una cierta forma de arraigo pero su relevancia como excepción no arrancarían tanto de su vínculo con nuestro país⁴⁴ sino de la falta de relación con su país natal. Es decir, no será expulsable el que lleva tanto tiempo entre nosotros que no tenga la más mínima conexión ni vinculación con su país de origen siendo un extraño en él. Los supuestos serán muy excepcionales. Al amplio período de duración de su presencia en nuestro país⁴⁵ debería justificarse esta foraneidad en el país al que va a ser expulsado que prácticamente se reduciría a aquellos casos del extranjero que lleva en España desde la infancia o adolescencia.

B) La enfermedad grave

Aunque la expulsión suprime expresamente la posibilidad de condena condicional lo que incluiría el supuesto de penados aquejados de enfermedades muy graves con padecimiento incurable, estas situaciones justifican un motivo de excepción de la expulsión del extranjero por exigencias derivadas del respeto a su dignidad como persona y del derecho a la vida e integridad física. En este mismo sentido resulta claro que no se podrá aplicar la expulsión del artículo 89 CP a mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre (que conforme al artículo 57.6 LE evita la expulsión administrativa).

La toxicomanía del penado no es causa suficiente para evitar la expulsión. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de julio de 2004 expone

“Refiere asimismo ser drogodependiente, por lo que entiende que existen igualmente valores constitucionales como son el derecho a la salud y a la reinserción social que tampoco justificarían la sustitución de la pena privativa libertad impuesta por la de expulsión. Sin embargo estos últimos argumentos expuestos por el penado, se han de descartar por cuanto que la expulsión no implica un quebranto concreto en su salud, sin que la misma incida de manera significativa ni en el agravamiento ni en la atenuación de su toxicomanía, siendo así que tampoco la permanencia del penado en este país signifique que necesariamente vaya a deshabitarse.”

C) Que el extranjero que accede al territorio español no tenga ánimo de residir en el mismo y su único propósito sea el de cometer el delito y regresar a su país

En tal supuesto la expulsión tendría el carácter de premio injustificado y equivaldría a la impunidad.

(44) Salvo que vaya acompañada de cierto arraigo familiar o social.

(45) Resulta llamativo que en alguna ocasión se haya alegado que en el carácter estable en la presencia del país debe computarse el tiempo que el penado lleva en prisión. Como expone el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao de 4 de junio de 2004, “Evidentemente, no puede aceptarse que el período que lleva interno debe entenderse como válida para una regularización y un arraigo y pertenencia a la sociedad”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2004 señala acertadamente que el legislador difícilmente puede haber pretendido

“con la citada reforma que todo extranjero que traiga a España cocaína en cantidades como la aquí aprehendida, 411 gramos, la única respuesta penal sea la devolución a su país de origen con el billete pagado, tras escasos meses de prisión provisional, dada la rápida celebración, normalmente, de este tipo de juicios por la ausencia de diligencias de investigación a practicar.”

El Auto del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 expone

“Igualmente se señala que el ordenamiento jurídico se vería quebrantado en casos como en el presente ya que la expulsión de los autores de dichas infracciones recompensaría su tarea de actuar como correos de sustancias estupefacientes con la repatriación a sus países de origen haciendo desaparecer con ello cualquier freno a la repetición de tales conductas.”

En el mismo sentido la Fiscalía de Huelva⁴⁶ señala que se está informando en contra de proceder a la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional cuando se trata de ciudadanos extranjeros cuya entrada en territorio nacional se produce, precisamente, en la comisión del delito. Es el caso típico de ciudadanos marroquíes detenidos por introducir drogas en España en embarcaciones. En estos casos se interpreta que la naturaleza del delito permite la apreciación de “circunstancias excepcionales” conforme al tenor del artículo 89 CP que aconsejan denegar la expulsión por varios motivos, pero fundamentalmente porque si se accediera a ello tal mecanismo de sustitución operaría como un indulto total de la pena, desposeyendo a la misma de cualquier significación mínimamente retributiva; y además ello conllevaría indeseables consecuencias desde el punto de vista político-criminal, actuando esa interpretación literal de la ley como un factor criminógeno, con un “efecto llamada” notable al renunciar al Estado a ejecutar las penas impuestas a quien se introduce ilegalmente en España con ocasión de la comisión de un delito.

D) Delitos cometidos por organizaciones criminales

Lo que se debe, como señala DE LA ROSA⁴⁷ a razones expuestas por la Convención de las Naciones Unidas sobre Crimen Organizado, aprobada por la Asamblea General (A/55/383) suscrito por España y publicado en *BOE* de 29 de septiembre de 2003, número 233.

VIII. REFERENCIA A LOS REQUISITOS PROCESALES PARA EXCEPCIONAR LA EXPULSIÓN

Dos son los requisitos que deben observarse:

1. Audiencia del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo la interpreta en un sentido amplio, en cuanto no es preciso un trámite específico, bastando con que se conozca la posición del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o

(46) Op. cit., *Memoria...*, p. 546.

(47) Op. cit., p. 4.

Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal

II

no de la expulsión, conocimiento que deriva de la petición de expulsión que realiza el Ministerio Fiscal en el escrito de calificación provisional que se eleva a definitivo en el juicio. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2005 expone

“En primer lugar en referencia a la previa audiencia al Ministerio fiscal acerca de la cuestión planteada, la lectura del escrito de conclusiones provisionales elevado a definitivo en el acto del plenario, pone de manifiesto el informe del ministerio público acerca de la expulsión del territorio nacional. En el punto n.º 5 de dicho escrito consta que «La pena privativa de libertad se sustituirá de conformidad con el artículo 89 del Código penal cuando se cumplan los requisitos legales allí establecidos, por la expulsión del acusado de territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo durante 10 años», petición elevada a definitiva en el acto del juicio oral, sin que tal petición sea vinculante para el órgano a quo según se establece en la sentencia más arriba citada.”

Asimismo, la STS de 8 de octubre de 2004 frente a un argumento de la defensa en tal sentido señala que

“planteada la cuestión en el debate del juicio oral cabe deducir que la solicitud formulada por la defensa del acusado fue conocida por el Ministerio Fiscal y que éste expusiera su posición al respecto previamente a que el Tribunal se pronunciara, aunque tal detalle no figure en el acta oficial del juicio.”

2. Motivada judicialmente.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 proyecta la doctrina del Tribunal Constitucional en la exigencia de motivación de la causa de no expulsión. Así,

a) La Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1986 declaró, en orden a la exigencia de motivación que integra el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, que esta exigencia es una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

Como decía la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2000, la resolución “ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión”. Y la motivación ha de estar fundada en Derecho, lo que significa “que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere «arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable» no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”.

b) En el presente caso, como se dijo, ningún resquicio de arbitrariedad se detecta, pues el Tribunal de instancia ha adoptado la decisión de no aplicar la sustitución de la pena prevista en el artículo 89.1 CP, en forma razonada, argumentando concretamente que, dada la naturaleza y entidad del delito objeto de la condena, tenencia preordenada al tráfico de 410 gramos de cocaína, no procedía la sustitución de la pena impuesta de cinco años por la expulsión del

territorio nacional a su país de origen, “cuando el acusado lleva escasamente cinco meses de prisión preventiva, pues lo contrario implicaría un favorecimiento o promoción del tráfico de cocaína en España por ciudadanos extranjeros, lo que provocaría una situación generalizada de impunidad para éstos, así como una desprotección total para los ciudadanos”.

REMEDIOS ROQUETA BUJ

Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de las Islas Baleares
(dpurro@uib.es)

III

Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España

RESUMEN

LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

El propósito de este trabajo es dar cuenta de cuáles son las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros no comunitarios en España, a la luz de la normativa vigente y de los pronunciamientos judiciales habidos sobre la materia. A tales efectos, se parte de una distinción esencial en función de que dichos trabajadores se encuentren en nuestro país en situación regular o irregular.

ABSTRACT

FOREIGNERS' WORK CONDITIONS AND OF SOCIAL SECURITY IN SPAIN

The purpose of this work is to show which are the work conditions and of Social Security of the foreign not communistic workers in Spain, by the light of the effective normative and of the judicial pronouncements there been on the matter. To such effects, it's left of an essential distinction in function that those workers are in our country in a regular or irregular situation.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El trabajo en situación regular. A) Las condiciones de trabajo. B) Los derechos de Seguridad Social.

III. El trabajo en situación irregular. A) Las condiciones de trabajo. B) Los derechos de Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

En las páginas que siguen se analizan las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en nuestro país, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), y el 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 (REx). Como se sabe, la LOEx ha sufrido tres modificaciones operadas por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; y 14/2003, de 20 de noviembre.

II. EL TRABAJO EN SITUACIÓN REGULAR**A) Las condiciones de trabajo**

De acuerdo con el artículo 10.1 de la LOEx, “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena (...) de conformidad con la legislación vigente”. De este modo, una vez que los extranjeros son autorizados para trabajar tienen reconocido el derecho al trabajo en igualdad de condiciones que los españoles¹. Así el artículo 23.2.c) de la LOEx considera que constituyen actos de discriminación “todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranje-

(1) Cfr. STC 150/1994, de 23 de mayo.

ro que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”. Se está vedando toda discriminación en materia de condiciones de trabajo entre trabajadores españoles y extranjeros con permiso de trabajo en razón de la nacionalidad que va más allá de los tratamientos normativos, abarcando también los tratamientos contractuales en el seno de las relaciones de trabajo². Es más, se veda no sólo la discriminación directa sino también la indirecta (artículo 23.1 LOEx), esto es, aquella que deriva “de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad” [artículo 23.2.e) LOEx].

No obstante lo anterior, algunas reglas laborales pueden sufrir algunas matizaciones, no por razón de la nacionalidad del trabajador, sino por el régimen de autorización administrativa al que la prestación de servicios está condicionada.

A este respecto, cabe señalar lo siguiente:

1.º) El artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), relativo a la forma del contrato de trabajo, resulta plenamente aplicable al contrato de trabajo concertado con un trabajador extranjero en el marco del procedimiento ordinario, pues ni la LOEx ni el REx imponen la obligación de presentar un contrato de trabajo por escrito en el momento de solicitar la autorización de trabajo³. Ciertamente, el artículo 51.2.b) del REx, al establecer la documentación que debe acompañar a la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena ofrece la posibilidad de presentar “el contrato de trabajo” o “la oferta de empleo en el modelo oficial establecido”⁴. Sin embargo, si la contratación se realiza en el marco del proceso de contingente sí se requiere la formalización por escrito de los contratos de trabajo, que deberán ser enviados una vez firmados por el empleador al país de origen para que también los firme el trabajador⁵.

(2) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERER, M.: “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AA. VV.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo I, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2003, pp. 59 y ss.

(3) CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico del trabajador extranjero en España*, Tesis doctoral inédita, Oviedo, 2005, pp. 265 y ss.

(4) En cuanto al valor de la oferta de empleo para acreditar la existencia de una relación laboral, debe tenerse en cuenta la STS) de Cataluña de 17 de julio de 2002 (AS/2888) que declara lo siguiente: “No desconoce este Tribunal la práctica social consistente en la posibilidad de que en algún caso se hayan simulado ofertas de trabajo a modo de trato de favor para facilitar la regularización de la situación jurídica de los extranjeros que se encuentran en nuestro territorio, pero en el supuesto enjuiciado y a la vista del enorme cúmulo de documentos referenciados no podemos admitir que nos encontremos ante una mera y simple simulación, puesto que no sólo hay la preceptiva oferta de trabajo favorablemente resuelta por la administración, sino también, documentos de alta y cotización a la Seguridad Social pagados por el demandado, e incluso varios recibos de nómina emitidos por el mismo; dándose además la circunstancia de que el actor reside en la finca propiedad del demandado en la que su esposa realiza tareas de empleada de hogar, y que por sus características obviamente requiere la ejecución de importantes y continuos trabajos de mantenimiento y jardinería”.

(5) Cfr. artículo 80.1 del REx.

2.º) Los extranjeros pueden celebrar los mismos contratos y con los mismos beneficios derivados de los programas de fomento del empleo que los españoles⁶. Por lo demás, aunque, en principio, la nacionalidad del trabajador no condiciona el tipo de contrato de trabajo susceptible de ser utilizado, el régimen de autorización administrativa al que está sometida la contratación de extranjeros incide en algunos tipos contractuales. Así, el contrato indefinido para el fomento del empleo sólo podrá concertarse con los extranjeros que se encuentren en España y que ostenten una autorización que les permita su inscripción como demandantes de empleo (disposición adicional 1.ª Ley 12/2001, de 9 de julio).

Los trabajadores extranjeros podrán ser contratados por tiempo indefinido o por tiempo determinado independientemente del carácter permanente o temporal de la autorización para trabajar, pero la “autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada” prevista en el artículo 55 del REX sólo permite el desarrollo de actividades “de temporada o campaña” [apartado 2.a)] y la realización “de obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros” [apartado 2.b)], esto es, actividades temporales. La duración de la autorización coincidirá con la del contrato de trabajo “con el límite máximo de nueve meses, dentro de un período de 12 meses consecutivos” en el primer supuesto [artículo 55.2.a) REX], y “con el límite máximo de un año” en el segundo supuesto, “y no será susceptible de renovación, sin perjuicio de las posibilidades de prórroga previstas en la legislación laboral” (artículo 55.3 REX). Por consiguiente, el contrato de trabajo al que aquélla se anuda será necesariamente un contrato de duración determinada, ya sea un contrato eventual o un contrato para obra o servicio determinado. No obstante, el trabajador extranjero puede ser titular de autorizaciones para actividades de temporada durante diferentes años, pues el artículo 40.f) de la LOEx establece que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo a la hora de conceder el permiso de trabajo por cuenta ajena cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a “los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país”. Y, si el trabajador extranjero es contratado como eventual por la misma empresa durante temporadas sucesivas, alcanzará la condición de trabajador fijo discontinuo, con independencia de que la autorización para trabajar sea temporal. La “autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada” también se puede utilizar para desarrollar una actividad para “la formación y realización de prácticas profesionales” [artículo 55.2.d) REX]. En tal caso es necesario que la actividad laboral se desarrolle en el marco de un contrato para la formación o de un contrato en prácticas “en los términos establecidos en la normativa española que regula estas modalidades contractuales” [artículo 56.3.a) REX].

En los demás supuestos se podrá utilizar cualquiera de los tipos contractuales que recoge el artículo 15 del ET, aunque la posibilidad de concertar un contrato de inserción con extranjeros que cumplan con los requisitos necesarios para adquirir la condición de demandante de empleo y

(6) TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, 2002, p. 283.

que obtengan la correspondiente autorización de trabajo antes de comenzar la prestación de servicios, resulte difícil porque la finalidad de este contrato, que es permitir el acceso al trabajo de personas desempleadas, representa un obstáculo importante a efectos de obtener una autorización que, necesariamente, ha de superar el filtro de la situación nacional de empleo⁷.

Por otra parte, el contrato de trabajo concertado con un trabajador extranjero podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial. De hecho, el artículo 53.1.c) del REX contempla expresamente la posibilidad de que la contratación sea a tiempo parcial. En efecto, este precepto establece que en tal caso la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena “cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo...”. Aunque la redacción del precepto es poco clara, parece indicar que la autorización de trabajo sólo se concederá cuando se pueda garantizar la obtención de unos ingresos mínimos que se identifiquen con el salario mínimo interprofesional anual en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Por último, el artículo 11.2 del ET amplía las posibilidades de contratar extranjeros bajo la modalidad del contrato para la formación, pues se permite aunque se supere el límite de edad, si bien en este caso la contratación sólo puede celebrarse durante los dos primeros años de vigencia del permiso de trabajo⁸.

3.⁹) El contrato de trabajo de los extranjeros se rige por las reglas generales que en orden a la duración del contrato de trabajo establece el artículo 15 del ET⁹. Por consiguiente, aquél será indefinido o temporal por la naturaleza del puesto de trabajo de que se trate, no por el carácter permanente o temporal de la autorización administrativa a la que está sometida la contratación. No obstante, dicho carácter puede incidir en la duración del contrato de trabajo. En efecto, si la autorización de trabajo pierde vigencia, el trabajador no podrá seguir prestando sus servicios, aunque su contrato de trabajo siga en vigor. La solución idónea a este problema será que los contratantes prevean esta eventualidad en el propio contrato de trabajo, pactando que la concurrencia de esta situación actúa a modo de condición resolutoria que, *ex* artículo 49.1.b) del ET, constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo¹⁰. En este sentido, la STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004 (AS/2479) declara que “la previsión de esta causa como de extinción del contrato, no se estima contraria a derecho, pues está en manos del trabajador, parte débil del contrato, la renovación de los permisos que le habilitan para trabajar”.

(7) CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 273.

(8) Por todos, TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: “Algunas notas y reflexiones sobre el nuevo contrato para la formación para extranjeros”, en AA. VV.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2003, pp. 1054 y ss.

(9) Cfr. STS de 8 de junio de 1987 (RJ/4139).

(10) Cfr. SSTS de 10 de marzo de 1983 (RJ/11 37) y 21 de junio de 1983 (RJ/3031); y TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: “Problemas aplicativos de la normativa de extranjería en materia laboral y de Seguridad Social tras la LOE 14/2003”, en AA. VV.: *La erosión de los derechos laborales en la globalización*, Gobierno de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 2005, p. 69.

Si las partes contratantes no proceden de esta forma, cabe distinguir entre el supuesto de caducidad de la autorización de trabajo porque no se ha instado la renovación y el supuesto en que la renovación ha sido denegada por la Administración. En el primer supuesto, y teniendo en cuenta que la solicitud de renovación corresponde al trabajador (artículo 54.1 REx), cabría entender que nos encontramos ante una dimisión de éste, siempre que su voluntad se manifieste de forma expresa e inequívoca y, en todo caso, ante una dejación de responsabilidad por su parte que sitúa al empresario ante la posibilidad de incurrir en responsabilidades de índole administrativa y penal, lo que entraña una vulneración de la buena fe contractual justificativa del despido disciplinario, siempre y cuando en la decisión de no solicitar la renovación aquél no haya intervenido. En esta dirección la STS de 13 de diciembre de 1984 (RJ/6379) ya señalaba que la falta de renovación del permiso de trabajo por negativa de la empresa “no puede estimarse como causa justa para dar por extinguido el contrato de trabajo vigente entre las partes”. En el caso de que instada la renovación del permiso de trabajo en tiempo y forma, ésta se deniegue, no cabe sino considerar que la llegada del término del permiso actúa como una condición resolutoria del contrato de trabajo que opera por imperativo legal. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989 (RJ/8257) afirma que “el contrato de trabajo de los trabajadores extranjeros queda así sometido a una duración esencialmente temporal, la de la vigencia de los permisos de residencia y trabajo, confiados a la Administración: por ello, aunque la extinción del contrato tenga en definitiva, como causa remota, la voluntad del empresario de no mantener al trabajador en la empresa, lo que es común a todos los contratos temporales, ello no entraña un despido, sino la terminación del contrato conforme a la causa del número segundo del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores”¹¹.

4.º) La STSJ de Madrid de 13 de julio de 2004 (AS/2404) declara que la interpretación de la normativa convencional en materia de permisos “no puede ser restrictiva, sino pro operario” y que debe llevarse a cabo “teniendo en cuenta la realidad social en la que ha de aplicarse”. Y “la realidad es que un trabajador procedente de un país lejano, que presta sus servicios en España percibiendo un sueldo modesto, difícilmente va a poder disfrutar de un permiso por la muerte de un familiar o por el nacimiento de un hijo, dada la brevedad de la licencia y lo costoso del viaje, así como la duración del mismo, sin perjuicio de lo cual, el fallecimiento de un familiar, como antes señalamos, no sólo requiere de la presencia del pariente en el momento del óbito, sino que existen otras cuestiones derivadas del evento que han de solucionarse y que requieren trámites para los que igualmente está previsto el permiso y tales trámites pueden ser realizados también en días posteriores, del mismo modo que, en este caso, es, sin duda, muy importante para los padres y los demás familiares, contar con el apoyo del hijo ausente, aunque hayan transcurrido dos meses, siendo también el consuelo entre los deudos, otra de las finalidades

(11) En este mismo sentido, las SSTs de 20 de noviembre de 1985 (RJ/5821), 8 de marzo de 1986 (RJ/1278), 20 de octubre de 1986 (RJ/5859), 1 de junio de 1987 (RJ/4078), 8 de junio de 1987 (RJ/4137), 11 de diciembre de 1987 (RJ/8890) y 29 de enero de 1990 (RJ/228), sientan el criterio de que la denegación de la renovación del permiso de trabajo, aunque fuera después de llevar varios años trabajando sin interrupción, justifica el cese de los trabajadores extranjeros. En cambio la STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2004 (AS/1863) afirma que “sin que desde luego la expiración del permiso de trabajo de la actora tuviese virtualidad resolutoria del contrato de trabajo y subsiguiente relación laboral de aquélla, no configurándose como causa legitimadora de la extinción de esa relación laboral, lo que implica la necesidad de calificar la comunicación de cese como despido, el cual al no estar sustentado en causa legítima alguna, debe conducir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET, a declarar su improcedencia”.

del permiso, por lo que ha de concluirse que está plenamente justificado el disfrute del permiso dos meses después de la muerte del hermano, unido a las vacaciones del trabajador y que cumple plenamente la finalidad para la que está previsto en el convenio, dadas las circunstancias del caso, sin que, en absoluto, la citada norma excluya el disfrute en otro momento distinto de aquel en el que la muerte se produce”.

5.º) El contrato de trabajo concertado con un trabajador extranjero que no dispone del correspondiente permiso de trabajo, una vez que éste es concedido, queda confirmado *ab initio*, de modo que deben aplicarse a la relación laboral las mismas previsiones que para el caso de un nacional¹². Por consiguiente, la indemnización por despido deberá calcularse sobre todo el período que ha prestado sus servicios para la empresa, al igual que en el caso de un trabajador español se tiene en cuenta todo el tiempo realmente trabajado, incluidos aquellos períodos en que no ha existido contrato expreso ni cumplimiento de las obligaciones empresariales para con la Seguridad Social¹³.

B) Los derechos de Seguridad Social

En cuanto a los derechos de Seguridad Social de los extranjeros, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 10.1 y 14.1 de la LOEx. El primero, *relativo al Derecho al trabajo y a la Seguridad Social*, establece que “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. El segundo, referente al *Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales*, dispone que “los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”. Esta duplicidad refleja la dualidad del sistema de la Seguridad Social: de una parte, vinculado al contrato de trabajo (como sucede en el artículo 10.1 de la LOEx); y de otra, unido a los servicios y a las prestaciones sociales (como ocurre en el artículo 14.1 de la LOEx)¹⁴. Así, a pesar de que ambos preceptos parecen referirse a lo mismo, de una interpretación lógica y sistemática de los mismos, se desprende que mientras el primero alude al nivel contributivo de la Seguridad Social, el segundo, en cambio, se refiere al nivel no contributivo¹⁵. De este modo, quedan comprendidos en el nivel contributivo de la Seguridad Social los trabajadores extranjeros que cuentan con la correspondiente autorización administrativa para trabajar¹⁶, y en el nivel no contributivo, los extranjeros “residentes”. Es decir, en este nivel no se exige la autorización de trabajo, pero

(12) STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2002 (AS/11 35, 2003).

(13) SSTSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2001 (AS/2591); y de Madrid, de 26 de noviembre de 2002 (AS/11 35, 2003).

(14) TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma...*, cit., p. 142.

(15) Así lo subrayan la STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 2001 (AS/3957); y CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 344.

(16) Como subraya la STSJ de Andalucía de 27 de junio de 2003 (AS/1535), “la residencia no es en todos los casos, necesaria para que un extranjero esté incluido en el sistema de la Seguridad Social”, pues “puede ser suficiente la mera autorización de estancia, acompañada del permiso de trabajo” y “además ha de tenerse en cuenta que la Ley de Extranjería regula determinados permisos de trabajo que autorizan al extranjero para prestar servicios en España y sin embargo no tienen la residencia aquí” (trabajadores transfronterizos o la prestación de servicios transnacional).

sí la condición de “residente”, esto es, la titularidad de la autorización de residencia¹⁷. En tales situaciones, los extranjeros tienen reconocido el derecho a la Seguridad Social en igualdad de condiciones que los españoles.

No obstante lo anterior, los derechos a la Seguridad Social de los extranjeros son objeto de ciertas modulaciones o matizaciones, a saber:

– Últimamente comienza a ser un tema relevante la solicitud de pensiones de viudedad por parte de las diversas esposas en casos de matrimonios polígamos de extranjeros fallecidos en nuestro país. Causándose una única pensión de viudedad¹⁸, la misma corresponde a la cónyuge que deriva del primer matrimonio¹⁹. En efecto, aunque los vínculos matrimoniales del causante fueran legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración, y, consiguientemente, interpretando los artículos 49 y 50 del Código Civil, pudieran ser reconocidos, a los efectos del derecho español, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio. A efectos de la ley española los siguientes matrimonios no son válidos por mor de la excepción de orden público prevista en el artículo 12.3 del Código Civil, a cuyo tenor “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. La proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público se evidencia en nuestra legislación en varios aspectos: en primer lugar, en que la poligamia está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 46.2 Cc), que incluso la contempla como delito (artículo 217 CP); en segundo lugar, en que “en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial” [artículo 17.1.a) LOEx].

– La disposición adicional 13.^a del REx establece que “en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para los trabajadores transfronterizos, para las actividades de duración determinada y para estudiantes, no se cotizará por la contingencia de desempleo”. Es más, tales trabajadores quedarán privados de la posibilidad de acogerse a las previsiones del artículo 38.3 de la LOEx, a cuyo tenor la autorización de trabajo se renovará a su expiración “cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación” [letra b)] y “cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma” [letra c)]²⁰.

(17) STSJ de Cantabria de 28 de marzo de 2003 (AS/2672).

(18) STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS/899).

(19) STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 (AS/3049). En cambio, las SSTSJ de Galicia de 13 de julio de 1998 (AS/1493) y 2 de abril de 2002 (AS/899) reconocen un cincuenta por ciento de la pensión a cada una de las dos viudas.

(20) Por lo demás, como subraya MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en AA. VV.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2003, p. 1169, el subsidio por desempleo resulta subsumible en el concepto de “prestación económica asistencial de carácter público”.

– El artículo 203 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), dispone que la protección por desempleo se extenderá a quienes “pudiendo y queriendo trabajar”, pierdan su empleo o vean reducida su jornada laboral. La hermenéutica gramatical del mismo –primera pauta interpretativa de las normas a tenor del artículo 3.1 del Código Civil– impone la exigencia, en relación con los extranjeros que se encuentren en España, de tenencia de la correspondiente autorización administrativa para trabajar, a tenor del artículo 36 de la LOEx. De ahí que el INEM únicamente reconociera el derecho a las prestaciones por desempleo a los trabajadores extranjeros que se hallaran en posesión del permiso de trabajo en el momento de la solicitud de la prestación y que, además, lo reconociera hasta la fecha en que terminaba la vigencia de dicho permiso y no hasta el período máximo de duración que correspondiera en atención al período de ocupación cotizada acreditada. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró que el trabajador extranjero con un permiso de trabajo que ha perdido vigencia puede continuar en territorio español si cuenta con permiso de residencia, lo que significa que podrá buscar empleo y encontrarlo, y entonces solicitar el permiso de trabajo que, pese a todas las dificultades que presente su concesión en aplicación de la normativa vigente, ello no puede significar directamente la afirmación absoluta de una imposibilidad absoluta para poder trabajar, concluyendo, en consecuencia, que tal sujeto se encuentra en situación legal de desempleo, siempre que tenga permiso de residencia²¹. Esta línea interpretativa, como se ha visto, ha quedado consolidada en las letras b) y c) del artículo 38.3 de la LOEx.

– El requisito de la residencia puede resultar difícil de cumplir en el supuesto de los extranjeros excarcelados, lo que les puede privar de la posibilidad de acceder al subsidio por desempleo previsto para los liberados de prisión²². No obstante, existe una corriente en la doctrina judicial que considera satisfecho dicho requisito si al tiempo de ingresar en prisión el trabajador extranjero se encontraba en posesión de los pertinentes permisos de residencia y trabajo²³. En este sentido, se afirma que “es preciso tener en cuenta que el demandante poseía los pertinentes permisos de residencia y trabajo cuando ingresó en prisión y aunque no pudo solicitar la renovación del permiso de residencia en la prisión, sin embargo está obligado a permanecer en España hasta la fecha de su libertad definitiva (...), es decir, el propio ordenamiento jurídico le impone dicha permanencia que necesariamente habrá de calificarse de legal a los efectos pretendidos”²⁴.

(21) Cfr. SSTs de 21 de diciembre de 1994 (RJ/10349), 21 de septiembre de 1995 (RJ/6787) y 25 de septiembre de 1995 (RJ/6887). Igual solución se propugna a propósito del acceso al subsidio por desempleo en cualquiera de sus modalidades, En este sentido se expresan las SSTs de Castilla y León, de 9 de septiembre de 2003 (AS/420, 2004); y de Castilla-La Mancha, de 26 de octubre de 2004 (AS/2949). En cambio, la STS de Andalucía de 13 de abril de 2000 (AS/3221) exige la tenencia del permiso de residencia para el trabajo.

(22) SSTs de Castilla y León, de 9 de septiembre de 2003 (AS/420, 2004); y de Castilla-la Mancha, de 26 de octubre de 2004 (AS/2949). A juicio de la STS de Andalucía de 13 de abril de 2000 (AS/3221), los permisos de residencia y de trabajo son obligatorios para acceder al subsidio.

(23) En este sentido se expresan las SSTs de Madrid, de 19 de octubre de 2000 (AS/4356); de Cataluña, de 29 de octubre de 2001 (AS/55, 2002); y de Cantabria, de 28 de marzo de 2003 (AS/2672).

(24) STS de Madrid de 19 de octubre de 2000 (AS/4356).

– La doctrina jurisprudencial mantiene una interpretación flexibilizadora de la exigencia de “responsabilidades familiares” en orden al reconocimiento de los subsidios por desempleo²⁵ y de las prestaciones por hijo a cargo²⁶. Y así, partiendo de la base de que el legislador no exige el requisito de la convivencia, reconoce el derecho a dichas prestaciones si los familiares dependen económicamente del beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste. Solución que resulta también del artículo 1.g) del Convenio n.º 157 de la OIT sobre el “Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social” de fecha 21 de junio de 1982, que forma ya parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96.1 CE), por cuanto fue ratificado por España el 26 de julio de 1985. Establece el precepto citado que “la expresión miembros de la familia designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo” y que “no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado”²⁷.

– En cuanto a las prestaciones no contributivas, debe señalarse que la condición de residente que requiere la LGSS sólo puede entenderse en su sentido técnico jurídico y legal, esto es, en el que pueda derivarse de las situaciones concretas previstas en la legislación de extranjería que “supone la obtención de un permiso administrativo *ad hoc* para poder considerar residente –legalmente– al solicitante de una prestación no contributiva”²⁸. Es más, como señala la STSJ de Madrid de 22 de enero de 2004 (JUR/95399), “cuando el artículo 16 7.1 de la LGSS exige a los posibles beneficiarios de la pensión de jubilación no contributiva que «residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión», no está limitando exclusivamente dicho requisito (el de la residencia legal) al momento de la solicitud, sino que también lo requiere para la totalidad del período computable, ya que los términos «lo hayan hecho», es decir, el tiempo en el que se conjuga el verbo «residir», al igual que el adverbio «legalmente» que lo califica, están claramente referidos al concepto de residencia legal que lo precede, como por otra parte, y sin que por ello incurra en *ultra vires*, se deduce con mayor claridad aún del contenido del artículo 10, números 1 y 2, del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolló la Ley 26/1990, hoy incorporada al vigente Texto Refundido de la LGSS”. Puede suceder que debido a la acumulación de asuntos y a la complejidad burocrática de las instrucciones para la regularización de extranjeros, no consten las resoluciones administrativas de concesión de los permisos de residencia. Por ello, resulta de interés el planteamiento sostenido por la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2004²⁹ a propósito

(25) SSTs de 11 de abril de 2000 (RJ/3435) y 3 de mayo de 2000 (RJ/6619); y SSTSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2000 (AS/1238) y 13 de abril de 2000 (AS/2168).

(26) STS de 21 de enero de 2003 (RJ/1989).

(27) En este sentido se expresa la STS de 21 de enero de 2003 (RJ/1989).

(28) STSJ de Madrid de 12 de junio de 2001 (AS/2939).

(29) Publicada en la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 9, 2005, pp. 187 y ss.

de la solicitud de una pensión de jubilación no contributiva presentada por un extranjero que había solicitado en diversas ocasiones la renovación de su permiso de residencia, sin que constase administrativamente su concesión. Pues bien, esta resolución judicial, a partir de las certificaciones expedidas por la Dirección General de Policía y por el Inspector Jefe Local del municipio donde residía el extranjero, reconstruye el historial de éste en nuestro país, y aplicando la normativa de extranjería a la sazón vigente, resuelve que el extranjero tenía derecho a la renovación de los permisos de residencia y, por ende, a la pensión de jubilación.

III. EL TRABAJO EN SITUACIÓN IRREGULAR

A) Las condiciones de trabajo

La falta de permiso de trabajo, bien originaria, bien por falta de renovación, convertía en nulo el contrato de trabajo de los extranjeros por ser contrario a una norma legal imperativa o prohibitiva, cual era que los mismos no podían trabajar en España si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo (artículos 6.3 y 1275 Cc)³⁰. Era una nulidad radical con los efectos del artículo 9.2 del ET, esto es, con la obligación del empresario de satisfacer sus obligaciones salariales por el tiempo trabajado ilegalmente, para evitar su enriquecimiento injusto³¹. De ahí que un extranjero sin permiso de trabajo tuviera derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado, pero no los salarios de trámite, pues el contrato era nulo y durante el período de trámite procesal no había prestado ningún servicio³², ni indemnización alguna por despido. En este sentido, la STS de 2 de noviembre de 1983 (RJ/5562) afirmaba que “no puede imponerse mediante el ejercicio de la acción de despido el reconocimiento de validez y eficacia de futuro de un contrato de trabajo que carece de ella por no haber cumplido el extranjero el requisito de haber obtenido el permiso requerido (...), por lo que tal contrato, al haber dado lugar, pese a su invalidez, a una real prestación de servicios, no produce otros efectos que los previstos en el artículo 9.2 del Estatuto”³³.

En este contexto, la contratación del inmigrante ilegal resultaba rentable para los empresarios, por su menor coste, lo que favorecía la inmigración ilegal. Esta situación llevó a la Ley Orgáni-

(30) Por todas, las SSTS de 10 de marzo de 1983 (RJ/1137), 15 de febrero de 1983 (RJ/653), 23 de febrero de 1983 (RJ/849), 2 de marzo de 1984 (RJ/1507), 30 de octubre de 1985 (RJ/5246), 23 de febrero de 1987 (RJ/1092), 1 de junio de 1987 (RJ/4078) y 21 de marzo de 1997 (RJ/3391). No obstante, se intentó abrir una brecha jurisprudencial pasando a afirmar que la regla general era la validez del contrato de trabajo del extranjero, incluso cuando no se contase con permiso de trabajo, no pudiendo predicarse la invalidez del mismo más que en los supuestos en que se había producido la denegación expresa del permiso de trabajo o constase fehacientemente que no se había solicitado. Por todas, las SSTSJ de Cataluña, de 15 de septiembre de 2000 (AS/4585) y 30 de mayo de 2002 (AS/1993); y de Madrid, de 14 de enero de 2003 (AS/1509).

(31) Por todas, las SSTS de 23 de febrero de 1983 (RJ/849), 15 de marzo de 1991 (RJ/1862) y 21 de marzo de 1997 (RJ/3391).

(32) SSTSJ de Madrid, de 2 de febrero de 2000 (AS/1480); y de Cataluña, de 10 de julio de 2002 (AS/2875).

(33) En el mismo sentido, las SSTS de 20 de diciembre de 1982 (RJ/7872), 15 de febrero de 1983 (RJ/653), 23 de febrero de 1983 (RJ/849), 30 de octubre de 1985 (RJ/5246) y 28 de abril de 1986 (RJ/2258); y la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2000 (JUR/308757).

ca 4/2000 a disponer, en su artículo 33.3, que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Este artículo pasó a ser el artículo 36.3 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 que, no obstante, no alteró su redacción. Este precepto ha sido reformado por la Ley Orgánica 14/2003. En la actualidad el mismo establece que “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”. Previsiones que, a juicio del Tribunal Supremo, implican un giro radical en esta materia. En este sentido, este tribunal afirma que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo”³⁴.

Sin embargo, a mi juicio, el artículo 36.3 de la LOEx matiza, pero no excluye, la aplicación del artículo 6.3 del Cc, a cuyo tenor “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Lo que la carencia de autorización no invalida no es el contrato de trabajo en sí, sino “el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Si el contrato de trabajo del extranjero en situación irregular fuera válido, no tendría sentido mantener la exigencia de la autorización administrativa para trabajar. Además, la admisión de dicha interpretación y, sobre todo, de las consecuencias que de ella se derivarían, supondría una regularización de la situación administrativa de quienes prestan servicios sin autorización que tendría su origen en una actuación empresarial fraudulenta por medio de la cual se eludiría el filtro de la situación nacional de empleo³⁵. El artículo 36.3 de la LOEx pretende paliar los efectos perniciosos que la declaración de nulidad del contrato de trabajo acarrea sobre el trabajador, reconociéndole los derechos derivados de las prestaciones ya ejecutadas, pero no en cuanto al futuro. De este modo, el artículo 36.3 de la LOEx amplía los efectos del artículo 9.2 del ET, de suerte que el trabajador extranjero sin permiso de trabajo tiene todos los derechos derivados de su contrato de trabajo –generales, convencionales³⁶ y contractuales–, y no sólo los estrictamente salariales. Se ha querido dejar de estar forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que correspondan al trabajo prestado, incluida una eventual reclamación por despido³⁷. La carencia del permiso de trabajo, en tanto éste

(34) En este sentido se expresan las SSTs de 9 de junio de 2003 (RJ/3936), 7 de octubre de 2003 (RJ/6497) y 29 de septiembre de 2003 (RJ/7446); y las SSTSJ de Cataluña, de 14 de mayo de 2002 (AS/1974); de Castilla-La Mancha, de 25 de marzo de 2003 (AS/3246) y 31 de marzo de 2004 (AS/1863); de Canarias, de 30 de marzo de 2005 (AS/993); y de Cantabria, de 5 de abril de 2005 (JUR/99767). En cambio, la STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001 (JUR/42571, 2002) y la STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003 (AS/3881) afirman que el contrato de trabajo concertado sin la obtención de los permisos de residencia y trabajo es nulo sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 9.2 del ET.

(35) CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 391.

(36) STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2003 (AS/3246).

(37) SSTSJ de Andalucía, de 16 de mayo de 2001 (AS/1494); de Cataluña, de 14 de mayo de 2002 (AS/1974); de Andalucía, de 20 de mayo de 2002 (JUR/286425); de Madrid, de 30 de septiembre de 2002 (JUR/286425); de Cataluña, de 20 de enero de 2003

no se haya solicitado y denegado, no será nunca la causa de finalización del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular³⁸. Si el empresario extingue dicho contrato y no se acoge a alguna de las causas legalmente establecidas, tal extinción constituirá un despido improcedente o nulo. Si el despido es improcedente y el empresario no solicita la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar, resultará imposible la readmisión del trabajador³⁹. Tal imposibilidad de readmitir lo será por obra de la empresa y en este caso deberá aplicarse el artículo 1134 del Código Civil, “manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización”⁴⁰. Por lo demás, como declara la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005 (AS/1533), “la carencia de la correspondiente autorización para trabajar es imputable al empresario, y, no pueden repercutir en el empleo los efectos negativos derivados de su conducta omisiva y antisocial, pudiendo perfectamente la empresa haber readmitido al trabajador solicitando para él el permiso de trabajo y residencia y éste podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación, por lo que los salarios dejados de percibir han de serle abonados”⁴¹. La ausencia de la autorización para trabajar también impedirá la readmisión del trabajador en el caso de que el despido sea declarado nulo, por lo que deberá aplicarse la misma solución que adopta el artículo 284 del Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), para los supuestos en los que no es posible la readmisión por cese o cierre de la empresa obligada en los que la misma se sustituye por las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el artículo 279.2 de la LPL⁴².

(AS/574) y 4 de julio de 2003 (AS/3004); de Castilla y León, de 25 de noviembre de 2003 (AS/1946, 2004) y 28 de enero de 2004 (AS/186302); de Cantabria, de 5 de abril de 2005 (JUR/99767); y de Cataluña, de 6 de mayo de 2005 (AS/1736).

En cuanto a la cobertura del FOGASA véanse, por todos, ROQUETA BUJ, R.: *Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA*, Valencia, 2000, pp. 265 y ss.; TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma...*, cit., pp. 267 y ss.; y las SSTSJ de 16 de junio de 1994 (AS/2578); de Canarias, de 12 de julio de 1994 (AS/2913) y 4 de mayo de 1995 (AS/2059); de Andalucía, de 27 de mayo de 1998 (AS/2654) y 3 de julio de 1998 (AS/3498); de Madrid, de 2 de febrero de 2000 (AS/1480); de Canarias, de 30 de septiembre de 2000 (JUR/240687, 2001); y de Cataluña, de 10 de julio de 2002 (AS/2875).

(38) TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma...*, cit., p. 267.

(39) STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (AS/1974).

(40) SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2004 (AS/3336) y 24 de junio de 2004 (JUR/10150, 2005). En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía de 16 de mayo de 2001 (AS/1494) y la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (AS/1974).

(41) En el mismo sentido la STSJ de Andalucía de 16 de mayo de 2001 (AS/1494). No obstante, la STSJ de Castilla y León de 25 de noviembre de 2003 (AS/1946, 2004) afirma que “parece claro que, independientemente de las consecuencias en la esfera administrativa que pueda tener la carencia de permiso de trabajo del trabajador afectado, lo cierto es que el mismo tiene derecho, en base al trabajo efectivamente realizado, a que se le indemnicen todas las cantidades oportunas relativas al despido efectuado, manteniendo el acertado criterio sostenido en la sentencia de instancia, de que no deben incluirse en aquéllas los salarios de tramitación que tienen un carácter indemnizatorio no salarial”.

(42) CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico...*, cit., p. 303. En cambio, la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2002 (AS/1993) estima que el contrato de trabajo del extranjero irregular no debe reputarse nulo sino que tendrá validez hasta la concesión del preceptivo permiso de trabajo, pues sólo en el supuesto de denegación es cuando podrá estimarse tal nulidad. Por ello, desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por la accionante, en cuanto reclamaba por despido nulo y condenó al empresario a la readmisión de la demandante, así como al pago de salarios de tramitación desde la fecha del despido.

Por último, ha de subrayarse el hecho de que los efectos del artículo 36.3 de la LOEx sólo se predicen de los supuestos en los que el empleador está legitimado y obligado a solicitar el permiso de trabajo, esto es, el permiso inicial para trabajar por cuenta ajena⁴³. En este sentido, la STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004 (AS/2479) señala que “no puede alegarse que el nuevo artículo 36 de la LO 8/2000 preserva los derechos del trabajador extranjero siempre y en todo caso pues tal salvaguarda se establece frente a actuaciones del empresario y en orden a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, pero no preserva el contrato de trabajo frente a la negligencia del trabajador que no da cumplimiento a la normativa que le afecta y a cuya observancia se supe-dita no tanto la validez sino la propia subsistencia del contrato”. Si el trabajador deja caducar el permiso de trabajo, en rigor, no será de aplicación el artículo 36.3 de la LOEx, lo que determinará la nulidad del contrato de trabajo con los efectos del artículo 9.2 del ET.

B) Los derechos de Seguridad Social

El artículo 10.1 de la LOEx sólo reconoce el derecho a las prestaciones del nivel contributivo de la Seguridad Social a los trabajadores extranjeros en situación regular. Además, la exigencia prevista en el artículo 42 del RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, de que “a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo”, impide la inclusión del trabajador extranjero en situación irregular en el sistema de la Seguridad Social⁴⁴.

El artículo 106.1 de la LGSS desvincula la obligación de cotizar de otras obligaciones formales previas, pues ésta nace “con el mismo comienzo de la prestación de trabajo”. Precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos⁴⁵. Por ello, y teniendo en cuenta que el artículo 36.3 de la LOEx deja a salvo las responsabilidades, “incluidas aquellas en materia de Seguridad Social”, en que pueda incurrir el empresario que contrata a un extranjero en situación irregular, cabría entender que aquél está obligado a cotizar a la Seguridad Social por el tiempo que dicho trabajador haya prestado servicios. De este modo, a pesar de la imposibilidad de afiliación y alta previas, una vez iniciada la prestación laboral, el empresario debería ingresar las cantidades correspondientes a

(43) Así, TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma...*, cit., p. 261.

(44) En este sentido, la STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2000 (AS/3192) señala que no hay disposiciones que prevean la obligación de dar de alta en la Seguridad Social a un extranjero sin permiso de trabajo y residencia. En el mismo sentido, las SSTJ del País Vasco, de 10 de octubre de 2000 (AS/4466); y de La Rioja, de 27 de noviembre de 2001 (AS/3957); TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma...*, cit., pp. 266-267; y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, cit., pp. 1141 y ss. En sentido contrario se expresa la STSJ de Aragón de 29 de julio de 2003 (AS/1523, 2004).

(45) Así se expresan las SSTJ de 28 de mayo de 1991 (RJ/4215) y 2 de diciembre de 1998 (RJ/10268). En sentido contrario, sin embargo, se pronuncia la sentencia de la misma sala del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997 (RJ/8539).

dicho período de tiempo en concepto de cotización. De aceptarse esta interpretación, estaríamos abriendo una vía de regularización no prevista en la Ley, pues si se acepta el deber del empresario de cotizar por el trabajador que ha prestado servicios sin el correspondiente permiso de trabajo, habría que dar el paso siguiente y entender que dichas cotizaciones generan la responsabilidad prestacional de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. Sin embargo, tras el incremento de la multa que ha de imponerse al empresario que contrata a un extranjero en situación irregular, ya no caben dudas a este respecto. En efecto, el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social, establece que dicha multa “se incrementará 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 del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios”. Queda claro, por consiguiente, que el empresario deberá hacer frente al pago de tales cantidades, pero no en concepto de “cotizaciones”, sino de “multa”, lo que parece excluir cualquier tipo de responsabilidad prestacional de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

A pesar de la imposibilidad de afiliación, alta y cotización previas, una vez iniciada la prestación de servicios, la relación laboral del trabajador extranjero en situación irregular podrá generar determinados derechos prestacionales. Esta afirmación, no obstante, requiere de un detenido examen. La Ley Orgánica 4/2000 establecía en su artículo 33.3 que “los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales” y que “la carencia de la correspondiente autorización para contratar 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”. Bajo la vigencia de esta Ley y teniendo en cuenta que “el artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos”, la STS de 9 de junio de 2003 (RJ/3936) declara que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo” y que “siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección (por accidentes de trabajo) que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo”⁴⁶. Por consiguiente, a juicio del Tribunal Supremo, la carencia

(46) En el mismo sentido se expresan la STS de 7 de octubre de 2003 (RJ/6497); y las SSTSJ de Aragón, de 28 de junio de 2001 (AS/2537) y 9 de septiembre de 2002 (AS/2951); de La Rioja, de 16 de marzo de 2004 (AS/1295), de Aragón, de 1 de abril de 2004 (AS/3076); de Castilla-La Mancha, de 19 de mayo de 2004 (AS/16 52); y de Castilla y León, de 30 de julio de 2004 (AS/2194); y GÓMEZ ABELEIRA, F.J.: “Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador”, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo I, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2003, pp. 790 y ss. En cambio, la STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 2001 (AS/3957) afirma que “tampoco se opone a lo anterior lo dispuesto en el artículo 33 n.º 3 de la citada Ley al disponer que la carencia de la correspondiente autorización para contratar 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, toda vez que, obviamente, se está refiriendo –al igual que hace el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores– a la remuneración que debe satisfacer el empresario al trabajador, por la realización de su trabajo, como si se tratara de un contrato válido; pero ello no implica –se insiste– que tenga derecho a percibir las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social”.

de la autorización para trabajar no invalidaba los “derechos” del trabajador extranjero derivados de su contrato de trabajo, incluidos los derechos de Seguridad Social. Sin embargo, no tenía sentido interpretar el artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000 de forma que contradijese el resto de las previsiones de esta Ley. Y, en este sentido, debe significarse que el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 4/2000 sólo reconocía el derecho a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social a los trabajadores extranjeros en situación regular. Además, el contrato de trabajo de éstos, tanto antes como después de la Ley Orgánica 4/2000, es nulo y la validez que se predica del mismo es, en todo caso, una validez interpartes. El contrato de trabajo del extranjero en situación irregular no puede, por tanto, producir efectos frente a terceros, posición que es la que ocupa en este caso la Seguridad Social. Por consiguiente, la expresión “no invalidará” significaba que el contrato de trabajo era válido, pero ello afectaba exclusivamente a los derechos laborales del trabajador extranjero, con exclusión de los derechos de Seguridad Social⁴⁷.

Esta conclusión se corrobora por el cambio operado por la Ley Orgánica 14/2003 en el artículo 36.3 de la LOEx. En efecto, el nuevo precepto establece que “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”. El artículo 36.3 de la LOEx advierte novedosamente, tras la Ley Orgánica 14/2003 que el empleador incurrirá en responsabilidades en materia de Seguridad Social y que la carencia de la autorización no será obstáculo para la obtención por el trabajador extranjero de las prestaciones que pudieran corresponderle. Como es de ver, la regulación legal introduce una sustancial y vital diferencia entre los derechos laborales y los derechos de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación irregular. En relación con los primeros, la Ley dice que la carencia del permiso de trabajo “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Con tal contundente aserto se quiere dejar a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a la normativa laboral. En cambio, en relación con los derechos de Seguridad Social la LOEx se limita a indicar que esta situación no “será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”, esto es, las que pudieran corresponderle con arreglo a la legislación vigente en materia de Seguridad Social⁴⁸. Por consi-

(47) En el mismo sentido, TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma...*, cit., p. 266; y RUIZ CUESTA, M. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo I, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2003, pp. 1374 y ss.

(48) CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 254 y ss., y 425 y ss., afirma que el artículo 36.3 de la LOEx al establecer que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar “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”, está reconociendo expresamente el derecho de los extranjeros irregulares a las prestaciones de la Seguridad Social, tanto si derivan de riesgos profesionales como de riesgos comunes, si bien en este último caso el empresario será el único responsable de dichas prestaciones, como ocurre cuando quien es víctima es un trabajador extranjero regular o un trabajador nacional que no se encuentra en alta en la Seguridad Social. En parecidos términos se expresa TARABINI-CASTELANI AZNAR, M.: “Problemas aplicativos...”, cit., p. 72, para quien con este precepto parece incorporarse la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones previsto en el artículo 125.3 de la LGSS a los extranjeros sin papeles.

guiente, las prestaciones a que tiene derecho el trabajador extranjero irregular son las que ya tenía reconocidas con anterioridad, esto es, las derivadas de contingencias profesionales⁴⁹.

El Convenio n.º 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, ratificado por España el 25 de mayo de 1928 y en vigor en nuestro país a partir del 22 de febrero de 1929, establece que “todo miembro de la Organización Internacional de Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo” (artículo 1.1) y que “esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia” (artículo 1.2). Por consiguiente, el Estado español está obligado a conceder a los trabajadores extranjeros, que sean víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio español, el mismo trato que otorgue a los nacionales, sea cual sea su situación. Remisión que supone la aplicación también de las normas sobre automaticidad de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales en idénticos términos que a los súbditos nacionales⁵⁰. Lo que garantiza la protección del trabajador, pues será el sistema de la Seguridad Social el que anticipará las prestaciones correspondientes⁵¹, pero sin perjuicio de que en último término acabe pagando el empleador (artículo 126.2 LGSS), contra el que el sistema de la Seguridad Social puede repetir⁵². Esta conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57.5.d) de la LOEx, según el cual la sanción de expulsión del territorio español no podrá ser impuesta a “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”⁵³. Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero no debidamente documentado haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El Convenio n.º 19 de la OIT, sin embargo, condiciona la obligación del Estado español de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales en materia de accidentes de trabajo a la reciprocidad convencional, esto es, a que el país del trabajador también lo haya

(49) A favor de la protección por contingencias profesionales de los trabajadores extranjeros en situación irregular se manifiestan, entre otras, las SSTs de 9 de junio de 2003 (RJ/3936) y 7 de octubre de 2003 (RJ/6497); y las SSTSJ de Castilla y León, de 4 de diciembre de 2000 (AS/308, 2001); de Cataluña, de 5 de septiembre de 2001 (AS/3265); de Castilla y León, de 30 de octubre de 2001 (AS/4296); de Madrid, de 5 de septiembre de 2002 (AS/3359); de Cataluña, de 20 de mayo de 2003 (AS/2597); de Madrid, de 1 de diciembre de 2003 (AS/1869, 2004); de Castilla-La Mancha, de 30 de julio de 2004 (AS/2544); de Madrid, de 11 de octubre de 2004 (AS/2915) y 14 de marzo de 2005 (AS/1213). En sentido contrario, las SSTSJ de La Rioja, de 27 de noviembre de 2001 (AS/3957) y de Castilla y León, de 30 de abril de 2002 (AS/1593).

(50) STS de 9 de junio de 2003 (RJ/3936).

(51) En este sentido las SSTSJ de Cataluña, de 20 de mayo de 2003 (AS/2597); y de Madrid, de 14 de marzo de 2005 (AS/1213).

(52) Así lo subrayan las SSTSJ de Aragón, de 28 de junio de 2001 (AS/2537); de Baleares, de 18 de julio de 2002 (AS/3007); de Madrid, de 5 de septiembre de 2002 (AS/3359); de Cataluña, de 20 de mayo de 2003 (AS/2597); y de Madrid, de 14 de marzo de 2005 (AS/1213).

(53) Así lo subraya la STS de 9 de junio de 2003 (RJ/3936).

ratificado⁵⁴. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido sosteniendo la protección ante las contingencias profesionales de todos los extranjeros en situación irregular con independencia de que su país de origen haya ratificado o no el Convenio n.º 19 de la OIT, apoyándose a tales efectos en el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social⁵⁵. En este sentido, se afirma que este precepto, extendiendo el principio que inspira el Convenio n.º 19 de la OIT en materia de accidentes de trabajo, establece que “la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”. Sin embargo, aparte de las sospechas de vaciamiento de contenido que pesan sobre este precepto⁵⁶, el mismo no constituye un fundamento sólido en el que sustentar dicha interpretación, por más que los tribunales lo hayan venido utilizando durante muchos años⁵⁷. Ciertamente, el artículo 1.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, en rigor, no se refiere a la situación de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo y, además, en todo momento utiliza el término de “residentes”, lo que supone la tenencia, al menos, de una autorización de residencia⁵⁸.

Por último, una vez regularizada la situación del trabajador extranjero, éste no podrá pretender que los servicios prestados en el lapso de tiempo en que carecía del correspondiente permiso de trabajo sean tenidos en cuenta para acreditar la carencia necesaria en orden a lucrar las prestaciones de la Seguridad Social⁵⁹, solicitar una mayor base reguladora⁶⁰ o determinar la duración de la prestación por desempleo⁶¹.

(54) STS de 7 de octubre de 2003 (RJ/6497).

(55) En este sentido, la STS de 9 de junio de 2003 (RJ/3936); y las SSTSJ de Castilla y León, de 4 de diciembre de 2000 (AS/308, 2001); de Cataluña, de 5 de septiembre de 2001 (AS/3265); de Castilla y León, de 30 de octubre de 2001 (AS/4296); de Baleares, de 18 de julio de 2002 (AS/3007); de Madrid, de 5 de septiembre de 2002 (AS/3359); de Cataluña, de 20 de mayo de 2003 (AS/2597); y de Castilla-La Mancha, de 30 de julio de 2004 (AS/2544).

(56) Cfr. GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Apunte sobre los derechos de la Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre”, *RMTAS*, n.º 2, 1997, pp. 97 y ss.; CARDENAL CARRO, M.: “Extranjero «ilegal» y ámbito de cobertura de la Seguridad Social [STS Andalucía-Sevilla 15 de enero de 1998 (AS 1998, 214)]”, *A.S.*, VI, 1998, pp. 2503 y ss.; y STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2002 (AS/1593).

(57) Así lo señalan RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “La acción protectora de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular”, en AA. VV.: *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2003, pp. 1353 y ss.; y CEINOS SUÁREZ, A.: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 352 y ss.

(58) Cfr. artículo 10.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones y la ordenación de los servicios médicos de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social.

(59) Cfr. SSTSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2000 (AS/4571) y 17 de noviembre de 2000 (JUR/30863, 2001).

(60) En este sentido, la STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2002 (JUR/255491) declara que los servicios prestados en tal lapso de tiempo no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación.

(61) En sentido contrario se expresa la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2001 (JUR/139229).

Notas y colaboraciones

*Dossier: Derechos humanos y
personas migrantes. El sistema
internacional de Naciones Unidas*

PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

I Introducción al Dossier

Los recientes acontecimientos ocurridos en los últimos meses en la frontera sur de la Unión Europea, Ceuta y Melilla, pero también en Francia, en las periferias de las grandes capitales francesas y por tanto también de la Unión, ponen nombre a un conflicto que pese a sus singulares características explicitan unas raíces muy similares que se asientan en las desigualdades socioeconómicas y jurídicas, tanto individuales como colectivas basadas en el origen nacional y la procedencia de las personas.

El problema, en uno y otro caso, sin duda es de gran complejidad y no tiene respuestas sencillas. Sin embargo, ambos conflictos han evidenciado un escaso respeto de los derechos humanos por parte de los Estados y autoridades intervinientes que se han saldado, recordamos brevemente, con al menos cinco muertes ante las vallas que separan Ceuta de Marruecos; deportaciones colectivas irregulares; atentados a la libertad personal; restricciones insoportables de las garantías jurídicas; toque de queda en las barriadas de París, Lyon y otras ciudades francesas; actuaciones policiales desproporcionadas.

Los acontecimientos han puesto asimismo de actualidad un tema esencial cual es la existencia de Derechos que pertenecen universalmente a las personas con independencia del territorio en el que se encuentren y que los Estados están obligados a respetar. Ello exige examinar el grado de protección de los derechos humanos en el espacio europeo y la compatibilidad de ese estado de protección (en muchos casos, de desprotección) con las obligaciones internacionales de los Estados y la Unión Europea.

Los hechos obligan, en primer término, a reivindicar el más escrupuloso respeto de los mecanismos internos e internacionales de protección de los derechos humanos como elemento esencial y básico para poder comenzar a pensar y reflexionar sobre las posibles soluciones a un conflicto que enfrenta a países ricos y pobres, a veces con procesos culturales muy diferentes y que genera una creciente expulsión de personas del denominado tercer o cuarto mundo hacia la UE, en nuestro caso, a USA o Canadá en el caso americano, y la existencia de unas políticas migratorias y de integración inadecuadas, que generan desigualdades económicas, sociales y jurídicas difícilmente soportables en un Estado democrático de derecho.

El objetivo del DOSSIER es el de poder ofrecer un elemento jurídico de reflexión poco analizado en nuestro país como es el de la existencia de derechos humanos, y por tanto universales, de las personas migrantes y los mecanismos internacionales de protección.

En este sentido se deberán tener presentes fundamentalmente al menos cuatro tratados internacionales: La Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966, la Convención Internacional sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes (de 1984). En relación con el tema de la frontera Sur con Marruecos habrá de analizarse también el Acuerdo entre España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, de 1992.

También deberá examinarse la participación o no en los Tratados adoptados y en las Organizaciones Internacionales creadas sobre todo en el ámbito de las Naciones Unidas para la protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes. Resulta especialmente preocupante que España ni haya ratificado la Convención de 1990 sobre los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ni todavía sea miembro de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM)¹.

El Dossier en este caso ha concretado el análisis en la Convención Internacional de 1990 y en los mecanismos de protección convencional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas con especial referencia al Comité de Derechos Humanos.

También se incluye en el Dossier la iniciativa del Consejo General de la Abogacía Española de ejercer su Derecho de Petición, dirigiéndose al Gobierno, Congreso y Senado españoles instando la ratificación por España del citado Convenio Internacional en el mismo sentido que el solicitado por el Parlamento Europeo en su Resolución sobre las prioridades y recomendaciones de la UE para el 61.º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Esperamos que todo este material que ofrecemos se convierta en una herramienta eficaz en la reivindicación y defensa de los derechos humanos de las personas, en este caso de las personas migrantes.

(1) En este sentido saludamos la iniciativa del CGAE que ha instado al Gobierno, Congreso y Senado españoles la ratificación por España del Convenio Internacional de 1990. Recordamos también que una iniciativa similar fue aprobada por el Parlamento Catalán y que el Parlamento Europeo en su Resolución sobre las prioridades y recomendaciones de la UE para el 61.º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra, del 14 de marzo al 22 de abril de 2005) pide a los Estados miembros que ratifiquen el Convenio de las Naciones Unidas sobre trabajadores migrantes y que apoyen la ratificación universal del mismo.

CARLOS VILLÁN DURÁN

Oficina del Alto Comisionado
de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos (Ginebra)¹
Presidente de la Asociación Española
para el Desarrollo y la Aplicación
del Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

II

La protección convencional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas

SUMARIO

I. Introducción. A) Mecanismos de información. a) Las observaciones finales. b) Las observaciones generales. B) Mecanismos cuasicontenciosos. a) Las quejas individuales en el sistema universal. b) Procedimiento para la tramitación de quejas individuales. a') Competencia. b') Admisibilidad. c') Determinación de los hechos. d') Dictamen. e') Publicación. f') Seguimiento. c) Eficacia del procedimiento.

II. Conclusiones.

III. Selección bibliográfica.

I. INTRODUCCIÓN

Desde 1945 hasta la fecha la Organización de las Naciones Unidas, sus organismos especializados –OIT, UNESCO– y algunos de sus órganos subsidiarios –ACNUR–, así como las Organizaciones regionales –el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos o la Unión Africana–, han desarrollado un complejo entramado institucional y normativo sobre el que se ha construido un sistema de protección internacional de los derechos humanos compuesto de normas sustantivas y procesales². Este nuevo ordenamiento jurídico, compuesto por 150 tratados internacionales y protocolos, así como otras normas del Derecho Internacional general, es lo que

(1) Las opiniones expresadas son de la exclusiva responsabilidad del autor, por lo que no comprometen las de la Organización.

(2) Vid. por todos SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: *Las Organizaciones Internacionales ante las violaciones de los derechos humanos*, Oviedo, Septem Ediciones, 2004, 368 p.

denominamos *Derecho internacional de los derechos humanos*. Conforme a su definición, que desarrollamos en otro lugar³, el DIDH es el:

“Sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.”

La invocación y la aplicación de este sector del DI se hace con grandes dificultades, pues a menudo pasa desapercibido a los jueces y otros profesionales del Derecho nacionales, así como a las propias organizaciones no gubernamentales (ONG) e instituciones nacionales en materia de derechos humanos.

A la falta de información se añade el hecho de que el jurista nacional se enfrenta a categorías jurídicas que no domina, por ser extrañas a las propias de su ordenamiento interno. De ahí su escasa e insatisfactoria aplicación, a pesar de constituir un valioso sistema complementario del régimen jurídico interno de protección de los derechos humanos.

En términos generales, las normas convencionales de derechos humanos obligan a los Estados Partes a nivel internacional una vez ratificadas. Por consiguiente, se deben incorporar rápidamente al ordenamiento jurídico interno. En el caso de España, dicha incorporación se realiza mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado –lo que garantizará el principio de la seguridad jurídica–, para facilitar su aplicación en la esfera interna tanto por los tribunales de justicia como por los demás órganos del Estado (artículo 96.1 de la Constitución de 1978)⁴ e incluso los particulares. Si el tratado regula una materia perteneciente al ámbito competencial de una Comunidad Autónoma, ésta deberá adoptar las normas de desarrollo necesarias (legal o reglamentario) para su ejecución y aplicación a nivel administrativo.

Además, la Constitución Española establece que las normas contenidas en los tratados internacionales no podrán ser derogadas o modificadas por la legislación interna salvo “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (artículo 96.1 *in fine* de la Constitución). Por lo que, en atención a la especialidad de su origen, la Constitución reserva a los tratados internacionales –una vez ratificados– un rango jerárquico superior al de la ley ordinaria. A menos que requieran de un desarrollo reglamentario interno, las normas *self-executing* de los tratados internacionales pueden hacerse valer directamente ante los tribunales de justicia.

(3) En adelante: DIDH. Para un análisis del concepto y elementos constitutivos de este ordenamiento, vid. nuestro *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, 1.028 p., Lección 2, pp. 85–140.

(4) Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.ª edición, Madrid, Ed. Dilex, 2003, Lecc. 16 (“Las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno español”), pp. 441–464.

En la misma línea, tratándose de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Española, el artículo 10.2 de la misma ataja cualquier posible contradicción entre las normas internacionales y constitucionales al disponer que éstas “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En consecuencia, los órganos internos del Estado (tribunales, administraciones central, autonómicas y locales) no podrán interpretar de modo restrictivo el alcance de los derechos humanos reconocidos en el DIDH que obliga a España, pues éste es el “garante externo” de los derechos y libertades que la Constitución reconoce⁵. Además, el Tribunal Constitucional español ha considerado que los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶.

Pues bien, un número creciente de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España establecen mecanismos de protección internacional de los derechos en ellos consagrados que constituyen, a su vez, una auténtica innovación en D. internacional. Entre ellos, estudiaremos a continuación los mecanismos de información (de carácter no contencioso) y los mecanismos cuasicontenciosos.

A) Mecanismos de información

Son los procedimientos más antiguos, por lo que son los más próximos a los mecanismos que ofrece el D. internacional clásico en materia de arreglo de controversias entre Estados. En efecto, por este procedimiento los Estados se obligan simplemente a presentar de forma periódica informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivos los derechos consagrados en el respectivo tratado internacional del que sean Partes, así como sobre los progresos realizados y obstáculos encontrados en la aplicación del tratado⁷. Para ello, los Estados deberán seguir las directrices de los distintos Comités en cuanto a la forma y contenido de los citados informes⁸. Actualmente se

(5) Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.: “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos”, en MARIÑO MENÉNDEZ (F.M.) (editor): *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 333-350, en 349.

(6) *Ibidem*, pp. 340-342

(7) El estado actual de presentación de informes ante los diferentes Comités se puede consultar –por Estado– en el documento HRI/GEN/4/Rev.5, de 2005 (“Recent reporting history under the principal international human rights instruments”).

Todos los documentos de las Naciones Unidas se pueden consultar en la Web: www.ohchr.org.

(8) Vid. “Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos” en el doc. HRI/GEN/2/Rev.2, de 7 de mayo de 2004, 120 p. y Add. 1, de 6 de mayo de 2005, 7 p.

asiste a un proceso de armonización creciente de esas directrices, en particular las relativas a un documento básico común a todos los informes periódicos del Estado⁹.

Tales informes se presentarán cada 4 o 5 años ante el Comité de expertos independientes competente, que los estudiará en cooperación con los representantes del Estado interesado, en el marco de un diálogo celebrado en sesión pública. Es conveniente que cada Estado establezca comisiones interdepartamentales dentro del Ejecutivo para la elaboración de cada informe, con la participación de los otros poderes del Estado (legislativo y judicial), así como los representantes de la sociedad civil e instituciones nacionales de derechos humanos.

El procedimiento de informes periódicos está previsto en siete instrumentos convencionales y sus correspondientes protocolos hoy en vigor, a saber: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR, 170 Estados Partes); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 152 Estados Partes); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 154 Estados Partes) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte (54 Estados Partes); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDCM, 180 Estados Partes); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT, 139 Estados Partes); Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 192 Estados Partes), junto a sus dos Protocolos Facultativos (participación de los niños en los conflictos armados, 98 Estados Partes; venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, 95 Estados Partes); y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (30 Estados Partes)¹⁰.

Otras dos convenciones prevén la presentación por los Estados Partes de informes periódicos (la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* y la Convención Internacional contra el *Apartheid* en los Deportes). Sin embargo, estos procedimientos fueron suspendidos a partir de la abolición oficial del régimen del *apartheid* en Sudáfrica.

El procedimiento de informes periódicos dispone de mecanismos de control muy tenues, respetuosos con la idea de la cooperación internacional entre Estados soberanos. De ahí que eviten la confrontación o la acusación a los gobiernos por violaciones de derechos humanos. No son, en su origen, mecanismos contenciosos ni contradictorios, pues su finalidad es asistir y cooperar con los gobiernos en la promoción de los derechos humanos. En este sentido, el procedimiento tiene un carácter más preventivo de la repetición de futuras violaciones que estrictamente protector ante violaciones ya ocurridas.

(9) "Directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, incluidas orientaciones relativas a la preparación de un documento básico ampliado y de informes orientados a tratados específicos", doc. HRI/MC/2005/3, de 1 de junio de 2005, 34 p.

(10) Todos estos tratados, a excepción de la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, han sido ratificados por España.

No obstante, es notable la evolución del sistema de informes periódicos en el marco de las Naciones Unidas en los últimos años, pues se ha ido operando progresivamente una transformación del mismo a través de la revisión de los reglamentos y métodos de trabajo de los distintos Comités.

a) Las observaciones finales

En efecto, los Comités han ido asumiendo progresivamente funciones contradictorias que en su origen no estaban previstas, con el fin de ofrecer a los Estados un diagnóstico de la situación en sus respectivos países en relación con el disfrute real de los derechos consagrados en la convención respectiva: se trata de las *observaciones finales* relativas a cada país, con las que los Comités culminan sus trabajos de revisión de los informes periódicos de los Estados. Pues bien, estas observaciones finales contienen una innegable evaluación del Comité respecto de la situación en cada país.

Por otra parte, el procedimiento no preveía inicialmente más que una relación exclusiva del Comité de turno con los representantes del Estado en el análisis de los informes periódicos, a pesar de que el debate siempre se realiza a puerta abierta, por lo que toda persona interesada puede presenciarlo. Adicionalmente, el Comité contaba con una limitada participación, a través de comentarios escritos, de los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Internacional del Trabajo, la UNESCO, la FAO o la Organización Mundial de la Salud. En menor medida, los Comités también contaban con las informaciones que les suministraban los órganos subsidiarios del sistema de las Naciones Unidas, tales como el ACNUR, el PNUD, o el UNICEF.

Sin embargo, la participación de *los individuos y las organizaciones no gubernamentales* en el procedimiento de informes periódicos de los Estados se ha abierto camino más recientemente. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Com.DESC) ha sido el primero oficialmente autorizado por su órgano principal (el Consejo Económico y Social, ECOSOC) para recibir informes –escritos y orales– procedentes de organizaciones no gubernamentales que gocen de estatuto consultivo ante el ECOSOC. Posteriormente el Comité de Derechos Humanos (Com.DH) decidió que también podía recibir oficialmente documentación por escrito de ONG. Poco tiempo después el Comité sobre los Derechos del Niño (Com.DN), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Com.EDR) y el Comité contra la Tortura (Com.CT) han seguido su ejemplo.

Por otro lado, las ONG y los individuos interesados pueden estar presentes durante el desarrollo del debate entre los miembros del Comité y los representantes del Estado, puesto que tal debate es oral y, como ya se ha dicho, se celebra a puerta abierta. Aunque no pueden participar activamente en el debate, su presencia facilitará el seguimiento del procedimiento y de las opiniones que expresen tanto los miembros del Comité como los de la delegación del Estado que participe en el diálogo con el Comité.

Por tanto, nada impide ahora que los miembros de los Comités puedan recibir, a título personal, informaciones procedentes de individuos, de ONG e incluso de instituciones nacionales de derechos humanos. Ellos mismos decidirán en conciencia sobre su eventual utilización.

Las recomendaciones de los Comités relativas a cada Estado, expresadas a través de sus *observaciones finales*, se publican en los informes anuales del Comité respectivo¹¹. Todos estos documentos son públicos y se pueden localizar en la página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH)¹².

Frente a la doctrina tradicional que consideraba las “observaciones finales” de los Comités como simples “recomendaciones” desprovistas de valor jurídico, la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 9 de julio de 2004 ha reconocido el valor jurídico y la interpretación autorizada tanto del Com.DH como del Com.DESC en el marco de sus “observaciones finales” sobre los respectivos informes periódicos de Israel. En efecto, ambos Comités establecieron que los dos Pactos se aplican al conjunto de los territorios y poblaciones que están bajo el control efectivo de Israel¹³, por lo que el Estado tiene la obligación de facilitar y proteger el disfrute de los derechos consagrados en los respectivos Pactos a todas las personas que habitan en los territorios palestinos ocupados.

Además, al ser difundidas, estas *observaciones finales* ejercen cierta influencia moral y política sobre los gobiernos. Como constituyen un excelente diagnóstico de la situación del país en lo que se refiere al disfrute real de los derechos consagrados en cada uno de los tratados, debieran ser utilizadas con más frecuencia por las ONG de derechos humanos y otros representantes de la sociedad civil del país, así como las instituciones nacionales de derechos humanos, con el objeto de obtener de los poderes públicos un comportamiento más acorde con ese diagnóstico.

En realidad, la delegación estatal ante los respectivos Comités no tiene por qué ser exclusivamente gubernamental. Por el contrario, debiera estar compuesta por los distintos poderes del Estado, las instituciones nacionales de derechos humanos, así como por representantes de los actores sociales que participan en el proceso de preparación de cada informe periódico y en el seguimiento de la aplicación efectiva de las observaciones finales de cada Comité.

En materia de seguimiento de las observaciones finales, varios Comités han tomado medidas. Así, desde 2001 el Com.DH cuenta con un *Relator Especial para el seguimiento de las observaciones finales*, que analizará las informaciones que el Estado someta al Comité en el término

(11) Un estudio completo de los procedimientos de información, tanto en las Naciones Unidas como en la UNESCO y en la OIT, se encuentra en VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 382-424.

(12) <http://www.ohchr.org>.

(13) CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, párrs. 107-113. Israel pretendía la aplicación exclusiva del derecho internacional humanitario a los territorios palestinos ocupados, en detrimento de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados ratificados por Israel. Por el contrario, la CIJ determinó que tanto el derecho internacional humanitario como el DIDH son aplicables en los territorios palestinos ocupados (*ibidem*, párr. 114).

de un año sobre las medidas adoptadas en aplicación de las recomendaciones del Comité¹⁴. Por su parte, el Com.CT puede, si el Estado no ha cumplido algunas de las obligaciones de la Convención respectiva, encomendar a uno o varios de sus miembros que, en calidad de relatores, “se mantengan informados del cumplimiento” por parte del Estado “de las conclusiones y recomendaciones del Comité”¹⁵. El Comité también podrá “indicar el plazo dentro del cual hayan de recibirse las observaciones de los Estados Partes”¹⁶.

Pero el sistema de informes periódicos no puede funcionar si los Estados no suministran a los Comités esos informes por negligencia o incapacidad técnica, incumpliendo así una obligación convencional básica. Para evitar el colapso del mecanismo por incumplimiento de esta obligación básica, los Comités han adoptado un “procedimiento de revisión” excepcional, consistente en abordar el estudio de la aplicación del respectivo tratado en el Estado cuando éste no haya presentado ninguno de los informes pendientes, a pesar de los reiterados llamamientos de los Comités para que cumpla con su obligación de informar¹⁷.

b) Las observaciones generales

Los Comités también adoptan *observaciones o recomendaciones generales* con el fin de ayudar a los Estados a comprender qué tipo de información desean los Comités recibir, sobre la base de la experiencia adquirida. De este modo se señalan las deficiencias de los informes, se sugieren mejoras y se estimula a los Estados a lograr la plena realización de los derechos consagrados en el tratado correspondiente¹⁸.

Pero tanto el Com.DH como el Com.DESC han adoptado observaciones generales que han ido más allá de sus propósitos iniciales, pues equivalen a un ejercicio de interpretación sobre el contenido y el alcance de las obligaciones contenidas en el respectivo Pacto. Tales observaciones generales han sido generalmente bien aceptadas por los Estados Partes. El Com.CT y el Com.DN también han adoptado observaciones generales dentro de sus respectivas competencias. En este aspecto, el DIDH innova en relación con las reglas generales del DI que atribuyen el monopolio de la interpretación de un tratado internacional a los Estados Partes en el mismo¹⁹.

(14) OACNUDH: *Derechos Civiles y Políticos: El Comité de Derechos Humanos*, Folleto informativo n.º 15 (Rev. 1). Ginebra, 2005, 71 p., en 23.

(15) Artículo 68.1 del Reglamento del Com.CT. Cfr. doc. HRI/GEN/3/Rev.2, de 28 de mayo de 2005, p. 169.

(16) *Ibidem*, artículo 68.2.

(17) Vid. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: *The United Nations Human Rights Treaty System: An introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies*, Geneva, Fact Sheet 30, 2005, pp. 24-25 y 44.

(18) Una recopilación de las observaciones y recomendaciones generales adoptadas por los diferentes Comités se contiene en el doc. HRI/GEN/1/Rev.7, de 12 de mayo de 2004, 398 p. y Add. 1, de 4 de mayo de 2005, 7 p. Se puede consultar en la página de Internet siguiente: <http://www.ohchr.org>.

(19) Vid. en este sentido los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

Así, el Com.DH ha desarrollado hasta la fecha 31 observaciones generales muy valiosas, relativas al contenido y alcance de los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 12, 14, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 27 y 40 del PIDCP. Además, ha formulado observaciones generales sobre la situación de los extranjeros con arreglo al PIDCP, las reservas al mismo, el principio de no discriminación y la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto.

Solamente en el caso de la observación general n.º 24 (52) del Com.DH relativa a las reservas formuladas al Pacto, surgieron objeciones por parte de Francia y de los Estados Unidos, pues reclamaron la aplicación de las reglas clásicas del Convenio de Viena en materia de interpretación de los tratados internacionales, frente a la opinión del Com.DH de que ciertas reservas de estos países al PIDCP eran incompatibles con el objeto y fin del mismo. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) concluyó que los órganos de control establecidos en los tratados pueden formular comentarios y recomendaciones respecto de la admisibilidad de las reservas de los Estados, siendo su valor jurídico equivalente al de las funciones de vigilancia que tengan encomendadas. Por lo tanto, los Estados deben respetar de buena fe el contenido de las citadas observaciones generales.

En cuanto al Com.DESC, ha elaborado quince observaciones generales sobre los artículos 2.1, 11, 11.1, 12, 13, 14 y 22 del PIDESC. También ha elaborado observaciones generales sobre las personas con discapacidad; la función de las instituciones nacionales de derechos humanos; la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales; la aplicación interna del Pacto; y los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

Por su parte, el Com.EDR ha adoptado hasta la fecha 30 *recomendaciones generales* –la última de ellas sobre la discriminación contra los no ciudadanos, de 2004– dirigidas a los Estados Partes en la CEDR y de naturaleza similar a las observaciones generales de los otros Comités. Igualmente, el Com.EDCM adoptó 25 *recomendaciones generales*. Entre las más recientes, el Com.EDCM ha abordado temas como la violencia contra la mujer, la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, la vida política y pública y la mujer y la salud.

Por último, el Com.CT ha aprobado una sola observación general (sobre la aplicación del artículo 3 de la CCT), mientras que el Com.DN ya ha adoptado siete observaciones generales, entre ellas la relativa a las medidas generales de aplicación de la CDN. Tanto el Com.DESC como el Com.DN han adoptado observaciones generales sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la protección de los derechos consagrados en los respectivos tratados.

B) Mecanismos cuasicontenciosos

El procedimiento cuasicontencioso se pone en marcha una vez que se ha producido la violación de un derecho consagrado en las convenciones que prevén este procedimiento. No se trata, pues, como ocurría en parte en el procedimiento de informes periódicos, de prevenir la ocurrencia de

nuevas violaciones –salvo en el caso de la adopción de medidas provisionales– sino de intentar conseguir algún tipo de condena y reparación ante la violación que se ha producido.

Estamos, pues, ante un mecanismo de control al que se puede recurrir, bajo ciertas condiciones que veremos, ante la existencia de una sola y simple violación. En este sentido, se trata de un procedimiento internacional concebido como subsidiario de los procedimientos judiciales nacionales propios de un país democrático, regido por el Estado de derecho. Agotados sin éxito los recursos internos, la víctima o su representante podrán acudir ante un Comité determinado para solicitar la tutela de sus derechos violados.

La finalidad de este procedimiento es que el Comité correspondiente se pronuncie sobre si ha habido o no violación del tratado en el caso concreto y se extraigan las consecuencias jurídicas de ese dictamen u opinión, con el fin de obtener una reparación a la víctima por parte del Estado infractor, que sea proporcional a la gravedad de la violación infringida.

Se trata pues de un procedimiento contradictorio y, hasta cierto punto, condenatorio del Estado, pues éste estará obligado a adoptar las medidas de reparación de la violación que el Comité determine. No obstante, el dictamen del Comité sobre el fondo del asunto no es una sentencia, aunque tenga la forma de tal y tenga un innegable valor jurídico. Pero no tiene la fuerza ejecutiva de una sentencia; por eso calificamos el procedimiento de “cuasicontencioso”.

a) Las quejas individuales en el sistema universal

1. Los mecanismos cuasicontenciosos admiten tres variantes en el sistema de las Naciones Unidas, en función de quién presente la queja o comunicación ante el Comité competente: un Estado, un órgano de las Naciones Unidas, o bien un particular. Por razones de espacio nos limitaremos a analizar la tercera hipótesis, esto es, *las quejas de los individuos contra los Estados*.

Bajo el procedimiento de quejas individuales, único en D. internacional, un individuo o grupo de individuos que se consideren víctimas directas o indirectas de una violación, están habilitados para presentar ante el respectivo Comité, y con determinadas condiciones, quejas contra el Estado bajo cuya jurisdicción se hubiere cometido la presunta violación.

En el sistema universal únicamente *cuatro tratados* en vigor –además del mecanismo previsto en los artículos 24-25 de la Constitución de la OIT– atribuyen esta competencia a su respectivo Comité, a saber:

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 14, aceptado por 45 Estados Partes);
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 22, aceptado por 54 Estados Partes);
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo Primer Protocolo Facultativo, que establece la competencia del Com.DH para recibir quejas individuales, ha sido ratificado por 104 de los Estados Partes en el PIDCP; y

– El Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que otorga al Com.EDCM la facultad de recibir quejas individuales (en vigor desde el 22 de diciembre de 2000, ha sido ratificado por 70 Estados)²⁰.

Un quinto tratado en vigor desde el 1 de julio de 2003 (30 Estados Partes²¹) es la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. El artículo 77 de la Convención autoriza al *Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (que ha celebrado en 2005 su segundo período de sesiones) a recibir quejas individuales. Hasta ahora solamente un Estado ha aceptado el artículo 77 de la Convención y se requieren 10 aceptaciones para que esta competencia del Comité entre en vigor²².

Finalmente, existe en fase de anteproyecto un texto de protocolo facultativo al PIDESC, que ha sido elaborado por el Com.DESC y presentado hace años a la Comisión de Derechos Humanos. Desde 2003 funciona en la Comisión un grupo de trabajo que ha iniciado la codificación oficial de un protocolo de esas características, a partir del texto presentado por el Comité. El Grupo de Trabajo celebró su segundo período de sesiones en 2005 sin haber logrado avances significativos.

Los tratados internacionales respectivos, así como los reglamentos internos de los diferentes Comités²³, establecen el régimen jurídico aplicable para la tramitación de las quejas individuales. El procedimiento, en gran parte coincidente en los cuatro casos en vigor, posee ocho características comunes²⁴, a saber:

En primer lugar, es facultativo en el sentido de que es necesario que el Estado Parte en el tratado de que se trate haya aceptado expresamente la competencia del Comité correspondiente para recibir quejas individuales. Se trata, por tanto, de la aceptación voluntaria por los Estados Partes de cláusulas facultativas establecidas en el propio tratado o un protocolo facultativo. Esta característica de voluntariedad resta universalidad al procedimiento, al ser aceptado por un número todavía muy reducido si lo comparamos con el potencial que suponen los 191 Estados Miembros de la Organización.

En segundo lugar, el procedimiento es reglado y obligatorio. Es decir, una vez aceptado voluntariamente por el Estado, el Comité tramitará todas y cada una de las quejas individuales que re-

(20) España ha ratificado todos los tratados y protocolos, así como aceptado las cláusulas facultativas que habilitan a esos Comités a recibir quejas individuales.

(21) Cfr. en el Internet el sitio <http://untreaty.un.org>.

(22) Como ya hemos señalado, España no es Estado Parte en esta Convención y, por tanto, tampoco ha aceptado el artículo 77 de la misma.

(23) Ver “Recopilación de los reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos”, doc. HRI/GEN/3/Rev.2, de 28 de mayo de 2005, 225 p., en www.ohchr.org.

(24) VILLÁN DURÁN, C.: “El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.): *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, Univ. Carlos III/BOE, 1996, pp. 25-56, en 39-40.

La protección convencional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas

II

ciba y que vayan dirigidas contra ese Estado. Reglado, porque se desarrolla en su integridad por escrito, según las reglas de procedimiento aplicables, en el que no existe una fase oral o de audiencia del interesado (salvo en el caso del Com.CT, según el artículo 111.4 de su Reglamento).

En tercer lugar, todas las fases procesales se desarrollan en la más estricta confidencialidad. Ello no impide, sin embargo, que la víctima o su representante estén al corriente de la tramitación de su queja, pues participan activamente en la misma, como veremos seguidamente. En teoría, la propia decisión final sobre admisibilidad y la opinión en cuanto al fondo del respectivo Comité, son también confidenciales. Sin embargo, la regla se ha suavizado en la práctica, pues los Comités han decidido siempre hacer públicas tanto sus *decisiones* sobre inadmisibilidad como sus opiniones o *dictámenes* de manera individualizada y a través de sus informes anuales a la AG, una vez notificadas a las partes en el procedimiento.

En cuarto lugar, el procedimiento es contradictorio y de apariencia contenciosa o judicial, pero sin gozar de esta naturaleza en sentido estricto. De ahí que califiquemos estos mecanismos de “cuasicontenciosos”. El carácter contradictorio implica que ambas partes (el Estado y la víctima o su representante) se enfrentarán ante el Comité defendiendo por escrito y sucesivamente sus posiciones, primero en cuanto a la admisibilidad de la queja y, una vez resuelta favorablemente esta primera fase procesal, en cuanto al fondo del asunto. El Comité correspondiente analizará los hechos considerados como probados a partir de las informaciones suministradas por las partes en el procedimiento y realizará la calificación jurídica de los mismos.

En quinto lugar, la decisión del Comité sobre la admisibilidad de una queja es definitiva y obligatoria para las partes. Solamente podrá ser revisada si el Estado o la víctima presentan nuevas informaciones de peso.

En sexto lugar, la opinión del Comité sobre el fondo del asunto (dictamen) se redacta en forma de sentencia y el Comité se pronuncia sobre si ha habido o no violación de algún derecho en el caso concreto. En caso positivo, el Comité señalará las medidas de reparación e indemnización a la víctima que el Estado infractor deberá adoptar. Como ya adelantamos, no se trata de una sentencia judicial en sentido estricto que sea vinculante y oponible al Estado, pero la práctica nos revela que los Estados suelen acatar los dictámenes del Comité y, por regla general, tratan de cumplir las medidas de reparación prescritas.

En séptimo lugar, la adopción de decisiones sobre la admisibilidad y opiniones en cuanto al fondo permite a los Comités competentes analizar e interpretar en profundidad el alcance de los artículos de los tratados en cuestión, a la vez que tutelar internacionalmente los derechos presuntamente violados en la persona de la víctima que se queja. Así pues, en este tipo de procedimientos la tutela de los derechos es estrictamente individual, abarcando exclusivamente a la víctima o víctimas que son objeto de la comunicación que constituye la queja.

Por último, en octavo lugar, La finalidad de este procedimiento es de protección estricta y de carácter *ex post facto*, es decir, que entra en funcionamiento una vez producida una violación concreta a uno de los cuatro tratados internacionales en vigor indicados, por lo que se trata de

un mecanismo que no tiene efectos preventivos –salvo en el caso de la adopción de medidas provisionales por parte del respectivo Comité–, sino más bien sancionadores y reparadores de una violación efectivamente cometida.

b) Procedimiento para la tramitación de quejas individuales

Centrándonos en el *Comité de Derechos Humanos* –cuya jurisprudencia es la que más se ha desarrollado en los últimos años–, las quejas individuales²⁵ se tramitarán conforme al procedimiento establecido en el Protocolo Facultativo del PIDCP y las disposiciones conexas del Reglamento del Comité²⁶.

a') Competencia

Ante todo, el Com.DH tendrá que determinar su propia competencia en función de cuatro criterios: *ratione temporis*, puesto que los hechos denunciados debieron haber ocurrido después de que el Pacto y el Protocolo hayan entrado en vigor para el Estado contra el que se reclama²⁷; *ratione personae*, en el sentido de que el demandante ha de ser la víctima directa de la violación que se alegue –persona física–, su representante legal o al menos la víctima indirecta (familiar) o potencial (inminente aplicación de una ley contraria al Pacto); *ratione loci*, pues los hechos debieron haber ocurrido en un lugar bajo la jurisdicción del Estado demandado, ya sea dentro o fuera del país; y *ratione materiae*, en el sentido de que el derecho cuya violación se denuncia debe estar consagrado en el PIDCP.

El carácter contradictorio del procedimiento implica que ambas partes (el Estado y la víctima o su representante) se enfrentarán ante el Com.DH defendiendo por escrito y sucesivamente sus posiciones, primero en cuanto a la admisibilidad de la queja y, una vez resuelta favorablemente esta primera fase procesal, en cuanto al fondo del asunto.

El Cuadro 1 que figura a continuación ilustra sobre las cuatro fases siguientes del procedimiento escrito, reglado y confidencial que se desarrolla ante el Com.DH cada vez que éste recibe una queja individual dirigida contra uno de los Estados que han aceptado su competencia en esta materia, a saber: admisibilidad, determinación de los hechos, observaciones sobre el fondo y publicación y seguimiento.

(25) Toda queja se presentará por escrito ante la OACNUDH o por correo electrónico a la siguiente dirección: tb-petitions@ohchr.org

(26) artículos 84-104 del Reglamento, aprobado en su última versión durante el 71 período de sesiones del Comité. Vid. doc. CCPR/C/3/Rev.8, de 22 de septiembre de 2005. Una colección completa de los reglamentos de todos los Comités se encuentra en el doc. ya citado HRI/GEN/3/Rev.2, de 28 de mayo de 2005, 225 p. (localizado en www.ohchr.org). Para un estudio más completo del sistema de quejas individuales vid. VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 453-489.

(27) Se exceptúa el caso de las violaciones con efectos continuados en el tiempo, como la desaparición forzada de personas.

Cuadro 1

Comité de Derechos Humanos (Com.DH):

quejas de individuos contra Estados

Queja (por escrito) de la víctima o de su representante

Secretaría: registro (confidencial)

Primera fase: Admisibilidad

RE sobre nuevas comunicaciones

Estado (6 meses: admisibilidad (2) y fondo)

Víctima (1 mes)

. GT sobre comunicaciones y Pleno del Com.DH

Causas de inadmisibilidad

Medidas provisionales

- Decisión final sobre admisibilidad (RE, GT y pleno Com. DH):

- si *admisibilidad*: revisión a instancia del Estado- si *inadmisibilidad*: revisión a instancia del denunciante

Segunda. fase: determinación de los hechos (Pleno Com.DH)

Estado: comentarios sobre el fondo (6 meses)

Víctima: comentarios (6 semanas)

Tercera fase: observaciones sobre el fondo

Recomendaciones RE o GT al Pleno Com.DH, quien emite *dictamen*.

El dictamen se comunica (confidencialmente) al Estado y víctima.

Se incluyen votos individuales o disidentes, si los hubiere.

Cuarta fase: Publicación y seguimiento (Com.DH)

Informe anual: publicación de las decisiones de admisibilidad y de las observaciones sobre el fondo

RE sobre el seguimiento de los dictámenes

b') Admisibilidad

Una vez registrada por la Secretaría, toda queja individual es examinada en una primera fase procesal de *admisibilidad* que concluye con una *decisión* en la que el Com.DH la declarará admisible o no, en función de que reúna *seis requisitos de forma*, a saber:

Primero, la comunicación se deberá presentar por escrito, no deberá ser anónima, y será la propia víctima (o su representante) la que presente la queja formalmente ante el Com.DH. También cabe que la presente un grupo de particulares que se consideren víctimas de la violación. En cualquiera de estas hipótesis, los hechos debieron haberse producido bajo la jurisdicción del Estado contra el que se reclama.

Segundo, el denunciante deberá ser, como regla general, la propia *víctima* de la violación, o su representante legalmente acreditado. Por tanto, no se admite la *actio popularis*. Solamente se podrá aceptar una comunicación presentada en nombre de la víctima cuando “sea evidente que ésta no está en condiciones de presentar personalmente la comunicación” [artículo 90.b) del Reglamento]. Junto a la víctima directa de la violación, el Com.DH también admite en calidad de víctima *indirecta* a un familiar de la misma y como víctima *potencial* a toda persona que pueda verse afectada por una disposición general (por ejemplo, una ley) que sea contraria a una disposición del PIDCP.

El abogado que eventualmente represente a la víctima debe demostrar que tiene la debida autorización de la misma (o de su familia inmediata) para actuar en su nombre, o que hubo circunstancias que le impidieron recibir dicha autorización, o bien que habida cuenta de la estrecha relación previamente existente entre la presunta víctima y su abogado, sea razonable suponer que la víctima en efecto lo autorizó a dirigir la queja al Com.DH²⁸.

Además, la víctima ha de ser exclusivamente una persona física. Por consiguiente, el Com.DH rechazará toda queja que proceda de personas *jurídicas* que se pretendan víctimas de la violación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto²⁹.

(28) Caso 772/1997 (*C. McDonald y N. Poynder c. Australia*). Decisión de inadmisibilidad de 17 de julio de 2000. Doc. A/55/540, vol. II, p. 203, párr. 6.3

(29) Caso 737/1997 (*Lamagna c. Australia*).

El denunciante debe presentar pruebas suficientes en apoyo de su alegación para que ésta no sea declarada “falta de fundamento”, dado que toda *denuncia* es una *alegación* respaldada por cierta cantidad de pruebas. Así, en dos casos contra Jamaica, el Com.DH decidió que eran inadmisibles porque los denunciantes no habían probado la concurrencia de circunstancias adicionales que la jurisprudencia del Com.DH exige para calificar como penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, conforme a los artículos 7 y 10.1 del PIDCP, la reclusión durante un cierto período de tiempo de los denunciantes en el bloque de los condenados a muerte³⁰.

Tercero, la comunicación ha de ser *compatible* con las normas del PIDCP [artículo 96.d) del Reglamento], esto es, que la queja esté bien fundada conforme a derecho y que la presunta víctima no haya incurrido a su vez en violación de alguno de los derechos consagrados en el PIDCP. La incompatibilidad aparece cuando la denuncia está basada en una interpretación errónea del PIDCP, o cuando los hechos presentados no plantean cuestiones relativas a los derechos consagrados en el PIDCP. Por lo mismo, el Com.DH no es una instancia de último recurso que tenga por objeto revisar o revocar las decisiones de los tribunales nacionales³¹.

Cuarto, la queja no debe constituir un *abuso del derecho de reclamación* [artículo 96.c) del Reglamento], por lo que debe estar redactada en términos correctos y no insultantes para con las autoridades del Estado contra el que se reclama.

Quinto, se aplica la regla *non bis in idem* o prohibición de presentar el mismo asunto cuando éste ya ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, es decir, de naturaleza jurídica equivalente (litispendencia) [artículo 96.e) del Reglamento]. Para que la regla se aplique deberá producirse una cuádruple identidad: del denunciante o la víctima, de los hechos denunciados, de los derechos que hayan sido lesionados, y de la naturaleza jurídica de las instancias internacionales que han entrado en colisión³².

En cuanto a la tramitación interna de la queja, cada nuevo caso es enviado por la Secretaría al *Relator Especial sobre Nuevas Comunicaciones*³³, institución creada en 1990 al haberse comprobado con alarma en esa fecha que se habían acumulado 135 quejas pendientes de tramitación. El citado RE instruye a la Secretaría sobre el registro de las quejas y su transmisión al Estado Parte después de haber procedido a un análisis previo de los requisitos de admisibilidad de la

(30) Casos 611/1995 (*W. Morrison c. Jamaica*), decisión de 31 de julio de 1998, párr. 6.5; y 640/1995 (*McIntosh c. Jamaica*), decisión de 7 de noviembre de 1997, párr. 6.2. Vid. doc. A/53/40, vol. II, pp. 268-272 y 258-262. También fueron declaradas sin fundamento o justificación, entre otros, los casos 698/1996 (*Bonelo Sánchez c. España*), 758/1997 (*Gómez Navarro c. España*), 718/1996 (*Pérez Vargas c. Chile*), 669/1995 (*Malik c. Alemania*); 850/1999 (*Hankala c. Finlandia*), etc.

(31) Casos 579/1994 (*Werenbeck c. Australia*), 658/1995 (*Van Oord c. Países Bajos*), 761/1997 (*Singh c. Canadá*), 724/1996 (*Jakes c. R. Checa*); 830/1998 (*Bethel c. Trinidad y Tabago*); y 963/2001 (*Uebergang c. Australia*).

(32) Casos 744/1997 (*Linderholm c. Croacia*); 808/1998 (*Rogl c. Alemania*); y 834/1998 (*Kheler c. Alemania*). Varios Estados europeos han formulado reservas en las que niegan la competencia del Com.DH para examinar un caso que ya haya sido examinado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si las disposiciones del CEDH difieren de las del PIDCP, se debe demostrar que existe una diferencia sustancial en las disposiciones aplicables para que la queja no incurra en la prohibición *non bis in idem*.

(33) En la actualidad desempeña este cargo el experto W. Kälin (Suiza).

comunicación. Además, a partir de 1995 el Com.DH confía cada queja a uno de sus miembros, que actúa como relator especial ante el GT y el Pleno del Com.DH “para ayudar a tramitar las comunicaciones” (artículo 95.3 del Reglamento). Además, el Comité “podrá establecer uno o varios grupos de trabajo para que le hagan recomendaciones sobre el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad” (artículo 95.1 del Reglamento).

Para acelerar su labor, el Com.DH tratará –como norma general– al mismo tiempo la admisibilidad y el fondo de una queja. A estos efectos, el Estado interesado dispondrá de un plazo de seis meses para presentar por escrito al Com.DH explicaciones o declaraciones relativas tanto a la *admisibilidad* como al *fondo* de la comunicación, incluso sobre toda medida correctiva que se haya adoptado en relación con el asunto (artículo 97.2 del Reglamento).

Se exceptúa el caso en que el propio Com.DH, su GT sobre comunicaciones o el RE sobre nuevas comunicaciones, “a causa del carácter excepcional del caso, haya decidido solicitar una respuesta por escrito que se refiera únicamente a la cuestión de la admisibilidad”. Aunque ello no eximirá al Estado de su obligación de responder en el plazo de seis meses tanto a la admisibilidad como al fondo de la comunicación (artículo 97.2 *in fine* del Reglamento).

Por su parte, el Estado dispondrá de los primeros dos meses del plazo arriba indicado para solicitar por escrito que la comunicación sea rechazada por considerarla inadmisibile, indicando los motivos en los que basa su solicitud. Ello no extenderá el plazo inicial de los seis meses, a menos que el Com.DH, su GT o RE, decidan prorrogar el plazo para la presentación de la respuesta estatal, a causa de las circunstancias especiales del caso, hasta que el Com.DH se haya pronunciado sobre la cuestión de la admisibilidad (artículo 97.3 del Reglamento).

En caso de necesidad, tanto el Com.DH como su GT y RE pueden fijar un nuevo plazo para pedir a las partes información u observaciones adicionales por escrito, que sean relevantes para la cuestión de la admisibilidad o el fondo (artículo 97.4 del Reglamento). Cada parte en el procedimiento tendrá la oportunidad de formular observaciones sobre los escritos y comentarios presentados por la otra parte (artículo 97.6 del Reglamento).

Y, sexto, el *agotamiento de los recursos internos* [artículo 5.2.b) del Protocolo Facultativo del PIDCP] es sin duda el requisito de admisibilidad más temido y el que ha generado una considerable práctica en el seno del Com.DH, de manera que éste ha precisado que se trata de los recursos “efectivos” y “disponibles” porque realmente existan en la esfera interna. En una de sus decisiones sobre la admisibilidad, el Com.DH precisó que el Estado debió probar “... que existían posibilidades razonables de que tales recursos fuesen efectivos”³⁴.

En el sentido contrario, la simple duda de los autores de la comunicación acerca de la eficacia de los recursos internos judiciales disponibles, no les exime de la obligación de agotarlos para que

(34) Caso n.º 4/1977 (*William Torres Ramírez c. Uruguay*). Concordantemente, vid. los casos 751/1997 (*Paola c. Australia*), 670/1995 (*Schloser c. R. Checa*) y 741/1997 (*Cziklin c. Canadá*).

su comunicación pueda ser declarada admisible por el Com.DH³⁵. Incluso, la obligación de agotar recursos administrativos y judiciales persistirá aunque se trate de recursos “sumamente técnicos, lentos y costosos”³⁶. No obstante, el límite aparece “cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente”, según el artículo. 5, párr. 2.b., del Protocolo Facultativo.

Vinculado al agotamiento de los recursos internos está el hecho de que el particular ha de invocar ante los tribunales internos los “derechos sustantivos” recogidos en el Pacto, aunque no será necesario que haga referencia “a artículos concretos del Pacto”³⁷.

En esta fase procesal de admisibilidad el Com.DH o su *Relator Especial sobre las nuevas comunicaciones* pueden solicitar al Estado la adopción de *medidas provisionales* para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. Cuando, conforme al artículo 92 del Reglamento, el Com.DH solicite del Estado la adopción de tales medidas provisionales, ello no implicará “ningún juicio sobre el fondo de la comunicación”.

En particular, el Com.DH ha recurrido al art. 92 del Reglamento para solicitar a los Estados que se abstengan de ejecutar sentencias de muerte hasta que el Comité adopte una decisión definitiva en esos asuntos, en los que se alegó que a los denunciados se les había privado de un juicio justo. Además, el Com.DH nombró a uno de sus miembros como RE para casos de pena capital, autorizándole a tomar decisiones en nombre del Com.DH y en el marco del citado art. 92 del Reglamento.

También se han utilizado las medidas provisionales para evitar casos de deportación o extradición inminentes que pudieran suponer para el denunciante un riesgo real de violación de los derechos incluidos en el PIDCP³⁸.

La fase procesal de admisibilidad culmina, tras recibir las observaciones del Estado sobre la admisibilidad, con la adopción de una *decisión* por parte del Com.DH sobre la admisibilidad de la comunicación.

El RE para las nuevas comunicaciones puede declarar admisible la comunicación, adoptando una decisión en este sentido en nombre del Com.DH. La ventaja de la existencia del RE es que contribuye a agilizar el procedimiento considerablemente, pues asegura la continuidad del trabajo cuando el GT o el Com.DH en pleno no se encuentran reunidos, ya que éstos no celebran más que tres períodos de sesiones al año de una duración de cuatro semanas cada uno.

Si, por el contrario, el RE considera que la comunicación es inadmisibile, hará propuestas en ese sentido al *Grupo de Trabajo sobre las comunicaciones* (compuesto de al menos cinco expertos),

(35) Vid las decisiones sobre los casos 262/1987 (*R.T. c. Francia*), de 30 de marzo de 1989, p. 6, párr. 7.4; y 224/1987 (*A. y S.N. c. Noruega*), de 9 de marzo de 1987, p. 6, párr. 6.2.

(36) Caso n.º 296/1988 (*J.R.C. c. Costa Rica*), de 30 de marzo de 1989, p. 6, párr. 8.3.

(37) Vid. caso 273/1988 (*B.D.B. y otros c. Países Bajos*), de 30 de marzo de 1989, p. 8, párr. 6.3.

(38) Caso 558/1993 (*Canepa c. Canadá*). Doc. A/52/240, vol. II, anexo VI.

quien podrá tomar una decisión (de admisibilidad o no) por unanimidad (artículo 93.2 y 3 del Reglamento). Si hay disensión en el seno del GT, éste se limitará a formular recomendaciones al pleno del Com.DH, en cuyo caso este último será competente para tomar una decisión definitiva sobre la admisibilidad de la queja (artículo 93.3 *in fine* del Reglamento).

La decisión de *inadmisibilidad* de la queja es, en principio, definitiva, por lo que se comunicará a las partes y se concluirá el procedimiento. Pero, aunque es inapelable, cabe su *revisión* por parte del Com.DH “si el individuo interesado o una persona que actúe en su nombre presenta una petición escrita donde se indique que ya no se dan los motivos de inadmisibilidad” (artículo 98.2 del Reglamento)³⁹. En cambio, si la decisión de admisibilidad es positiva, el Estado podrá rebatirla en la fase procesal siguiente (determinación de los hechos).

c') *Determinación de los hechos*

Adoptada la decisión positiva de admisibilidad, el Com.DH la transmite al Estado interesado, el cual dispondrá de otros seis meses para responder a las cuestiones de fondo planteadas en la comunicación ya declarada admisible. Deberá presentar por escrito sus aclaraciones y señalar las medidas correctivas que eventualmente haya adoptado al respecto (artículo 99.2 del Reglamento).

Según un dictamen del Com.DH, este plazo de seis meses puede ser obviado con el acuerdo del Estado interesado que ya haya formulado sus comentarios sobre el fondo en la fase previa de admisibilidad⁴⁰.

No obstante, el Com.DH también requerirá el acuerdo del denunciante antes de decidir entrar directamente a estudiar el fondo del asunto. Para evacuar este trámite, así como para responder a las explicaciones del Estado, el denunciante dispondrá del plazo que fije el Com.DH (artículo 99.3 del Reglamento).

El Com.DH determinará qué hechos se consideran probados en función de todas las informaciones disponibles, procedentes tanto del particular como del Estado interesado. En este ejercicio el Com.DH podrá estar auxiliado tanto por el GT de comunicaciones como por el RE encargado de la queja (artículo 100.1 del Reglamento).

Como ya señalamos, en esta fase el Estado puede volver a solicitar que se declare inadmisibile la comunicación y el Com.DH podrá reaccionar revisando su decisión de admisibilidad, a la luz de las explicaciones o declaraciones presentadas por el Estado interesado (artículo 99.4 del Reglamento). En el caso de que el Com.DH decida que la comunicación es inadmisibile, se terminará el procedimiento.

(39) En este sentido, vid. caso 735/1997 (*Lazar Kalaba c. Hungría*), decisión de 7 de noviembre de 1997, párr. 10.b. Doc. A/53/40, vol. II, cit., pp. 263-267.

(40) Opinión en el caso 198/1985 (*R. D. Stalla Costa c. Uruguay*).

d') Dictamen

Una vez declarada la queja definitivamente admisible y realizada la determinación de los hechos, el Com.DH deberá prepararse para dictar su opinión en cuanto al fondo (dictamen), a la luz de todas las informaciones escritas que le hayan facilitado tanto el individuo como el Estado interesados. El Com.DH garantiza el principio de igualdad de armas en la carga de la prueba, de modo que si el Estado no refuta las alegaciones del recurrente que hayan sido bien sustanciadas, el Com.DH las tomará debidamente en consideración⁴¹.

Para la redacción de su dictamen, el Com.DH podrá remitir la queja al grupo de trabajo sobre comunicaciones o a un relator especial, para que le formulen recomendaciones (artículo 100.1 del Reglamento).

Tanto el Com.DH como sus órganos subsidiarios analizarán los hechos considerados como probados y realizarán la calificación jurídica de los mismos a la luz de las disposiciones del PIDCP. Todas las observaciones sobre el fondo del asunto son resumidas en el *dictamen* u opinión por el que el Com.DH concluirá si ha habido o no violación de alguno de los derechos consagrados en el PIDCP, en qué consiste la violación y por qué. Los miembros en minoría de la opinión del Com.DH podrán emitir votos separados, individuales o disidentes.

El Com.DH se pronunciará también sobre las medidas de *reparación* que el Estado deberá adoptar para subsanar la violación constatada. Entre esas medidas, el Com.DH solicita frecuentemente al Estado la reforma de una legislación o práctica en vigor que haya estado en el origen de la violación. En relación con la víctima, el Com.DH ha realizado pronunciamientos sobre su puesta en libertad inmediata (en el caso de detención ilegal o arbitraria); el levantamiento de una condena a muerte (impuesta ilegalmente); o señalando las medidas de reparación y rehabilitación que el Estado deberá conceder a la víctima (en casos de tortura o malos tratos). En todas estas hipótesis, la práctica de los últimos años del Com.DH impone al Estado un plazo de 90 días en el que éste deberá informarle sobre las medidas efectivamente adoptadas, habida cuenta que el Estado debe garantizar a la víctima un recurso efectivo con fuerza ejecutoria.

Una vez adoptada su opinión o dictamen en cuanto al fondo, el Com.DH lo transmitirá a las partes interesadas, concluyendo así el procedimiento confidencial de tramitación de quejas individuales ante el Com.DH (artículo 100.3 del Reglamento).

e') Publicación

Las deliberaciones verbales, las actas resumidas y los documentos de trabajo del Com.DH en la tramitación de quejas individuales tendrán carácter confidencial (artículo 102, párrafos 1 y 2 del Reglamento). Pero ello “no afectarán el derecho del autor de una comunicación o al Estado Parte interesado a dar publicidad a cualesquiera escritos o información presentados en relación con

(41) Casos 821/1998 (*Kongwe c. Zambia*); 839-841/1998 (*Mauzarai y otros c. Sierra Leona*); y 857/1999 (*Blazed y otros c. República Checa*).

las actuaciones”, salvo que el Com.DH, su GT o RE pidan al autor de la comunicación o al Estado Parte interesado que mantengan confidenciales, en todo o en parte, cualesquiera de esos escritos o información (artículo 102.3).

Como regla general, las decisiones del Com.DH acerca de la inadmisibilidad, el fondo del asunto o la cesación de las actuaciones se harán públicas (artículo 102.5). En la práctica, el Com.DH ha ordenado siempre la publicación de sus *decisiones* (sobre admisibilidad) y *dictámenes* (sobre el fondo). Además, ambos se recogerán en el informe anual del Com.DH a la Asamblea General. La publicación opera aquí, una vez más, como medio de “sanción” moral y política en el ámbito internacional, dirigida al Estado que ha incurrido en una violación del PIDCP. La Secretaría se encargará de la distribución de las decisiones definitivas del Com.DH (artículo 102.6).

f) Seguimiento

Las *decisiones* sobre admisibilidad serán jurídicamente vinculantes para las partes en el procedimiento, lo mismo que todas las disposiciones del Reglamento del Comité. Por el contrario, ni el Pacto ni su Protocolo Facultativo se pronuncian sobre el valor jurídico de los *dictámenes* sobre el fondo, por lo que tradicionalmente se ha considerado que tales dictámenes no son obligatorios para los Estados. El Com.DH, consciente de ello, se dotó de un *Relator Especial para el seguimiento de los dictámenes*, “a fin de conocer las medidas que adopten los Estados Partes para dar efecto al dictamen del Comité” (artículo 101.1 del Reglamento)⁴².

A estos efectos, el RE para el seguimiento establece los contactos apropiados y formula recomendaciones para la adopción por el Comité de las nuevas medidas que sean necesarias (artículo 101.2). El RE “informará periódicamente al Comité acerca de las actividades de seguimiento” (artículo 101.3) y el Com.DH “incluirá en su informe anual información sobre las actividades de seguimiento” (artículo 101.4). En consecuencia, la información facilitada por las partes en relación con el seguimiento no tendrá carácter confidencial, lo mismo que las decisiones del Com.DH en esta materia, a menos que el Com.DH decida otra cosa (artículo 103).

La práctica del RE nos revela que los Estados acatan los dictámenes del Com.DH de manera satisfactoria en un 30% de los casos; en los demás, los Estados se muestran reacios a aceptar la obligatoriedad de los dictámenes. En estos casos, el Com.DH procede a hacerlo público en su informe anual, al tiempo que ofrece al Estado interesado que el RE viaje a ese país para averiguar las dificultades del Estado en aceptar los dictámenes, así como proponer soluciones, lo que ya se ha hecho en relación con Jamaica⁴³.

En definitiva, el Com.DH se preocupa por que sus opiniones sobre el fondo sean acatadas por los Estados interesados, incluso por los más reacios en aceptarlas. De modo que nos encontramos en el *inicio de una práctica de los Estados*, potenciada por el propio Com.DH, que está estableciendo precedentes valiosos en favor de una progresiva aceptación de la *obligatoriedad* de sus

(42) Actualmente desempeña este cargo el experto Sr. N. Ando (Japón).

(43) Vid. docs. A/57/40, vol. I, cap. VI; A/58/40, vol. I, cap. VI; y A/59/40, vol. I, cap. VI.

dictámenes. Si tal aceptación se generalizara en el futuro (alcanzando las conductas favorables al acatamiento de los dictámenes al menos un 75% de los casos), estaríamos asistiendo al nacimiento de una *nueva norma consuetudinaria* internacional que consagraría la obligatoriedad jurídica de las opiniones sobre el fondo del Com.DH, a pesar de que el PIDCP no lo diga expresamente.

c) Eficacia del procedimiento

El procedimiento cuasicontencioso que hemos descrito está en vigor en cuatro tratados del sistema de las NU para tramitar quejas individuales. Sin embargo, está condicionado por la existencia de rigurosas causas de inadmisibilidad, a menudo insuperables para las víctimas (es el caso de la regla del agotamiento previo de los recursos internos). Además, el procedimiento adolece de un desequilibrio procesal crónico en favor del Estado, fruto del predominio de la soberanía del Estado en todo el DI. Por otra parte, el poder de investigación del Com.DH es muy limitado, pues reposa en las informaciones que las partes le suministran.

El procedimiento, escrito y confidencial a lo largo de todas sus fases, se prolonga por un término medio de cuatro años cada caso, lo que se puede calificar de excesivamente lento. Se debe reconocer, sin embargo, que las reformas recientes del Reglamento del Com.DH tratan de introducir un procedimiento más simplificado en la tramitación de los casos. Pero son todavía insuficientes, por lo que el procedimiento debería agilizarse más.

Por otro lado, la escasa aceptación voluntaria del procedimiento de quejas individuales por parte de los Estados reduce considerablemente la universalidad del mismo. Si a ello se añade la sofisticación técnica de los mecanismos procesales internacionales, la necesidad del agotamiento de los recursos internos y las dificultades prácticas de acceso de las víctimas a estos procedimientos, el resultado es su escasa utilización⁴⁴.

No obstante sus limitaciones e infrautilización, el procedimiento cuasicontencioso de protección de los derechos humanos resulta útil. Piénsese, por ejemplo, en que la adopción de decisiones o dictámenes de este tipo permite al Com.DH analizar e interpretar en profundidad el alcance de los artículos del PIDCP, a la vez que tutelar internacionalmente los derechos de las víctimas individuales.

Ahora bien, el modelo convencional cuasicontencioso que se ha descrito se caracteriza por ser subsidiario del régimen jurídico interno de los Estados, lo que presupone la existencia de un Estado de derecho que funcione correctamente en la tutela de los derechos humanos. Pero este modelo queda desbordado en los casos de violaciones masivas de los derechos humanos o de quiebra generalizada de la legalidad, del Estado de derecho o del mismo régimen democrático.

(44) Entre 1977 y 2004 el Com.DH solamente ha estudiado el fondo en 1.300 quejas, de las que 279 están todavía pendientes de decisión.

II. CONCLUSIONES

El jurista nacional, lo mismo que las víctimas de violaciones de sus derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones nacionales de derechos humanos, disponen de una amplia red institucional y normativa en el plano internacional –tanto universal como regional– que sirve de complemento y garante externo del régimen jurídico interno de tutela de los derechos humanos. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado, son de aplicación directa y obligada por parte de todos los poderes públicos. De manera que su puntual aplicación puede ser reclamada por los particulares que se quejen de presuntas violaciones de sus derechos humanos.

El procedimiento de *informes periódicos* debiera tener mayor relevancia práctica a nivel nacional. A estos fines, cada Estado debiera ante todo cumplir con su deber de presentar a los Comités los informes que tuviera pendientes sobre el grado de aplicación en el derecho interno de las normas contenidas en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos ratificados. Las ONG y las instituciones nacionales de derechos humanos deben servir de estímulo en esta materia. Además, el Gobierno nacional debería incorporar a los otros poderes del Estado (legislativo, judicial, Comunidades Autónomas), así como a las ONG e instituciones nacionales de derechos humanos, al proceso de redacción de los citados informes. Ese proceso debe estar presidido por los principios de participación, transparencia y publicidad. Por lo mismo, los mismos poderes y actores debieran formar parte de la delegación del Estado que presente cada uno de sus informes periódicos ante el Comité correspondiente.

Por último, las instituciones nacionales y las ONG debieran ser más activas en la fiscalización del comportamiento de los órganos del Estado en aplicación de las observaciones finales emanadas de los distintos Comités, ya que aquéllos tienen la obligación de acomodar su conducta a las recomendaciones que éstos les formulen. Así, por ejemplo, son importantes las observaciones finales y recomendaciones que en los últimos años han dirigido a España el Com.DH⁴⁵, el Com.DESC⁴⁶, el Com.DN⁴⁷, el Com.CT⁴⁸, el Com.EDR⁴⁹ y el Com.EDCM⁵⁰. Por su parte, los Comités ya han comenzado a establecer mecanismos específicos de seguimiento de sus observaciones finales.

Los procedimientos de *quejas individuales* ante instancias internacionales universales, distintas de las existentes en el ámbito regional (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos), son todavía poco conocidos por los ju-

(45) Doc. A/51/40, vol. I, pp. 31-33.

(46) Doc. E/C.12/1/Add. 99, de 7 de junio de 2004.

(47) Doc. CRC/C/15/Add. 185, de 13 de junio de 2002.

(48) Doc. A/58/44, de 2003, pp. 26-29.

(49) Doc. CERD/D/64/CO/6, de 28 de abril de 2004.

(50) Doc. A/59/38, 2004, pp. 157-163.

ristas nacionales. En el mecanismo *convencional cuasicontencioso* España ha aceptado lo dispuesto en el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el artículo 22 de la CCT, el artículo 14 CEDR y el Protocolo Facultativo de la CEDCM, que facultan al respectivo Comité para recibir quejas individuales. Por lo que la víctima que no haya obtenido la tutela debida de los derechos consagrados en esos cuatro tratados a través de los recursos judiciales internos, una vez agotados éstos, podrá reclamar en la vía internacional ante uno de los cuatro Comités indicados.

Sería muy conveniente que España ratificara la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, solidarizándose así con los países iberoamericanos y de otras regiones que ya lo han hecho. Además, todos los Estados Partes en esa Convención debieran aceptar su artículo 77, que autoriza al CTM a recibir quejas individuales por presunta violación de alguno de los derechos contenidos en esa Convención.

Como quiera que el procedimiento ante los cinco Comités señalados es de naturaleza jurídica equiparable al procedimiento establecido tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como en la Convención Americana de Derechos Humanos (quejas ante el TEDH, así como ante la Comisión y Corte IDH), tales procedimientos son excluyentes entre sí por aplicación de la regla *non bis in idem*, de modo que la víctima o su representante deberán escoger el mecanismo más beneficioso en cada caso concreto.

En relación con España han sido notables los dictámenes del Com.DH que han puesto de relieve violaciones del artículo 14.5 del PIDCP, según el cual “toda persona culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Por lo que el Com.DH ha reiterado a España que su legislación debe prever la existencia de una doble instancia en el proceso penal.

III. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

1. Informes periódicos

- ALSTON, Philip: “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en ALSTON, Ph. (ed.): *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 765 p., en pp. 473-508.
- ÁLVAREZ MOLINERO, Natalia: “La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, en GÓMEZ ISA, Felipe (director) y PUREZA, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 215-241.
- ARAMBULO, L.: *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedures Aspects*, Antwerpen/Groningen/Oxford, Intersentia, 1999, 468 p.
- BOEREFIJN, Ineke: *The reporting procedure under the Covenant on Civil and Political Rights: Practice and Procedures of the Human Rights Committee*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 417 p.

- BONET PÉREZ, Jordi: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en GÓMEZ ISA, Felipe (director) y PUREZA, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 309-349.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, *RCADI*, t. 202 (1987-II), pp. 9-435.
- *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, 1997, 486 p.; vol. 2, 1999, 440 p. Porto Alegre, Brasil, Editorial Sergio Antonio Fabris.
- CHUECA SANCHO, A.G.: “Mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos” en CENTRO PIGNATELLI (ed.): *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*, Zaragoza, 1997, pp. 29-72.
- DORMENVAL, Agnès: *Procédures onusiennes de mise en oeuvre des droits de l’homme: limites ou défauts?*, Paris, P.U.F., 1991, 274 p.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.: “La interacción entre el Derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., (ed.): *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 333-350.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana: *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Granada, Universidad, 1998, 691 p.
- HANSKI (Raija) & SUKSI (Markku) (eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. 2.ª ed. Abo (Finland), Abo Akademi University, 1999, 468 p.
- HOLMSTROM, Leif: *Concluding observations of the UN Committee on the Rights of the Child*, La Haya, Nijhoff, 1999.
- KSENTINI, Fatma Zohra: *Les procédures onusiennes de protection des droits de l’homme. Recours et détours*, París, Publisud, 1994, 246 p.
- LE BOUTHILLIER, (Yves) et ROUGET (Didier): “La procédure des rapports périodiques en application des traités relatifs aux droits de la personne: l’après-conférence de Vienne”, *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 32, 1994, pp. 173-217.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.: “La Convención contra la Tortura”, en GÓMEZ ISA, Felipe (director) y PUREZA, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 243-277.
- MCGOLDRICK, Dominic: *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 576 p.
- OCHOA RUIZ, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004, 471 p., en 168-252.
- PARTSCH, K.J.: “The Committee on the Elimination of Racial Discrimination”, en ALSTON, Ph. (ed.): *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 765 p., en pp. 339-368.

La protección convencional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas

II

- ROUGET, Didier: *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Grenoble, Edit. La Pensée sauvage, 2000, 382 p.
- RUILOBA ALBARIÑO, Julia: “Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.ª ed., Madrid, Edit. Dilex, 2003, Lecc. 4, en 120-128 y 154-160.
- SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: *Las Organizaciones internacionales ante las violaciones de los derechos humanos*, Oviedo, Septem Ediciones, 2004, 368 p.
- SUDRE, Frédéric: *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6.ª edic., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, 665 p.
- VARDERRAMA, Juan Andrés (coord.): *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002, 513 p.
- VILLÁN DURÁN, Carlos: “El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (Ed.): *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1996, pp. 25-56.
- *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, 1028 p. en 381-436.
- “La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados”, en SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES: *Seminario sobre los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004, 376 p., en 29-157.
- “La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales”, en ARARTEKO: *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*, Vitoria, Ararteko, 2004, pp. 33-115. Vid. también *Revista Derechos Humanos* (Montevideo), n.º 2, junio de 2004, pp. 107-159. Igualmente en GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos (coordinador): *Seminario sobre los instrumentos nacionales e internacionales para prevenir, investigar y sancionar la tortura*, México, Talleres Gráficos, 2005, 500 p., en 119-185.
- WRIGHT, Shelley: “Human Rights and Women’s Rights: An Analysis of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, en MAHONEY (Kathleen E.) & MAHONEY (Paul) (eds.): *Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, 1.028 p., en 75-88.

2. Mecanismos cuasicontenciosos

- BURGERS (J.H.) & DANELIUS (H.): *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht/Boston/London, Nijhoff, 1988, 271 p.
- BYRNES, A.: “The Committee against Torture”, en ALSTON, Ph. (ed.): *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 765 p., en pp. 509-546.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos humanos*, vol. I, 1.ª ed., Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, 486 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, 186 p.
- DHOMMEAUX, Jean: “La jurisprudence du Comité des droits de l’homme (novembre 1987-juillet 1991)”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 37, 1991, pp. 514-552.
- DHOMMEAUX, J.: “La recevabilité des communications individuelles par le Comité des droits de l’homme”, en SUDRE, F. (dir.): *La protection des droits de l’homme par le Comité des Droits de l’Homme des Nations Unies - Les communications individuelles* (Actes du Colloque de Montpellier, 6-7 mars 1995), Montpellier, Université, 1995, pp. 15-32.
- DIMITRIJEVIC, Vojin: “Decisiones del Comité de Derechos Humanos respecto de las comunicaciones hechas de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Cuadernos de análisis jurídico* (Univ. Diego Portales de Santiago de Chile), n.º 26, mayo de 1993, pp. 67-72. Vid. la versión inglesa en *SIM Special*, n.º 13, pp. 68-81.
- FALEH PÉREZ, Carmelo: “El derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a obtener una reparación. Análisis de la práctica del Comité de Derechos Humanos (1979-2002)”, en *Revista Derechos Humanos* (Montevideo), n.º 2, junio de 2004, pp. 35-77.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: “Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura, I” en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Dilex, 2003, Lecc. 10, pp. 265-295.
- GHANDI, P.R.: *The Human Rights Committee and the right of individual communication: law and practice*, Aldershot (England), Brookfield, Vt.: Ashgate, 1998, 522 p.
- GÓMEZ ISA, Felipe: “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo”, en GÓMEZ ISA, Felipe (director) y PUREZA, José Manuel: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, en 293-307.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana: *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Granada, Universidad, 1998, 691 p.
- HANNUM, H. (ed.): *Guide to International Human Rights Practice*, N. York, Transnational Publishers, 3.ª ed., 1999, 350 p.
- HANSKI (Raija) & SUKSI (Markku) (eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, 2.ª ed., Abo (Finland), Abo Akademi University, 1999, 468 p.
- HÜFNER, Klaus: *How to file complaints on human rights violations: a manual for individuals and NGOs*. Bonn, UNO-Verlag, 1998, 90 p.
- NOWAK, Manfred: *CCPR Commentary. Commentary to the U.N. Covenant on Civil and Political Rights*. Kehl/Strasbourg/Arlington, Engel Publ., 2.ª ed., 2005, 1.277 p.
- OCHOA RUIZ, Natalia: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004, 471 p., en 288-387.

La protección convencional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas

II

- O'DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, 1.064 p.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS & DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA: *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, 2 vols. Bogotá, OACNUDH, 2004, 419 + 515 p.
- OPSAHL, Torkel: "The Human Rights Committee", en ALSTON, Ph. (ed.): *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 765 p, en pp. 369-443.
- ROUGET, Didier: *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Grenoble, Edit. La Pensée sauvage, 2000, 382 p.
- RUILOBA ALBARIÑO, Julia: "Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Dilex, 2003, Lecc. 4, pp. 111-162, en 130-150.
- SCHMIDT, Markus G.: "Individual Human Rights Complaints Procedures based on United Nations Treaties and the Need for Reform", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 645-659.
- SCHMIDT, Markus G.: "Portée et suivi des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies", en SUDRE, F. (dir.): *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies - Les communications individuelles* - Université de Montpellier, 1995, pp. 157-169.
- SOYER (Jean-Claude) & SALVIA (Michel de): *Le recours individuel supranational: mode d'emploi*, Paris, LGDJ, 1992, 287 p.
- SUDRE, F. (dir.): *La protection des droits de l'homme par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies - Les communications individuelles* (Actes du Colloque de Montpellier, 6-7 mars 1995). Montpellier, Université, 1995, 245 p.
- SUDRE, Frédéric: *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6.ª ed., Paris, PUF, 2003, 665 p.
- VANDENHOLE, Wouter: "Completing the UN complaint mechanisms for human rights violations step by step: Towards a complaints procedure complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21, n.º 3, 2003, pp. 423-463.
- VÁZQUEZ, Carlos Manuel: "Treaty-based rights and remedies of individuals", *Columbia Law Review*, vol. 92, n.º 5, 1992, pp. 1082-1163.
- VILLÁN DURÁN, C.: "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal", en *Los derechos humanos y la Agenda del Tercer Milenio*, Barquisimeto (Venezuela), Colegio de Abogados, 2000, pp. 63-108.
- *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, 1.028 pp., en 437-498.
- "La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados", en SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES: *Seminario sobre los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004, 376 p, en 29-157.

- ZAYAS, A. de: "The follow-up procedure of the UN Human Rights Committee", *Review of the International Commission of Jurists*, No. 47, Dec. 1991, pp. 28-35.
- "Desarrollo jurisprudencial del Comité de Derechos Humanos en aplicación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Visión práctica", en JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid/Barcelona, Universidad de Alcalá/Marcial Pons, 2003, pp. 215-275.
- ZWAAK, L.F.: *International Human Rights Procedures: Petitioning the ECHR, CCPR and CERD*, Nijmegen, Ars Aequi, 1991, 168 p.
- ZWART, Tom: *The admissibility of human rights petitions: the case law of the European Commission on Human Rights and the Human Rights Committee*, M. Nijhoff, Dordrecht, Boston, 1994, 246 p.

PASCUAL AGUELO NAVARRO Y
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Directores de INTERMIGRA y REDMEX

III

La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

*¿Qué raza de hombres es ésta,
o que nación tan bárbara que
permite un trato semejante
prohibiendo acercarnos
a sus costas?*

Virgilius, Eneida I,

SUMARIO

I. Esquema del texto convencional. A) Principios generales (Partes I, II y VIII). B) Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Parte III). C) Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o en situación regular (Parte IV). D) Disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios (temporeros, fronterizos, etc.) (Parte V). E) Promoción de condiciones satisfactorias y equitativas de los trabajadores y sus familiares (Parte VI). F) Aplicación de la Convención y obligación de los Estados partes de enviar informes.

II. La entrada en vigor.

III. Situación de las ratificaciones.

IV. La Convención, primer paso hacia el reconocimiento del *Ius Migrandi*.

V. Anexo: Apunte bibliográfico y algunas direcciones útiles de Internet.

La CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES era adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 y está en vigor desde julio de 2003. Realizamos ahora una presentación general de la misma.

I. ESQUEMA DEL TEXTO CONVENCIONAL**A) Principios generales (Partes I, II y VIII)**

Artículo 1:	Alcance
Artículo 2:	Definiciones
Artículo 7:	No discriminación
Artículo 83:	Derecho a una reparación efectiva.
Artículo 84:	Deber de aplicar las disposiciones de la Convención.

B) Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Parte III)

Artículo 8:	Derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen, y a regresar a él.
Artículos 9 y 10:	Derecho a la vida; prohibición de la tortura; prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
Artículo 11:	Prohibición de la esclavitud y la servidumbre.
Artículos 12, 13 y 26:	Libertad de expresión; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; derecho a afiliarse libremente a cualquier sindicato.
Artículos 14 y 15:	Prohibición de las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones; prohibición de la privación arbitraria de los bienes.
Artículo 16 (párrs. 1 a 4), artículos 17 y 24:	Derecho a la libertad y la seguridad personales; protección contra la detención o prisión arbitrarias; reconocimiento de la personalidad jurídica.
Artículo 16 (párrs. 5 a 9), artículos 18 y 19:	Derecho a las garantías procesales.
Artículo 20:	Prohibición del encarcelamiento, de la privación de su autorización de residencia y/o permiso de trabajo y de la expulsión por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo.

La convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios

III

Artículos 21, 22 y 23:	Protección de la confiscación y/o destrucción de documentos de identidad y de otra índole; protección de la expulsión colectiva; derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas.
Artículos 25, 27 y 28:	Principio de la igualdad de trato respecto de la remuneración y otras condiciones de trabajo y de empleo, así como a la seguridad social; derecho a recibir atención médica de urgencia.
Artículos 29, 30 y 31:	Derechos de los hijos de los trabajadores migratorios a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad; acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato; respeto de la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares.
Artículos 32 y 33:	Derecho a transferir sus ingresos, ahorros y efectos personales; derecho a ser informados sobre sus derechos con arreglo a la Convención y a que se difunda la información.

C) Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o en situación regular (Parte IV)

Artículo 37:	Derecho a ser informado antes de su partida de las condiciones de admisión al Estado de empleo y de las actividades remuneradas.
Artículos 38 y 39:	Derecho a ausentarse temporalmente sin que eso afecte a la autorización de permanecer o trabajar en el país; derecho a la libertad de movimiento en el Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.
Artículos 40, 41 y 42:	Derecho a establecer asociaciones y sindicatos; derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado; procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta en el Estado de empleo las necesidades de los trabajadores migratorios y el posible disfrute de sus derechos políticos.
Artículos 43, 54 y 55:	Principio de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con las cuestiones indicadas; igualdad de trato en relación con la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo, los programas de obras públicas y el acceso a otro empleo; igualdad de trato en el ejercicio de una actividad remunerada.
Artículos 44 y 50:	Protección de la unidad de la familia de los trabajadores migratorios y reunión de los trabajadores migratorios con sus familias; consecuencias del fallecimiento del trabajador migratorio o de la disolución del matrimonio.

Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho

III

Artículos 45 y 53:	Goce de la igualdad de trato para los familiares de los trabajadores migratorios en los aspectos indicados y medidas adoptadas para garantizar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local; derecho de los familiares de los trabajadores migratorios a elegir libremente una actividad remunerada.
Artículos 46, 47 y 48:	Exención del pago de derechos e impuestos de importación y exportación por sus efectos personales; derecho a transferir sus ingresos y ahorros del Estado de empleo al Estado de origen o a cualquier otro Estado; cargas fiscales y no aplicación del principio de doble tributación.
Artículos 51 y 52:	Derecho de los trabajadores migratorios no autorizados a elegir libremente su actividad remunerada a buscar otros empleos en caso de que haya cesado la actividad remunerada para la cual hubieran sido aceptados; condiciones y restricciones que se aplican a los trabajadores migratorios que tengan libertad de elegir su actividad remunerada.
Artículos 49 y 56:	Autorización de residencia y autorización a ejercer una actividad remunerada; prohibición general y condiciones de expulsión.

D) Disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios (temporeros, fronterizos, etc.) (Parte V)

Artículo 58:	Trabajadores fronterizos
Artículo 59:	Trabajadores de temporada
Artículo 60:	Trabajadores itinerantes
Artículo 61:	Trabajadores vinculados a un proyecto.

E) Promoción de condiciones satisfactorias y equitativas de los trabajadores y sus familiares (Parte VI)

Artículo 65:	Creación de servicios adecuados para ocuparse de la migración internacional de los trabajadores y sus familiares.
Artículo 66:	Operaciones autorizadas y órganos para la contratación de trabajadores en otro Estado.

La convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios

III

Artículo 67:	Medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen, su reasentamiento y su reintegración cultural.
Artículo 68:	Medidas destinadas a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular.
Artículo 69:	Medidas adoptadas para asegurar que la situación irregular de los trabajadores migratorios no persista en el territorio del Estado Parte y circunstancias que se deben tener en cuenta en los procedimientos de regularización.
Artículo 70:	Medidas adoptadas para garantizar que las condiciones de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana.
Artículo 71:	Repatriación de los restos mortales de los trabajadores migratorios o de sus familiares e indemnización por causa del fallecimiento.

F) Aplicación de la Convención y obligación de los Estados partes de enviar informes

1. El Artículo 73 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos Los Trabajadores Migratorios y de Sus Familias estipula que los Estados Partes presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención. El Comité ha aprobado unas directrices iniciales sobre la forma y el contenido de los informes.
2. El informe deberá ir acompañado de un número suficiente de ejemplares (de ser posible en español, francés e inglés) de los principales textos legislativos y de otra índole a que se haya hecho referencia en él, presentados en uno de los idiomas de trabajo.
3. Los Estados Partes pueden considerar conveniente presentar su informe inicial en virtud del artículo 73 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares junto con el Documento Básico Común al que se hace referencia en el documento HRI/MC/2004/3, que contiene un proyecto de directrices para su preparación. La tercera reunión entre comités de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, celebrada en Ginebra los días 21 y 22 de junio de 2004 (véase el docu-

mento A/59/254, Informe de la 16.^a reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos) alentó a que se adoptase esta opción.

4. Los informes deberán presentarse en forma electrónica (disquete, CD-ROM o correo electrónico), acompañados por un ejemplar impreso sobre papel. El informe tendrá como máximo 120 páginas (papel A4, con interlineado de 1,5 líneas y texto en fuente Times New Roman de tamaño 12).

II. LA ENTRADA EN VIGOR

El 1 de julio de 2003 entraba por fin en vigor esta Convención, adoptada el 18 de diciembre de 1990. Tras doce años y medio reunía en aquel momento 21 Estados partes, cumpliendo así su art. 87, que exigía un mínimo de 20 Estados partes.

A finales de 2005 son 34 los Estados obligados por este importante tratado internacional, el texto más avanzado en la materia, que gira sobre el eje de los derechos humanos de todas las personas sea cual fuere su situación migratoria. Precisamente en 2005 siete Estados se han convertido en partes en la Convención.

Por otra parte, existen 15 Estados que han firmado este tratado internacional pero todavía no lo han ratificado. Esta esperanzadora circunstancia hace previsible que el número de partes se irá incrementando los próximos meses.

Si inicialmente la Convención fue ratificada sólo por Estados de origen de inmigrantes, ahora mismo ya ha avanzado y lo está siendo por Estados de origen y, a la vez, de recepción de inmigrantes; esta situación se aprecia por ejemplo en los casos de Chile, México, Libia, Turquía y Uruguay.

Repasando el estado actual de ratificaciones y adhesiones sobresale otra negativa circunstancia: La total ausencia de Estados miembros de la Unión Europea. De ahí surgen al menos tres preguntas:

- 1.^a Puesto que ya tiene importantes competencias en materia de migraciones, ¿cuándo se planteará la misma Unión Europea la adhesión a este tratado internacional?
- 2.^a ¿Cuándo se planteará España la adhesión a esta Convención?
- 3.^a ¿Hasta cuándo seguirá en España la actual situación, en la cual la Convención resulta una gran desconocida y ni siquiera se presenta esta cuestión a nivel político, ni académico, ni social?

La convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios

III

III. SITUACIÓN DE LAS RATIFICACIONES

Participant	Signature	Ratification, Accession (a), Succession (d)
Algeria	.	21 Apr 2005 a
Argentina	10 Aug 2004	.
Azerbaijan	.	11 Jan 1999 a
Bangladesh	7 Oct 1998	.
Belize	.	14 Nov 2001 a
Benin	15 Sep 2005	.
Bolivia	.	16 Oct 2000 a
Bosnia and Herzegovina	.	13 Dec 1996 a
Burkina Faso	16 Nov 2001	26 Nov 2003
Cambodia	27 Sep 2004	.
Cape Verde	.	16 Sep 1997 a
Chile	24 Sep 1993	21 March 2005
Colombia	.	24 May 1995 a
Comoros	22 Sep 2000	.
Ecuador	.	5 Feb 2002 a
Egypt	.	19 Feb 1993 a
El Salvador	13 Sep 2002	14 Mar 2003
Gabon	15 Dec 2004	.
Ghana	7 Sep 2000	7 Sep 2000
Guatemala	7 Sep 2000	14 Mar 2003
Guinea	.	7 Sep 2000 a
Guinea-Bissau	12 Sep 2000	.
Guyana	15 Sep 2005	.
Honduras	.	9 August 2005 a
Indonesia	22 Sep 2004	.
Kyrgyzstan	.	29 Sep 2003 a
Lesotho	24 Sep 2004	16 Sep 2005
Liberia	22 Sep 2004	.
Libyan Arab Jamahiriya	.	18 Jun 2004 a
Mali	.	5 Jun 2003 a
Mexico	22 May 1991	8 Mar 1999
Morocco	15 Aug 1991	21 Jun 1993
Nicaragua	.	26 Oct 2005
Paraguay	13 Sep 2000	.
Peru	22 Sep 2004	14 Sep 2005
Philippines	15 Nov 1993	5 Jul 1995
Sao Tome and Principe	6 Sep 2000	.
Senegal	.	9 Jun 1999 a
Serbia and Montenegro	11 Nov 2004	.
Seychelles	.	15 Dec 1994 a
Sierra Leone	15 Sep 2000	.
Sri Lanka	.	11 Mar 1996 a
Syrian Arab Republic	.	2 June 2005 a
Tajikistan	7 Sep 2000	8 Jan 2002
Timor-Leste	.	30 Jan 2004 a
Togo	15 Nov 2001	.
Turkey	13 Jan 1999	27 Sep 2004
Uganda	.	14 Nov 1995 a
Uruguay	.	15 Feb 2001 a

IV. LA CONVENCIÓN, PRIMER PASO HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL *IUS MIGRANDI*

Obviamente la Convención ni realiza una política de puertas abiertas (pues diferencia entre migrantes en situación regular y migrantes en situación irregular) ni soluciona todas las cuestiones que la inmigración ofrece hoy.

Pero otorga en su parte III un conjunto de derechos a todos los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio; como recuerda la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, esta Parte III no crea nuevos derechos “sino que reafirma los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y desarrollados en los principales tratados de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas, que sí han sido ampliamente ratificados” (ver su Informe de 22 de septiembre de 2004, párrafo 52).

Precisamente por eso, por abordar las migraciones desde los derechos humanos, la Convención Internacional ahora brevemente reseñada es actualmente el texto que más se aproxima al DERECHO A MIGRAR COMO DERECHO HUMANO, al *ius migrandi*.

Nuestro enfoque del *IUS MIGRANDI* incluye al menos tres aspectos: Un nuevo *ius humanitatis*, el *ius migrandi* como Derecho Humano y los posibles límites del mismo.

Un nuevo *ius humanitatis*. Ya en el s. XVI, el teólogo-jurista español, Francisco DE VITORIA, afirmaba el derecho de TODA PERSONA a circular libremente y a establecerse pacíficamente en territorios ajenos a su propio Estado. Este derecho, afirmado como un *ius humanitatis*, patrimonio universal de todas las personas, siguió reconociéndose con posterioridad, incluida la primera mitad del s. XX. En esa misma dirección se pronuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, que afirma en su artículo 13: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

Resultará útil recordar que, hasta ese momento, la emigración seguía unas rutas que iban desde Europa hasta América o Ultramar, y que es, precisamente, en la segunda mitad del s. XX, al producirse un cambio radical en las rutas migratorias, cuando el Derecho a migrar es puesto en cuestión. Ya no son los europeos los que “hacen las Américas”, sino que a nuestras costas se aproximan personas con escasos recursos, procedentes de otras zonas del mundo. Es pues momento de preguntarnos: ¿Pueden huir de la miseria, de la persecución política, de las dictaduras, de los desastres naturales, de los horrores de todo tipo, sin que sean devueltos a sus lugares de origen? En el umbral del siglo XXI, ¿es tan utópica la reivindicación del viejo “*Ius Migrandi*”, que en un momento de nuestra Historia del Derecho fue reconocido como un derecho de la Humanidad?

El “*ius migrandi*” como Derecho Humano. De un modo sintético –englobando todo el ciclo migratorio– diferenciaremos: El Derecho a no emigrar, que implica que en los Estados de origen debe lograrse el desarrollo en todas sus dimensiones, alcanzando unas condiciones de vida dignas, que eviten el éxodo masivo de sus poblaciones. El Derecho a emigrar, corolario del anterior, que supone que cualquier persona debe poder circular de forma voluntaria y libre por todo

La convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios

III

el planeta. En tercer lugar, el Derecho a establecerse pacíficamente, que significa el derecho a trabajar y vivir en el Estado en el que una persona haya decidido permanecer. Finalmente, el derecho a retornar a sus Estados de origen o de residencia, derecho que tienen todas las personas no perseguidas por la justicia por delitos comunes.

La existencia de estos cuatro derechos se basa en la mejor tradición jurídica pasada y presente: La de los Derechos Humanos de todas las personas, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, etc.

Los posibles límites del *ius migrandi*. Partimos de la consideración de la inexistencia de derechos absolutos, pues es indiscutible que cualquier derecho tiene unos límites; sin embargo los límites no pueden llegar a significar la negación o el desconocimiento del derecho mismo.

En el presente caso, no parece fácil definir todos y cada uno de los posible límites del *ius migrandi*, pero podemos apuntar la sanidad pública, el orden público y la seguridad pública, siendo conscientes que la ampliación o restricción de los límites conformará un derecho migratorio más o menos fuerte.

Por su parte, el establecimiento deberá ser pacífico, amistoso y mutuamente respetuoso, sin más barrera que los propios derechos humanos, a los que de ninguna manera cabe renunciar ni aun en aras de una deseable convivencia.

El ejercicio del derecho tampoco debe significar un empobrecimiento para ambas partes, aun cuando lógicamente que este empobrecimiento no puede comprenderse en exclusivos términos economicistas. La comunicabilidad y sociabilidad entre las personas reporta también beneficios a veces difícilmente cuantificables a corto plazo que redundan en el enriquecimiento cultural, social o personal de las sociedades receptoras y de los migrantes.

A nuestro entender este es el significado de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.

V. ANEXO: APUNTE BIBLIOGRÁFICO Y ALGUNAS DIRECCIONES ÚTILES DE INTERNET

- *Alcanzando la dignidad: Manual del Promotor de la Convención de Derechos de los Migrantes*, <http://www.migrantsrights.org/sp-handbo1.htm>.
- A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “El contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones* n.º 5, 1999, pp. 121 y ss.
- *Campaña mundial para la ratificación de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios*, http://www.migrantsrights.org/index_span.htm.

- COMISION CATÓLICA INTERNACIONAL DE MIGRACIÓN Y DICIEMBRE 18: *Los órganos creados en virtud de tratados de las NNUU y los trabajadores migratorios: un Samizdat*, Ginebra 2004.
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: <http://www.cgae.es>.
- C. DOÑA REVECO: *Breve reseña y análisis de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, OIM-Chile, Santiago, junio 2003, en http://www.cimal.cl/publicaciones/documentos/Documento_trabajo_cimal_01_pdf.
- *Guía para Organizaciones no Gubernamentales sobre la implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre trabajadores migratorios*, <http://www.december18.net/web/docpapers/doc3085.pdf>, agosto de 2005.
- R. PERRUCHOUD (éd.): *Migrations et protection des Droits de l'Homme*, OIM, Ginebra 2005, pp. 71 y ss.
- REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA (España): <http://www.intermigra.info/extranjeria>.
- UNESCO: *La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los inmigrantes*, kit informativo, 1 julio 2003, <http://www.unesco.org>.

PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

IV

El CGAE solicita al Gobierno la ratificación o adhesión a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

El Consejo General de la Abogacía ha solicitado formalmente al Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado la adhesión de España a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Haciendo uso del Derecho de Petición el CGAE ha transmitido al Gobierno español la necesidad de ratificar o adherirse a dicha Convención.

I. ANTECEDENTES DE LA PETICIÓN

El 15 Encuentro Intercolegial de Abogados convocado por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, reunido en Zaragoza los días 29, 30 y 31 de abril acordó entre otras conclusiones dentro de la Ponencia y Mesa de Trabajo “MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES”

“10.º.- Instar al CGAE, a través de la Subcomisión de Extranjería del CGAE, a fin de que promueva ante el Gobierno español e instancias competentes de la Unión Europea la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 1990.”

La Subcomisión de Extranjería del CGAE en reunión celebrada el día 10 de junio de 2005 acordó:

“1.- Aprobación de las conclusiones del XV Encuentro de Abogados sobre derecho de Extranjería.

Se presentan para su aprobación las conclusiones adoptadas por el XV Encuentro de Derecho de extranjería, quedando aprobadas por unanimidad, con independencia de ello se llevan a cabo los siguientes acuerdos.

Respecto a las conclusiones correspondientes a la Mesa 1.

Se *acuerda* por unanimidad que el Consejo General ejerza el derecho de petición para que el Gobierno Español ratifique la Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familiares de 1990. Quedan encargados los Colegios de Zaragoza y Málaga para elaborar las solicitudes de ratificación para que sean aprobadas por la Comisión de Asistencia Jurídica del Consejo General y posteriormente por la Comisión Permanente.”

La Comisión de Asistencia Jurídica gratuita en sesión de 24 de junio de 2005 acordó ejercer el derecho de petición. Acuerdo que fue refrendado por la Comisión Permanente el 6 de julio de 2005. Los pertinentes documentos fueron suscritos por el Presidente del Consejo y presentados ante los registros del Congreso, Senado y Gobierno el 2 de septiembre de 2005.

II. LAS RAZONES DE LA PETICIÓN

La Abogacía Española considera que esta Convención –que entró en vigor el 1 de julio de 2003– contiene en su articulado una verdadera carta de los derechos mínimos de los inmigrantes, carta que no existe en la actualidad en ningún otro tratado internacional. Por ello, al ser éstos los derechos que el Gobierno de España dice defender, la Abogacía no encuentra motivo para no ratificar o adherirse a esta Convención.

El CGAE asegura que esta Convención ni favorece la política de puertas abiertas ni crea derechos nuevos. En su opinión, coincidente con la de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, la Convención reafirma los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en tratados internacionales ya vinculantes para España, por lo que la adhesión o ratificación no supondría nuevas obligaciones para España.

Hoy son 31 los Estados obligados por este tratado internacional. Inicialmente sólo la ratificaron los estados de origen de los inmigrantes, pero ya se han unido países de recepción como Chile, Libia o Uruguay. Sin embargo, a pesar del significativo número de inmigrantes en la Unión Europea hasta la fecha no ha sido ratificado por ningún estado de la UE ni se ha adherido a él la misma Unión Europea.¹

Obviamente la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares no soluciona todas las complejas cuestiones que la inmigración ofrece hoy. Sin embargo ayuda a racionalizar este fenómeno desde la única base posible, los derechos humanos.

Es intención del CGAE desarrollar en los próximos meses una amplia campaña de adhesiones entre las organizaciones académicas, profesionales, sindicales, y no gubernamentales, que promueven la defensa de derechos humanos.

Es muy importante que asociaciones, sindicatos, partidos políticos, ONG, simples personas físicas, etc., en primer lugar conozcan la Convención de 1990. Para la defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, incluidas las inmigrantes, resulta imprescindible en segundo lugar que las asociaciones, los sindicatos, etc. ejerzan este mismo DERECHO DE PETICIÓN. Quienes deseen hacerlo, pueden adaptar copia de la petición que en la Página Web del CGAE se contiene (<http://www.cgae.es>) o en Página Web de Extranjería del ReICAZ (<http://www.reicaz.es/extranjeria>).

(1) El Parlamento Europeo en su Resolución sobre las prioridades y recomendaciones de la UE para el 61.º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra, del 14 de marzo al 22 de abril de 2005) pide a los Estados miembros que ratifiquen el Convenio de las Naciones Unidas sobre trabajadores migrantes y que apoyen la ratificación universal del mismo.

V

ANEXO: Derecho de petición

SR. PRESIDENTE DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN:

D. Carlos CARNÍKER DÍEZ, de nacionalidad española, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, que actúa en representación del mismo, con domicilio a efecto de notificación sito en Madrid, Paseo Recoletos n.º 13, ante Usted comparece y como mejor proceda en Derecho D I G O:

Que por medio del presente escrito y al amparo del Derecho actualmente vigente, ejercito en nombre del Consejo General de la Abogacía Española el DERECHO DE PETICIÓN sobre la base de las siguientes

CONSIDERACIONES

I

El 1 de julio de 2003 entraba en vigor la **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990. La aprobación tuvo lugar por Resolución de Naciones Unidas 45/158.

Hoy son 30 los Estados obligados por este importante tratado internacional. Inicialmente la Convención fue ratificada sólo por Estados de origen de inmigrantes, pero ya lo ha sido también por Estados de recepción de inmigrantes, como Chile, Libia, y Uruguay.

Sin embargo, a pesar de que el número de inmigrantes en la Unión Europea resulta hoy significativo, hasta la fecha no ha sido ratificado por ningún Estado de la Unión Europea ni se ha adherido a él la misma Unión Europea.

II

La Convención contiene en su articulado una verdadera carta de los derechos humanos mínimos de los inmigrantes, derechos que el Gobierno de España dice defender; esa carta no existe en la actualidad en ningún otro tratado internacional. De esta forma, la Convención representa en materia migratoria la conciencia jurídica actual de la Humanidad.

Anexo: Derecho de petición

V

Estos derechos están configurados de forma realista, y caracterizados por dos notas:

1.º) Que se toma en consideración a TODOS los inmigrantes, a los cuales se les respeta su dignidad, independientemente de que estén documentados o no en el Estado de inmigración. Como consecuencia de su dignidad humana se les deben respetar los derechos humanos que la Convención atribuye a todos los inmigrantes, porque deben ser entendidos como derechos innatos a la dignidad de cualquier ser humano.

2.º) Que en todo momento los inmigrantes son considerados como realidad personal y a la vez familiar, por lo que la familia no queda separada, ni excluida ni discriminada de la suerte que corre el trabajador que sea cabeza de familia (todo lo contrario de lo que se ha hecho en el proceso español de regularización, realizado en 2005, pues se ha olvidado a los familiares de los trabajadores).

III

La ratificación o adhesión del Reino de España se ve favorecida (al menos) por los tres argumentos siguientes, sintéticamente expuestos:

1.º La Convención no establece ninguna política de puertas abiertas como demagógicamente suele a veces afirmarse; en efecto, al regular los derechos establece una lista para todos los trabajadores migratorios (Parte III) y otra lista mucho más amplia a otorgar a los documentados o en situación regular (Parte IV).

2.º La Parte III, dedicada pues a todos los trabajadores migratorios, como recuerda la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, no crea nuevos derechos “sino que reafirma los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y desarrollados en los principales tratados de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas, que sí han sido ampliamente ratificados” (ver su Informe de 22 de septiembre de 2004, párrafo 52).

Por tanto, al ratificar el Reino de España dicha Convención, no asumiría nuevas obligaciones sino que concretaría las ya existentes en otros tratados internacionales vinculantes para él.

3.º Con frecuencia los trabajadores migratorios y sus familiares se ven privados de derechos humanos mínimos, entre ellos los derechos de la defensa, el derecho a un tribunal independiente e imparcial, el derecho a un abogado, el derecho a un abogado de oficio si carece de recursos económicos, el derecho a ser oído en una lengua que conozca, etc.; al calificar a tales Derechos como Humanos, afirmamos inequívocamente que los tienen todas las personas, nacionales o extranjeras, en situación regular o irregular. En su mayor parte, son derechos humanos que el Reino de España se ha obligado ya a cumplir al ratificar o adherirse a otros tratados internacionales vinculantes para él; luego el Reino de España no asumiría nuevas obligaciones.

Anexo: Derecho de petición

V

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La Constitución española de 1978, que en su artículo 29, 1.º, proclama el derecho fundamental según el cual “todos los españoles tendrán el derecho de petición, individual o colectiva, en la forma y con los efectos que determine la ley”.

La Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (*BOE* de 13 de noviembre de 2001), especialmente en sus artículos 1 y 2.

II

La legitimación activa del compareciente se desprende tanto del artículo 29 CE como de la Ley Orgánica 4/2001, sobre todo en su artículo 1, que señala: “Toda persona, natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos previstos en la presente Ley”

El Artículo 75.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española señala entre otras funciones del Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, la de ostentar la representación del Consejo General de la Abogacía.

El artículo 68, entre las funciones del Consejo General de la Abogacía Española, comprende la de Representar a la Abogacía Española y ser portavoz del conjunto de los Ilustres Colegios de Abogados de España, en toda clase de ámbitos, incluido el de las entidades similares de otras naciones; emitir los informes que le sean solicitados por la Administración, Colegios de Abogados y Corporaciones oficiales respecto a asuntos relacionados con sus fines o que acuerde formular de propia iniciativa; proponer las reformas legislativas que estime oportunas e intervenir en todas las cuestiones que afecten a la Abogacía española. En general, en materia de actuaciones jurídicas, ejercer cuantas acciones le correspondan ante toda clase de Administraciones, Organismos y Tribunales nacionales o internacionales; Y, en fin, ejercer cuantas funciones y prerrogativas estén establecidas en las disposiciones vigentes y todas aquellas que, no expresamente enunciadas, sean concomitantes o consecuencia de las anteriores y tengan cabida en el espíritu que las informe.

III

Es competente para recibir la Petición el órgano al que me dirijo, en concreto el Gobierno de la Nación, porque la misma Ley Orgánica 4/2001 señala en su artículo 2: “El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración o autoridad (...) respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta”.

La materia objeto de esta Petición es de interés colectivo o general y se encuentra indudablemente comprendida en el ámbito de la competencia del Presidente del Gobierno (artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2001, antes citada).

Anexo: Derecho de petición

V

Además, la vigente Constitución española de 1978, en su artículo 97, señala que “el Gobierno dirige la política interior y exterior”. Por otra parte el artículo 149, 1, 3.º, CE, atribuye al Estado, cuyo Gobierno Usted dirige, la competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales.

En virtud de la dirección de la política exterior, el Gobierno negocia los tratados internacionales aun cuando la prestación del consentimiento requiera la previa autorización de las Cortes Generales (artículos 93-94, 1.º, CE).

Es además competente el Presidente por cuanto, como observa el artículo 2, 1.º, de la Ley 50/1998, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno (BOE de 28 de noviembre de 1998), el Presidente del Gobierno “dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de los Ministros en su gestión”.

IV

La Petición se presenta ante Registro admitido por la legislación vigente dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6.1.º de la L.O. 4/2001.

V

A los efectos prevenidos en el artículo 8 L.O. 4/2001 se manifiesta que el objeto de la presente Petición ni es ajeno al Presidente del Gobierno, ni existe un procedimiento parlamentario, administrativo o judicial sobre el mismo.

Por ello, en virtud de lo expuesto,

AL SR. PRESIDENTE DEL GOBIERNO SOLICITO:

Que tenga por presentado este escrito en nombre del CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, por el *DERECHO DE PETICIÓN* y a la vista del contenido del mismo acuerde promover, siguiendo los cauces procesales indicados en nuestro vigente ordenamiento jurídico, que el Gobierno, por decisión de su Presidente, promueva la firma y posterior ratificación o adhesión del Reino de España a la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1990 sobre protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Por ser de justicia que pido en Madrid a 21 de junio del 2005.

Anexo: Derecho de petición

y

SR. PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS:

D. Carlos CARNÍKER DÍEZ, de nacionalidad española, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, que actúa en representación del mismo, con domicilio a efecto de notificación sito en Madrid, Paseo Recoletos n.º 13, ante Usted comparece y como mejor proceda en Derecho **D I G O**:

Que por medio del presente escrito y al amparo del Derecho actualmente vigente, ejercito en nombre del Consejo General de la Abogacía Española el DERECHO DE PETICIÓN sobre la base de las siguientes:

CONSIDERACIONES

- I. (...) Ver escrito digido al Presidente del Gobierno de la Nación.
- II. (...) Ver escrito digido al Presidente del Gobierno de la Nación.
- III. (...) Ver escrito digido al Presidente del Gobierno de la Nación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La Constitución española (CE) de 1978, que en su artículo 29, 1.º, proclama el derecho fundamental según el cual “todos los españoles tendrán el derecho de petición, individual y colectiva, en la forma y con los efectos que determine la ley”.

La misma CE, en su artículo 77, afirma:

“1.º Las Cámaras podrán recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas.

2.º Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse, siempre que las Cámaras lo exijan.”

Los artículos 46, 49 y 50 del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, que regulan la Comisión de Peticiones

La Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (BOE de 13 de noviembre de 2001), especialmente en sus artículos 1 y 2.

Anexo: Derecho de petición

V

II

La legitimación activa del compareciente se desprende en primer lugar de los artículos 29 y 77 CE, antes citados.

La Ley Orgánica 4/2001, sobre todo en su artículo 1, también fundamenta esta legitimación pues señala: “Toda persona, natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos previstos en la presente Ley”

(En el caso de entidades citar además la normativa concreta de la que se desprende la capacidad para intervenir en nombre de las mismas).

III

Es competente para recibir la Petición el órgano al que me dirijo, en concreto el Congreso de los Diputados, en virtud de los artículos 46, 49 y 50 de su Reglamento y de la citada Ley Orgánica 4/2001, que señala en su artículo 2: “El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración o autoridad (...) respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta”.

La materia objeto de esta Petición es de interés colectivo o general y se encuentra indudablemente comprendida en el ámbito de la competencia del Congreso de los Diputados (artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2001, antes citada) y cumple los restantes requisitos exigidos por la vigente legislación (presentación por escrito, artículo 4 LO 4/2001, haber sido presentada ante un Registro admitido por la vigente legislación, artículo 6, 1.º, LO 4/2001).

IV

La Petición se presenta ante Registro admitido por la legislación vigente dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6.1.º de la L.O. 4/2001.

V

A los efectos prevenidos en el artículo 8 L.O. 4/2001 se manifiesta que el objeto de la presente Petición ni es ajeno al Congreso de los Diputados, ni existe un procedimiento parlamentario, administrativo o judicial sobre el mismo.

Por ello, en virtud de lo expuesto,

Anexo: Derecho de petición

v

AL SR. PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS SOLICITO:

- A) Que tenga por presentado este escrito en nombre del CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, y a su vista tener por ejercido el *DERECHO DE PETICIÓN*.
- B) Que, una vez admitida a trámite la presente Petición, en aplicación de los artículos 46 y 49 del Reglamento del Congreso de los Diputados, la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados la examine y delibere sobre la misma.
- C) Que la misma Comisión de Peticiones la traslade a los grupos parlamentarios para que, si lo estiman oportuno, promuevan una iniciativa legislativa del Congreso de los Diputados sobre la firma y posterior ratificación o adhesión del Reino de España a la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1990 sobre protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Por ser de justicia que pido en Madrid a 21 de junio del 2005.

Anexo: Derecho de petición

v

SR. PRESIDENTE DEL SENADO:

D. Carlos CARNÍKER DÍEZ, de nacionalidad española, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, que actúa en representación del mismo, con domicilio a efecto de notificación sito en Madrid, Paseo Recoletos n.º 13, ante Usted comparece y como mejor proceda en Derecho **D I G O**:

Que por medio del presente escrito y al amparo del Derecho actualmente vigente, ejercito en nombre del Consejo General de la Abogacía Española el DERECHO DE PETICIÓN sobre la base de las siguientes:

CONSIDERACIONES

- I. (...) Ver escrito digido al Presidente del Gobierno de la Nación.
- II. (...) Ver escrito digido al Presidente del Gobierno de la Nación.
- III. (...) Ver escrito digido al Presidente del Gobierno de la Nación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La Constitución española (CE) de 1978, que en su artículo 29, 1.º, proclama el derecho fundamental según el cual “todos los españoles tendrán el derecho de petición, individual y colectiva, en la forma y con los efectos que determine la ley”.

La misma CE, en su artículo 77, afirma:

- “1.º Las Cámaras podrán recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas.
- 2.º Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse, siempre que las Cámaras lo exijan.”

Los artículos 192 a 195 del vigente Reglamento del Senado, que configuran el Título XI denominado “De las peticiones”.

La Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (BOE de 13 de noviembre de 2001), especialmente en sus artículos 1 y 2.

Anexo: Derecho de petición

V

II

La legitimación activa del compareciente se desprende en primer lugar de los artículos 29 y 77 CE, antes citados.

Se deduce asimismo sin ninguna dificultad del artículo 192 del Reglamento del Senado, donde se lee: “Las peticiones que los españoles dirijan al Senado, en el ejercicio de su derecho de petición, se atenderán a la forma y demás requisitos que establezca la ley”.

La Ley Orgánica 4/2001, sobre todo en su artículo 1, también fundamenta esta legitimación pues señala: “Toda persona, natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente, en los términos y con los efectos previstos en la presente Ley”.

(En el caso de entidades citar además la normativa concreta de la que se desprende la capacidad para intervenir en nombre de las mismas).

III

Es competente para recibir la Petición el órgano al que me dirijo, en concreto el Senado, en virtud de los artículos 192 y ss. de su Reglamento y de la citada Ley Orgánica 4/2001 que señala en su artículo 2: “El derecho de petición podrá ejercerse ante cualquier institución pública, administración o autoridad (...) respecto de las materias de su competencia, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de ésta”.

La materia objeto de esta Petición es de interés colectivo o general y se encuentra indudablemente comprendida en el ámbito de la competencia del Senado (artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2001, antes citada) y cumple los restantes requisitos exigidos por la vigente legislación (presentación por escrito, artículo 4 LO 4/2001, haber sido presentada ante un Registro admitido por la vigente legislación, artículo 6, 1.º, LO 4/2001).

IV

La Petición se presenta ante Registro admitido por la legislación vigente dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6.1.º de la L.O. 4/2001.

V

A los efectos prevenidos en el artículo 8 L.O. 4/2001 se manifiesta que el objeto de la presente Petición ni es ajeno al Senado, ni existe un procedimiento parlamentario, administrativo o judicial sobre el mismo.

Por ello, en virtud de lo expuesto,

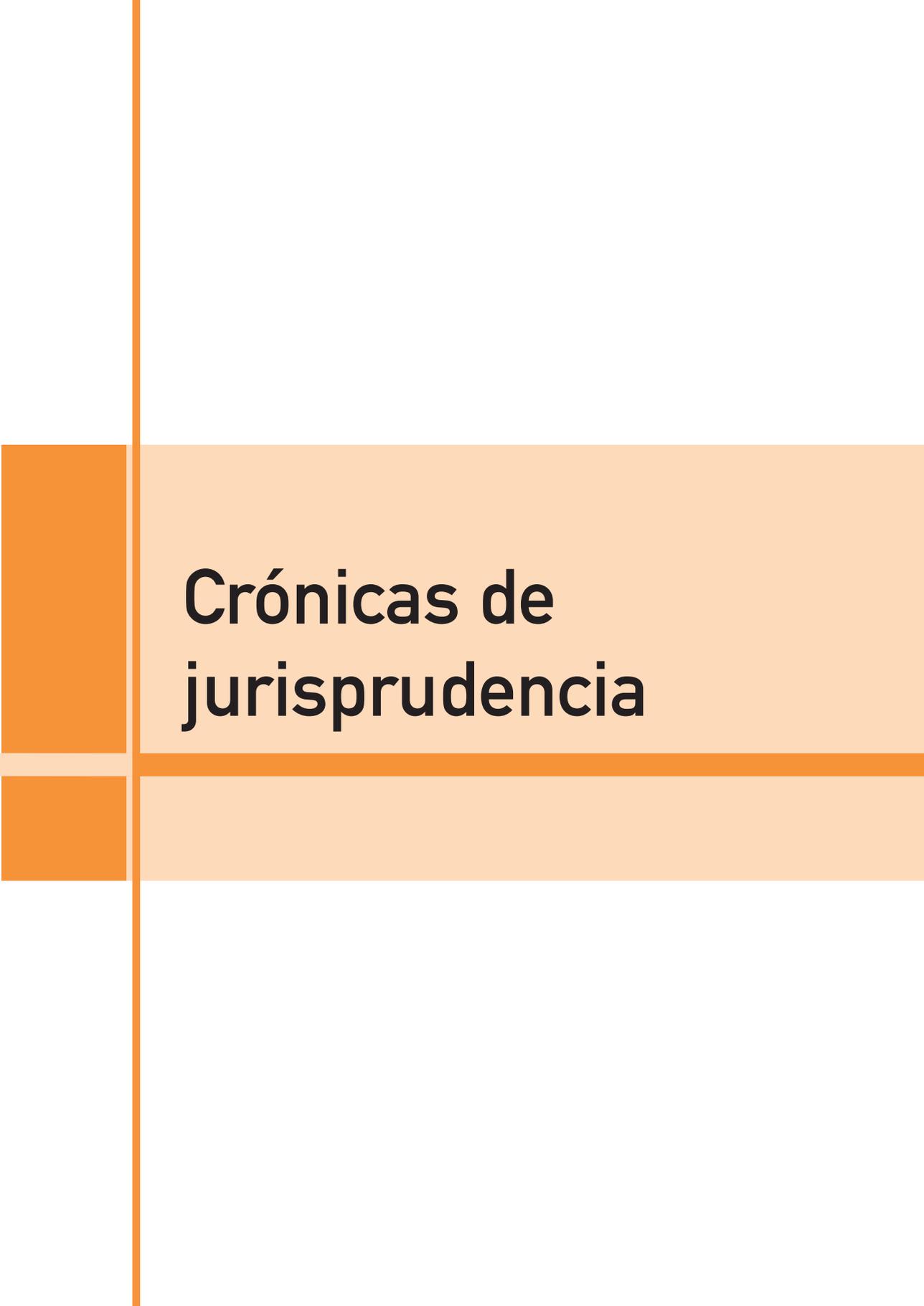
Anexo: Derecho de petición

v

AL SR. PRESIDENTE DEL SENADO LE SOLICITO:

- A) Que tenga por presentado este escrito en nombre del CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, y a su vista tenga por ejercido EL *DERECHO DE PETICIÓN*.
- B) Que, una vez admitida a trámite la presente Petición, en aplicación del artículo 193, 1.º del Reglamento del Senado, la Comisión de Peticiones del Senado la examine y delibere sobre la misma;
- C) Que la misma Comisión de Peticiones la traslade a los grupos parlamentarios para que, si lo estiman oportuno, promuevan (artículo 193, 2.º, del Reglamento del Senado) una iniciativa legislativa del Senado (artículo 108, 1.º, del Reglamento del Senado) sobre la firma y posterior ratificación o adhesión del Reino de España a la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1990 sobre protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Por ser de justicia que pido en Madrid a 21 de junio del 2005.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 13 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1069/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Rumania.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don F., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La persecución que el actor dice sufrir no se debe a motivaciones de índole política, racial o religiosa, tratándose más bien de problemas económicos que derivaron en un enfrentamiento con la policía.

“El recurrente insiste en la existencia de una persecución encuadrable entre las causas o motivos de asilo recogidos en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo 5/1984, al haberse visto obligado a huir de su país de origen, Rumania, por la persecución de que era objeto por parte de Policías con los que se había enfrentado cuando agredieron a la mujer con la que convivía, con ocasión de un desahucio. Alega el recurrente –con apoyo en el informe de la Comisión española de ayuda al refugiado, CEAR, incorporado a los autos en período probatorio– que en Rumania la actuación de las fuerzas policiales se caracteriza por su brutalidad, así como por la ausencia de control e impunidad con que desarrollan sus actos.

El motivo no puede ser estimado.

(...).

Pero en el caso que se resuelve la sentencia impugnada no ha vulnerado tales preceptos, pues a efec-

tos del indicado apartado b) del artículo 5.º de la Ley 5/1984, es de considerar que los únicos hechos relevantes son sólo los que el interesado consignó al solicitar asilo; hechos de los que no resulta ninguna persecución encuadrable en esta institución, al no haberse denunciado ninguna persecución basada en los concretos motivos de los que dan lugar al asilo (motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas). Así lo resalta la sentencia de instancia, cuando apunta que la persecución que se invoca ha de estar causalizada en alguna de esas causas o motivos de asilo, lo que no ocurre en el caso examinado, en que la persecución que el actor dice sufrir por parte de la Policía de su país no se debe a motivaciones de índole política, racial religiosa, o de pertenencia a un determinado grupo social, tratándose más bien de problemas económicos que derivaron en un enfrentamiento con miembros de la Policía.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 13 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 6350/2001.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Persecución por razones políticas.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don J.C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. El recurrente expuso que sufría persecución en su país de origen por razones políticas y merecedoras de la concesión del asilo.

“El actor alega que perteneció al Ejército de liberación de Armenia ocupándose de todos los temas de ayuda a los familiares de los muertos en los combates contra la Karabajov. Al llegar al poder el Movimiento por la paz en Armenia, contrario al suyo, fue objeto de persecución, siendo encarcelados los líde-

res de su partido. Fue finalmente detenido, acusándole falsamente de inducir al suicidio de su mujer, lo que evidencia la clara persecución de la que fue objeto, que se repetiría, si tuviera que regresar. (...).

(...).

En efecto, el recurrente alega que ha sufrido una persecución de naturaleza política, por pertenecer a un Partido Político enfrentado al que ocupa el Poder en su país de origen, y al que pertenece la familia de su esposa, habiendo llegado esa persecución hasta el extremo de ser injustamente acusado y luego condenado como responsable de la muerte de esta, en la que él –dice– nada tuvo que ver. Estos hechos son de los que en principio, conforme al artículo 3.1 de la Ley de Asilo 5/1984, constituyen causa para reconocer a una persona 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 que no cabe inadmitir a trámite dicha petición de asilo por la circunstancia prevista en el apartado b) del artículo 5.6 de la referida Ley de Asilo, modificada por Ley 9/1994, sin perjuicio de la prueba que de tales hechos deberá practicarse durante la tramitación del correspondiente procedimiento, en el que, para conceder el asilo pedido, deberán aparecer, al menos, indicios suficientes de lo alegado, de manera que el motivo de casación invocado ha de ser estimado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª

Fecha: 27 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1337/2002.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo. Ciudadano de Cuba. Persecución por motivos políticos.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don C. y doña A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Del relato de hechos expuesto en su solicitud

denuncia una persecución política encuadrable entre las causas o motivos de asilo.

“(…) el relato de los solicitantes de asilo describe una persecución y no es manifiestamente falso o inverosímil, aunque luego en la tramitación del expediente acaso no se encuentren los indicios suficientes para una resolución final favorable. En efecto, un análisis conjunto de la solicitud de asilo y de la posterior petición de reexamen permite apreciar la invocación de una persecución por razones políticas –plasmada en hostigamiento y vigilancia derivados de su oposición al régimen y su negativa a afiliarse al Partido Comunista de Cuba–, encuadrable entre las causas de asilo recogidas en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley 5/1984.

Desde luego, de las alegaciones formuladas se podrá dudar, y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada, pero ha de insistirse en que no cabe inadmitir a trámite esa petición, con el único argumento de que no se ha alegado ninguna causa de asilo, cuando se ha aducido una persecución por motivos políticos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1836/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Ciudadana de Somalia. Persecución por razón de sexo.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña M.^ª P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Del relato expuesto se deduce que la solicitante de asilo sufrió una situación grave y continuada consistente en una persecución por razón de sexo encuadrable entre las persecuciones sociales.

“La parte recurrente (...) recuerda la doctrina jurisprudencial que ha dicho que para conceder el asilo

Asilo

basta aportar una prueba satisfactoria del temor a la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad o creencias, e insiste en que en la tramitación del expediente se produjeron irregularidades, ya que su declaración se prestó ante un intérprete que traducía del somalí al inglés, y de esta lengua se tradujo por la instructora al español, con la consiguiente pérdida de matices en lo declarado. Reitera su alegación de que ha sido violada en los campos de refugiados, y concluye que existen razones para la admisión a trámite de su solicitud.

Este motivo debe ser estimado.

La interesada describió en su solicitud (y en su petición de reexamen) unos hechos que, en principio, pueden revestir los caracteres de una persecución por razón de sexo, acaecidos primero en su país y luego en Tanzania y en Kenia.

(...).

Empero, la Administración no denegó la admisión a trámite porque los hechos relatados por el 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 5, 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 aquella describió una situación de grave y continuada persecución por razón de sexo, (encontrable sin duda entra las persecuciones sociales). En consecuencia, 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.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 832/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don S., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La persecución por motivos de raza no resulta en modo alguno de su relato sino que fundó su petición en los problemas resultantes de ser acusado de cometer un delito de falsificación de documentos.

“El recurrente justifica su solicitud de asilo en la persecución que sufre tras haber sido acusado de falsificación de documentos. Trabajaba como policía militar y el día 8 de diciembre de 1998, cuando se encontraba de guardia, apareció el subjefe de la unidad, J.Á., junto con cuatro soldados a fin de que firmaran una autorización para retirar 17 armas automáticas. Cuatro meses después Jesús Ángel los acusaba de falsificar el referido documento y les responsabilizaba de la desaparición de las armas. A partir de entonces recibía amenazas, le registraron su casa e incluso fue torturado. Estuvo 12 días aislado en la comisaría militar, y cuando fue liberado decidió huir del país. (...) Pues bien, centrándonos en el caso de autos, a la vista de la normativa legal y doctrina jurisprudencial expuesta, la Sala considera que el presente recurso ha de ser desestimado, por cuanto ni del expediente administrativo ni de los autos se desprende que los hechos alegados por el recurrente como justificativos de su petición de asilo puedan incardinarse en las previsiones del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo y en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del refugiado, pues no ha resultado acreditado que el actor

haya sufrido persecución por su pertenencia a un grupo social, étnico, político o religioso determinado, ya que los motivos alegados consisten en una serie de problemas surgidos en su ámbito laboral al haber sido injustamente acusado de falsificación de documentos y desaparición de armas. Por otro lado, el hecho de que el recurrente no formulara su petición de asilo de manera inmediata tras su llegada a España, permaneciendo durante cierto tiempo en situación de ilegalidad, hacen dudar de la verosimilitud de dichas alegaciones indicando la utilización de la vía del asilo para regularizar su situación en España ante la imposibilidad o dificultad para hacerlo por los procedimientos establecidos en la legislación general de extranjería. Finalmente el tránsito del recurrente por su camino hacia España, por países signatarios de la Convención de Ginebra, en los cuales pudo y debió hacer efectiva su petición de asilo, sin haberlo realizado, constituye causa de inadmisión según lo prevenido en el subapartado f) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo, en la reforma operada por la Ley 9/1994.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1637/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Asilo. Ciudadano de Cuba.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don V., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo. El relato, que no es ni falso ni inverosímil, describe una presunción derivada de la existencia de controles y extorsiones consecuencia de su discrepancia política con el régimen cubano.

“Lo cierto es que el relato del interesado describe una persecución y no es manifiestamente falso o inverosímil. En la solicitud de asilo el solicitante manifestó que «no está de acuerdo con el sistema,

él piensa diferente y eso es un delito. El solicitante cuando terminó sus estudios comenzó a trabajar como diseñador, y no podía subsistir, porque no tenía demasiado trabajo, el salario era mínimo y decidió dejarlo y empezar a trabajar en turismo en un mercado y al no pertenecer a ninguna organización le apartaron en 1997, y a partir de ese momento comenzó a trabajar como actor aficionado, no lo aceptaron. Era objeto de citaciones. Cuando conoció a su novia en agosto del 2000, también fue objeto de extorsiones, empezó a ser controlado. El solicitante quiere escribir un libro con sus ideas, narrando su experiencia, sus vivencias en Cuba, sin presiones. No ha sido detenido por las autoridades, ni ha tenido ningún problema con las autoridades de su país, salvo las citaciones que suelen ser cada 15 días o mensuales.» Luego, en la petición de reexamen, añadió lo siguiente: «incidir en las continuas citaciones por parte del CDR y del PNR a las que ha sido sometido de forma verbal por no participar activamente en las actividades progubernamentales».

De este modo, el interesado adujo la existencia de controles y extorsiones derivadas de su discrepancia política contra el régimen cubano, plasmados en citaciones constantes por los organismos gubernamentales. El relato del interesado describe, pues, una persecución y no es manifiestamente falso o inverosímil, tal como hemos dejado expuesto, 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, Sección 5.^a

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1348/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Nacionales de Colombia.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña E. y sus hijos contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación del reconocimien-

Asilo

to de la condición de refugiado y el derecho de asilo. Los medios de prueba han acreditado la persecución de que el cabeza de familia era objeto por parte de grupos revolucionarios que actúan en Colombia.

“El motivo debe ser estimado, por las siguientes razones:

a) La situación social y política de Colombia, más concretamente, de las zonas de dicho país específicamente citadas por la parte recurrente, no es un hecho que goce de notoriedad absoluta y general, ni, por tanto, un hecho no necesitado de prueba (artículo 281.4 de la LEC).

b) Conocer con detalle esa situación no es imperinente o irrelevante para la adecuada decisión del litigio, porque no cabe descartar que ese conocimiento detallado pudiera llegar a proporcionar base bastante, bien directamente, bien por la vía de las presunciones, para afirmar lo que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, que no es la existencia de una prueba plena, sino la de unos indicios suficientes de que sea fundado el temor del solicitante de asilo de poder ser perseguido por el motivo de su pertenencia a un determinado grupo social.

c) El argumento del Tribunal *a quo*, referido a la necesidad de que se evidencie una persecución individualizada, tiene un valor meramente relativo y no conduce a negar la pertinencia de la prueba propuesta. Piénsese, a modo de ejemplo, o a título meramente indicativo, en la posibilidad de que la prueba de presunciones sirva para deducir, desde el hecho de la situación general del grupo, el indicio suficiente de la situación individual del solicitante de asilo.

Coadyuva finalmente a alcanzar la conclusión antes anunciada una doble consideración, consistente, de un lado, en que toda duda sobre la utilidad o pertinencia de la prueba o de algún concreto medio de ésta debe resolverse favoreciendo la mayor efectividad del derecho fundamental concernido y, por

tanto, favoreciendo la práctica de la prueba en cuestión; y, de otro, que tal regla ha de observarse aún de modo más exigente, si cabe, en aquellos procesos en los que la naturaleza misma de su objeto acrecienta la dificultad de acreditar los hechos en que ha de basarse la decisión judicial; procesos entre los que se encuentran, claro es, aquellos que versan sobre la procedencia o no de conceder el asilo.

Procede, pues, estimar este recurso de casación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 5906/2001.

Ponente: D. Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Denegación de asilo. Nacional de Armenia.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña E., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se le denegó el derecho de asilo. No se deducen indicios suficientes para considerar que actualmente exista una persecución personal y concreta.

“Admitida a trámite la solicitud, y realizados los actos de instrucción pertinentes, la instructora del expediente expuso su criterio desfavorable a la concesión del asilo, pero favorable a la autorización de residencia de la solicitante y sus hijas en España, con base en las siguientes consideraciones: «Por un lado es armenia nacida en Azerbaidjan, y como tal desplazada al N.K. primero y a territorio armenio después, donde es ‘reconocida’ como refugiada. Todos estos extremos están acreditados (partidas de nacimiento, cartilla de refugiada...). Pero estas circunstancias no son suficientes para otorgar el estatuto, puesto que cuenta con la protección de las autoridades armenias. Su petición se basa fundamentalmente en los hechos relacionados con su marido, que tiene problemas en el frente, desaparece, la Policía lo busca... toda esta historia es bastante oscura. A juicio de la instrucción su marido tiene problemas con las autoridades, y ello da lugar a la persecución de que es objeto la solicitante y sus hijas, pero esta perse-

cución no está motivada, parece, por ninguno de los motivos de la C.G. 51. Este criterio se basa en las circunstancias en que se produce la desaparición del marido y lo ocurrido después, sobre todo el secuestro de que es objeto la hija del solicitante, que no parece político sino más bien de delincuentes y –sobre todo– la ayuda de los ‘compañeros’ del marido de la solicitante, que ayudan a esta con dinero y a salir de Armenia con un traficante, en coche. No obstante, y debido a la vida azarosa que ha llevado la solicitante y sus hijas menores desde 1988, la persecución de que es objeto (aunque no sea por motivos de la C.G. 51), la situación general de Armenia y sobre todo, el hecho de que se trate de una mujer sola con dos hijas menores, con un alto grado de integración en nuestro país, aconsejan facilitarles su permanencia en España».

De conformidad con esta propuesta, la Administración acordó denegar el asilo, basando su decisión en que «del citado expediente no se deducen indicios suficientes para considerar que actualmente exista una persecución personal y concreta contra el/la solicitante por alguno de los motivos previstos en el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, dado que no se han acreditado las circunstancias en que se basa la petición ni justificado la imposibilidad de hacerlo. Concurren, además, en el caso, circunstancias que aconsejan la denegación, tales como: 1.–La no constancia de su pertenencia a ningún grupo político, social, religioso o étnico que suponga discriminación por parte del Gobierno de su país. 2.–No habiendo acreditado ninguna de las circunstancias en que sitúa su presunta persecución, en especial las referentes a la salida ilegal de su país, posible permanencia en otros países, así como de su entrada, también ilegal, en España».

No obstante, a la vista de las circunstancias concurrentes, se acordó en la misma resolución «autorizar la permanencia en España de E. y de las personas a las que hizo extensiva su solicitud, que deberá regularizar su situación en nuestro país conforme

a lo previsto en la legislación general de extranjería».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1157/2002.

Ponente: D. Enrique Caceres Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo. Argelia. Coacciones y amenazas graves.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don L.A. y doña G., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo y reconocimiento de la condición de refugiado. La situación de persecución expuesta relata coacciones y amenazas graves, directas y persistentes contra los solicitantes de asilo.

“(…) el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra no exige que la persecución temida por el interesado, y por los motivos que el precepto dice, proceda de un Estado. Lo que sí exige el precepto es que el interesado (en tales casos) no pueda acogerse a la protección de su país, lo que incluye no sólo los casos en que éste, aun siendo capaz y estando dispuesto a proteger a sus ciudadanos, no pueda en un caso concreto hacerlo, sino también aquellos en que aquel Estado no sea capaz de otorgar la debida protección o no esté dispuesto a otorgarla. Este dato de la posibilidad o no de protección estatal es el relevante, y no el de si la persecución procede o no del Estado mismo.

Sentado esto, hemos constatado, en diversas ocasiones, que Argelia es uno de tantos países que sufre la plaga del terrorismo y que hace lo posible para combatirlo, y que, como a este Tribunal consta por informes de la Embajada española que aparecen incorporados a diversos pleitos de los que hemos conocido en casación, el Gobierno argelino combate con todos los medios de que dispone ese terrorismo (...).

Asilo

(...) examinado el relato del matrimonio solicitante con el enfoque casuístico que ha de presidir el análisis de los litigios concernientes a esta materia del asilo y refugio, cabe observar que la situación de persecución expuesta trasciende del temor a la presión de los grupos terroristas islámicos, ya que los solicitantes, dando un paso más, relatan coacciones y amenazas graves, directas y persistentes contra ellos, y no solo por su negativa a colaborar con esos grupos terroristas, sino también por parte de milicias paralelas a las Fuerzas de Seguridad del estado argelino, aduciendo, en esta línea, que no denunciarán las amenazas sufridas a la Policía porque sería inútil esperar de ellas protección frente a esas amenazas. Así expuesto su relato, se mueve en términos que, como se ha indicado, no resultan manifiestamente inveraces [de hecho, la Administración no ha aplicado la causa o motivo de inadmisión prevista en la letra d) del tan citado artículo 5.6 de la Ley de Asilo, relativa a la inverosimilitud del relato], y al menos justifican la admisión a trámite de su petición.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 31 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 1179/2002.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Rumania. Comunicación al ACNUR.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo en España. Los motivos alegados no resultan respaldados por prueba alguna que acredite una concreta y particular persecución del demandante.

“Dijo la Sala de instancia que «valorando las circunstancias concurrentes en este caso en que se plantea la inadmisión de la petición de asilo aprecia el Tribunal que los motivos alegados por el demandante expuestos anteriormente no resultan

respaldados por prueba alguna que acredite una particular y concreta persecución del demandante por las razones anteriormente expuestas (raza, religión, o pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas)». La resolución impugnada se encuentra conforme con el dictamen del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y es notorio que en Rumania existe un régimen democrático, tiene solicitado su ingreso en la Unión Europea, y ante este Tribunal ni en este ni en precedentes recursos ha quedado acreditada persecución por la pertenencia de los peticionarios de asilo a la etnia gitana. Por otra parte, respecto a la falta de comunicación al ACNUR, ha quedado acreditado en el expediente que ésta se produjo, bastando la misma para entender cumplimentada tal exigencia legal sin necesidad de informe previo.

(...).

En el caso que nos ocupa el informe del ACNUR es preceptivo y se ha pedido aunque no consta se haya emitido. Que sea o no determinante para la resolución del procedimiento dependerá de la resultancia de lo actuado, lo que deberá ser valorado por la Administración actuante o, en su caso, por la Sala de instancia. Pero, lo que importa subrayar, es que el precepto no obliga a interrumpir la tramitación durante el tiempo que la prudencia haga aconsejable para que el informe sea evacuado («interrumpir el plazo de los trámites sucesivos», es la redacción que emplea el texto legal), sino que faculta para interrumpir ese plazo. Y siendo todo esto como decimos, es claro que la interpretación que hace la parte recurrente del artículo 17.1, inciso segundo, del Reglamento de la Ley de Asilo no es correcta, porque no puede considerarse requisito impeditivo de la tramitación que ACNUR no haya emitido informe en el procedimiento de que se trata.

(...) la resolución administrativa impugnada resalta, asimismo, que el interesado procede de países firmantes de la Convención de Ginebra donde pudo pedir la protección que ahora solicita en España. Sin

Asilo

embargo, no existe la menor referencia –ni siquiera indirecta o implícita– en este recurso de casación, como tampoco la hubo en la demanda, a la causa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo que deriva de ese dato, recogida en el subapartado f) del tan citado artículo 5.6 de la Ley de Asilo. Así que el recurso de casación no puede prosperar, (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 569/2001.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Etnia gitana y nacionalidad rumana.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite su solicitud de asilo. El relato alegado por el recurrente basado en que le niegan cualquier trabajo por su condición étnica y que le han llegado a quemar su vivienda, no puede calificarse apriorísticamente ni de manifiestamente falso ni de inverosímil.

“En su solicitud de asilo, los ahora recurrentes en casación expusieron lo siguiente:

«Está mal considerada por la sociedad rumana al ser gitana, el Gobierno actual no hace nada por ellos, le es imposible acceder a un puesto de trabajo, la policía no deja de hostigarla, la casa que habitaba le prendieron fuego y no sabe quién lo hizo, es por lo que ante tanta discriminación es por lo que decide venir a España y solicitar asilo por motivos étnicos.»

(...).

Pues bien, situados en esta correcta perspectiva de análisis, y volviendo al examen del caso que nos ocupa, la actora basa toda su argumentación en lo que califica como situación general de persecución y discriminación existente en Rumania contra la

población de etnia gitana, añadiendo que en ese clima general de hostilidad contra la población gitana no consigue trabajo y han llegado a quemarle su casa, con hostigamiento de la Policía. Ciertamente es que este relato, en principio, expresa una persecución protegible, pero, como acaba de decirse, la cuestión no es si se han invocado o no unos hechos constitutivos de persecución, [lo que la Administración no ha puesto en duda, al aplicar el apartado b)], sino si aquel relato es veraz y creíble.

(...) la recurrente no se ha limitado a manifestar que ha huido de Rumania porque en ese país se persigue a los gitanos, sino que, por encima de esa supuesta situación general de persecución, ha añadido razones concretas sobre su situación personal, indicando que le niegan cualquier trabajo por su condición étnica y que le han llegado a quemar su vivienda, con hostigamiento de la Policía de aquel país. Este relato no puede calificarse apriorísticamente ni de manifiestamente falso ni de inverosímil, (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 2469/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Ciudadana de Sierra Leona.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de asilo. Queda acreditada una persecución concreta contra la familia de la solicitante.

“(…) la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución administrativa, argumentando lo siguiente:

«En el caso de autos, más allá de las manifestaciones de la actora, quien no ha propuesto prueba al respecto, no se acredita, ni aun con el carácter meramente indiciario exigido por la jurisprudencia del

Asilo

Tribunal Supremo en materia de derecho de asilo, ninguna de sus manifestaciones, sobre la persecución que dice sufrida por ella y su familia, persecución particularizada que justificaría la concesión del asilo, pues las situaciones genéricamente consideradas que puedan darse en Sierra Leona, país que atraviesa un importante conflicto bélico con ser importantes y deber valorarse, no permiten deducir, ni aun en la forma indiciaria expresada, la persecución y demás circunstancias por ella alegadas. Por tal razón deviene ajustada a derecho la Resolución impugnada amparada en los apartados b) y d) anteriormente mencionados por cuanto además hay ciertamente dudas sobre la auténtica nacionalidad de la actora que desconoce cuestiones básicas del que dice ser su país.»

(...).

Este Tribunal Supremo cree que en la solicitud de asilo de la interesada hay algo más que la descripción de una guerra civil, ya que cuenta cómo los rebeldes buscaban en concreto a su padre diciendo que lo buscasen y lo trajesen, y que, como no lo encontraron, mataron a su madre, y a ella la llevaron a un campamento, la golpearon y cometieron contra ella abusos sexuales. Así que parece que todo ese suceso no era un vulgar (aunque trágico) suceso de guerra, sino una persecución concreta contra la familia de la solicitante.

No es aplicable, por lo tanto, la causa de inadmisión del artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo 5/1984, porque lo que la actora describe es en principio una persecución.

Tampoco es aplicable la causa de inadmisión del artículo 5.6.d) de esa Ley, porque tales alegaciones no son manifiestamente inverosímiles, ni ello puede deducirse del puro dato de que desconozca cuestiones básicas de su país. En primer lugar, no precisa la Administración cuáles son esas cuestiones que desconoce, siendo así que en el cuestionario que obra en el expediente la solicitante contestó a

la mayor parte de las preguntas, y sólo dijo no saber cuáles son las principales cadenas de radio de Sierra Leona ni qué líneas de Ferrocarril existen allí. Y, en segundo lugar, la solicitante es analfabeta, de forma que puede desconocer cuestiones que la generalidad de las personas conozcan.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 1351/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Nacional de Cuba. Persecución por motivos políticos.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don D., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Del propio relato del solicitante se deduce una persecución por motivos políticos.

“En el caso de autos, ninguna prueba hay que acredite, ni aun con el carácter meramente indiciario exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derecho de asilo, ninguna persecución particularizada sufrida por el Sr. D. o su familia, única que justificaría la concesión del asilo, pues las situaciones genéricamente consideradas que puedan darse en Cuba, que eran las únicas que se pretendían probar con la prueba denegada, o la mera naturaleza política del régimen castrista no permiten deducir, ni aun en la forma indiciaria expresada ninguna persecución particularizada, no existiendo tampoco ninguna constancia de las detenciones de que dice haber sido objeto el Sr. D.

El examen de lo actuado tampoco pone de relieve la concurrencia de razones humanitarias también aducidas por el Sr. D., que tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001, impongan el deber de autorizar por dichas razones humanitarias la permanencia en territorio español del recurrente, a pesar de haberse inadmitido a trámite su solicitud de asilo (...).

(...).

En el fundamento de Derecho segundo hemos dejado transcritas las razones en que el solicitante funda su petición de asilo. Ninguna duda cabe de que en ese relato se describe una persecución por motivos políticos (registros del domicilio sin causa, detención personal en dos ocasiones, sometimiento a vigilancia constante, etc.), y, en consecuencia, la solicitud debió ser admitida a trámite, a fin de ser estudiada en la forma establecida en la Ley 5/1984, con independencia de cuál haya de ser la resolución final.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 1505/2002.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo. Nacional de Cuba.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don J., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite la solicitud de asilo. El recurrente expuso razones que sí pueden constituir una persecución por razones políticas.

“(…) un examen conjunto del relato plasmado en la solicitud de asilo y en la posterior petición de reexamen permite constatar que el recurrente expuso razones que sí pueden tener acogida entre las causas o motivos que dan lugar a la concesión del asilo, pues aun cuando, en origen, sus problemas pudieron derivar de la condena penal de unos familiares por un delito común, el solicitante alegó que esa acusación y posterior condena había derivado en un estigma de índole política para su familia y por ende para él mismo, al haber sido calificados por el régimen cubano como «antisociales», y ser por tal motivo sometidos a constantes actos de acoso y amedrentamiento (requisas, inspecciones de la CDR y de la PNR, detenciones reiteradas, multas, levantamiento de actas de advertencia por con-

siderarlo elemento antisocial contrario al régimen castrista, acusación por desacato,...). Tales hechos, conjuntamente contemplados, y que son los que la sentencia tiene en cuenta a efectos de sus consideraciones aplicativas del artículo 5.6.b) Ley 5/1984, según se infiere de la sintética referencia que hace a los motivos alegados por el actor, pueden constituir una persecución por razones políticas, contemplada en el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 1951, y por remisión a ella en el artículo 3.1 de la mencionada Ley de Asilo 5/1984; con la consecuencia de que la causa de inadmisión concernida –la recogida en el tan citado artículo 5.6.b)– no es de aplicación al caso, por lo que la solicitud de asilo formulada por aquél debió ser admitida a trámite (con independencia de que tales hechos sean o no ciertos, pues ello deberá justificarse durante el procedimiento); de manera que procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y también la resolución administrativa impugnada que aquélla, incorrectamente, declaró ajustada a derecho.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 5773/2001.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo. Persecución por motivos políticos. Nacional de Cuba.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso por don A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Se ha acreditado mediante pruebas suficientes la persecución invocada.

“(…) la Sala de instancia hace suyo y asume, en definitiva, el criterio sustentado en la resolución administrativa impugnada, que fue, según resulta de lo antes transcrito, que lo alegado por el solicitante de asilo era inverosímil y carente de vigencia; pero lo cierto es que aquel relato expresaba una persecución por motivos políticos, apta, en principio, para

Asilo

que se le reconociera la condición de refugiado; y esa persecución se relató en términos suficientes como para que, al menos, se tramite su solicitud, pues a tenor de lo ahí expuesto no puede calificarse aquel relato, apriorísticamente, de manifiestamente inverosímil hasta el punto de justificarse por tal razón su inadmisión a trámite; por más que luego, en la tramitación del expediente, acaso no se encuentren indicios para una resolución final favorable.

Además, no es manifiesto que los hechos en que el interesado fundó su petición de asilo carezcan de vigencia actual, ya que, aunque relata sucesos de los años 1992 y 1994, añade que «se le acosa con continuas comparecencias para declarar sobre su círculo de amistades», así que no puede concluirse categóricamente, y sin duda, que los hechos carezcan de la vigencia exigida legalmente.»

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 109/2002.

Ponente: D. Enrique Cancero Lalanne.

Voz: Solicitud de asilo. Nacional de Liberia. Razones humanitarias.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La permanencia en España por razones humanitarias no exige la constatación de una persecución individual.

“Explica la parte recurrente que en el escrito de proposición de prueba solicitó que se librara oficio a la organización Amnistía Internacional y al Ministerio de Asuntos Exteriores para que remitieran sendos informes sobre la persecución de la población civil de Liberia, la incapacidad de dicho Gobierno para proteger a la población, y la violación de derechos humanos en Liberia; sin embargo, la Sala de instancia, por providencia de 11 de octubre de

2000 denegó la prueba solicitada, resolución que fue impugnada mediante recurso de súplica, que la Sala desestimó por Auto de 8 de enero de 2001. Pues bien, la recurrente insiste en que la práctica de dichas pruebas era fundamental para acreditar sus alegaciones sobre la procedencia del asilo o al menos de la permanencia en España por razones humanitarias, y manifiesta que la denegación de la pruebas le dejó en situación de clara indefensión.

El motivo debe ser estimado.

En su solicitud de asilo, la interesada manifestó, en pro de su petición que «el motivo único y fundamental en que basa su petición de Asilo es debido a la guerra existente en su país, donde han muerto sus padres y sus cuatro hermanos. En el año 1989 comenzó la guerra que aún persiste, originada entre las distintas etnias que existen en Liberia. Estuvo un tiempo buscando a los miembros de su familia y cuando pudo comprobar que todos habían muerto decide abandonar el país, para lo que, ayudado por un marinero que supone de su misma nacionalidad, logra subir a un barco del que desconoce nacionalidad que la traslada hasta el puerto de Málaga.»

Posteriormente, ya en sede jurisdiccional, en su demanda la ahora recurrente en casación alegó que los hechos expuestos en su solicitud de asilo constituían una persecución encuadrable entre las causas o motivos de reconocimiento de la condición de refugiado previstos en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley 5/1984, de Asilo; y añadió que incluso aunque así no se entendiera, en todo caso sería de aplicación la regla del artículo 17.2 de la propia Ley de Asilo (permanencia en España por razones humanitarias). Mediante «otrosí», solicitó el recibimiento del proceso a prueba, pidiendo que se tuviera por reproducida la documentación obrante en el expediente, y añadiendo que la prueba «versará además sobre persecución y eliminación indiscriminada de la población civil de Liberia, e incapacidad del Gobierno de Liberia para proteger a la población».

(...).

No ha de olvidarse, en este sentido, que, como hemos resaltado, entre otras, en Sentencia de 16 de febrero de 2005 (casación n.º 4866/2001), aun sin concurrir las condiciones requeridas para el reconocimiento de la condición de refugiado, cabe en nuestro ordenamiento jurídico, a través de lo que se dispone en el artículo 17.2 de dicha Ley, autorizar al solicitante la permanencia en España por razones humanitarias o de interés público. Extremo, éste, en el que no es requerida la constatación de una persecución individual y en el que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él.

(...).

Por lo expuesto, procede estimar el presente recurso de casación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Recurso de Casación: 2100/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Asilo. Ciudadana de Sierra Leona. Admisión a trámite.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite su solicitud de asilo. La Administración no justificó de forma suficientemente motivada las razones por las que consideraba inverosímil el relato de la actora.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Recurso de Casación: 2935/2002.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Ciudadana de Nigeria.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don O., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre impugnación de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La dilación en la solicitud justifica la legalidad de la resolución administrativa impugnada.

“Cita, en efecto, el recurrente los artículos 3.1 y 5.6 de la Ley de Asilo, en relación con el artículo 13.4 de la Constitución, e insiste en que ha alegado una persecución protegible, basada en motivos religiosos, sin que la Ley de Asilo exija que ya al tiempo de solicitar asilo hayan de aportarse pruebas en apoyo de la petición. Aduce asimismo que si ha permanecido en situación de ilegalidad más de un mes se debe a las adversas circunstancias que rodearon su salida de Nigeria y a su desconocimiento del idioma español y la imposibilidad de comunicarse en su idioma, que es el inglés.

El motivo de casación no puede ser estimado.

Ciertamente, no le falta razón al actor cuando denuncia la indebida aplicación de la causa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo prevista en el subapartado b) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 (reformada por Ley 9/1994). Aquel vino a manifestar, en su solicitud, que había sufrido una persecución personal basada en motivos religiosos, por su condición de pastor de la Iglesia cristiana baptista, a cargo de los musulmanes de la zona. Pues bien, esa persecución que el recurrente decía sufrir por ser cristiano, con independencia de que tales hechos fueran o no ciertos –cuestión que debería justificarse durante el procedimiento que, al efecto, se tramitase– debió entenderse contemplada en el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 1951, y por remisión a ella en el artículo 3.1 de la mencionada Ley de Asilo 5/1984, por lo que la solicitud de asilo formulada por aquél debió ser –desde esta perspectiva– admitida a trámite; no siendo ocioso recordar, una vez más, que es muy reiterada la jurisprudencia que ha recordado que se debe admitir a trámite la petición de asilo cuando las causas alegadas sean de aquéllas que dan lugar al reconocimien-

Asilo

to de la condición de refugiado, salvo que resulten manifiestamente falsas, inverosímiles o carentes de vigencia, sin que en ese trámite sea preciso aportar pruebas o indicios de su existencia o realidad, lo que sólo se deberá exigir para resolver sobre la concesión o no del asilo.

(...).

Es verdad que la presunción que establece ese artículo 7.2 es una presunción *iuris tantum* que, como tal, admite prueba en contrario; trasladando al solicitante la carga de destruir la presunción, justificando el retraso en su solicitud, o bien despejando las dudas sobre lo fundado del temor de persecución que dice experimentar. Pero es que el recurrente no ha justificado ese notable retraso, habida cuenta que justamente por su condición de pastor de una iglesia cristiana, por tener estudios secundarios, y por haber realizado estudios bíblicos –según él mismo expuso al solicitar asilo– se le puede suponer un nivel cultural adecuado para comprender su situación en España y procurar información sobre la forma más adecuada de regularizarla jurídicamente; sin que el desconocimiento del idioma español sea tampoco justificación suficiente para tanto retraso, por ser su idioma natal –el inglés– una lengua no minoritaria sino, muy al contrario, de difusión notoriamente amplia, que sin duda le permitiría entablar contactos suficientes para encauzar su actuación; de modo que, en definitiva, no se ha explicado de forma razonable la tardanza de casi tres meses en solicitar asilo.

En definitiva, la dilación en la solicitud de asilo justifica la legalidad de la resolución administrativa impugnada (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Recurso de Casación: 1729/2002.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Ciudadana de Cuba.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La simple discrepancia genérica hacia el régimen cubano no puede fundamentar, por sí sola, una petición de asilo.

“(...) la mera discrepancia política del solicitante de asilo con el sistema político de su país no es una causa que dé lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, ya que para obtener dicha protección se precisa que esa discrepancia sea conocida por las autoridades de dicho país, y que la respuesta a dichas ideas políticas disidentes sea una persecución del Estado, personal y directa contra el recurrente, que le haga temer por su vida, su integridad física, o su libertad. Por tanto, los temores fundados de padecer persecución deben ponerse en relación con el estímulo producido para alcanzar ese temor, estímulo que no se aprecia en el caso examinado. Una persecución de aquellas características no se ha producido en este caso, pues, además de que no se deduce del relato contenido en su solicitud de asilo, la causa que figura en la expresada solicitud como «motivos de entrada» es que «su marido y casi toda su familia están en este país». Debe destacarse igualmente que la recurrente ha llegado a España con su documentación, consta en el expediente administrativo fotocopia del pasaporte de la recurrente, lo que revela no ha padecido ningún impedimento por parte de las autoridades de su país para salir de Cuba.

(...).

Así las cosas, es claro que la simple discrepancia genérica hacia el régimen cubano no puede fundamentar, por sí sola, una petición de asilo; (...).

Cierto es que luego, en la petición de reexamen, añadió –esquemáticamente– lo siguiente: «varias citaciones, seguimientos y temor a detenciones», pero sorprende esa afirmación cuando antes había

puntualizado que nunca había sido detenida y solo una vez había sido citada; y en todo caso, tan escueta alegación, huérfana de datos añadidos que pudieran concretar o especificar mínimamente esas supuestas citaciones, seguimientos y detenciones, mal puede cumplir la carga procedimental que corresponde al solicitante de «exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamenta su pretensión» (artículo 8.3 del Reglamento aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero) o, dicho en otras palabras, «proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento del asilo» (artículo 9.1 del Reglamento).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Recurso de Casación: 440/2002.

Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne.

Voz: Denegación de asilo. Ciudadano de Congo.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso formulado por don J.M.^a, contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de asilo. Los elementos probatorios aportados por el solicitante en apoyo de sus alegaciones se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no pueden considerarse prueba o indicio de tal persecución.

“(…) el problema étnico y político en la cuenca del Congo, al que se refiere el actor, no puede ser por sí solo, y a falta de datos añadidos sobre su repercusión sobre la situación personal del solicitante de asilo, motivo para el reconocimiento de la condición de refugiado.

(…).

El recurrente insiste en que han aportado indicios suficientes de la persecución que dice haber sufrido, pero no razona mínimamente esta afirmación,

limitándose a afirmar de forma apodíctica que los documentos que aportó constituyen indicio suficiente. He aquí, sin embargo, que ni antes, ante la Sala *a quo*, ni ahora, en el escrito de interposición del recurso de casación, ha aportado datos, pruebas o razones de ninguna clase que permitan desvirtuar las consideraciones en que se basó la denegación del asilo, expuestas en el informe ampliamente motivado de la instructora del expediente, que la resolución administrativa impugnada acogió y que la misma Sala de instancia ha aceptado. El recurrente en ningún momento ha proporcionado argumentos que permitan concluir que las valoraciones y conclusiones alcanzadas por la Administración, sobre la falsedad e inverosimilitud de sus alegaciones en torno a la persecución sufrida, sean arbitrarias, ilógicas o absurdas; pareciendo, más bien al contrario, que dichas conclusiones gozan de apreciable rigor lógico; por lo que, en definitiva, no puede sino rechazarse el motivo y desestimarse el recurso de casación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Recurso de Casación: 893/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Solicitud de asilo. Omisión de la comunicación al ACNUR. Carga de la prueba.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña G., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. La falta de audiencia al ACNUR reviste trascendencia invalidante por conllevar una relevante disminución de las garantías jurídicas del solicitante de asilo.

“El primero de los motivos de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 6.4 del Reglamento de aplicación y desarrollo de la Ley de Asilo 5/1984, aprobado por RD 203/1995, a cuyo tenor «la Oficina de Asilo y Refugio comunicará la

Asilo

presentación de toda solicitud de asilo al representante en España del ACNUR. Esta comunicación se realizará dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a partir de su recepción por parte de la Oficina de Asilo y Refugio». Alega la recurrente que esta norma ha sido incumplida, toda vez que no consta en el expediente dato ni documento alguno que acredite tal comunicación, por lo que ha de entenderse incumplida la obligación legal que ahí se establece, con la consecuencia de que el solicitante se vio privado de la posibilidad de obtener un informe que hubiera podido ofrecer datos relevantes de cara a la admisión a trámite de su solicitud. Critica el recurrente la argumentación de la sentencia de instancia sobre esta cuestión, señalando que no es carga suya sino de la Administración acreditar que esa comunicación se produjo, e insistiendo en la indefensión efectiva que se le ocasionó por la omisión de ese trámite.

El motivo ha de ser estimado.

(...) ante la falta de cualquier constancia de esa remisión de la petición de asilo al ACNUR en el expediente administrativo, el silencio sobre el particular de la Administración en los escritos de contestación a la demanda y de oposición a este recurso de casación, y ante su falta de petición de prueba dirigida a acreditar que aquel deber hubiera sido cumplido, hemos de tener «como hecho cierto en el proceso» que la comunicación no se hizo.

La conclusión que se acaba de exponer obliga a retrotraer el procedimiento administrativo a su momento inicial, para que se comunique al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados la presentación de la solicitud de asilo y se continúe, tras ello, con estricta observancia de lo que dispone el ordenamiento jurídico.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Recurso de Casación: 2107/2002.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Camerún.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Del relato de la solicitante no resulta la exposición de ninguna persecución protegible mediante la institución del asilo.

“(…) la recurrente en casación afirma en el desarrollo del motivo casacional que tiene derecho al asilo porque forma parte de un colectivo discriminado, el de las mujeres africanas, más aún habida cuenta de su condición de «divorciada-repudiada» –por seguir sus propias expresiones–, que la convierte en una persona condenada al abandono y la miseria. Ahora bien, a efectos del indicado apartado b) del artículo 5.º de la Ley 5/1984, es de considerar que los únicos hechos relevantes son sólo los que la solicitante consignó al solicitar asilo; y en este caso, no fue eso lo que expuso la actora en su solicitud de asilo, donde se limitó a decir –en términos menos drásticos que los que ahora alega– que tras divorciarse de su marido, por no aceptar que este tomara una segunda esposa, no consiguió encontrar trabajo, por lo que, tras diversos desplazamientos por otros países africanos a la búsqueda de empleo, viajó hasta España, siempre con el ánimo de encontrar mejores condiciones de vida. Nada dijo entonces sobre una supuesta discriminación o estigmatización social derivada de su divorcio, ni dijo nada sobre una supuesta situación de desprotección general e institucionalizada hacia la mujer por parte de las Autoridades de su país de origen, Camerún. Más bien resulta de su relato que su periplo por diversos países hasta recalar en España se debió a la búsqueda de subsistencia económica, y no a la existencia de una persecución protegible a través del asilo.

Cierto es que al solicitar asilo adujo que tenía miedo de que su antiguo marido la persiguiera, como

es asimismo cierto que esta Sala ha declarado en numerosas sentencias 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, no solo cuando esa persecución provenga de las Autoridades del país de origen, sino también cuando tal persecución provenga de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por esas Autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz. Ahora bien, no es menos cierto que en su solicitud de asilo la ahora recurrente no expuso que hubiera acudido ante las Autoridades de su país para denunciar una hipotética persecución por parte de su ex marido; como nada dijo sobre una posible pasividad, desidia o inactividad de esas Autoridades ante sus eventuales denuncias.

Por lo demás, aun admitiendo que la mujer en numerosos países no haya podido alcanzar un nivel de equiparación en sus derechos cívicos y sociales respecto de los hombres, el solo hecho de ser mujer, sin más consideraciones, no puede dar lugar a la concesión del asilo salvo que se asocie a una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica en el país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos o le impida continuar su vida en ese país. La recurrente ni siquiera expuso en su solicitud de asilo encontrarse en ese caso; sin que pueda admitirse como «hecho notorio» que las mujeres de Camerún, como tal colectivo, tan solo por el hecho de ser mujeres, o por ser mujeres y divorciadas, estén institucionalmente discriminadas o desprotegidas en términos tales que se vean obligadas a abandonar su país y solicitar asilo en terceros Estados

En definitiva, del relato de la solicitante de asilo no resulta la exposición de ninguna persecución protegible mediante la institución del asilo; (...).”

VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 19 de mayo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1318/2003.

Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Denegación de exención de visado.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don J. contra la resolución que denegaba la solicitud de exención de visado, permiso de residencia y trabajo. No existe justificación sobre la concurrencia de causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista de la posibilidad de obtener la exención de visado.

“Del examen del expediente administrativo que se une al recurso y de la prueba practicada en las presentes actuaciones resulta que la parte actora no acredita la existencia de alguna circunstancia que pueda justificar la exención del visado, puesto que se limita a alegar la situación de crisis económica y política de Argentina. Estas alegaciones se realizan de forma genérica, sin concretar en qué forma afectan a la situación personal del solicitante, puesto que no es suficiente con alegar la situación de crisis que pueda darse en la República Argentina, sino que es preciso acreditar y concretar mínimamente en qué forma afectan a la parte recurrente, 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 y crisis económica que imposibilitan llevar una vida digna y que efectiva y necesariamente afectan a la seguridad del demandante, por lo que no se justifica la concurrencia de causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista para la posibilidad de obtener el visado, es decir, que esas circunstancias tengan una magnitud que impidan la obtención del correspondiente visado; y en cuanto que el mismo se obtiene, como también vimos,

Visado

en las Oficinas Diplomáticas españolas en el país de procedencia, en este caso Argentina, no cabe entender que esas circunstancias impidan acceder a esas misiones diplomáticas españolas en las que no cabe presumir que existan esas circunstancias.

(...).

(...) la llegada a España de su esposa y otros familiares no prueba necesariamente que carezca de vínculos personales con el país de origen, puesto que el demandante es un ciudadano argentino y tanto él como su familia residían en Argentina hasta fechas recientes –en concreto, la entrada a España de la parte actora se produjo el día 6 de mayo de 2002, según consta en la estampilla que aparece en su pasaporte–, por lo que no es posible afirmar que hayan 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. A lo que se suma que la parte no acredita que la entrada y permanencia de los miembros de su familia dentro del territorio nacional se haya realizado conforme a las normas legales y reglamentarias, es decir, que estemos ante una residencia legal, tengamos en cuenta que el actor no disponía de título que habilitara su residencia en España, por lo que no podía acudir al procedimiento de reagrupación familiar de los artículos 17 y 18 LO 4/2000, y nada prueba que los miembros de su familia que ahora residen en España dispongan de autorización para residir, por lo que no puede servir en apoyo de su pretensión la llegada a España de sus familiares, salvo que admitiríamos como válido que a la situación irregular en la que se encontraba el demandante, se suma ahora la de su familia, situación de residencia igualmente carente de cobertura legal en la que no puede basarse para desvirtuar su falta de autorización.

En consecuencia, no existe justificación sobre la concurrencia de causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista de la posibilidad de obtener la exención de visado, es decir, no exis-

te impedimento para obtener el correspondiente visado en las Oficinas Diplomáticas españolas en el país de procedencia, lo que conduce a confirmar la Resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 23 de mayo de 2005.

Recurso de Apelación: 26/2005.

Ponente: Dña. M.ª Josefa Artaza Bilbao.

Voz: Exención de visado y salida obligatoria.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso promovido por la Administración General del Estado contra la sentencia denegatoria de la solicitud de exención de visado. Falta de acreditación de que la seguridad del recurrente corre peligro si regresa a su patria.

“La resolución impugnada deniega la exención de visado al no apreciarse por la Administración en la situación del recurrente en la instancia hoy apelado, don C.J., las circunstancias excepcionales que dan lugar a dicha exención, ordenando su salida del territorio nacional.

(...).

Dicha exención no puede extenderse al recurrente por la mera presentación de la fotocopia de un certificado emitido por el Partido Reformista Social Cristiano de la República Dominicana en el que se indica que «el recurrente era activista de dicho partido, lo cual le granjeó la animadversión de sectores incontrolables del partido de gobierno, amenazando su integridad física y la tranquilidad de su hogar, por lo que se vio forzado a acudir a los medios posibles para salir del país».

Ninguna otra prueba corrobora dicho aserto, como pudieran ser declaraciones testificales en este sentido, acreditación de la persecución de dicho partido por el sector gobernante a través de prensa del país o cualquier otro elemento que pudiera llevar a esta

Visado

Sala a la convicción de que la seguridad del recurrente corre peligro si regresa a su patria.

Curiosamente la parte actora en su escrito de solicitud, si bien formalmente hace referencia en el impreso al efecto dicha circunstancia, fundamenta la misma en la situación económico-social de su país y en la carencia de recursos económicos suficientes para regresar a la República Dominicana, lo que introduce un contexto bien diverso del que fundamenta el recurso contencioso-administrativo.

En el presente caso, se puede considerar que no concurre el supuesto de un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, y la imposibilidad de tramitar y obtener el correspondiente visado, consecuentemente procede la estimación del recurso presente de apelación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 3 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 688/2003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Exención de visado. Nacionalidad argentina. Minoría de edad.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por el recurrente, de nacionalidad argentina, contra la resolución por la que se deniega la solicitud de exención de visado. Improcedencia de la solicitud de reagrupación familiar.

“El recurrente, de nacionalidad argentina, impugna la resolución por la que se le deniega la solicitud de exención de Visado, formulada en fecha 30 de enero de 2003.

La resolución impugnada fundamenta la denegación en el hecho de que no acreditan la minoría de edad de quien invocaba la causa c) del artículo 49 del RD 864/2001.

El recurrente alega que reúne los requisitos para obtener la Exención de Visado, por razón de la reagrupación familiar, denunciando el que la resolución recurrida responde a un modelo que no detalla las concretas causas de la denegación ajustándose a la situación personal de la recurrente.

(...).

Pues bien, para el caso en cuestión, cuando en fecha 30 de enero de 2003 se solicitó la exención del visado el recurrente era mayor de edad (había nacido en 1979) y por tanto no se cumplía con el requisito de la minoría de edad que era la condición que en el escrito de solicitud de exención de exención de visado se había invocado como concurrente.

No se entiende cómo se puede atacar la resolución recurrida argumentando que la misma no detalla la causa impeditiva de la concesión de lo solicitado ajustándose a las condiciones personales del recurrente cuando la resolución indica expresamente que «en el momento de la presentación de la solicitud de Exención de Visado, la interesada ya era mayor de edad», por lo que la motivación de la resolución es más que suficiente si resulta que la solicitud se hace invocando el artículo 49.2.c) del Reglamento.

Lo que se indica en la demanda respecto a concurrencia de otras circunstancias distintas a la invocada en la solicitud deben ser rechazadas ya que nada le impedía la obtención del visado por el conducto regular.

La pretensión de que procedería la exención de visado ya que en todo caso concurriría supuesto de reagrupación familiar no puede ser atendida ya que: 1.^º) no se solicitó dicha reagrupación conforme al procedimiento del artículo 18 de la Ley de Extranjería; y 2.^º) seguiría sin concurrir el requisito de que el familiar reagrupado sea menor de edad (artículo 17 LO 4/2000), por lo que no es cierta la afirmación de que se reunían condiciones para dicha reagru-

Visado

pación, lo que debe traducirse en concurrencia de motivos para la exención de visado.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 3 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 688/2003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Exención de visado y tarjeta de familiar de residente comunitario.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por la recurrente, de nacionalidad colombiana, contra la resolución por la que se deniega a la recurrente la solicitud de exención de visado y la de tarjeta de familiar de residente comunitario.

“La recurrente, de nacionalidad colombiana, impugna la resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears por la que se deniega a la recurrente la solicitud de exención de Visado y la solicitud de Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario presentada en fecha 22 de octubre de 2002 junto con solicitud de permiso de trabajo y residencia.

La resolución impugnada fundamenta la denegación en el hecho de que «no se encuentra incluido en ninguno de los supuestos que otorgaría derecho a una Exención de Visado, una vez examinados los informes obtenidos, su situación personal y circunstancias concurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento de Ejecución aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio».

La recurrente alega que sí reúne los requisitos para obtener la Exención de Visado, por cuanto es ascendiente de menor español que vive a sus expensas, en concreto sus dos hijas.

(...).

Pues bien, para el caso en cuestión, el propio informe del Comisario Jefe de Policía de fecha 21 de noviembre de 2002 (obrante al folio 1 del expediente) ya indica que la solicitante convive en España con sus dos hijas menores que son de nacionalidad española.

En cuanto a si las menores viven o no a sus expensas y pese a que nada indique la Administración en el expediente en el sentido de que no sea así, puede suponerse que las menores no viven de sus propios medios y si conviven con su madre es ésta la que les provee de los medios necesarios. La acreditación de fondos dinerarios a favor de la recurrente en cuantía suficiente como para atender dichas necesidades demuestra el que así es.

En consecuencia, no se comprende la razón de la denegación de la exención de visado e incluso la lectura de la resolución recurrida induce pensar que se debe a un error por cuanto cita que la ahora recurrente pidió un permiso de residencia en régimen no laboral cuando ello no es así.

La Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda alega que la eventual concesión de la exención de visado no ha de determinar la automática concesión del permiso de trabajo, ya que debe examinarse la situación nacional de empleo.

No obstante, lo cierto es que en el suplico de la demanda no se pide el permiso de trabajo, por lo que no cabe pronunciamiento al respecto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 3 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 267/2003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Exención de visado y tarjeta de familiar de residente comunitario.

Visado

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por la recurrente, de nacionalidad uruguaya, que impugna la resolución por la que se deniega a la recurrente la solicitud de exención de visado y la de la tarjeta de familiar de residente comunitario. Se acredita la convivencia con su cónyuge, residente comunitario.

“La recurrente, de nacionalidad uruguaya, impugna la resolución de la Delegación del Gobierno en Illes Balears por la que se deniega a la recurrente la solicitud de exención de Visado y la solicitud de Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario presentada en fecha 21 de marzo de 2002.

La resolución impugnada fundamenta la denegación en el hecho de que no acreditan la convivencia en España desde un año antes y tampoco el marido residente comunitario está autorizado a residir más de un año.

La recurrente alega que reúne los requisitos para obtener la Tarjeta y la Exención de Visado, por cuanto es cónyuge de residente comunitario de nacionalidad italiana con quien convive en España desde noviembre de 2001. Se alega además que es madre de un niño, igualmente ciudadano comunitario lo que ya justificaría la obtención de la tarjeta y la exención de visado.

(...).

Pues bien, para el caso en cuestión, cuando en fecha 21 de marzo de 2002 se solicitó la exención del visado no se cumplía con el requisito de acreditar la convivencia en España desde al menos durante un año antes ya que la propia parte recurrente reconoce que la convivencia en España lo es desde noviembre de 2001.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el inciso “en España” del artículo 49.2.d) del Reglamento de 2001, fue anulado por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 por considerarse contrario al artículo 31 de la Ley Orgánica que no

establecía esta precisión. En concreto, la sentencia TS indica:

«El precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año como requisito para que pueda concederse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España. El establecer reglamentariamente la exigencia de que esa convivencia tenga que ser necesariamente en España implica una restricción que va más allá de la exigencia legal y quiebra por tanto el principio de legalidad, amén de que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular. Si el legislador hubiera querido imponer el requisito de convivencia en España hubiera efectuado la remisión al artículo 16 de la Ley, comprendido en el mismo capítulo relativo a la Reagrupación Familiar, y que sí se refiere a residencia en España. El precepto por tanto debe ser anulado.»

Poco importa que la sentencia sea posterior a la resolución aquí recurrida ya que al tratarse de un precepto reglamentario, los Jueces y Tribunales pueden abstenerse de aplicarlo cuando lo consideren contrario a la Ley (artículo 6 LOPJ), por lo que aquí debe resolverse la cuestión aceptando que la inclusión del inciso «en España» es disconforme con el principio de legalidad.

Ya no siendo exigible que la convivencia durante el año anterior sea en España, desaparece el primero de los obstáculos advertidos en la resolución recurrida.

En cuanto a la exigencia de que el cónyuge tenga autorización para la residencia durante al menos un año debe precisarse que si la Administración tomó la fecha de la solicitud como fecha de referencia del cumplimiento del año de residencia en España, esta misma fecha es la que debe tomarse para el cumplimiento del requisito de que el residente comunitario tenga permiso durante un año y computado desde 21 de marzo de 2002 sí que tenía permiso

Visado

durante un año (le vencía el 5 de julio de 2003), por lo que no concurriría el segundo de los obstáculos indicados en la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 3 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 3302003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Exención de visado y permiso de residencia no laboral.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la recurrente, de nacionalidad marroquí, contra la resolución por la que se deniega a la recurrente la solicitud de exención de visado y permiso de residencia en régimen no laboral.

“(…) para el caso en cuestión, cuando en fecha 18 de septiembre de 2002 se solicitó la exención del visado la recurrente era mayor de edad (había nacido en 1978) y por tanto no se cumplía con el requisito de la minoría de edad que era la condición que en el escrito de solicitud de exención de exención de visado se había invocado como concurrente.

No se entiende cómo se puede atacar la resolución recurrida argumentando que la misma no detalla la causa impeditiva de la concesión de lo solicitado ajustándose a las condiciones personales de la recurrente cuando la resolución indica expresamente que «en el momento de la presentación de la solicitud de Exención de Visado, la interesada ya era mayor de edad», por lo que la motivación de las resoluciones es más que suficiente si resulta que la solicitud se hace invocando el artículo 49.2.c) del Reglamento.

Lo que se indica en la demanda respecto a concurrencia de otras circunstancias distintas a la invocada en la solicitud deben ser rechazadas ya que nada le impedía la obtención del visado por el conducto regular y tampoco concurriría el supuesto b) del

artículo 49.2.º del Reglamento, como parece pretenderse indicar en la demanda.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª

Fecha: 1 de abril de 2005.

Recurso de Casación: 1016/2002.

Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez.

Voz: Denegación de entrada. Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don B., contra la sentencia por la que se procedió a denegarle la entrada en territorio español. Si la sospecha de no ser veraces las manifestaciones del viajero es lo que determina la denegación de entrada, lo exigible será exponer las razones que conduzcan a tener por fundada esa sospecha.

“El supuesto de hecho al que se aplicó esa norma puede ser descrito en los siguientes términos: el actor, nacional de Ecuador, llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas el día 6 de junio de 2000, en el vuelo (...) procedente de Ámsterdam; manifestó que tenía previsto estar en España hasta el día 28 de ese mes; que el motivo del viaje era hacer turismo; que quería visitar Madrid y salir fuera para ver los parques; que no tenía contratado ningún tour; que tenía reservada habitación en determinado hotel por dos noches, careciendo de cualquier otra reserva para su estancia; y que no tiene familiares ni amigos en España. Llevaba consigo su pasaporte y 2000 dólares, careciendo de tarjeta de crédito.

Las resoluciones administrativas, tanto la originaria como la desestimatoria de la alzada, no expresan cuáles serían los concretos documentos echados en falta. Ni tampoco se identifican en el «informe propuesta del funcionario actuante». Del tenor de éste y del de aquéllas, cabe deducir que esos documentos serían, tal vez, los relativos a la reserva hotelera para el resto de los días de estancia prevista y al programa o plan de turismo, que indicara los luga-

Expulsión

res a visitar. En este mismo sentido se pronunció la Administración ya en el proceso, pues en su escrito de contestación a la demanda se lee que la aplicación de aquel artículo 5.1.c) fue ajustada a Derecho al no poder precisar ni qué puntos turísticos quiere visitar, ni tener proyecto turístico alguno, ni conocer dónde va a estar el resto de los días para los que no tiene reserva hotelera.

La Sala de instancia ha declarado en su sentencia ajustadas a Derecho aquellas resoluciones. Su razonamiento es, en síntesis, el siguiente: La inexistencia de reserva hotelera en viajes que se dicen tienen como objeto el «hacer turismo» en países extranjeros, unido al hecho del total desconocimiento de los lugares turísticos a visitar, así como la carencia de viaje programado, denota con toda claridad, en atención a criterios de lógica y racionalidad, que la entrada en territorio nacional por parte del recurrente no tenía como objeto el mencionado por el mismo. A lo que se añade que es al actor al que incumbe acreditar y justificar cumplidamente «el objeto y las condiciones de la estancia prevista», lo que no ha conseguido.

(...).

El supuesto enjuiciado no se encuentra entre los que cabe cobijar en esa letra b), pues no es nada infrecuente un viaje de turismo carente de programación, en el que los lugares sucesivos a visitar y de hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las varias opciones que se presenten, o, en fin, al albur del propio discurrir del viaje. Como bien se comprende, la edad del viajero (23 años en el caso enjuiciado), el conocimiento del idioma del país de destino, los medios económicos, etc., son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante.

No podemos tener por sospecha fundada la basada en la falta de reserva hotelera para toda la estancia

prevista y en el desconocimiento de los lugares que finalmente serán visitados. Aquí hemos de insistir en que si es la sospecha de no ser veraces las manifestaciones del viajero lo que determina el requerimiento de documentación y la denegación de entrada, lo exigible será exponer las razones que conduzcan a tener por fundada la sospecha, pues así lo requieren conocidos principios de nuestro ordenamiento jurídico, como son los que proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos, u otorgan los derechos de defensa y de tutela judicial, o someten la actuación de la Administración al control de los Tribunales.

Lo expuesto conduce a estimar el motivo de casación y también la pretensión anulatoria deducida en el recurso contencioso-administrativo, pues una interpretación más acertada de la norma contenida en aquel artículo 5.1.c) hubiera debido conducir a afirmar la disconformidad a Derecho de las resoluciones administrativas que en el caso enjuiciado denegaron la entrada del actor en el territorio nacional.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a

Fecha: 22 de abril de 2005.

Recurso de Apelación: 87/2005.

Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

Voz: Sanción de expulsión. Denegación permiso de trabajo y residencia. Nacional de Rumania.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña S., contra la resolución de solicitud de permiso de trabajo y residencia. La mera denegación de la solicitud del permiso de trabajo no determina el nacimiento de la obligación legal de proceder a la salida del territorio español.

Expulsión

“(…) en el escrito de apelación se admite que la medida administrativa en relación con la que se pide la medida cautelar, que describe como una futura orden de expulsión del territorio español de la persona extranjera recurrente, no viene dispuesta en la resolución administrativa recurrida, por la que se deniega la solicitud de permiso de trabajo y residencia formulada a su favor.

(…) la medida cautelar interesada en la instancia se define como medida «positiva» en la medida en la que postula la prohibición jurisdiccional de adopción en el futuro de una actuación administrativa, el dictado de una orden de expulsión contra la recurrente, que no existía en el momento en que se articuló la solicitud de medida cautelar y que, de producirse, no podría tenerse como un mero despliegue de los efectos ejecutorios de la resolución administrativa recurrida. Baste señalar, a este efecto, que una orden administrativa de expulsión constituye un acto resolutorio de un procedimiento de naturaleza sancionadora que, por tanto, es distinto de aquél del que dimana la resolución que se sujeta a control jurisdiccional; y que, además, no se ha aportado ningún elemento de juicio que permita afirmar que se haya siquiera incoado un procedimiento sancionador de esta clase contra la recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, frente a las afirmaciones de la parte recurrente, en el concreto caso que ahora se enjuicia, la mera denegación de la solicitud de permiso de trabajo formulada a favor de la recurrente no determina el nacimiento de la obligación legal de proceder a la salida del territorio español, toda vez que la recurrente es nacional de Rumania.

Por esta razón de la concreta nacionalidad de origen, la entrada y estancia de la recurrente en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea se rige por el Reglamento CE 2414/2001 del Consejo, de 7 de diciembre de 2001, de modificación del Reglamento CE 539/2001 del Consejo,

de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Esta disposición, en vigor desde el 1 de enero de 2002, habilita a los nacionales de Rumania, país candidato al ingreso en la Unión Europea, para la entrada en España sin estar provistos de visado y para la estancia en territorio español en los términos, plazos y condiciones dispuestos en la referida normativa comunitaria. No ofreciéndose datos en las actuaciones consignadas en el incidente de medidas cautelares de los que pueda concluirse que la recurrente se encontrara en situación de irregularidad administrativa en España a la fecha en la que se produce el dictado de la resolución administrativa impugnada.

Lo que determina la completa desestimación del recurso de apelación interpuesto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 3 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 670/2003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada.

Resumen: El Tribunal estima en parte el recurso interpuesto por don L.C., contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Baleares por la que se acuerda imponer al recurrente la sanción de expulsión con la consiguiente prohibición de entrada por siete años. Se declara disconforme con el ordenamiento jurídico el acto impugnado y lo anula en lo referente al período de prohibición de entrada en España, que queda establecido en tres años. Se entiende motivada la procedencia de la sanción de expulsión pero no las razones por las que se impone un período de prohibición de entrada en España de siete años.

Expulsión

“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 inducción a la prostitución de menores, instruyéndose diligencias policiales n.º (...) de 26 de agosto de 2002, 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.

Cuestión distinta es la motivación respecto al juicio de proporcionalidad para la imposición de un período de prohibición de entrada en España que, para el caso, se fijó en siete años sin que la resolución recurrida nada motive respecto a la razón de dicho período de diez años frente al mínimo legal de 3 años (artículo 58.1 LOEx).

Cumple, pues, la estimación parcial del recurso al entenderse motivada la procedencia de la sanción de expulsión pero no motivadas las razones por la que se impone un período de prohibición de entrada en España de siete años.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a

Fecha: 10 de junio de 2005.

Recurso de Apelación: 128/2005.

Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

Voz: Sanción de expulsión. Principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal estima en parte el recurso interpuesto por doña A., contra la sentencia por la que se impone a la recurrente, nacional de Rumania, la sanción de expulsión. Se ha infringido la garantía de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y el alcance de la sanción impuesta.

“La parte apelante sostiene que se ha producido un error en la apreciación de la prueba, de la que, a su juicio, resulta que la persona extranjera recurrente entró en España de manera regular y limitó su actuación infractora a la omisión del trámite de comunicación de su presencia en España en el plazo de setenta y dos horas. Por lo que sostiene que la sanción proporcional a la actuación infractora debe ser la de multa.

(...).

Entre las condiciones de la estancia se encuentra la obligación de declaración de entrada ante las autoridades policiales españolas en el puesto policial existente en la frontera de entrada o en cualquier Comisaría de Policía u Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de 72 horas a partir del momento de la entrada en España (artículos 29 y 12, respectivamente, de los Reglamentos de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, sucesivamente aprobados por los Reales Decretos 864/2001, de 20 de julio y 2393/2004, de 30 de diciembre).

El primero de los citados preceptos, aplicable al presente caso en razón de la fecha de incoación del procedimiento sancionador, califica de permanencia irregular en España la falta de acreditación del

Expulsión

cumplimiento de la obligación de declaración de entrada.

La defensa de la parte apelante no controvierte que la recurrente haya incurrido en el referido hecho infractor.

Considera, sin embargo, que la imposición a la recurrente de la sanción de expulsión del territorio español infringe el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y el alcance de la sanción que garantiza el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

(...) el hecho imputado a la recurrente (nacional de Rumania que se encuentra en estancia en España desde fecha indeterminada, que en todo caso se reconoce superior a las setenta y dos horas, portando pasaporte de su nacionalidad en el que no consta sello alguno de entrada en el territorio español, ni existe constancia de que haya efectuado declaración de entrada en territorio español) constituye el supuesto sancionable previsto como infracción grave en el apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(...) este Tribunal aprecia que la imposición de la sanción de expulsión infringe el principio de proporcionalidad en razón de la concurrencia de dos factores indicativos de un bajo grado de afección al bien jurídico protegido y a la finalidad perseguida por la norma infringida:

a) En cuanto al primero, resulta relevante que, a la fecha en la que se produce la detención de la sancionada, había transcurrido un tiempo superior a las setenta y dos horas pero inferior a los tres meses desde que la interesada, nacional de Rumania, efectuara la entrada en el Espacio Schengen. Lo que indica que la situación de irregularidad administrativa aún se mantenía en una afección estrictamente referida al deber de las personas extranjeras eximi-

das de hallarse provistas de visado para la entrada en el Espacio Schengen de registrarse ante las autoridades policiales españolas cuando accedan al territorio español, sin alcanzar, aún, a los intereses públicos que justifican la intervención administrativa mediante la prórroga de estancia o la autorización de residencia.

b) Por otra parte, las actuaciones administrativas no revelan que la actuación irregular de la recurrente haya constituido una significativa afección material a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre España y Rumania actualmente establecida en el Acuerdo entre ambos Estados hecho en Madrid el 23 de enero de 2002.

Lo que determina que la sanción imponible debe ser la de multa de trescientos un (301) euros que se corresponde con el grado inferior en el recorrido de la escala prevista para las faltas graves por el artículo 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, en la versión dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a

Fecha: 17 de junio de 2005.

Recurso de Apelación: 96/2005.

Ponente: D. Miguel Ángel García Alonso.

Voz: Expulsión. Denegación de medida cautelar.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don C., contra el auto por el que se denegó la medida cautelar solicitada de suspensión de la ejecutividad de la resolución que acordó decretar su expulsión del territorio nacional. No se han acreditado las circunstancias de arraigo indispensables en la adopción de la medida cautelar solicitada.

“El artículo 130 de la vigente Ley de la Jurisdicción (Ley 29/1998) autoriza a la adopción de medidas cautelares cuando la ejecución del acto impugnado

Expulsión

pudiera hacer perder la finalidad legítima al recurso, siempre en todo caso, que de la suspensión no pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

(...).

Examinados los datos obrantes, la parte recurrente no ha acreditado mínimamente la existencia de circunstancias subjetivas de arraigo y vinculación a nuestro país lo que constituye presupuesto indispensable para la procedencia de una medida cautelar cuyo fin es evitar perjuicios de difícil reparación en la esfera personal del solicitante, por razón de sus intereses personales o económicos, por lo que procede confirmar la sentencia apelada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^ª

Fecha: 22 de junio de 2005.

Recurso de Apelación: 1074/2004.

Ponente: D. Francisco Javier Sancho Cuesta.

Voz: Expulsión. Falta de arraigo. Medida cautelar.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don E., contra la resolución que decretó la expulsión del territorio nacional. No se ha acreditado ninguna circunstancia de arraigo que pueda justificar su permanencia en España.

“(…) en los procesos sobre expulsión de extranjeros indocumentados la jurisprudencia ha venido reconociendo, principalmente a efectos de la suspensión de la ejecución de los acuerdos de expulsión, (STS de 15 de enero de 1997 y Autos 28 de septiembre de 1993 y 11 de julio de 1995), que las situaciones de arraigo, entendido como la acreditación de intereses familiares, económicos y sociales que puedan justificar la permanencia en España, pueden permitir apreciar perjuicios de difícil reparación en la ejecución de la orden de expulsión. Así, entre otros supuestos, haber tenido permiso

de trabajo anterior (STS de 23 de enero de 2001); matrimonio con española sin haber tenido oportunidad de obtener permiso (STS de 20 de noviembre de 2000), etc.

Pues bien, ninguna circunstancia de arraigo se ha acreditado en el presente supuesto, como tampoco constan intentos de regularizar la situación del recurrente en España, por lo que no existe base para aplicar la expresada doctrina.

(...).

La resolución recurrida contiene separadamente los hechos y fundamentos de derecho que propician la resolución final, explicando sucintamente en qué consisten aquéllos y cuáles son los preceptos jurídicos aplicados en que se sustenta la decisión, constando las circunstancias concurrentes con mayor amplitud en el expediente administrativo, por lo que no cabe apreciar falta de expresión de los motivos básicos que la sustentan ni motivo de nulidad que solo cabría apreciar en supuestos en que el acto no pudiera alcanzar su fin o produjera indefensión, aspectos que no se acreditan ya que el recurrente ha podido recurrir en vía jurisdiccional en consideración de todo el contenido del expediente y proponer la prueba que estimara oportuna, por lo que el motivo de oposición se ha de desestimar.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 23 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1382/2003.

Ponente: D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

Voz: Sanción de expulsión y situación de estancia.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña M.^ª R. contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Extremadura por la que se imponía la sanción de expulsión del territorio nacional. No cabe entender que la estancia de la recurrente fuese irregular ni su conducta sancionable sin más con la orden de expulsión.

Expulsión

“El examen de las objeciones que la defensa de la recurrente opone a la legalidad de la resolución impugnada debe comenzar por recordar que la expulsión ordenada constituye una infracción, prevista y sancionada en el artículo 53 de la Ley Orgánica antes citada, conforme al cual constituye infracción grave: «a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Es el artículo 57 de la misma Ley el que autoriza a imponer la sanción de expulsión a los extranjeros que incurran en dicha infracción grave como alternativa a la sanción de multa. Pues bien, en el caso de autos debe señalarse que cuando fue sorprendida la recurrente en España, hacía poco más de dos meses que se encontraba en nuestro País, como resulta de los hechos antes mencionados. Y si ello es así no cabe entender ni que su estancia fuera irregular, como se reprocha, ni que la conducta fuese sancionable, sin más, con la orden de expulsión y prohibición de entrada por tres años; porque el artículo 29 de la Ley Orgánica contempla posibilidad de que los extranjeros se encuentren en España en situación de «estancia o residencia», pudiéndose acreditar con el pasaporte o documento de viaje correspondiente. Y a esos efectos, declara el artículo 30 que la «estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días» exigiendo que «transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia». Es decir, conforme al régimen legal, al momento de ser sorprendida la recurrente, no sólo cabía entender que se encontraba en situación de estancia en España, sino que además podría haber solicitado, en su momento, una prórroga de la misma o, en su caso, y como se afirma en la demanda, solicitar el permiso de residencia a la vista de la convivencia que dice existir con ciudadano español; peticiones que cabe considerar se frustraron por la actuación san-

cionadora anticipada y que, a los efectos del debate suscitado han de entenderse contrarias al derecho fundamental a la presunción de inocencia regulado en el artículo 24 de la Constitución que, sabido es, rige en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Por todo ello procede anular la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 1 de julio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 509/2003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Sanción de expulsión y principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto contra la sanción de expulsión. El principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la exigencia de motivación de las resoluciones, ya que no basta que la sanción sea proporcionada a la infracción sino que cuando se opte por la sanción más gravosa es preciso que se indiquen las razones del juicio de proporcionalidad aplicado.

“Se impugna resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Illes Balears, por medio de la cual se acuerda imponer al ahora recurrente –ciudadana extranjera– la sanción de expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de siete años, a resultas de imputarse infracción grave prevista en el apartado a) del artículo 53 de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, esto es, por «encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada por más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documento análogo cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los permisos en el plazo previsto reglamentariamente.»

La parte recurrente alega que en caso de estimarse cometida la infracción, procedía sanción de multa o

Expulsión

en su caso motivar las razones por las que se impone la más gravosa sanción de expulsión.

(...).

En el presente supuesto en la resolución ya se indicó que en el ahora recurrente concurría una detención por presunto delito de hurto, 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 es cierto que la resolución no atendiese a la prueba supuestamente solicitada a la vista de la propuesta de resolución, ya que en realidad no se propuso ninguna prueba en concreto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 1 de julio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 510/2003.

Ponente: D. Fernando Socías Fuster.

Voz: Sanción de expulsión y principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don F., contra la resolución por medio de la cual se acuerda imponer al recurrente la sanción de expulsión. Ausencia de argumentación alguna que explique la razón por la que se elige la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

“La resolución sancionadora aquí recurrida no contiene en su fundamentación jurídica, argumentación alguna que explique la razón por la que se elige la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

En el presente caso, ni el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, ni en su resolución, ni en

momento alguno del procedimiento administrativo se ha ofrecido explicación cualquiera –sea sobre que faltase arraigo o sobre la situación personal y familiar, aspectos a los que se refería el artículo 99.6.º del Real Decreto 155/1996 y ahora el Real Decreto 864/2001, artículo 97.3– que justificase la aplicación de la sanción seleccionada por la Administración, concurriendo así vicio de anulabilidad en tanto que de ese modo se impide la defensa del sancionado y el control de la decisión administrativa en sede jurisdiccional –artículo 54, en relación con el artículo 63, ambos de la Ley 30/1992–.

En definitiva, si se opta por la sanción más restrictiva de derechos como lo es la expulsión, debe valorarse motivadamente la situación personal y familiar del sancionado, no siendo motivación suficiente la indicación que al hecho infractor «se puede» aplicar en lugar de la sanción de multa la de expulsión, por así venir contemplado en el art. 57 de la LO 4/2000.

Cumple, pues, la estimación del recurso (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid.

Fecha: 19 de julio de 2005.

Recurso de Apelación: 491/2005.

Ponente: D. Miguel Ángel de la Torre Aparicio.

Voz: Sanción de expulsión y centro de internamiento.

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto por don L.A., contra el auto del Juzgado de Instrucción que autoriza el internamiento del recurrente en un centro de internamiento a efectos de garantizar la sanción de expulsión.

“(…) de lo actuado en el procedimiento se deduce que el mismo no va a cumplir la orden de expulsión, sin que se ofrezcan elementos que permitan tenerlo localizado a los efectos de la ejecución de la medida administrativa acordada, pues carece de arraigo personal, profesional o social en nues-

Permiso de residencia

tro país, mencionándose la utilización de cierta documentación falsa o de falta de documentación sobre el mismo y, como dice el Juez de Instrucción, aparece como persona sin vínculos en nuestro país, en situación irregular tras cumplir la condena, sin domicilio estable o contrastable y sin lazos afectivos claros con la persona que cita en su declaración y que decía era su esposa, con lo cual se advierte el riesgo de huida. No olvidemos, por lo demás, que el recurrente el 8 de mayo extinguió el cumplimiento de la pena de ocho años y un día de prisión como autor de un delito de contrabando y se encuentra en uno de los supuestos en que se posibilita dicho internamiento como es su detención al estar incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a), d) y f) del artículo 53 de la LO 4/2000, de 11 de enero, concretamente al 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 siendo exigibles.”

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 27 de abril de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 196/2003.

Ponente: D. Pablo Delfont Maza.

Voz: Permiso de residencia y situación de arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don G., ciudadano de Nigeria, contra la resolución por la que se denegó el permiso de residencia solicitado por no haberse acreditado que estuviera en España antes del 23 de enero de 2001.

“El 31 de julio de 2001 el aquí recurrente, don G., ciudadano de Nigeria, solicitó a la ahora demandada, Administración General del Estado, permiso de residencia inicial –artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000–, no laboral, y permiso de residencia temporal por arraigo. Adujo que dependía de su primo, don J.L.

El 14 de marzo de 2002 la Delegación del Gobierno denegó el permiso de residencia solicitado por no haberse acreditado que estuviera en España antes del 23 de enero de 2001.

Contra la denegación se presentó recurso de reposición en el que se esgrimía que constaba en el expediente que se encontraba en España antes del 23 de enero de 2001 y, además, que tenía arraigo por convivir con su primo.

(...).

Pues bien, ni consta en el expediente que el recurrente se encontrase en España antes del 23 de enero de 2001 ni tampoco lo ha intentado acreditar en el juicio, dándose también el caso que la oferta de trabajo de la que se quiere deducir el arraigo está fechada el 4 de noviembre de 2002, esto es, con posterioridad a la solicitud de 31 de julio de 2001 y con posterioridad también a la denegación del permiso de residencia –14 de marzo de 2002–.

Cumple, pues, la desestimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a

Fecha: 5 de mayo de 2005.

Recurso de Apelación: 200/2005.

Ponente: Dña. Elvira Adoración Rodríguez Martí.

Voz: Permiso de residencia por arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña A., contra la sentencia que le denegó el permiso de

Permiso de residencia

residencia por arraigo, al no haber acreditado la concurrencia de una serie de circunstancias que acrediten una integración social, familiar y laboral en el recurrente.

“Los motivos del recurso han de ser rechazados por cuanto el permiso de residencia cuya denegación se impugnó en la instancia, se había solicitado por razones de arraigo, que como razona el Juzgador *a quo* no han sido en absoluto acreditadas ni en vía administrativa ni en la Jurisdiccional, ya que según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, seguida por este TSJM, el concepto de arraigo implica la concurrencia de una serie de circunstancias que acrediten una integración social, familiar y laboral en el recurrente, de tal manera que se aprecien de forma apriorística una serie de vínculos entre aquél y la sociedad española; no concurriendo en el presente caso dicha integración, que en modo alguno puede ser obtenida mediante la presentación de una oferta de trabajo que no consta que se materializara, ni a través de resguardos bancarios que ni acreditan fehacientemente la identidad del ordenante, por tratarse de un acto unilateral carente de comprobación contrastada, ni suponen la integración socio-laboral y familiar de quien las suscribe. Procede por todo ello, la desestimación del presente recurso, pues la Sala hace suyos los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a

Fecha: 12 de mayo de 2005.

Recurso de Apelación: 132/2005.

Ponente: Dña. Antonia de la Peña Elías.

Voz: Residencia temporal por arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña J., contra el acuerdo que confirmó la denegación de la solicitud de permiso de residencia temporal por arraigo.

“El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 12 de los de Madrid ha conocido del recurso contencio-

so-administrativo n.º 149/2004 por el procedimiento abreviado promovido contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno en Madrid de 3 de febrero de 2004 que denegó la solicitud de permiso de residencia temporal por arraigo por no reunir el requisito de incorporación real o potencial al mercado de trabajo a favor de la ciudadana de nacionalidad ecuatoriana doña J. como consecuencia de la denegación por el Área de Trabajo y Asuntos Sociales de Madrid de la autorización de trabajo solicitada.

(...).

En primer lugar no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad contra los preceptos de los convenios suscritos entre los estados de España y Ecuador a que se refiere la parte apelante, porque la previa exigencia de los permisos de trabajo y residencia es acorde con la Constitución, que establece el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación cuando se trata de términos de comparación idénticos y no son iguales las situaciones en que se encuentran los ciudadanos nacionales y los ciudadanos extranjeros respecto del mismo estado. Concretamente, en relación con los derechos que se reconocen a los extranjeros por el artículo 19, el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 94/1993, de 22 de marzo, afirma «que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el derecho a residir en su interior no son derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana, por consiguiente pertenecen a todas las personas al margen de su condición de ciudadanos. Es pues lícito que leyes y tratados modulen el ejercicio de tales derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella».

(...) en el supuesto de la recurrente no se cumplen las condiciones necesarias para la concesión del permiso, porque sin discutir la concurrencia del primer requisito de la permanencia en España de la recurrente durante el período exigido, el otro

Permiso de residencia

requisito del arraigo por incorporación al mercado de trabajo no se acredita porque en la documentación presentada obrante en el expediente, solo aparece una solicitud de permiso de trabajo y residencia para la labor de limpieza en el que figura también como empresa empleadora, presentado ante la delegación del Gobierno en Madrid el 23 de octubre de 2000, cuya concesión no consta y un impreso de oferta de trabajo temporal por un año como empleada de hogar sin fecha y que ni siquiera se instó ante la Administración para ser tramitada presentada con el recurso de reposición.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 17 de mayo de 2005.

Recurso de Apelación: 29/2005.

Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Residencia temporal por arraigo.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña A., contra la sentencia que denegaba el permiso de residencia temporal por arraigo. Queda acreditada la presencia continuada de la solicitante en España y el hecho de disponer de una oferta de trabajo.

“(…) la actora prueba que entró en España por el Aeropuerto de Barajas en Madrid, con fecha 26 de octubre de 2000, permaneciendo dentro del territorio nacional desde dicha fecha al no constar ninguna otra estampilla que acredite distintas entradas y salidas del territorio nacional, a excepción de la inicial de entrada que acabamos de mencionar en el año 2000. La actora se empadronó en el Ayuntamiento de Vall d’Uixó desde el 27 de noviembre de 2000, causando baja en dicho Municipio al darse de alta en el Padrón Municipal de Mérida desde el 20 de julio de 2001, aporta además documentación que acredita que tiene abierta una cuenta corriente en una entidad financiera de Mérida desde el 1 de octubre de 2002, solicitud de afiliación a la Seguridad Social con sello de entrada de 13 de diciembre de 2000, dispone de Tarjeta Sanitaria Individual desde abril de 2002, y acompañaba su solicitud de

permiso de residencia con una oferta de trabajo de empleada doméstica firmada por doña M.^a L., residente en Mérida, de la que se aporta copia del DNI y de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ante ello, no cabe duda que en el momento de la solicitud la demandante llevaba más de tres años dentro del territorio nacional al haber llegado a España en octubre de 2000, y se demuestra que ha permanecido desde entonces al estar empadronada primero en el Municipio de Vall d’Uixó y después en la ciudad de Mérida, quedando también probado que existe una oferta de trabajo que ofrece suficiente certeza al venir acompañada de los documentos de identidad y fiscales de la empleadora, tratándose de un contrato que se ofrece con carácter indefinido. Todo ello, nos conduce a estimar el recurso de apelación al considerar probado que existe una real incorporación de la actora al mercado de trabajo dentro del territorio nacional, sin que se pueda pedir en este supuesto concreto una prueba mayor que sería difícil de obtener, ya que, la mayor parte de los trabajos que la actora ha podido desarrollar lo han sido de manera precaria con falta de requisitos formales ante su situación de ilegalidad, por lo que la situación de incorporación real al mercado de trabajo que exige el precepto debe interpretarse dentro de lo razonablemente posible.

Procede revocar la sentencia de instancia y estimar la demanda formulada por la parte actora, anulando 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 residencia y trabajo solicitados, no pudiendo denegarlos por falta de acreditación del arraigo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 17 de mayo de 2005.

Permiso de residencia

Recurso de Apelación: 29/2005.

Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Residencia temporal por arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución que acordó denegar el permiso de residencia temporal por arraigo por hallarse el solicitante incurso en un procedimiento penal seguido por un delito de lesiones.

“En el ínterin, mediante instrucción dictada por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración en fecha 8 de junio de 2001 se determina que para la aplicación del apartado 4 del artículo 31 de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y hasta tanto no entre en vigor el Reglamento de ejecución de la citada Ley, se considera que debe procederse a la resolución favorable de aquellas peticiones de permiso de residencia de los extranjeros que se hallen en España y que cumplan los siguientes requisitos:

1.º Acreditar encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001.

2.º Acreditar una situación de arraigo en España considerando como tal la incorporación real o potencial al mercado de empleo (mediante la presentación de una oferta de empleo que deberá ser contrastada en cuanto a su veracidad y efectividad por la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales); la anterior residencia regular en España o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

3.º No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 53.c,d) y f), y 54 de la Ley Orgánica 8/2000, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas en base a la normativa de extranjería vigente en su momento, y no tener prohibida la entrada en territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito; ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o sobreseimiento libre de las

actuaciones. Asimismo, cumplir los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 de la Ley Orgánica 8/2000.

Pues bien, la denegación del permiso solicitado lo fue por hallarse incurso el recurrente, cuando formula su solicitud, en procedimiento penal seguido en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Sant Feliu de Guíxols (procedimiento abreviado 21/2001) por un delito de lesiones, extremo que en ningún momento cuestiona dicha parte.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª

Fecha: 26 de mayo de 2005.

Recurso de Apelación: 29/2005.

Ponente: Dña. Antonia de la Peña Elías.

Voz: Residencia temporal por arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don E., contra el acuerdo que en reposición confirmó la denegación de la solicitud de permiso de residencia temporal por arraigo por motivo de trabajo a favor del recurrente.

“El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de los de Madrid ha conocido del recurso contencioso-administrativo n.º 370/2004 por el procedimiento abreviado, promovido contra el acuerdo de la Delegación del Gobierno en Madrid de 8 de enero de 2004, que en reposición confirmó el acuerdo de 23 de mayo de 2002 sobre denegación de solicitud de permiso de residencia temporal por arraigo por no reunir el requisito de incorporación real o potencial al mercado de trabajo a favor del ciudadano de nacionalidad marroquí don E. como consecuencia de la denegación por el Área de Trabajo y Asuntos Sociales de Madrid de la autorización de trabajo solicitada.

(...).

en el supuesto del recurrente no se cumplen las condiciones necesarias para la concesión del

Permiso de residencia

permiso, porque sin discutir la concurrencia del primer requisito de la permanencia en España durante el período exigido, el otro requisito del arraigo por incorporación real o potencial al mercado de trabajo no se acredita porque en la documentación presentada obrante en el expediente, aparece un escrito a máquina titulado precontrato de trabajo fechado en la ciudad de Segovia el 8 de julio de 2002 encabezado por el representante de la empresa A.R., que dice que adquiere el compromiso de contratar al recurrente a partir de la legalización de su situación laboral con un contrato anual renovable, pero que no aparece ratificado en autos por quien en su día lo suscribió y por tanto no sirve para acreditar la incorporación real o potencial al mercado laboral y una solicitud de permiso de trabajo presentada ante la Delegación del Gobierno en Aragón el 30 de junio de 2000, que por ser de fecha anterior al proceso de regularización, iniciado a partir de enero de 2001, tampoco servía para acreditar el referido requisito.

La argumentación anterior determina la desestimación del recurso de apelación (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a
Fecha: 3 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1506/2003.

Ponente: D. Rafael M.^a Estévez Pendas.

Voz: Permiso de residencia temporal por arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don B., contra la resolución por la que se denegó el permiso de residencia temporal por arraigo solicitado. El interesado no acredita residir en España de forma continuada ni una situación de arraigo profesional así como tampoco la existencia de vínculos familiares con españoles o con extranjeros que residan legalmente en España.

“(...) la Resolución que desestima el Recurso de reposición contra aquella Resolución señala que para poder conceder al interesado el permiso de residen-

cia temporal por arraigo al que se refiere el artículo 31.4 citado, tenía que acreditar que se encontraba en España antes del 23 de enero del 2001 y una situación de arraigo en nuestro país, entendiéndose como tal la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, haber tenido residencia regular anterior o la existencia de vínculos familiares con extranjero residente o con españoles, circunstancias que no resultan acreditadas en el expediente.

El recurrente expone en su escrito de demanda que con fecha 26 de julio del año 2001 solicitó permiso de residencia temporal por arraigo, aportando la documentación solicitada, consistente oferta de trabajo que, a su juicio, acreditaba la concurrencia de una situación de arraigo en España, entendiéndose como tal la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, estando igualmente demostrado que antes del 23 de enero del 2001 tenía fijada su residencia en España, al haber suscrito el 3 de diciembre del 2000 contrato de arrendamiento de una finca en Getafe (Madrid), impugnando la afirmación contenida en el informe de la Jefatura Superior de Policía que pretende negar validez a ese contrato de arrendamiento con el argumento de que el pasaporte que adjuntó el recurrente a su solicitud fue expedido en Pakistán con posterioridad a la fecha del contrato de arrendamiento, el día 13 de enero del año 2001, sin tener en cuenta que aquel había regresado a España habiendo permanecido antes en este país, sin valorar la autoliquidación de fecha 6 de febrero del año 2001 en la que se hace contar como domicilio del recurrente precisamente el de la finca que arrendó.

En el expediente administrativo consta la solicitud de permiso de residencia formulada por el recurrente en impreso oficial con fecha 26 de julio del año 2001, (...).

Así las cosas, la solicitud de permiso de residencia temporal del recurrente se fundaba en su arraigo en España, situación esta de arraigo que derivaba de la oferta de trabajo que presentó, y de otra del contra-

Permiso de residencia

to de arrendamiento que firmó el día 3 de diciembre del año 2000.

Ahora bien, requisito previo e inexcusable es la permanencia anterior al 23 de enero del 2001 y continuada en España durante tres años –o al menos de un período que aunque no tan largo, sea de una cierta duración y además continuado– de quien solicita el permiso de residencia, y esa permanencia no está acreditada, pues la primera solicitud del recurrente de permiso de trabajo y residencia es de 26 de julio del 2001, la oferta de trabajo es también del año 2001, el contrato de arrendamiento aparece firmado el día 3 de diciembre del año 2000, y la autoliquidación del precio público por la ocupación de la vía pública para actividades lucrativas en la localidad de Navalcarnero es de fecha 6 de febrero del 2001, a lo que se añade que el recurrente en la solicitud de permiso de residencia temporal, de fecha 20 de julio del 2001, ni siquiera hace constar como su domicilio propio el de la finca que arrendó en Getafe poco más de seis meses atrás, sino uno de la ciudad de Madrid, de manera que es claro que el interesado no ha acreditado haber residido en España de forma continuado durante un período de cierta duración anterior al 23 de enero del 2001, sin perjuicio de que además, como acaba de exponerse, no acredita un arraigo profesional anterior a esa fecha ni tampoco tiene vínculos familiares con españoles o con extranjeros que residan legalmente en España, por lo que se está en el caso de la íntegra desestimación del Recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 16 de junio de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1456/2002.

Ponente: D. José Alberto Gallego Laguna.

Voz: Residencia temporal por arraigo. Nacional de Rumania.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don J.A., contra la resolución que denegó el permiso de residencia temporal por arraigo. El recurrente no acredita la

residencia regular en España ni ha aportado prueba alguna que demuestre su incorporación real o potencial al mercado de trabajo.

“El actor, de nacionalidad rumana, presentó el día 10 de julio de 2001 su solicitud de residencia, que fue denegada por la Administración al estimar que no había probado encontrarse en España antes del día 23 de enero de 2001 ni había acreditado una situación de arraigo por ninguna de las vías autorizadas, argumentos con los que muestra su disconformidad el recurrente por entender que cumple los requisitos exigidos en el aludido artículo 31.4 al estar en España antes de la referida fecha, no habiendo la Administración practicado las más elementales pruebas que justifiquen la resolución que se impugna, no valorándose los documentos aportados.

(...) el recurrente presentó su solicitud el día 10 de julio de 2001, como ya se ha indicado, y pretende acreditar su estancia en España antes del día 23 de enero de 2001 con la aportación de fotocopias de documentos de un viaje de Frankfurt a Barcelona, de envío de dinero a Rumania y con facturas de compra de cámara fotográfica y tostadora. Sin embargo, tales documentos tienen carácter privado y no dan fe frente a tercero de la fecha en que se expidieron ni de las personas que intervinieron en las relaciones jurídicas de las que traen causa, por lo que carecen de eficacia a los fines pretendidos, pero incluso la realización de un viaje a España no acredita la residencia regular en España, y además, respecto de la realización de envío de dinero, en la pieza separada de prueba, la empresa certifica que no se encuentra en su archivo ningún envío con las características del alegado por el recurrente, aunque en todo caso no acreditaría la residencia regular en España, debiendo destacarse que en el pasaporte del actor no consta la fecha de su entrada en territorio español.

Lo expuesto es suficiente para rechazar la petición deducida en el suplico de la demanda por no estar

Derecho al trabajo

acreditada la concurrencia de uno de los requisitos a los que la norma condiciona la concesión del permiso de residencia, pero es oportuno destacar, además, que el actor tampoco ha demostrado el cumplimiento del otro requisito negado por la Administración (situación de arraigo en España). En efecto, el interesado no ha aportado prueba alguna que demuestre su incorporación real o potencial al mercado de trabajo, justificación que no figura en el expediente remitido a la Sala ni han sido incorporados al proceso por el demandante, sobre quien recae la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 10 de mayo de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 373/2005.

Ponente: Dña. Virginia García Alarcón.

Voz: Trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Despido improcedente: consecuencias.

“CUARTO: (...) Las cuestiones planteadas no fueron sometidas a la consideración de la Magistrado *a quo*, por lo que su alegación *ex novo* en esta fase de recurso es causa suficiente para su desestimación, no obstante lo cual hemos de poner de manifiesto que el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha de interpretarse en relación con el artículo 3 de la misma norma, que establece la igualdad de los extran-

jeros con los españoles en la interpretación de las normas, señalando en su apartado 1 que:

«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.»

Siendo de destacar que el artículo 35 de la Constitución, perteneciente al aludido Título primero, reconoce el derecho al trabajo, del que, por consiguiente gozan los extranjeros, ejercitándolo en España en condiciones de igualdad con los españoles, determinando el artículo 36.1 de la aludida Ley Orgánica que

«Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar.»

Pero este precepto ha de ser aplicado en relación con lo que dispone el apartado 3 del mismo artículo, esto es que:

«Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán 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.»

De manera que la carencia de permiso de trabajo por el actor, según se declara probado en el ordinal cuarto del relato fáctico de la sentencia impugnada

Derecho al trabajo

da, no invalida el contrato de trabajo habido entre las partes de esta litis, ni puede limitar los derechos del trabajador, y ello por cuanto, tal y como dispone el artículo 91.1 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 a la que nos venimos refiriendo, los sujetos legitimados para solicitar la autorización para trabajar por cuenta ajena son:

«La empresa o el empresario que pretenda contratar a los extranjeros que reúnan las condiciones que se establecen en el artículo 79 del presente Reglamento.»

Condiciones, que, en el supuesto que nos ocupa son las de los apartados 1.b), esto es:

«Los extranjeros titulares de un permiso de residencia temporal en los supuestos previstos en los apartados 2.d) y 3 del artículo 41 del presente Reglamento.»

Estableciendo el apartado 2, con redacción idéntica a como lo hace el artículo 41.2 de la repetida Ley Orgánica 8/2000 que:

«El permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos:

a) Los que manifiesten su propósito de fijar por primera vez su residencia en España, así como a aquéllos que habiendo residido con anterioridad no reúnan los requisitos establecidos para la obtención de un permiso de residencia permanente.

Dicho permiso se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga

realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar según el apartado 4 de este artículo.»

Dicho permiso se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar según el apartado 4 de este artículo.

Siendo pues claro que la legislación vigente en el momento de la contratación, obliga al empresario a solicitar el permiso de trabajo para el trabajador que pretendía contratar, pues de otra forma le impedía acceder al permiso de residencia, de manera que la omisión de tal solicitud supone un grave incumplimiento y una actuación antisocial que ocasiona que el trabajador permanezca en nuestro país en situación ilegal durante el tiempo en que presta sus servicios para él, pero no le priva de la capacidad de contratar, a la luz del artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores, esto es «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», ni, por consiguiente resta eficacia al vínculo contractual, según determina el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 8/2000, antes transcrito, ya que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar es imputable al empresario, y, no pueden repercutir en el empleado los efectos negativos derivados de su conducta omisiva y antisocial, pudiendo perfectamente la empresa haber readmitido al trabajador solicitando para él el permiso de trabajo y

Derecho al trabajo

residencia y éste podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación, por lo que los salarios dejados de percibir han de serle abonados, por lo que la sentencia de instancia se confirma íntegramente.



NOTA: El presente recurso de suplicación trae su causa de una sentencia de instancia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Móstoles (Madrid), en la que se estima una demanda por despido, declarándolo improcedente y condenando solidariamente a tres empresas a la inmediata readmisión de un trabajador extranjero que carecía de permiso de trabajo y residencia o, a elección de aquéllas, a que le indemnicen, y en ambos casos con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Entre otras, denuncia la recurrente la infracción del artículo 36.3 de la Ley de Extranjería (LO 4/2000, modificada por LO 8/2000), en relación con los artículos 7.c), 9.3 y 56.1.b) del ET), reconociendo que el trabajador extranjero tiene derecho a la indemnización por despido pero no a la readmisión, que es imposible, ni devenga salarios de tramitación, porque al carecer de permiso de trabajo, durante la tramitación del procedimiento el extranjero no hubiese podido trabajar.

Entiende la Sala que aunque las cuestiones anteriores no fueron sometidas a la consideración de la Magistrado *a quo*, lo cual es causa suficiente para su desestimación, procede realizar algunas observaciones (que hemos reproducido textualmente en el resumen precedente) que llevan a confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

A reflexionar brevemente sobre dichas consideraciones se dedican las líneas siguientes. En los números anteriores de esta Revista hemos podido comprobar cómo después de la entrada en vigor de la LO 4/2000 algunos de nuestros tribunales se mostraron reacios a abandonar la tradicional doctrina de la nulidad del contrato de trabajo suscrito por extranjero que carece de las preceptivas auto-

rizaciones administrativas para trabajar, pero tras la paradigmática STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (véase el n.º 1 de esta Revista, p. 182) prevalece la interpretación de que “el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador”. La tesis de la validez del contrato de trabajo celebrado con extranjero no autorizado ha sido confirmada por el TS, el cual ha declarado en varias Sentencias, entre ellas la de 9 de junio de 2003 (rec. unificación de doctrina n.º 4217/2002, véase el n.º 4 de esta Revista, pp. 199-201), en la que se afirma –si bien discutiendo las consecuencias de un accidente de trabajo– que “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo”.

Ahora bien, la STS de Cataluña de 14 de mayo de 2002 ya citada, limitó la condena al empresario al pago de la indemnización (además de los salarios de tramitación), “sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto a unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo y a salvo de que alguno de ellos pueda haberlo obtenido al hacerse efectiva una eventual readmisión”. Esta limitación de la condena al pago de la indemnización por despido parece ser la posición mayoritaria entre los tribunales del orden social. Entre otras, STSJ Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2004, que revoca el pronunciamiento de instancia que había condenado a las “consecuencias legales” inherentes a la declaración de despido improcedente, por considerar que la única opción posible es la indemnización (no la readmisión). Ha de recordarse, como señaló en su momento SEMPERE NAVARRO, que la limitación de la condena del despido improcedente al pago de la indemnización, sin opción a la readmisión, no es doctrina insólita, puesto que concuerda con la jurisprudencia sobre efectos del despido improcedente del trabajador temporal cuyo contrato ha expirado en el momento de recaer sentencia (véase, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 545/2002).

Derecho al trabajo

No faltan sin embargo, otros pronunciamientos, entre los que se encuentra la sentencia que ahora reseñamos, que no se plantean la existencia de diferentes efectos de la declaración de improcedencia, y condenan a la readmisión o a la indemnización, a elección de la empresa (también de este Tribunal, Sentencia de 30 de septiembre de 2002, rec. de duplicación n.º 21462002). Por su parte, la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2002 (rec. de duplicación n.º 969/2002), confirmada por STS de 29 de septiembre de 2003 (rec. unificación de doctrina n.º 3003/2002) resolvió el supuesto de una trabajadora extranjera sin autorización para trabajar ni permiso de residencia en nuestro país, que, además, estaba embarazada que había reclamado el cese acordado verbalmente por su empresario, declaró el despido nulo por lesivo de los derechos fundamentales y entendió que la readmisión era posible porque la trabajadora había solicitado el permiso y éste no había sido expresamente derogado.

Algunos defienden que “el empresario que se ha beneficiado (y abusado) del trabajo prestado por el trabajador extranjero sin permiso, puesto que durante ese tiempo que se mantuvo la prestación el trabajador no estuvo incluido en el paraguas protector del derecho del trabajo, la extinción de dicha relación *de facto* merece las mismas consecuencias que las aparejadas a cualquier extinción sin causa realizada sobre la persona de un trabajador español” (Ballester Pastor).

Sin embargo, aunque lo anterior pueda considerarse una cuestión de justicia material, lo cierto es que la legislación vigente no permite alcanzar idéntica solución. Ante una sentencia firme de despido nulo o improcedente con opción empresarial por la readmisión, el Juzgado o Tribunal que la dictó no puede adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento en sus propios términos de dicha resolución judicial. El artículo 284 LPL establece la posibilidad de que se sustituya la condena a la readmisión correspondiente al despido nulo por la indemnización correspondiente al despido improcedente

cuando se acreditase la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada; pero hasta el momento tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen que la mención expresa en dicho precepto a dos supuestos concretos impide extenderlo a otros, como por ejemplo el del trabajador extranjero carente de autorización para trabajar y residir en nuestro país.

Todo derecho que suponga otorgar de hecho al trabajador una “pseudo-autorización para trabajar” no puede estimarse atribuible por el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería (TARABINI-CASTELLANI y GÓMEZ ABELLEIRA), y esto ocurriría si admitiésemos la condena a la readmisión por despido nulo o improcedente, en su caso.

Una excepción a lo anterior sería el supuesto en que el extranjero solicitara una autorización de residencia por arraigo laboral [artículo 45.2.a) Reglamento 2004], pues como se sabe, ha de demostrar mediante resolución judicial (también por resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año, cuya concesión llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquella (apartado 7 del mismo artículo reglamentario). Pero su alcance, a nadie se le escapa, es muy limitado. Es indudable que un elemental criterio de prudencia obliga a postergar cualquier valoración sobre su efectividad; no obstante, y sobre el papel, el juicio que merece la regulación que efectúa el Reglamento 2004 sobre el arraigo laboral y que desarrollan las Instrucciones provisionales que sobre el mismo fueron publicadas en el mes de agosto de 2005 (<http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/ARRAIGOLABORAL>), es negativo y permite albergar serias dudas sobre su efectividad.

En suma, admitida la validez de las relaciones laborales suscritas entre extranjeros carentes de permiso y su empleador con posterioridad a la entrada

Derecho al trabajo

en vigor de la Ley de Extranjería del año 2000, la interpretación sistemática de los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la Ley de Extranjería nos lleva a la conclusión de que entre los derechos del trabajador a que se refiere el apartado 3 no puede incluirse el derecho a la readmisión en despidos porque ello supondría alterar el sistema legal basado en la obligatoriedad de autorización administrativa para que el trabajador extranjero extracomunitario pueda prestar servicios laborales. Seguramente, queramos o no, el alcance del todavía conflictivo artículo 36.3 deba limitarse a la garantía material de derechos ya perfeccionados (salarios, indemnización y salarios de trámite).

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 20 de junio de 2005.

Recurso: recurso de suplicación n.º 1635/2005.

Ponente: D. Ignacio Moreno González-Aller.

Voz: Trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Accidente de trabajo.

“PRIMERO: El actor reclamó en su demanda, una vez aclarada la misma, que se reconociera sufrió un accidente de trabajo *in itinere* el 21 de febrero de 2003, con amputación de pierna derecha, bajo la dependencia de la empresa demandada, con la categoría de mozo especializado, con contrato de trabajo verbal e indefinido, con derecho a las retribuciones correspondientes según Convenio Colectivo del Sector reconociéndole en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo desde el 22-2-2003, siendo desestimada por la sentencia de instancia, por entender el Magistrado de instancia, en síntesis, no existía actividad probatoria de la que deducir una relación laboral. (...)”

SEGUNDO: En sede del Derecho aplicado denuncia infracción de los artículos 115 y 128 LGSS, 1825 con relación al artículo 8 n.º^{OS} 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores .

Si la empresa actúa con opacidad, no dando de alta en la Seguridad Social y formalizando convenientemente la relación laboral de sus obreros, es por un comportamiento antijurídico y fraudulento, sólo a ella achacable. Pero en el Derecho en general debe aflorar la verdad real sobre la apariencia formal, lo oculto, alterado y disimulado sobre lo simulado o nominado. Y es que, en el Derecho del Trabajo en particular, no es infrecuente, desgraciadamente, que se configure desviadamente, irregularmente, anómalamente la relación laboral. De manera que los sujetos del contrato no se someten a las normas sustantivas básicas a que debe adecuarse el momento constitutivo de la relación, sino que, por el contrario, han actuado tratando de evitar las consecuencias o efectos jurídicos que tales normas atribuyen naturalmente a la celebración del contrato. En el ordenamiento laboral el contrato de trabajo regula la prestación de servicios de quien se sujeta en condiciones de desigualdad al círculo rector o poder de organización y dirección de la persona que la recibe y retribuye, esto es, el patrono (artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Lo normal, deseable, saludable, y como no, jurídicamente exigible, en el desarrollo de una economía productiva basada en la libre competencia, –que abomina de sus prácticas desleales– con incidencia en la prosperidad de una comunidad organizada, y también con repercusión en financiación de la Seguridad Social, es la convergencia entre la base real de la prestación de servicios y la nomenclatura jurídica que el ordenamiento ha previsto. [...]

No es controvertido en el litigio que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social se extiende a los accidentes de trabajo sufridos por extranjeros no comunitarios que carecen de los oportunos permisos administrativos para desempeñar en territorio español una actividad por cuenta ajena.

Efectivamente, tal como decíamos en nuestra Sentencia de 5-9-2002, desde el punto de vista de la relación jurídica laboral, el artículo 7 del Estatuto de

Derecho al trabajo

los Trabajadores, apartado c), dispone que podrán contratar la prestación de su trabajo «los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia». Dicha legislación específica no era otra que la contenida en el artículo 15.1 de la antigua Ley Orgánica de Extranjería 7/1985, de 1 de julio, a cuyo tenor los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años. Regulación que quedaba completada por el artículo 71.2 del RD 155/1996, según el cual, ningún empresario podía contratar a un extranjero que no estuviera autorizado a trabajar en España. El artículo 36 de la nueva normativa, LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, dispuso que «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 consecuencia de la prestación de un trabajo soslayando la obtención de los permisos referidos vino siendo la de negar eficacia al contrato de trabajo, anudándole el efecto de la nulidad con base en los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, si bien, y con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto de los empresarios, los trabajadores han de recibir la remuneración correspondiente a un contrato válido. Así, por ejemplo, la Sentencia de 21-3-1997, de la Sala de lo Social del TS, razona que «debe estimarse que un contrato de trabajo como el de autos, sin obtención de los permisos de residencia y de trabajo, que ni siquiera se han instado (consta solamente la petición de exención de visado), es un contrato

concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores. Tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores».

Así pues la prestación de servicios laborales por un trabajador no comunitario en territorio español debía producir, cuando no estaba en posesión de los correspondientes permisos de residencia y de trabajo, la nulidad del contrato. Mas ello no quiere decir que no se produjeran consecuencias en la esfera de la Seguridad Social.

Desde el punto de vista de la relación jurídica de Seguridad Social, la regulación de aplicación está contenida en dos preceptos de la LGSS (RD 1/1994, de 20 de junio: El artículo 7.1, a cuyo tenor: Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o fami-

Derecho al trabajo

liares, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determine reglamentariamente.

- c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado
- d) Estudiantes.
- e) Funcionarios públicos, civiles y militares.

El artículo 7.5, a cuyo tenor: Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el n.º 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuando les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

Una primera interpretación de los referidos preceptos ha llevado a los órganos jurisdiccionales sociales a negar el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social a los trabajadores extranjeros no comunitarios que trabajen en España sin las pertinentes autorizaciones administrativas, produciéndose únicamente el efecto, dentro de la relación jurídica laboral, a pesar de ser nulo el contrato, por aplicación del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, de poder exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, para evitar el enriquecimiento injusto de los patronos. Exponente de esta línea judicial son, entre otras sentencias, las del TSJ/Andalucía /Málaga 28-10-1993, TSJ/Aragón 14-9-1995, TSJ/Andalucía/Sevilla 15-1-1998.

Pero no es menos cierto que, con el paso del tiempo, se ha ido abriendo en la doctrina judicial y científica una línea interpretativa más homogénea e integradora defensora de la producción de efectos, no sólo remuneratorios, sino también de los propios de las prestaciones de Seguridad Social, cuyas líneas de fuerza argumental son las siguientes:

El concepto de remuneración a que se refiere el artículo 9.2 del ET no puede quedar limitado a la simple contraprestación dineraria, sino que debe abarcar todo el contenido que la Ley confiere al sinalagma laboral de la prestación de los servicios. (MARÍN CORREA).

La normativa complementaria en materia de Seguridad Social, señaladamente la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15-4-1968, artículo 1.4.b), y la Orden Ministerial de 28-12-1966, sobre normas de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario, artículo 14.e), vienen a reconocer que todo extranjero, aunque no se encuentre en situación de residencia legal en España, queda protegido por el sistema de Seguridad Social frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, ya que en tales casos se presume la reciprocidad (DÍAZ AZNARTE).

El Convenio de la OIT n.º 19/1925, ratificado por España, dispone en su artículo 1 la obligación de conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derecho-habientes, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo.

Aunque la relación mantenida por un extranjero adolezca del vicio de nulidad, por inexistencia de los permisos administrativos cuando presta sus servicios laborales en territorio español para una empresa española, no por ello deja de producir sus efectos, «por aplicación analógica de la propia normativa del Régimen General de la Seguridad Social, ya que de no ser así se produciría un fraude en el empleo que posibilitaría la ocupación de extranjeros en situación irregular en territorio español eludiendo la normativa de la contratación laboral en perjuicio de la política de empleo y de la financiación de la Seguridad Social, en detrimento a su vez del propio extranjero que sufriera cualquier contingencia mientras presta sus servicios a favor de una

Derecho al trabajo

empresa española, de ahí que ésta deba soportar las consecuencias reparadoras» (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, Sección 3.ª de 10-5-1997, en el recurso de suplicación 1425/1995).

En estos casos estaríamos ante un incumplimiento definitivo y voluntario, rupturista o expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar (DÍAZ AZNARTE).

La propia jurisprudencia Contencioso-Administrativa, STS de 2-12-1998, ante la cuestión básica planteada, referida a si los trabajadores extranjeros en España que han prestado trabajo para un empresario sin estar en posesión del permiso de trabajo, causan o no cotización en el Régimen aplicable de la Seguridad Social por razón de la actividad que hayan desempeñado, y si el empresario tiene o no la obligación de cotizar por ellos, entiende que:

«la remuneración exigible a un contrato válido prevista en el artículo 9.2 del ET implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el ET la regla segunda del artículo 1306 del CC.

Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la SS, pues la referencia del artículo 7.4 LGSS/1974 a lo establecido en los tratados y convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del artículo 9.2 ET, lo que como

señala la doctrina más autorizada tiene su reflejo en el artículo 70.1 de la LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad); y aún más, señala la norma que la mera solicitud al antiguo INP hoy Tesorería de la Seguridad Social de la afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tales afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo procedente la afiliación y el alta, se cotiza en función al tiempo trabajado.

Consecuencia de todo ello es la obligación de cotizar por el tiempo que prestó servicio el trabajador.»

Se está queriendo decir así que, aun cuando el alta en la Seguridad Social no es posible respecto de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en España, ello, sin embargo, no excluye ni la responsabilidad empresarial ni la cobertura ante los accidentes de trabajo, pues como señala la STSJ/ País Vasco de 10-10-2000:

«Desde la inicial perspectiva que el artículo 13 CE establece, la cuestión que se suscita implica el examen conjunto de la normativa de Seguridad Social y del contrato de trabajo, pues para estar incluido dentro del régimen de cobertura es necesario que concurren los requisitos del artículo 7 LGSS, que determinan la prestación de servicios en la condiciones del ET. Este, en el mismo artículo 7, determina, letra c), que los extranjeros tienen capacidad para contratar de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia. Esta legislación a la que remite la normativa social se encuentra regulada, al tiempo del suceso, en la LO 7/1985 de 1 de julio (RCL 1985, 1591) (en la actualidad se encuentra en vigor la Ley 4/2000, de 11 de enero, que entró en vigor el 22 de enero), el artículo 15 de

Derecho al trabajo

esta Ley, en relación al Real Decreto 155/1996, exige para realizar una actividad laboral en España, por cuenta propia o ajena, la obtención del correspondiente permiso de trabajo, de lo que se deriva que su carencia implica un contrato de trabajo nulo, al estar celebrado contra la normativa, y le es aplicable el régimen de los artículos 6 y 1275 del CC. Se salva la posibilidad de un enriquecimiento injusto a través del n.º 2 del artículo 9 ET, pero ello no desnaturaliza el régimen de carencia de otros efectos, por aplicación del criterio de nulidad. La autorización a que se refiere el artículo 15 LO 7/1985, ha sido definida por el TS en su Sentencia de 21-12-1994, caracterizándola como autorización que presenta tres caracteres: 1, la concesión del permiso se condiciona a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso de colocación; 2, son autorizaciones de vigencia limitada, susceptibles de renovación; y 3, terminada la vigencia de un permiso el trabajador puede permanecer en España con permiso de residencia, buscando otro empleo o solicitando un nuevo permiso. Esta misma sentencia señala que la autorización administrativa es una técnica de intervención pública que pertenece a la denominada actividad administrativa de limitación, definida como la que opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, presentando diversos grados. Esta técnica de autorización debe distinguirse de la prohibición absoluta, pues manifiesta dos formas: un acta administrativa que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía, y el control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad preexistente. No debe confundirse con una prohibición absoluta que impida el trabajo y elimine otras situaciones a esa autorización. Desde los anteriores criterios el mismo TS se ha encargado de precisar que el contrato celebrado por quien carece de permiso de residencia y de trabajo es nulo, y por lo tanto carece de efectos, para poderse sostener su validez o vigencia, y solamente determina el reintegro del enriquecimiento injusto que se compensa con el abono de los salarios. Así,

excluye la posibilidad de acción de despido y de las consecuencias del mismo, lo que nos lleva a que si conforme al artículo 7 LGSS es necesaria la existencia de una relación laboral por parte del trabajador extranjero, y ésta no puede motivarse por la carencia del permiso de trabajo (cuestión no negada), la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad del alta, cuestión que no excluye ni la responsabilidad empresarial ni la cobertura ante el accidente de trabajo, y que, también, resulta compatible con la posible satisfacción de cuotas por falta de cotización.»

La Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en sentencia de 4-10-1999, en criterio que ya sostuviera la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, Sección 3.ª, en Sentencia de 16-4-1998, en el recurso de suplicación 5973/1997, aborda la temática subyacente en las presentes actuaciones para, en definitiva, razonar que:

«La nacionalidad, hoy en día, no ofrece el interés que en pasado cercano tuvo como criterio delimitador en el nivel contributivo o profesional de nuestro sistema de Seguridad Social, la redacción actual del artículo 7.1 LGSS, nos permite concluir, que el extranjero que resida o se encuentre legalmente en España y realice una actividad profesional queda dentro del campo de aplicación del sistema. La única excepción parece que alcanzaría a trabajadores fronterizos y artistas que se encuentren por un corto periodo de tiempo en territorio español y a los marinos, sin perjuicio de que sean equiparados a los españoles por vía de reciprocidad diplomática o de reciprocidad legislativa tácita o expresa (v. artículo 7.1 LGSS, Real Decreto General Previsión 15-4-1968 –BOE de 6 de mayo– y Real Decreto General TGSS de 7-3-1997. El actor no se encuentra en la situación descrita anteriormente, pero no por ello queda desamparado por el sistema. Ya que todo extranjero, aun sin residencia legal en España, queda protegido frente a los accidentes de trabajo, y las enfermedades profesionales, así como las trabajadoras extranjeras respecto a la maternidad, ya que en este supuesto y para tales

Derecho al trabajo

situaciones, la reciprocidad se considera reconocida presuntamente [V. Convenios OIT 19 y 1997 (sic), Resolución D. Gral. Previsión 15-4-1968, artículo 1.4.b) O. 28-12-1966, sobre normas de aplicación y desarrollo del campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en periodo voluntario; y artículo 14.e) del D. 2766/1967, 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria]. Lo expuesto conduce a entender que el Juzgador erró, ya que debió acceder a lo solicitado. Como quiera que no hay afiliación ni alta y evidentemente cotización se impone declarar la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación que aquí se reclama, es decir, subsidio de Incapacidad Temporal sobre base reglamentaria declarada que asciende a 3.300 ptas./día y hasta la extinción por causa legal; condenando a la empresa a su abono, todo ello sin perjuicio del deber de anticipo de tales prestaciones por 'Mutua M', con derecho a repetir contra tal empresa. La condena se hace extensiva al Instituto Nacional de la Seguridad Social en su calidad de Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo».

Todavía más lejos en su argumentación parecen ir la SSTs de 29-9 y 7-10-2003, cuando afirman: Bajo la vigencia de la Ley Orgánica de 4/2000, de 11 de enero, la Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02), señala que "el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992), haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos.

Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es

inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900'.

A tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, y que responden a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España, así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por reunir su vínculo con la empresa los rasgos típicos de la relación laboral, a lo que no obsta su condición de extranjero no comunitario.

En efecto, el trabajador por orden de la empresa se trasladó desde Madrid a Torre vieja al objeto de realizar una mudanza, actividad que constituye el objeto social de la empresa. Y es de regreso a Madrid cuando, acompañando en el camión de mudanzas a uno de los socios, que era el que conducía, sufre un accidente de tráfico, el 21-2-2003, siéndole amputado el miembro inferior derecho.

Pese a la declaración programática del artículo 41 de la CE según la cual la Seguridad Social garantiza, para todos los ciudadanos, la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, y de que la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 aspiró a considerar de manera conjunta las contingencias protegidas, es decir, tendiendo a proteger las situaciones de necesidad en atención a éstas, e independientemente de los riesgos o causas que las producen, todavía hoy se mantiene en nuestro sistema la pervivencia de una protección diferente según que la situación derive de contingencias profesionales o no.

Derecho al trabajo

En efecto, si la contingencia es por accidente de trabajo, resulta que nuestra legislación aumenta los mecanismos de protección del trabajador accidentado.

La calificación de un accidente como laboral repercute de manera trascendente en la relación de Seguridad Social sobre distintos aspectos que, en esencia, son los siguientes:

A) Atenuando los requisitos para acceder a las prestaciones, ya que no se exige período de carencia, operando el principio de automaticidad de las prestaciones, y presumiéndose el alta del pleno derecho aunque el empleador haya incumplido con tales obligaciones (artículo 124.4 y 125.3 TRLGSS).

B) Mejorando las bases de cotización, al incluir en las mismas las horas extraordinarias, –artículo 109 2.g) TRLGSS–, y las prestaciones económicas, continuando vigente a los efectos del cálculo de la base reguladora el artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956.

C) Introduciendo prestaciones especiales para las contingencias profesionales, tales como las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, y las indemnizaciones a tanto alzado por fallecimiento a favor del cónyuge y los huérfanos –artículo 177.1 del TRLGSS–, traducidas en seis meses del importe de la base reguladora para el cónyuge y un mes para los huérfanos (artículo 29 de la OM de 13-2-1967); en caso de que no existiera viudo o hijos con derecho a pensión la indemnización a tanto alzado pasa al padre o la madre del fallecido cuando vivieran a expensas de éste –artículo 177.2 TRLGSS–.

D) Estableciéndose unas reglas especiales de financiación y aseguramiento, ya que, en las contingencias profesionales, el empresario asume la totalidad de la cotización a la Seguridad Social –artículo 105 LGSS–, (cotización unitaria y no bipartita) no cabe el fraccionamiento o aplazamiento –artículo 20

LGSS– y es obligatorio el aseguramiento eligiendo entre la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o el INSS (artículo 70 LGSS). Además, se prevé la reducción o el aumento de las primas según las empresas se hayan distinguido o no en la eficacia del cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo (artículo 108.3 de la LGSS).

E) Incorporando los Convenios Colectivos mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social, contratando los empresarios pólizas colectivas de seguro de grupo por accidentes de trabajo, cuyo clausurado ha de interpretarse, en caso de silencio u obscuridad de los riesgos y contingencias protegidos, de conformidad a los conceptos fijados por la Seguridad Social básica. (Sentencias TS 19-7-1991, 10-7-1995, 15-3-2002 y 25-6-2002, entre otras muchas).

F) Posibilitando el resarcimiento íntegro del daño mediante la imposición del recargo de prestaciones y el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la deuda de seguridad social a cargo de los empresarios.

G) Influyendo en el concepto de la profesión habitual, puesto que la definición legal de «profesión habitual» se recoge, para las distintas contingencias, en el n.º 2 del artículo 135 del Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, del siguiente tenor: «Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período anterior a la iniciación de la incapacidad que reglamentariamente se determine»; determinación reglamentaria que se contiene en el artículo 11.2 de la Orden de 15-4-1969, al decir que se entenderá por profesión habitual... en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de

enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se deriva la invalidez.

H) Delimitando la fecha de producción del accidente de trabajo la entidad aseguradora responsable en aquellos supuestos en que la cobertura de los riesgos derivados de dicho accidente la tiene una entidad en la fecha de producción del mismo, mientras que es otra distinta aseguradora la que tiene a su cargo la cobertura de aquel riesgo con la misma empleadora en la fecha de efectos de la invalidez permanente derivada de aquél. La STS de 11-7-2001 se ha pronunciado en el sentido de que la entidad responsable de aquellos riesgos es la que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente, y lo ha dicho tanto en los supuestos de reaseguro –SSTS de 1 de febrero de 2000 (Recurso 200/99), 7-2-2000 (Recurso 435/99), 21-3-2000 (Recurso 2445/99, 14-3-2000 (Recurso 3259/99) entre otras– como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social –SSTS de 18-4-2000 (Recurso 3112/99, 20-7-2000 (Recurso 3142/99) o 21-9-2000 (Recurso 2021/99)–, en doctrina que, lógicamente, debe de ser aplicada igualmente a la responsabilidad por las prestaciones de la Seguridad Social que derivan de accidente de trabajo. Y ello porque lo que en dichas sentencias se ha dicho, cambiando el criterio anteriormente mantenido de forma reiterada por la Sala 4.ª del TS, es que en el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes (las reguladas en los artículos 115 a 118 de la Ley General de la Seguridad Social, situaciones protegidas y prestaciones (artículo 38 de la LGSS), en forma análoga a la que en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reparación, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social

asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que ésta se produce. Por ello, la noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte), no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y por lo tanto es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad.

En definitiva, el régimen jurídico de las contingencias comunes es claramente distinto al de las profesionales, y pese a las buenas intenciones del legislador de unificar la protección con independencia del origen del riesgo, lo cierto y verdad es que ello no se ha plasmado en nuestro ordenamiento. La intensidad de la acción protectora es mayor en las contingencias profesionales que en las comunes. Lo que explica el importante número de litigios dilucidados ante la jurisdicción social pretendiendo conseguir la calificación de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, sencillamente para obtener las consecuencias más favorables que el reconocimiento de estos comporta.

Mas desde la perspectiva de quien tiene una enfermedad incapacitante, ha quedado mutilado, ha sufrido un accidente que le impide temporalmente el ejercicio de su profesión, o de la viuda e hijos que pierden a un ser querido, el cual es generador de una parte de ingresos para el sostenimiento de su familia, no nos parece comprensible que se le proteja mejor en función de cuál es el origen de su limitación, lo que le importa realmente es que se

Derecho al trabajo

le trate de manera adecuada en todo caso y no sólo cuando la causa de su patología se halle relacionada con el medio laboral. Por eso, como elocuentemente apunta Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO («La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación». *Aranzadi Social*, n.º 5/2001, Tribuna) ¿tiene sentido que nuestro sistema de Seguridad Social le interroge acerca de la etiología de tales males para determinar cómo se le atenderá? Importa lo que le suceda a la persona, a su dignidad, al sujeto que trabaja o a su círculo familiar, si se prefiere, pero con independencia de por qué o cómo le ocurra; lo relevante en el caso aquí enjuiciado sería que una mujer pierde a su marido, y una hija a su padre, y no tanto si el trabajo ha sido el motivo determinante del fallecimiento. La situación de necesidad a proteger es exactamente la misma: el infortunio de una esposa y de una hija, sus medios económicos de subsistencia que les acerque lo más posible a la situación que antes de la pérdida tenían. En términos dialécticos lo mismo se necesita (asistencia sanitaria, renta de sustitución, rehabilitación, cambio de trabajo, etc.) cuando, por ejemplo, el cáncer tiene un origen profesional que cuando posee diversa procedencia.

La asistencia o protección económica, siendo la situación de necesidad la misma, correlativamente debiera alcanzar igual intensidad, tanto la contingencia sea por accidente como si no, pues este es el criterio recogido constitucionalmente.

Históricamente tuvo mucho sentido atraer hacia el terreno del accidente de trabajo los supuestos sólo indirectamente relacionados con el desarrollo de la actividad productiva, porque en caso contrario el supuesto quedaría o desprotegido por completo o atendido con un nivel de prestaciones muy bajo.

Pero no parece que esto tenga hoy en día mucho sentido.

En todo caso, ante la pervivencia en nuestro ordenamiento jurídico de la diferencia contingencia

profesional o común debemos detenernos en examinar si nos encontramos o no ante un accidente de trabajo.”



NOTA: La Sentencia seleccionada estima el recurso de suplicación interpuesto por un nacional rumano contra la del Juzgado de lo Social n.º 25 de los de Madrid de 14 de octubre de 2004 (Autos 59/2004), declarando el derecho del actor a percibir prestaciones de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo, condenando como responsable directo a la empresa, con anticipo de la Mutua, y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS.

En principio, nada novedoso aportaría, pues asume la doctrina unificada del Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de junio de 2003 (rec. unificación de doctrina n.º 4217/2002, véase el n.º 4 de esta Revista, pp. 199-201) y 7 de octubre de 2003 (rec. unificación de doctrina n.º 2153/2002, comentada en el num. 5 de esta Revista), declarando el acceso a las prestaciones del extranjero no autorizado para trabajar, aun no existiendo afiliación ni alta, pero acreditando el desempeño de una relación laboral, con la aplicación en su caso del principio de automaticidad de las prestaciones y las responsabilidades de abono por parte de las entidades gestoras. Sin embargo, se ha considerado conveniente su reproducción extractada ya que, además de que la extensión, rigurosidad y minuciosidad de sus argumentaciones jurídicas han de convertirla en doctrina judicial de referencia, aborda con valentía cuestiones de indudable calado, tales como la obligación de cotizar por el tiempo que prestó servicio el trabajador, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 70.1 LGSS que establece con pleno carácter autónomo de esta obligación desvinculándola de otras obligaciones previas formales, como ya había adelantado la STS (contencioso-administrativa) de 2 de diciembre de 1998. O, el cuestionamiento de la pervivencia de una mayor intensidad de la acción protectora en las contingencias profesionales que en las comu-

nes, cuando lo cierto es que siendo la situación de necesidad la misma, correlativamente la asistencia o protección económica debería alcanzar igual intensidad, tanto la contingencia sea por accidente como si no, pues este es el criterio recogido constitucionalmente (artículo 41 CE).

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Fecha: 12 de mayo de 2005.

Recurso: recurso de apelación n.º 758/2004.

Ponente: D. Miguel Ángel Olarte Madero.

Voces: Permiso de trabajo. Ciudadanos uruguayos. Aplicación de Tratados Internacionales.

“PRIMERO.: El único argumento impugnatorio que debe resolverse en esta alzada es el relativo a si es o no de aplicación al súbdito uruguayo el art. 8 del Tratado de 1870 suscrito entre España y Uruguay, al basarse la sentencia recurrida en tal tratado para anular el acto administrativo y conceder el permiso de trabajo y residencia solicitado al entender que la denegación basada en la situación nacional del empleo no es conforme a derecho.

La Administración demandada entiende al respecto que la resolución judicial obvia el tenor ordinamental vigente en una serie de preceptos normativos a los que debe atenerse el régimen jurídico abierto entre los ciudadanos de nacionalidad uruguaya que residan en España –y que pretendan iniciar en este país una relación jurídica de carácter laboral– y el Derecho español. Y es que, efectivamente, la decisión judicial *a quo* se limita a aplicar una norma proce-

dente del siglo XIX (de 19 de junio de 1870) que, aún no habiendo sido explícitamente derogada y, por tanto, mantenerse en vigor en los tiempos actuales, tiene matizado su contenido respecto al derecho de los nacionales de Uruguay a desarrollar una actividad prestacional por cuenta propia o ajena en España, y así, entiende que el Canje de Notas de 18 de diciembre de 1981, el Tratado General de Cooperación y Amistad de 23 de julio de 1992 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ponen de relieve que la norma utilizada por el juez de instancia carece de virtualidad para posibilitar que los nacionales de Uruguay obtengan de las autoridades administrativas españolas una autorización para trabajar por cuenta propia o ajena sin someterse a las restricciones que el Derecho español impone a cualesquiera ciudadanos de terceras nacionalidades distintas a la española y que no sean de la Unión Europea. Así el art. 3 del Canje de Notas de 18 de diciembre de 1981, publicado en el BOE de 24 de junio de 1982 señala: «la supresión de visado –por un período máximo de noventa días– no exime a los ciudadanos españoles que se dirijan a España de la obligación de observar las Leyes y reglamentos locales concernientes al ingreso, permanencia y al establecimiento de los extranjeros», y el art. 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad de 23 de julio de 1992 establece: «con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada parte otorgará a la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena (...) las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto el criterio de la reciprocidad», y el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dice: «El Tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del Tratado posterior».

Esta Sala y Sección entiende que el término «facilidades» de que hace uso el artículo 14 del Tratado de 1992 supone ventajas, mejoras, comodidades que el ordenamiento jurídico y las autoridades gestoras

Permiso de trabajo

españolas deben, de forma ineludible, conceder a favor de los nacionales uruguayos, y equivale a que estos nacionales ostenten el derecho a obtener un permiso de trabajo por cuenta propio o ajena en función de la tenencia y exhibición ante dichas autoridades de una oferta suficiente de vinculación laboral con una empresa que desarrolle en España su actividad prestacional o, en su caso, con el amparo de la tenencia de un proyecto viable de explotación de una actividad por cuenta propia.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas.

Fecha: 27 de junio de 2005.

Recurso: recurso contencioso-administrativo 1242/2003.

Ponente: Dña. Inmaculada Rodríguez Falcón.

Voces: Autorización para trabajar. Ciudadanos uruguayos.

Aplicación de Tratados Internacionales.

Resumen: “PRIMERO.: Es objeto de impugnación la Resolución de 13 de marzo de 2003 que desestimó el recurso de reposición en expediente de oferta de trabajo para trabajador extranjera formulado por don Aurelio contra la Resolución de 7 de febrero de 2003 que inadmitió a trámite la solicitud por no quedar acreditado que, con carácter previo, el empleador ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo y que dicha gestión ha concluido con resultado negativo.

SEGUNDO.: El artículo 85.5 del Real Decreto 864/2001 dispone que «La autoridad competente podrá resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo en los siguientes supuestos: 5. Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso, que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo».

La gestión de la oferta de empleo se recoge en el artículo 70.1.1 del RD 864/2001, de 20 de julio de 2001, que establece que para la concesión de los

permisos de trabajo por cuenta ajena se tendrán en cuenta los elementos siguientes: b) Que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo. A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta.

En el presente caso la Administración inadmitió a trámite la solicitud de permiso de trabajo y residencia en tanto que no se había aportado «certificación del servicio de empleo en el que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta».

Termina el artículo señalando que «Corresponde al empleador o empresario acreditar que, previo a la solicitud de permiso de trabajo inicial, ha instado la gestión de la oferta».

TERCERO: El recurrente impugna la anterior resolución por:

a) vulnerar el artículo 71 de la LRJ y PAC.

La resolución aunque escueta está motivada. Las razones de la inadmisión a trámite de la solicitud residen en no aportar junto a la solicitud el resultado de la oferta de gestión de empleo público tal y como exigen los preceptos reseñados por la Administración en la resolución recurrida.

En cuanto a la segunda cuestión, el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, dispone que las solicitudes presentadas ante la Administración son susceptibles de subsanación y mejora «1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos,

Permiso de trabajo

con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42».

El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 20 de marzo de 2003, si bien en relación con el artículo 84.6 del RD 862/2001 señalaba que: Por tanto, de la dicción del artículo 84.6 cuya nulidad se pretende resulta que la omisión de alguno de los documentos comprendidos en el artículo 81 citado, cual sería el caso de presentar sólo dos fotografías en lugar de tres [artículo 81.1.b)], acarrearía la inadmisión de la solicitud, lo que resulta contrario al mandato legal contenido en el artículo 71 de la LRJAP y PAC que establece que si la solicitud de iniciación del procedimiento administrativo no reúne los requisitos señalados en el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, «se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite (...) Como quiera que la Ley 30/1992 es aplicable a todas las Administraciones públicas y a ella habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos, es claro que lo dispuesto en el artículo 84.6 del Reglamento es contrario al artículo 71 de la Ley 30/92 transcrito y por tanto debe ser anulado al no permitir la subsanación de defectos en los términos establecidos en la Ley».

En el presente caso, igualmente, se inadmitió la solicitud a la actora sin requerirle de subsanación, lo que hubiera permitido a la Administración el error en que se encontraba incurso puesto que en el presente caso la actora sí que había presentado la oferta de gestión de empleo ante el ICFEM.

Por lo que la resolución ha de ser anulada.

CUARTO: En otro orden de cosas, el recurrente es de nacionalidad uruguaya e invoca el Tratado Internacional de Reconocimiento de Paz y Amistad entre

España y la República Oriental de Uruguay, de libertad de establecimiento de nacionales de un país en otro. Conforme al cual el permiso de trabajo para los nacionales de la República de Uruguay no exige la gestión de la oferta de empleo ni someterse a la valoración de la oferta al cupo contenido en el contingente de trabajadores extranjeros en el año.

Así pues, el Tratado de Reconocimiento de Paz y Amistad celebrado entre la República Oriental de Uruguay y la de España en 1870, establece en su artículo VIII que «Los súbditos españoles en la República de Uruguay y los ciudadanos de la República en España, podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender al por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos, en vida, por muerte y suceder en los mismos por testamento o *ab intestato*, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos e iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la Nación mas favorecida...».

Por su parte, el Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España de 1992, establece en su artículo 18 que las partes acuerdan sin perjuicio de las disposiciones establecidas que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad.

Pues bien, sobre el Tratado Internacional de 1870 el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de octubre de 2002 (Sección 4.^a, recurso n.º 2806/98) que «... los términos del Convenio de 1870, celebrado entre España y Uruguay, son sustancialmente iguales que los expresados en los Convenios con Chile y Perú, y no cabe apreciar la diferencia que advierte el Abogado del Estado por el hecho de que el primero no haga referencia alguna a la legislación laboral y de la Seguridad Social y se remita a la legislación española, pues, por un lado, como la parte recurrida refiere, en 1870 no había en España Seguridad

Permiso de trabajo

Social y por tanto no cabía hacer referencia alguna a la misma, y por otro, tanto el Convenio con Uruguay como los celebrados con Chile y Perú, hacen la misma remisión a la legislación española, como no podría ser menos, pues los derechos sobre compra, venta, sucesión y el ejercicio de actividades se ha de someter obviamente a lo dispuesto por la ley donde se realicen esas actividades, pero de ello no se puede inferir que el derecho a obtener el permiso de trabajo o residencia está excluido de los términos del Convenio, como así lo ha entendido esta Sala para los Convenios con Chile y Perú, que tienen una redacción similar, Sentencia de 22 de diciembre de 1992, que recoge la doctrina de las anteriores, de 21 de mayo de 1990, 23 de febrero de 1991 y 25 de febrero de 1992, y con la de 15 de septiembre de 1998, en las que se expresa que la remisión a la legislación española afecta al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España, que está amplia y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos en el Convenio con Uruguay, como se advierte en su propia letra...».

En definitiva, la vigencia del Convenio coloca a los ciudadanos uruguayos en la misma situación que los ciudadanos españoles en lo que se refiere al derecho a trabajar en España (al igual que ocurre con los Convenios con Chile o Perú), sin perjuicio, como es obvio, del cumplimiento de los requisitos de estancia y residencia en España que son ajenos al Convenio, de forma que tanto si consideramos al Convenio como superior jerárquicamente a la ley, como si lo consideramos en relación de especialidad y, por ello, como norma especial, la Administración, vinculada por esa norma jurídica del ordenamiento jurídico español que es el Tratado Internacional, estaba obligada a dispensar a la oferta en favor de un nacional de Uruguay el mismo trato que si se tratase de una oferta a un ciudadano español, y, por ello, no era necesaria ni la gestión ante el Servicio Público de Empleo ni examinar su procedencia conforme al Contingente de trabajadores extranjeros autorizados para el año por ser requisitos exi-

gidos por una normativa legal y reglamentaria no aplicable a los ciudadanos uruguayos que vayan a trabajar en España que se rigen por el Convenio Internacional en vigor.

QUINTO: Por lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado, con reconocimiento del actor del derecho, en su condición de ciudadano de nacionalidad uruguaya, al permiso de trabajo en España siempre que se cumplan los requisitos para la residencia, pues esta Sala, en ejercicio de su función revisora, no puede decir nada sobre el cumplimiento de esos requisitos previos o simultáneos al permiso de trabajo, que son los que deben llevar al otorgamiento del permiso de residencia.

En este sentido, también el Tribunal Supremo ha advertido reiteradamente que la existencia de un Convenio de libertad de trabajo, como el firmado entre España y Perú o España y Chile o España y Uruguay, no excluye la necesidad de obtener la autorización de residencia conforme a la legislación de extranjería.



NOTA: En el número 2 de esta Revista (véanse pp. 193 a 196; también en el mismo número, M.L. TRINIDAD GARCÍA “Incidencia del Tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI”, pp. 231-247) se extractaba y reseñaba la STS de 10 de octubre de 2002 (rec. de casación n.º 2806/1998), que declaraba que el contenido del artículo 8 del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay en 1879 era sustancialmente idéntico a los artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad de Chile y Perú, de forma tal que la remisión que se hace a la legislación española afectaría al ejercicio de la actividad laboral o profesional pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España; en consecuencia, aplica los mismos criterios jurisprudenciales que los vertidos en la interpretación de los Convenios suscritos con

Permiso de trabajo

esos países, reconociendo el derecho de un súbdito uruguayo a obtener un permiso de trabajo sin tener en cuenta la situación nacional de empleo.

Pero el 23 de julio de 1992 España y la República Oriental de Uruguay suscribieron un Tratado de Cooperación y Amistad (*BOE*, 2 de junio de 1992; entrada en vigor el 4 de junio de 1994), en cuyo artículo 14 se dispone que “Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades”. Por su parte, el artículo 18 del mismo Tratado mantiene que “Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente Tratado, las Partes acuerdan que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad”.

En ese momento ya advertíamos que no resultaba aventurado predecir que por vía jurisprudencial se admitiera una interpretación favorable a la no aplicación de la situación nacional de empleo, como si “se tratase de una oferta a un ciudadano español”. Y ello con independencia de que se considere, en virtud de lo previsto en el artículo 18 del Tratado de 1992, antes transcrito, que el Convenio de 1870 sigue vigente en dicho aspecto, como hace la STSJ Canarias/Las Palmas de 27 de junio de 2005; o se considere, como creemos más acertado, como hace la STSJ de Valencia de 12 de mayo de 2005, que el término “facilidades” que incorpora el artículo 14 del Tratado de 1992, supone “ventajas, mejoras, comodidades” que deben concederse a favor de los nacionales uruguayos en el sentido de reconocer el derecho a una autorización para trabajar por cuenta ajena o propia si cuentan, respectivamente, con una oferta suficiente de vinculación laboral con una empresa que desarrolle su actividad en España o con un proyecto viable de explotación de una actividad.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia Extremadura.

Fecha: 26 de mayo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1340/03.

Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Permiso de trabajo. Renovación. Consideración de la movilidad del sector y de la actividad desplegada por la recurrente.

“SEGUNDO: La demandante solicita la renovación del permiso de trabajo y residencia tipo b (inicial) por cuenta ajena, que le fue concedido por Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Castellón, de 5 de abril de 2002. La Administración General del Estado dicta Resolución en la que desestima la petición de la actora ante la falta de actividad laboral desarrollada durante el tiempo de vigencia del permiso de trabajo y residencia que le fue concedido, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Para resolver la cuestión planteada en el presente recurso contencioso-administrativo, debemos partir del contenido del artículo 72.3 del Real Decreto 864/2001 dispone que «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».

Permiso de trabajo

Una vez sabido lo anterior, podemos comprobar en el presente caso que a la demandante le fue concedido el permiso de trabajo por Resolución de fecha 5 de abril de 2002, que la legitimaba para el inicio de la actividad laboral y su afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, no siendo dada de alta en la Seguridad Social hasta el día 28 de enero de 2003, constando en el primer informe de vida laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social que inicialmente trabajó durante un período de 37 días, aunque en dicho informe aparece que en la fecha en que se emite continúa en la situación de alta para el empresario don Carlos Francisco. La actora en vía administrativa presenta un segundo informe de vida laboral que permite comprobar que continúa en la situación de alta en la Seguridad Social, y que son ya 64 los días trabajados, manteniéndose la relación laboral con el empresario individual antes mencionado. Por último, durante la tramitación del presente juicio contencioso, la recurrente aporta un nuevo informe de 27 de noviembre de 2003, de la Tesorería de la Seguridad Social, en el que se recoge que se mantiene la situación de alta y relación laboral, alcanzando un período de 240 días.

A la vista de todo lo anterior, y conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Real Decreto 864/2001, debemos señalar que en los supuestos de renovación es necesario comprobar que al tiempo de la solicitud el solicitante ha desempeñado una actividad laboral de forma estable durante la vigencia del permiso anterior, pues tal condición permite apreciar la veracidad y continuidad de las circunstancias laborales que motivaron la anterior concesión del permiso cuya renovación se pretende. El término «estable» hace referencia a la continuidad de la relación laboral desarrollada, a la habitualidad de la misma. Con el fin de valorar esta habitualidad se 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. No se trata de exigir al extranjero el pleno empleo durante todo el período del anterior permiso, desentendiéndose de sus circunstancias personales o de las dificultades por las que atraviesa el mercado laboral. Por ello, el despido y consiguientemente el cese temporal en el desempeño de un puesto de trabajo no debe impedirle renovar el permiso, siempre que demuestre una clara voluntad de continuar trabajando y que esta voluntad se plasme en el desarrollo de una actividad laboral que se considere normal en relación con el sector y el tipo de trabajo que desempeña. En el supuesto que nos ocupa puede considerarse que el hecho de haber trabajado inicialmente 37 días, no podría considerarse en principio como el desarrollo de una actividad laboral regular y estable que permita la renovación del permiso de trabajo solicitado, sin embargo, hemos de valorar que la actora en el momento de la solicitud de renovación continuaba en la situación de alta, situación que se mantiene en el momento de formalizarse la demanda, quedando probado que la actividad laboral alcanza ya 240 días, y que existe una relación laboral estable con el empresario individual que la dio de alta en la Seguridad Social desde el 30-4-2003. En atención a estas circunstancias, a las dificultades laborales del sector de empleadas del hogar al que pertenece la actora y la flexibilidad que mantiene la propia Administración a tenor de que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones dictó una Circular en la que se fijan los criterios de orden interno para la interpretación y aplicación de los preceptos del Reglamento relativos a la renovación de los permisos de trabajo, en la que se hacía referencia a que el requisito de actividad estable no debe ser entendido «como una obligación exhaustiva de realizar una actividad continuada e ininterrumpida durante toda la vigencia del permiso» y que «en la renovación, la autoridad laboral tendrá en cuenta las características concretas de la actividad llevada

Permiso de trabajo

a cabo por el trabajador y exigirá solamente la justificación de la realización de la actividad y el cumplimiento de obligaciones sociales durante el período de tiempo que se considere normal en el sector de actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias». Es más, la citada Circular señala que el término estable debe entenderse como sinónimo de habitualidad y que, a título orientativo, se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que, según el sector de actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses. Tales criterios interpretativos pueden servir de pautas orientativas que, en todo caso, exigirán una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso. En el presente caso, la recurrente estuvo desempeñando una actividad laboral durante un período de 37 días inicialmente, pero en el momento de la solicitud de renovación continúa en la situación de alta que se mantiene a la vista de la documentación que acompaña a la demanda, lo que pone de manifiesto la existencia de una ocupación estable iniciada durante el permiso anterior, pues aun cuando ésta no ha sido permanente también hay que tomar en consideración la gran movilidad que existe en el sector y la actividad desplegada por la recurrente para continuar trabajando.

Todo lo anterior conduce a la Sala a la estimación del recurso contencioso-administrativo, revocando la Resolución impugnada, reconociendo el derecho de la actora a la renovación del permiso interesado siempre y cuando cumpla el resto de requisitos reglamentarios que resulten exigibles.”



NOTA: La sentencia resuelve favorablemente el recurso planteado por la actora contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Badajoz que denegaba su solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo. En el trasfondo del pronunciamiento del Tribunal se encuentra, sin duda, la reite-

rada doctrina jurisprudencial que obliga, en caso de renovación, a conectar las circunstancias atinentes a la ocupación regular y estable del solicitante con su actitud subjetiva de desempeñar un trabajo continuado.

Con independencia de ello, a nuestro juicio son dos las cuestiones dignas de comentario. Por un lado, el hecho de que el Tribunal se apoya para resolver en una Circular de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones en la que se fijan los criterios de orden interno para la interpretación y aplicación de los preceptos reglamentarios relativos a la renovación, que deja traslucir una clara “flexibilidad” en la apreciación del significado del requisito de la estabilidad en la actividad, que identifica con la habitualidad. En este sentido, la Dirección General considera, a título orientativo, que se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que, según el sector de actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses. Al mismo tiempo, se exige por el Centro directivo a la autoridad laboral que tenga en cuenta las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y, una vez valoradas, que adapte la exigencia del cumplimiento de los requisitos para la renovación a lo que “se considere normal en el sector de actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias”. En el presente caso, servicio doméstico, resulta especialmente necesaria esa ponderación del sector de actividad en el que, como señala la propia sentencia, no se puede exigir el pleno empleo durante el período del anterior permiso, sino que ha de tenerse en cuenta las circunstancias coyunturales por las que atraviesa el empleo en nuestro país o del tipo de contratos que se realizan en ese sector de actividad. De ahí, que el dato aislado de un cese temporal en la actividad consecuencia del despido de la actora, no es por sí solo relevante para impedir la renovación, si se tienen en cuenta las dificultades por las que atraviesa el mercado laboral.

Derecho penal

Por otro, es especialmente significativo el énfasis que pone el tribunal en la actividad que ha desplegado la actora, como concreta traducción de la actitud subjetiva que se considera idónea, por esa doctrina jurisprudencial a que hacemos referencia, para justificar la voluntad de desempeñar un trabajo de forma continuada.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 1 de abril de 2005.

Procedimiento Abreviado: 12/2005.

Ponente: D. Mariano Santos Peñalver.

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

Resumen: La Audiencia condena a M.^a E., como autora criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción de la inmigración ilegal.

“(…) de la declaración de los Agentes Policiales se considera cierto que la acusada intentó sobrepasar el control de identidad de pasajeros con destino a la Península en compañía de su hija Leticia y de otra menor súbdito marroquí que carecía de documentación para acceder a territorio español; que la imputada al serle requerida su documentación y la de las niñas que le acompañaban exhibió junto a la documentación propia y la correspondiente a la hija que iba con ella, la de otra hija suya, llamada S. y de edad similar a la de E., y, finalmente que la acusada manifestó a los Agentes Policiales que la documentación de su hija S. era la de E.

Ciertamente existen otros testimonios que contradicen las declaraciones de los Agentes Policiales, pero dos de los testigos son hijas de la acusada, existiendo por lo menos dudas de incredibilidad subjetiva. Y, en segundo lugar, dichos testimonios no son creíbles por carecer de lógica al sostener, en definitiva, que el intento de E. de sobrepasar el control de identidad de pasajeros con la documentación de S., hija de la acusada, se debió exclusivamente a la determinación resolutoria de la otra hija L., quien en la propia Estación Marítima y momentos antes de embarcar habría sustraído a su madre la documentación de S., que al parecer portaba en el interior de su bolso. Y, ello, por la imprevisibilidad y precipitación de la dinámica comisiva que se desprende del propio relato exculpatario, pues se hace depender el intento de utilización de la documentación S. por E. y el posterior embarque con destino a la Península, resultado final que exige una cierta preparación, y como mínimo la compra de billetes de barco en el que se disponía a viajar, de un hecho condicionado por el azar, cual es la posibilidad de sustraer previamente del bolso de la acusada la documentación de su hija S. y de que efectivamente llevara en dicho momento y en su bolso tal documentación. Así mismo, el relato exculpatario se configura como inverosímil en relación con el hecho cierto de que la hija de la acusada y su amiga intentan sobrepasar el control de pasajeros haciéndolo al tiempo y en unión con la imputada, pues ello exigiría que debía ser exhibida la documentación por una menor sin que la acusada, quien se encontraba al lado, se percatara de tal hecho.

(…) la conducta típica se integra por cualquier acto que promueva o favorezca la inmigración clandestina, lo que significa que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción de la inmigración ilegal. Y entre las que se encuentra la de intentar ayudar al emigrante a sobrepasar los controles policiales de identificación. Conducta en la que tiene perfecto encuadre la actuación de la acusada, quien exhibe junto a su documentación

Derecho penal

auténtica otra también original correspondiente a tercera persona de características similares al emigrante al tiempo que narra a los Agentes Policiales encargados del control de identificación que se trata de la persona a quien pertenece la documentación exhibida. Pues, con este comportamiento se intenta aparentar una legalidad inexistente del acto de inmigración, con el claro propósito de que el inmigrante pueda acceder a la Península española.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 4 de abril de 2005.

Procedimiento Abreviado: 18/2005.

Ponente: D. Diego Giner Gutiérrez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Falta de prueba de la autoría.

Resumen: La Audiencia absuelve a don G., del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros ante la existencia de una duda razonable acerca de la participación del acusado en los hechos que se le imputan.

“En el caso de los presentes autos y negada en todo momento por el acusado la autoría de los hechos, toda la prueba practicada ha girado sobre este fundamental extremo respecto del que la principal prueba ha sido la intervención del ciudadano ilegalmente introducido en territorio español; pese a ello la Sala no estima acreditada tal autoría, que además de la detección mencionada pretendería fundarse en datos adyacentes que corroborarían la tesis acusatoria tales como la imposibilidad de que el inmigrante necesitara de alguien para introducirse en el vehículo, pero es especialmente sensible el dato incuestionable de la declaración de el inmigrante que en todo momento manifiesta no conocer al conductor de la furgoneta, que le ayudó a introducirse en ella otra persona de la que da su nombre y apellido, la existencia de una duda razonable sobre la participación del acusado obliga a esta Sala a dictar una resolución absolutoria.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 12 de abril de 2005.

Procedimiento Abreviado: 20/2005.

Ponente: D. Diego Giner Gutiérrez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Reconocimiento de la culpabilidad.

Resumen: La Audiencia condena a J.M. como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. El autor reconoce su culpabilidad al trasladar a un ciudadano marroquí al territorio nacional en el interior de un vehículo y a cambio de una cantidad de dinero.

“En el caso de autos, como ya hemos expuesto la culpabilidad de J.M. ha quedado demostrada dado que como él mismo ha reconocido realizó el traslado de D. a territorio nacional en el interior del vehículo anteriormente reseñado, cobrando por ello una cantidad de 400 euros, como él mismo manifestó; las condiciones del habitáculo, realmente peligrosas dado que tan solo respiraba por la hendidura del anclaje del sillón trasero y la prácticamente inexistente movilidad hacían de la ubicación una trampa mortal.

La participación en concepto de autor del acusado E. no se ha acreditado, téngase en cuenta que la única prueba de cargo contra él, consiste en las declaraciones de la víctima D., que habla de una segunda persona, pero al llegar a la frontera no eran dos, sino tres las personas que ocupaban el vehículo, por otro lado J.M. reconoce que lo que hizo fue recoger en el camino a E., dada su edad y apariencia, facilitaría el paso por la frontera, y esta declaración debe ser valorada de forma objetiva.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a

Fecha: 15 de abril de 2005.

Procedimiento Abreviado: 36/2005.

Ponente: D. Fernando Tesón Martín.

Derecho penal

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ánimo de lucro.

Resumen: La Audiencia condena a J.E., como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ha quedado acreditada la intención de entrar de forma ilegal en España derivada de la situación administrativa de los inmigrantes, carentes de documentación.

“La intención de entrar de forma ilegal en España, se tiene por acreditada por la situación administrativa de los inmigrantes, carentes de documentación. Por otro lado, el también Guardia Civil n.º (...), manifestó haber visto que el acusado llevaba aletas, las cuales se le cayeron al subir a la embarcación, no siendo posible que existiera una quinta persona que se diera a la fuga, lo que desvanece la versión de la defensa en el sentido de que el acusado era un inmigrante más que iba remolcado por un desconocido que huyó.

Además, concurre el subtipo agravado del n.º 3 del mencionado artículo puesto que se ha acreditado, por la dinámica de ejecución de los hechos, que la vida o la integridad física de los inmigrantes remolcados corrió serio peligro, ya que no existe duda alguna y según nos indican las máximas de experiencia, acerca de la peligrosidad que supone venir a nado desde un lugar en donde hay frialdad en el agua incluso en las épocas más cálidas, máxime si, tal como aquí acontece, el arriesgado viaje se realizó de madrugada, debiendo añadirse que la situación de peligro, necesaria para poder aplicar esta agravación específica, ha de ser apreciada *ex ante* y en relación con las circunstancias concurrentes ya citadas, sin que quepa hacer una valoración de la misma en atención al resultado y al hecho concreto de que el inmigrante no necesitara asistencia médica u hospitalaria, ya que el peligro o el riesgo solo suponen la existencia o proximidad de un daño, pero no requieren desde luego la producción de éste, aunque en todos estos casos, y concretamente en el que nos ocupa, siempre aparecen los detenidos con síntomas de hipotermia, (...).

La existencia de ánimo de lucro, que integra, a mayor abundamiento, el subtipo agravado previsto en el mismo apartado del citado artículo 318 bis, también concurre en el presente caso, dado que, conforme a lo señalado por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación y conclusiones, tal como se desprende de las declaraciones testificales preconstituidas de los inmigrantes P.A., (folio 24) el cual manifiesta que pagó a una tercera persona la cantidad de 800 euros y A.T. (folio 25) que declaró haber pagado 200 euros al acusado, declaraciones, ambas, que fueron leídas a instancia del Ministerio Fiscal en el acto del juicio al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 de la LECrm, es evidente, tal y como se refleja por los agentes de la Guardia Civil en el atestado ratificado en juicio, que la actividad de los llamados «motores humanos» es retribuida, para lo que disponen de una infraestructura y unos medios que no se obtienen sino mediante el cobro de las tareas ilegales que realizan, resultando poco creíble que el mismo por meras razones altruistas y sin tener ninguna relación personal o familiar con los inmigrantes, accediera de manera voluntaria a remolcarlos a nado, incluso con riesgo palpable para su vida, si no es por el precio que recibía por efectuar dicha tarea.

(...).

Por otra parte, frente a las alegaciones de que el propio acusado es un inmigrante tratando de entrar en territorio nacional, tal circunstancia no sirve de base sin más para descartar que sea autor del hecho delictivo ya que es evidente que, de haber deseado el mismo entrar sin más en España de forma ilegal, no necesitaba remolcar a otra persona, con la que no le unen lazos familiares y ni siquiera son originarios del mismo país, ya que manifiesta ser argelino, por lo que deben desestimarse tales argumentaciones que intentarían justificar una acción humanitaria.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 18 de abril de 2005.

Derecho penal

Recurso de Casación: 243/2004.

Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don B., contra la sentencia dictada por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Se aprecia en la conducta del actor un elemento de riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas derivado del transporte de varios inmigrantes careciendo de las mínimas condiciones de seguridad.

“(…) el acusado era el único que viajaba en la patera y, por tanto, el que la patroneaba, mostrando pericia en el abarloomiento de la embarcación cuando le fue requerido; el rumbo que llevaba la embarcación cuando fue interceptada es la ruta frecuente que toman los patrones de estas embarcaciones cuando regresan a Marruecos, y que en el caso de autos dicha interceptación se había hecho por la Patrullera de la Guardia Civil (...) tras haber recibido anterior aviso de la Patrulla Fiscal Territorial de que una embarcación tipo «patera» había desembarcado previamente a inmigrantes irregulares en las proximidades de Puerto Calero (Yaiza); el acusado llevaba un traje de agua, dinero y teléfono móvil. La excusa de que el acusado no era el patrón de la patera, ha sido valorada y rechazada por la Sala de instancia en el ejercicio de su soberana función de valoración de las pruebas de carácter personal que se practican con inmediatez y en su presencia, y las razones del rechazo de tales explicaciones exculpatorias que se exponen en la sentencia, en la ponderación que les merece a los jueces *a quibus* la credibilidad del acusado, resultan de una solidez y lógica incontestables. Porque, en efecto, carece de toda verosimilitud que el motivo por el cual regresaba a Marruecos no era otro que buscar una documentación y que no la había traído en el anterior viaje porque tenía miedo que con tanta gente que iba en la embarcación ésta se perdiera, lo cual, además, se contradice con las declaraciones vertidas en la instrucción, por lo cual manifestaba que el motivo de su regreso era porque le faltaba dinero. A lo que cabe añadir que la versión

del acusado se torna en francamente increíble porque supondría que el auténtico patrón de la patera habría sido uno de los veintisiete que habrían desembarcado subrepticamente en la costa, transformando su actividad tan ilícita como lucrativa, generadora de grandes beneficios económicos como los que proporciona transportar inmigrantes ilegales por la incierta y azarosa de uno de éstos.

(...).

Pues bien, la sentencia declara probado que «la referida embarcación, de pequeñas dimensiones, es totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía de casi 24 horas, careciendo de las mínimas condiciones de seguridad, como tampoco de ningún elemento que sirva para comunicarse con el exterior en caso necesario. En la patera no se encontró ningún chaleco salvavidas, ni ningún otro elemento que pudiera servir para prevenir cualquier contingencia que se pudiera presentar. Por ello, las vidas e integridad física de los ocupantes que el acusado había desembarcado previamente se puso en concreto peligro».

Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano.

El motivo debe ser desestimado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1.^a

Fecha: 22 de abril de 2005.

Derecho penal

Procedimiento Abreviado: 1/2005.

Ponente: D. José Antonio Ochoa Fernández.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Simulación de ofertas laborales.

Resumen: La Audiencia condena al acusado P., como autor responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Realización de gestiones fraudulentas respecto al intento de regularizar en España a inmigrantes marroquíes en base a ofertas de trabajo simuladas con el fin de facilitar su entrada aparentemente legal en España.

“(…) se declara probado que sobre el mes de mayo de 2003 el súbdito marroquí con NIE (….) don P., contactó en Teruel con el acusado, con el fin de intentar regularizar en España a un serie de familiares y compatriotas, la mayoría de los cuales se encontraban residiendo en el Reino de Marruecos y aspiraban a entrar en nuestro país mediante la obtención de un visado de trabajo.

Dicho contacto se estableció con motivo de creer el Sr. P., que el acusado Sr. P. era de profesión Abogado, situación que este último aprovechó en su beneficio y para inspirar la confianza suficiente de que las gestiones serían fructíferas. Desconociéndose si el Sr. P. le encomendó al acusado la redacción y presentación en el Organismo oficial de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales, con la convicción real o no, de que las ofertas de trabajo que se iban a suscribir, tenían una verdadera intención de ser una forma de buscar trabajadores para el empresario que teóricamente las hacía, o como una forma meramente simulada de obtener una forma de entrada aparentemente legal en España de súbditos marroquíes de 3.000 euros por cada una de las personas destinatarias de dichas ofertas y las gestiones necesarias para la tramitación de sus Expedientes ante la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Teruel.

(…).

Facilitada la documentación (copias de pasaportes) al Sr. P., éste realizó un total de 26 ofertas de trabajo

a otros tantos súbditos marroquíes en un período de tiempo que abarca aproximadamente el segundo semestre de 2003, ofertas que lo eran en nombre de un empresario, prácticamente inactivo y con una invalidez parcial a efectos de la Seguridad Social, (...).

(…) en total 9 de los ofertados consiguieron la aprobación de su Expediente, el correspondiente visado de la Embajada española en el Reino de Marruecos, y la entrada en territorio español, sin que desde luego iniciaran actividad laboral alguna para el empresario supuestamente ofertante, ni ser dados de alta en la Seguridad Social; habiendo sido desestimadas las demás, ante las sospechas advertidas de su carácter fraudulento.

(…) procede emitir sentencia (….) al entender que los hechos deben ser calificados como constitutivos del delito imputado, previsto y penado, en el artículo 318 bis 1 y 2 del Código Penal, en su redacción anterior a la dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 26 de abril de 2005.

Procedimiento Abreviado: 22/2005.

Ponente: D. Mariano Santos Peñalver.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ausencia de residencia legal. Nacionalidad marroquí.

Resumen: La Audiencia condena a L.M. como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, al intentar embarcar a don A., de nacionalidad marroquí con destino a la Península tras comprobarse que carece de la condición de extranjero residente legal en España.

“Probada y así se declara por conformidad de las partes que sobre las 23.20 horas del día 13 de octubre de 2004, la acusada L.M., nacida el 27 de mayo de

Derecho penal

1966, de nacionalidad marroquí y sin antecedentes penales, en la Estación Marítima de Melilla, cuando se disponía a embarcar con destino a la Península, haciéndolo en el vehículo matrícula española (...) que conducía y en el que viajaba como ocupante A., al llegar al control policial de identidad de pasajeros identificó a su acompañante con la documentación correspondiente a C.M., al tiempo que exhibía su propia documentación. Al ser preguntada por los Agentes Policiales sobre la identidad de su acompañante manifestó que era la persona que figuraba en la documentación exhibida.

La documentación de la acusada y de C.M. autoriza administrativamente a residir en territorio español. A., de nacionalidad marroquí nacida el 1 de abril de 1985 e hija de la acusada L.M., carece de la condición de extranjero residente legal en España.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2.^a

Fecha: 15 de junio de 2005.

Procedimiento Abreviado: 51/2005.

Ponente: D. Francisco Javier Varona Gómez-Acedo.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Falta de prueba.

Resumen: La Audiencia absuelve a don J.F., de los delitos de los que se le venía acusando. No ha quedado probado que el acusado hubiese realizado un “tráfico de personas” que constituye el núcleo esencial del tipo delictivo referido.

“Procede la absolución del acusado. La acusación formulada se sustenta en la consideración de que el acusado oficiaba de patrón de la embarcación a que nos hemos referido y que como tal al menos propiciaba el transporte de los inmigrantes para acceder a las costas de Fuerteventura. Sin embargo no se ha probado tal condición.

El único indicio que existe para afirmar tal condición de patrón viene dado por cuanto el tripulante de la patrullera que procedió a la localización y salvamento de la patera afirma que en tal momento el

acusado empuñaba el timón del motor y la embarcación. Sin embargo este único indicio no es suficiente.

(...).

Tanto de lo actuado en este juicio como de la experiencia de otros supuestos similares, podemos reconstruir la historia que finalizó en la arribada del acusado en compañía de otras personas a las costas de Fuerteventura, partiendo de países subsaharianos tan lejanos como Gambia, Nigeria, Mali, Guinea Conakry, Costa de Marfil o República del Congo de los que se ven compelidos a emigrar, siempre por razones de buscar su sustento y el de sus familias y con frecuencia huyendo de situaciones de conflicto, opresión y guerras más o menos declaradas.

Luego de un largo y penoso recorrido hacia el Norte del Continente, son reunidos en las costas del Sahara, por la promesa que les hacen clanes o familias marroquíes de procurarles un traslado por mar a las Islas orientales a cambio de unas cantidades que oscilan en torno a los mil euros. Si bien en un principio este traslado se efectuaba en unas embarcaciones de madera provistas de un motor fuera borda, conocidas por pateras, patroneadas por alguien conocedor artesanal de la navegación marítima, normalmente marroquí, la represión de estos patrones, cuando llegaban a nuestro país ha propiciado que se prescindiera de los mismos, de forma que son los propios emigrantes quienes sin otra noción que la indicación rudimentaria y somera del rumbo a seguir, son compelidos a dirigir la embarcación desde la misma costa africana o a la suma desde alta mar donde son abandonados por el patrón que es recogido por un tercer cómplice.

De esta forma el más avisado de los emigrantes, en el improbable supuesto de que tenga alguna noción de navegación, o quienes más arrojo tienen, intentan dirigir una embarcación que se va llenando de agua guiados a medias por las corrientes o por las luces que adivinan en el horizonte.

Derecho penal

La intención y el ánimo, –si lo conservan–, de todos los ocupantes de la patera es agotar el camino de su propia emigración, a lo que se suma la misión casi imposible de salvar su propia vida. Para ello unos procuran mantener el precario rumbo, otros achican el agua, otros intentan que el motor no se pare y los más sobrellevar el mareo y el frío durante las cerca de veinte horas que como media y en el mejor de los casos dura el trayecto.

Ninguno de ellos y por lo tanto tampoco el acusado ha realizado «el tráfico de personas» que constituye el núcleo esencial del tipo delictivo a que antes nos hemos referido.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 20 de junio de 2005.

Procedimiento Abreviado: 33/2005.

Ponente: D. José Luis Ruiz Martínez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ánimo de lucro.

Resumen: La Audiencia condena a don E., como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros con ánimo de lucro y puesta en peligro para la vida de los inmigrantes.

“Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito consumado contra los derechos de los ciudadanos extranjeros con la concurrencia de las agravantes de ánimo de lucro y riesgo para la vida de los inmigrantes previsto y penado en el artículo 318 bis, apartados 1.^º y 3.^º primer y último inciso, del C. Penal. El injusto examinado se conforma como un delito doloso, que debe abarcar el conocimiento y el propósito de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas, cuyo tipo se configura como un ilícito de peligro abstracto, concreto o de aptitud al producirse una suerte de consumación anticipada, esto es, con arreglo a la dicción del precepto para la consumación del injusto no es necesario que el súbdito foráneo haya traspasado efecti-

vamente el control de pasaportes o documentación, ni que haya logrado acceder irregularmente a territorio nacional, sino que basta la promoción, el favorecimiento o la facilitación de entrada en nuestro país de forma clandestina o irregular para que se alcance la consumación del tipo. Por dicha razón no es posible apreciar la tentativa, es decir, en caso de que se logre alcanzar territorio patrio estamos ante el agotamiento de la acción.

Con respecto a la apreciación de los subtipos agravados resulta oportuno reflejar las siguientes consideraciones: a) en lo que atañe al ánimo de lucro el mismo se articula como un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo exigido en el tipo básico, justificándose el plus agravatorio sobre la base de una mayor reprochabilidad de la conducta al tratarse de un negocio en el que la mercancía es el género humano, no se pase por alto que en el injusto analizado el bien jurídico protegido se ciñe a la salvaguarda de la libertad, seguridad y en última instancia dignidad de los inmigrantes que resultan seducidos por quienes abusando de su situación de necesidad además les exigen astronómicas cantidades de dinero para sus recursos económicos para que abandonen su país de naturaleza y vayan a otro en múltiples ocasiones obnubilados por la existencia de prometidos paraísos que a la postre resultan ilusorios y utópicos, supuesto que se anuda al cobro, independiente de la suma pagada en sus países de origen, de las cantidades dinerarias recibidas por el acusado por su participación en los hechos y b) en atención a las circunstancias personales de las víctimas se establece una agravación punitiva que se justifica por razones de especial y concreta vulnerabilidad en aquellos casos en los que se colija un riesgo evidente de quebranto de la vida, integridad física o salud de los sujetos pasivos que en el presente caso se conecta con la realidad de una travesía marítima cercana a los 30 minutos en unas aguas cuya profundidad y condiciones exigen que quienes las surquen sepan nadar o vayan provistos de salvavidas para evitar morir ahogados.

Derecho penal

(...) procede imponer al acusado como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el que ha concurrido ánimo de lucro y puesta en peligro de la vida de los inmigrantes, aquilatando como circunstancias personales el papel desempeñado por el mismo que amén de pilotar la embarcación, cobrar directamente de los inmigrantes el precio por trasladarles a Melilla con independencia del abonado por los mismos en su país de origen y haber intervenido con anterioridad a dicha travesía en las operaciones previas a la misma –recuérdese albergue y manutención de los ciudadanos asiáticos–, las penas de prisión de seis años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la anterior condena.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 23 de junio de 2005.

Procedimiento Abreviado: 32/2005.

Ponente: D. Mariano Santos Peñalver.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Súdito marroquí. Inmigración clandestina.

Resumen: La Audiencia condena a don J.M., del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros al intentar ayudar a pasar a un inmigrante ilegal los controles policiales de identificación y acceder así clandestinamente al territorio español.

“En concreto el súbdito extranjero pasó el control aduanero de la Guardia Civil acompañando al acusado en su vehículo, pues en dicho control, no se procede a la comprobación de la identidad y sí sólo a los objetos transportados, lo que exige el registro del coche. Y así lo han declarado los Guardias Civiles al manifestar que una persona acompañaba al acusado en el turismo. Una vez sobrepasado dicho control y antes de llegar al control de identidades, aprovechando que existe un espacio en el que no hay visibilidad para los Agentes Policiales, el súbdito extranjero se introduce en el maletero del vehículo, pues este segundo control no exige en principio el

registro del turismo al limitarse exclusivamente a la comprobación de la documentación acreditativa de la identidad de los pasajeros.

En conclusión se considera probado: a) que, L.M. acompañaba al acusado en el vehículo que éste conducía intentando sobrepasar juntos el control de viajeros hacia la Península, haciéndolo oculto en el maletero del vehículo; y, b) que carece de permiso legal para acceder a territorio español.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de inmigración ilegal previsto y penado en el artículo 318 bis del Código Penal, al concurrir los elementos definidores del tipo legal, y del que es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado, por ejecutar personalmente el hecho delictivo conforme dispone el artículo 28 del Código Penal.

En efecto el delito definido en el artículo 318 bis del Código Penal, es un delito de mera actividad, que se consuma por la realización de los actos, favorecimiento o promoción, sin exigir que se consiga la llegada efectiva a territorio español.

De otro lado, la conducta típica se integra por cualquier acto que promueva o favorezca la inmigración clandestina, lo que significa que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción de la inmigración ilegal. Y, entre las que se encuentra la de intentar ayudar a sobrepasar al inmigrante ilegal los controles policiales de identificación. Conducta en la que tiene perfecto encuadre la actuación del acusado, quien oculta en su vehículo al inmigrante para de esta manera no ser detectado en el control de identificación y acceder clandestinamente a territorio español.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 28 de junio de 2005.

Homologación de títulos

Procedimiento Abreviado: 30/2005.

Ponente: D. José Luis Ruiz Martínez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ausencia de ilegalidad.

Resumen: La Audiencia absuelve a doña V., de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En modo alguno puede incluirse en el ilícito típico la conducta de una persona que de manera ostensible acompaña a la vista a una persona extranjera no habilitada para acceder al territorio nacional.

“(…) en conexión con el relato de hechos probados ya explicitado se revela la necesidad de traer a colación la reciente sentencia pronunciada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en fecha 15 de febrero del corriente ejercicio anual que en este orden de ideas ha señalado que el ilícito tipificado y sancionado en el artículo 318 bis del Código Penal va encaminado a castigar a los que de una manera más o menos subrepticia o tratando de burlar los controles legales, introducen en nuestro país a una persona con la que realizan un acto de tráfico, matizando a continuación la mencionada resolución que descartado cualquier propósito de lucro o aprovechamiento el injusto analizado no deviene aplicable. Destaca igualmente el Alto Tribunal en la argumentación jurídica de la sentencia objeto de la presente glosa que en modo alguno puede incluirse en el ilícito típico la conducta de una persona que de manera ostensible acompaña a la vista a una persona extranjera no habilitada para acceder a territorio nacional, toda vez que el que actúa de esta forma exhibe o protagoniza un comportamiento absolutamente inocuo e incluso ingenuo por cuanto resulta de todos conocido y notorio que cualquier persona que sea visible –como en el caso que nos concierne los menores que acompañaban a la acusada en su rol familiar de tía– va a ser identificada merced a la comprobación de la documentación necesaria para acceder en este supuesto a la península, de tal guisa que si no se ha orquestado o diseñado una artificial y fraudulenta confección previa de los documentos necesarios para sortear los controles policiales, o media la instrumentalización de artimañas condu-

centes a burlar tales dispositivos de control no puede predicarse ilegalidad de signo alguno de quien así actúa.

(…).

Consideraciones que, conectadas con las premisas constatadas en autos de presencia visual directa de los sobrinos de la acusada, de la facilidad y prontitud en la detección de la falta de correspondencia de las fisonomías de aquellos con sus primos, ausencia de interés crematístico de signo alguno y de manipulación del pasaporte y documentación exhibidos ante los agentes de servicio en el control de embarque, determinan la libre absolución de la acusada.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.^a

Fecha: 23 de mayo de 2005.

Recurso de Amparo: 4779/2002.

Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.

Voz: Homologación de título de odontología obtenido en la República Dominicana. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Resumen: El Tribunal otorga el amparo solicitado y declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Falta de la diligencia debida en el intento de emplazamiento de la interesada en el proceso en el que se cuestionaba si era o no procedente la homologación de su título a la legislación española.

“En el presente recurso de amparo se plantea la cuestión de determinar si la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 11 de marzo de 1996, de cuyo conteni-

Homologación de títulos

do queda hecha la necesaria referencia en los antecedentes de esta resolución, vulneró o no el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) debido a que, según sostiene la actora en este proceso constitucional, el órgano judicial incumplió su obligación de adoptar todos los medios que razonablemente tenía a su alcance para lograr el emplazamiento de la demandante en el proceso que se seguía ante él, en el cual se impugnaba la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia por la que se homologaba el título obtenido en la República Dominicana al título español de Licenciado en Odontología. Como consecuencia de su desconocimiento acerca de la existencia y tramitación del proceso la demandante habría quedado en situación de indefensión al no haber podido intervenir en aquél en defensa de su legítimo interés.

(...).

La pretensión de la demandante se ve apoyada tanto por el Abogado del Estado como por el Ministerio público, quienes, (...), sostienen que el órgano judicial no agotó los medios que razonablemente tenía a su alcance para lograr que la demandante de amparo llegase a tener conocimiento de la existencia del proceso en el que se debatía la legalidad de la convalidación de estudios que había obtenido del Ministerio de Educación y Ciencia.

(...) de los antecedentes de esta resolución se desprende que el órgano judicial identificó a la demandante como la principal interesada en el proceso, pues lo que se cuestionaba era si la homologación de su título a la legislación española resultaba o no conforme a Derecho. También se desprende de la actuación de la Audiencia Nacional que ésta no consideró suficientes los emplazamientos efectuados por la Administración (...) decidió emplazar personalmente a la demandante de amparo ordenando efectuarlo en la última dirección de la que se disponía [C/ (...), de Ponferrada]. Ahora bien, lo que está en cuestión es si, una vez que este intento

del emplazamiento resultó fallido y que en la propia diligencia de intento de emplazamiento se dejó constancia de que la demandante se había trasladado a la localidad de Badajoz, el órgano judicial actuó o no de manera respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo al dictar sentencia sin intentar el emplazamiento en la localidad a la que conocidamente se había trasladado la demandante.

Así en el que ahora enjuiciamos cobran especial relieve los hechos de que el acto administrativo recurrido en el proceso judicial se refiriese a la homologación de un título académico que habilita para el ejercicio de una profesión; de que la demandante (de acuerdo con la situación jurídica entonces existente) estaba habilitada para tal ejercicio; que el emplazamiento fallido se efectuó en un domicilio profesional (la clínica dental en la que la demandante había ejercido su profesión hasta pocos meses antes); de que cuando se trató de emplazar a la interesada habían transcurrido más de cuatro años desde que se interpuso el recurso contencioso-administrativo y más de seis desde que la demandante obtuvo la homologación solicitada y discutida en el proceso judicial; y, finalmente, el de que el demandante en el proceso contencioso-administrativo era el Consejo General de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, corporación de derecho público que agrupa a los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos y a la que resultaba extremadamente sencilla la localización del domicilio profesional de la demandante para facilitarla al órgano judicial.

Pues bien, atendido todo lo anterior, (...) el órgano judicial podía haber conocido el domicilio profesional de la demandante de amparo en Badajoz, localidad a la que sabía que se había trasladado, tan sólo con solicitar a la parte actora que facilitase tal domicilio, (...). La falta de utilización de un medio de escasa complejidad y de razonable exigencia, unida a la falta de colaboración (requerible incluso para ser prestada de forma espontánea) del demandante

Homologación de títulos

te en el proceso judicial (...) conducen a afirmar que no se respetó el derecho a la tutela judicial efectiva (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a

Fecha: 27 de junio de 2005.

Recurso de Casación: 7656/1999.

Ponente: D. Pablo M.^º Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título argentino. Especialista en dermatología.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció el derecho del recurrente a que se homologara su título argentino por el equivalente español de médico especialista en dermatología.

TERCERO: En su escrito de oposición, el Sr. A. solicita la desestimación porque, en primer lugar, el recurso de casación incurre en causa de inadmisión y, subsidiariamente, pretende su desestimación por razones de fondo.

“(...) en el desarrollo del motivo no hay ninguna referencia a precepto o preceptos de las normas que el Abogado del Estado ha citado como infringidas, ni se justifica la cita del Convenio Cultural con el Perú, cuando el recurrente es un ciudadano español y su título lo obtuvo en Argentina. Como razona a partir de la anterior Ley de la Jurisdicción, recuerda la jurisprudencia que afirmaba que, llegados a este estadio del proceso, las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación. Por lo que se refiere a lo segundo, apunta que no hay en el escrito de interposición crítica alguna a la Sentencia, siendo de destacar que las Sentencias citadas se refieren al título de Odontólogo y no al de Médico Especialista en Dermatología. Además, se extiende en argumentar que, tanto desde la perspectiva del Derecho Comunitario, citando a este respecto el artículo 1.5 de la Directiva 75/363/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas referentes a las actividades de los médicos, como desde la que ofrece el Derecho Internacional Público en lo relativo a la interpretación y aplicación de los Tratados, la decisión expresada por la Sentencia es ajustada al ordenamiento jurídico.

(...).

(...) la cuestión no es la procedencia de invocar el Convenio Cultural para solicitar la homologación del título sino si éste es o no equivalente al español al que se quiere homologar, lo que habría exigido que la Administración examinara si la formación que la Universidad de la cual la Universidad de Cuyo expidió a favor del Sr. A. el título de Médico Especialista en Dermatología se corresponde con la que ha de seguirse en España para tener derecho al equivalente. Eso no se ha hecho en ningún momento, pues ni fue estudiada su solicitud por la Comisión Nacional de la Especialidad, ni consta en el expediente que el Ministerio de Educación y Cultura efectuara esa comprobación por otros cauces, ni, desde luego, la contestación a la demanda en la instancia ni el escrito de interposición del recurso de casación se ocupan de este extremo decisivo.

En este sentido, es preciso destacar, además, que el motivo formulado por el Abogado del Estado no descende, desde el plano abstracto en que se sitúa, a los detalles del caso objeto del presente proceso. Las consideraciones genéricas de las que se sirve, no sólo no se hallan en la perspectiva en la que la jurisprudencia ha situado la interpretación y aplicación del artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural entre la República Argentina y España. Tampoco se preocupan de los términos concretos en que se planteaba la controversia originada por el recurso contencioso-administrativo del Sr. A.

Las razones anteriores imponen la desestimación del recurso de casación.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 25 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 4974/2001.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Nacionalidad por residencia. Nacional de Camerún.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña I., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que denegó la concesión de la nacionalidad española por residencia por más de diez años solicitada por la recurrente, nacional de Camerún.

«La Sentencia de instancia en el último párrafo del fundamento de Derecho tercero señala que «En el presente caso y presentada la solicitud de concesión de la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil de Mataró en 10 de julio de 1995, es claro que el plazo de residencia legal ha de comenzar en 10 de julio de 1985, siendo de señalar que los dos periodos informados por la policía como carentes de residencia documentada, es decir, los comprendidos entre el 30 de marzo y el 14 de diciembre de 1990 y un segundo entre 30 de agosto y 9 de diciembre de 1991, suman en total más de once meses, lapso de tiempo de considerable duración y determinante de una doble interrupción en la legalidad de la residencia, aspecto no negado en la demanda, aunque se trate de justificar por la dedicación de la recurrente a la atención de la salud de sus hijos, extremo tan sólo parcialmente justificado con la documentación aportada con demanda de la que se infiere que tan solo el día 8 de octubre de 1990, G. y A. fueron atendidos en el servicio de urgencias y el día 27 de noviembre de 1991 lo fue Augusto por una Estomatitis, circunstancias ambas que en modo alguno pueden justificar el retraso en la regularización y al entenderlo así la resolución recurrida ha de considerarse conforme a Derecho y por ende ha de ser mantenida».

(...) en el transcurso de los diez años que se computan entre el momento en que se ejercita la pretensión y el inicio de ese plazo diez años antes, existen dos periodos que van desde el 30 de marzo al 14 de diciembre de 1990, y desde el 30 de agosto de 1991 al 9 de diciembre de 1991, en que la recurrente no estuvo documentada con autorización de residencia. Es decir la Administración asume que la recurrente observa buena conducta cívica y posee suficiente grado de integración en la sociedad española y sólo cuestiona el que la residencia sea legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

Esta Sala y Sección tiene declarado en Sentencia de 3 de mayo de 2001 que «la expresión ‘residencia legal’ procede aplicarla siempre y cuando la residencia se ajuste a las exigencias prevenidas por la Legislación, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España a la que se remite dicha sentencia. Si el período de permanencia a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, el concepto de ‘residencia legal’ deberá interpretarse según los términos establecidos en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero (artículos 14 y siguientes), y, si se trata de un período posterior, habrá que atender a lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley 7/1985, en el que se establece que: (La residencia de los extranjeros será autorizada por el Ministerio del Interior atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de antecedentes penales del solicitante y si dispone en España de medios de vida suficientes para el período de tiempo que solicita. Cuando se pretenda residir en España, mediante el desarrollo de una actividad lucrativa, laboral o profesional, la concesión de residencia se regirá, además, por las disposiciones del Título III)».

(...).

El examen del certificado al que se hizo mención no permite abrigar duda alguna del hecho de que la residencia de la recurrente en nuestro suelo fue legal porque en el período a computar poseía per-

Nacionalidad

miso de trabajo y residencia que le fue otorgado por regularización toda vez que permanecía en España con permiso de estancia al menos desde el 13 de mayo de 1981.

Es cierto que según resulta del documento que obra en el expediente administrativo uno de esos permisos concluyó el 30 de marzo de 1990 sin que la interesada solicitase uno nuevo hasta ocho meses y medio después, y, también, lo es, que caducado ese permiso no consta que la recurrente solicitase otro nuevo hasta transcurridos algo más de tres meses, pero eso en el caso concreto que nos ocupa, atendidas las circunstancias que a continuación referimos y el dato que no puede considerarse irrelevante de los problemas de salud de los hijos de la recurrente, no es bastante para concluir que a lo largo del dilatado período de tiempo que supone el transcurso de una década, la solicitante no mantuviese una residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la petición, por el hecho de que demorase algún tiempo, por dos veces, la petición de renovación de su permiso cuando desde 1981 había realizado hasta once peticiones de prórroga de sus permisos de estancia y de trabajo y residencia. Tanto más cuando la recurrente era consciente de la demora con que procedía en ocasiones la Administración en la renovación de los permisos solicitados como ocurrió entre la solicitud de 5 de noviembre de 1985 y la concesión del permiso en 9 de junio de 1987, o, entre el 16 de agosto de 1988 y el 17 de noviembre de 1989. Ello, además, sin olvidar, insistimos, en que la recurrente permanecía en España desde 1981, convivió maritalmente durante largos años con un ciudadano español con el que tuvo dos hijos nacidos en España, y está adquiriendo en propiedad una vivienda de protección oficial y recibiendo prestaciones sociales de las Administraciones nacionales, todo lo cual muestra bien a las claras su voluntad de permanecer en suelo patrio y su total integración en nuestra sociedad.

En consecuencia el motivo ha de estimarse (...):”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 10 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 7186/2001.

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Voz: Nacionalidad por residencia. Futbolista argentino.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don C.F., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se le denegaba la concesión de la nacionalidad española por residencia.

“El recurrente, argentino de nacionalidad, aduce que le resulta necesaria la obtención de la nacionalidad española, para incorporarse la plantilla del Real Madrid C.F., sin ocupar plaza de extranjero, requisito exigido por dicho Club para su incorporación. Por último, alega que a su hermano J.P., que llegó a España el mismo día que él, y que también firmó un contrato con el Real Madrid, le fue concedida la nacionalidad española.

Consta en el expediente administrativo que el acto administrativo denegando la concesión de la nacionalidad española, fue notificado al recurrente el día 10 de enero de 2000, haciéndosele saber los recursos que contra el mismo procedían. Sin embargo, el mismo interpone el recurso contencioso-administrativo el 17 de mayo de 2000, habiendo transcurrido obviamente el plazo de dos meses previsto en el artículo 46 de la ley jurisdiccional.

(...).

Aun siendo ciertamente extemporánea la interposición del recurso contencioso-administrativo, procede examinar al haber entrado en ello la sentencia de instancia, si por la misma se ha vulnerado el artículo 22 del C.Civil, que por lo que se refiere al recurrente, al ser nacional de Argentina exigiría para la concesión de la nacionalidad española la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición por un plazo de dos años, con buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

Nacionalidad

Es necesario además precisar, que en el presente recurso sólo pueden ser examinadas las circunstancias concurrentes en el actor don C.F., con independencia de lo ocurrido en relación a su hermano J.P., aspecto al que también se refiere la sentencia de instancia, resultando además reconocido por el recurrente que él firmó posteriormente a su hermano, el contrato con el Real Madrid C.F., por lo que deviene evidente que no puede predicarse una identidad entre ambos solicitantes de la nacionalidad española, pese a los vínculos familiares que les unían.

Así centrada la cuestión, aun cuando se admitiera que el actor tuvo que salir justificadamente de España en reiteradas ocasiones como consecuencia de sus compromisos profesionales con la Selección Argentina de fútbol y con el Real Madrid, lo cierto es que solicita la nacionalidad española el 1 de julio de 1998 y aun cuando entrase en el Aeropuerto de Madrid Barajas el 28 de junio de 1996, no tuvo autorización de residencia en España hasta el 29 de agosto de 1996, por lo que en línea con la sentencia de esta Sala antes citada, es claro que en el momento de solicitar la nacionalidad española no había transcurrido el plazo de dos años exigido por el artículo 22 del C.Civil, a lo que debe añadirse que según consta como documento 4 de su expediente administrativo, el contrato de trabajo de juzgador profesional con el Real Madrid para la temporada 96-97 se suscribió el 26 de agosto de 1996, lo que no hace sino reafirmar la argumentación en el sentido de que el 1 de julio de 1998, cuando solicita la nacionalidad española, momento al que debe estarse en el presente procedimiento, no había transcurrido el plazo de dos años de residencia legal exigidos por el artículo 22 del C.Civil.

Siendo así todo lo expuesto, y sin necesidad de entrar a analizar la continuidad de la residencia legal en España, al no haber transcurrido el señalado plazo de los dos años legalmente exigible, es evidente que la sentencia de instancia no ha infringido el artículo 22 del C.Civil, ni ha generado ningun-

na indefensión al actor al entrar a conocer el fondo de la cuestión debatida, pese a que el recurso contencioso-administrativo hubiera podido declararse inadmisibile por extemporáneo. El único motivo de recurso de casación debe ser pues desestimado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.

Fecha: 12 de mayo de 2005.

Recurso de Casación: 7211/2001.

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Voz: Nacionalidad por residencia. Vulneración del principio de igualdad.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don J.M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad española por residencia, al haber quedado acreditada su integración en la sociedad española.

“Por la representación de don J.M., se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 18 de septiembre de 2001 por la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquel, contra Resolución del Ministerio de Justicia de 25 de febrero de 2000, por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad española, por entenderse que no había quedado suficientemente justificado el grado de integración en la sociedad española, al no leer ni escribir el idioma español.

(...).

A la vista de lo argumentado, el motivo de recurso debe ser estimado y ello por cuanto el Tribunal *a quo*, sin una motivación mínimamente razonable se apartó del criterio seguido por el mismo, cuando en su Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (Rec. Contencioso 380/2000) concedió la nacionalidad española a doña E., cuyo cónyuge era español, en quien concurrían idénticas circunstancias a las del

Régimen comunitario

hoy recurrente, entendiendo que estaba suficientemente integrada en la sociedad española, aduciendo que «la interesada habla y entiende el español, utilizándolo además habitualmente, aunque no sepa escribirlo, por lo que procede estimar el recurso al haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española». Es decir, la misma Sección de la Audiencia Nacional que dicta la sentencia hoy impugnada considera que el hecho de no escribir el idioma español, cuando este se habla y entiende, no puede suponer un obstáculo para considerar que existe una integración en la sociedad española, necesaria para la concesión de la nacionalidad española, según el artículo 22.4 del Código Civil.

Por el contrario, en la sentencia hoy recurrida, la Sala de instancia sin motivación alguna y a la hora de pronunciarse sobre la integración en la sociedad española del actor don J.M., también casado con ciudadana de nacionalidad española y con hijos también españoles, considera que pese a que habla el idioma español, al no leerlo ni escribirlo, aun cuando queda acreditado que lo está estudiando, dicha circunstancia determinaría que no resulta suficientemente acreditada su integración a los efectos del artículo 22.4 del Código Civil.

Existe, pues, una vulneración del principio de igualdad, pues ante la situación de dos personas casadas con españoles, que ambos hablan y entienden el idioma español, aun cuando ninguno de los dos lo escribe, de tal circunstancia de no escribir el idioma pese a hablarlo, el Tribunal *a quo* en un supuesto considera que es suficiente para apreciar integración en la sociedad española y en el caso del recurrente, por el contrario, lo niega lo que sin ninguna duda supone que en la Sentencia de 18 de septiembre de 2001 se ha apartado, sin justificación, del criterio que anteriormente había mantenido.

Estimando el motivo de recurso, y toda vez que en el actor se dan los requisitos exigidos en el artículo 22 del Código Civil y que su integración en la sociedad española se deduce de su convivencia familiar con

mujer e hijos de nacionalidad española, hablando y entendiendo el idioma español, estando en período de aprendizaje para la escritura del mismo, procede declarar el derecho de aquel a la concesión de la nacionalidad española por residencia.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 1.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Decisión Prejudicial: C-153/03.

Ponente: D. J.N. Cunha Rodríguez.

Voz: Prestación de crianza. Estado de residencia.

Resumen: El Tribunal declara que el ejercicio por el cónyuge de la persona beneficiaria de una prestación familiar de una actividad profesional en el Estado miembro de residencia de los hijos, suspende el derecho a las prestaciones hasta la cuantía de las prestaciones de crianza prevista por la legislación del Estado miembro de residencia, cualquiera que sea el beneficiario directo de las prestaciones familiares designado por la legislación de ese Estado.

“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 (...). De los autos también se desprende que la interesada volvió a trabajar en su antigua empresa, en Luxemburgo, del 16 de mayo al 30 de septiembre de 2000.

Régimen comunitario

La demanda de la Sra. Weide, del mes de junio de 1998, mediante la que reclamaba la prestación de crianza (...), fue desestimada por la institución alemana competente.

(...).

Pues bien, 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 1408/1971, una persona que se encuentre en la situación de la Sra. Weide tiene derecho a obtener la prestación de crianza (...) 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.

(...).

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones plantadas (...) en el sentido de que el ejercicio por el cónyuge de la persona beneficiaria de una prestación familiar con arreglo al artículo 73 del Reglamento n.º 1408/1971, de una actividad profesional en el Estado miembro de residencia de los hijos 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, cualquiera que sea el beneficiario directo de las prestaciones familiares designado por la legislación de este Estado.”

-

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 3.^a

Fecha: 7 de julio de 2005.

Decisión Prejudicial: C-227/03.

Ponente: D. J.-P. Puissochet.

Voz: Pensión de invalidez. Derecho a prestaciones: traslado de residencia a otro Estado miembro.

Resumen: El Tribunal declara que el artículo 39 de la CE se opone a la legislación de un Estado miembro según la cual una persona que ha dejado de trabajar en su territorio solo conserva la afiliación obligatoria a determinadas ramas de la Seguridad Social si mantiene su residencia en ese Estado.

“La Sra. van Pommeren-Bourgon diën, 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 (...) correspondiente al grado máximo de invalidez.

La Sra. van Pommeren-Bourgon diën 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, a partir del 1 de enero de 2000 se le dejarían de retener en sus prestaciones percibidas (...) las cotizaciones correspondientes al régimen general de la seguridad social, pero que podía, sin embargo, afiliarse con carácter voluntario (...).

La Sra. van Pommeren-Bourgon diën recurrió la extinción de su afiliación obligatoria ante dicha Tesorería. Ésta confirmó su postura mediante carta de 28 de agosto de 2000.

La Sra. van Pommeren-Bourgon diën presentó entonces una reclamación ante la Tesorería de la Seguridad Social. Al no recibir respuesta, interpuso recurso (...).

(...).

El principio de unicidad del régimen de la seguridad social establecido por el artículo 13, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/1971, no se ve cuestionado por la aplicación de la legislación neerlandesa criticada en el asunto principal.

Régimen comunitario

Ahora bien, aunque los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre circulación de los trabajadores (...). Así, el régimen de afiliación voluntaria de los no residentes debe ser compatible con las disposiciones del artículo 39 CE.

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 CE 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.

(...) 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.”

LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD: RECENSIÓN Y COMENTARIO DE LAS DECISIONES DICTADAS DE ENERO A OCTUBRE DE 2005

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

SUMARIO

I. Atribución de la nacionalidad española.

II. Opción a la nacionalidad española.

III. Adquisición de nacionalidad: naturalización por residencia.

IV. Adquisición de nacionalidad: atendiendo al Convenio entre España y Guatemala.

V. Pérdida y recuperación de la nacionalidad española.

I. ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1.ª de 3 de enero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Eventual atribución de la nacionalidad española. Nacido en España de padres dominicanos. Recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez encargado del Registro Civil de Soria, sobre rectificación de atribución de la nacionalidad española al hijo de padre dominicano y madre ecuatoriana.

(Vid. Res. DGRN 1.ª de 16 de marzo de 2005.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3.ª de 10 de enero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción. Atribución de la nacionalidad *iure soli*. Nacido en España (2003) hijo de progenitor mauritano y madre argelina. Apatridia de los progenitores. Aplicación del artículo 17.1.c) Cc. Son españoles los nacidos en España de padres apátridas. Atribución de la nacionalidad al hijo para evitar la apatridia originaria.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Aurelia Álvarez Rodríguez

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3.ª de 26 de enero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de la nacionalidad española. Eventual atribución de la nacionalidad española por nacimiento en España. Hijo de padre desconocido y madre marroquí. Ausencia de apatridia originaria. No se atribuye la nacionalidad española *iure soli*.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1.ª de 7 de febrero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción. Nacido en España de progenitores colombianos. Apatridia originaria. Aplicación del artículo 7 del Convenio de los Derechos del niño. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española.

(En el mismo sentido pueden verse: *las Ress. DGRN 2.ª de 9 de febrero, 2.ª de 18 de febrero, 2.ª de 2 de marzo, de 12 de marzo, 2.ª de 22 de marzo y 3.ª de 22 de abril, y 2.ª de 26 de abril de 2005.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4.ª de 16 de febrero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de la nacionalidad. Nacido en España (2003) de progenitores rumanos. La nacionalidad rumana de los padres es adquirida automáticamente por el hijo aun nacido fuera de Rumania. Ausencia de atribución de la nacionalidad española *iure soli*.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1.ª de 11 de marzo de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción. Na-

cido en España de progenitores peruanos. Apatridia originaria. No importa que la nacida pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad peruana de sus progenitores. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1.ª de 22 de abril de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Atribución de la nacionalidad española. Expediente con valor de simple presunción. Nacido en España (2002) hijo de padres de la República de Kazajistán. El ordenamiento de ese país otorga la nacionalidad *ex lege iure sanguinis*. Ausencia de apatridia. No atribución de la nacionalidad española *iure soli*.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3.ª de 22 de abril de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción. Nacida en España de progenitores colombianos (1981). Adquisición de nacionalidad colombiana (1985). Eventual aplicación del artículo 17.2 Cc, redacción dada por la Ley 51/1982 con efectos retroactivos. Apatridia originaria. Aplicación del artículo 7 del Convenio de los Derechos del niño. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española.

(En el mismo sentido pueden verse: *las Ress. DGRN 1.ª de 7 de febrero, 2.ª de 9 de febrero, 2.ª de 18 de febrero, 2.ª de 2 de marzo, de 12 de marzo, 2.ª de 22 de marzo y 2.ª de 26 de abril de 2005.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 23 de abril de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción.

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

Nacido en España de progenitor venezolano y madre colombiana (2003). Eventual aplicación del artículo 17.1.c) Cc. Apatridia originaria. Análisis del derecho venezolano de la nacionalidad. Aplicación del artículo 7 del Convenio de los Derechos del niño. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 10 de junio de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Inscripción de nacimiento. Solicitud realizada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Catalunya. Desamparo. Menor de filiación desconocida se ignora lugar de nacimiento. Aplicación del artículo 17.1.d) Cc. Atribución de la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 14 de septiembre de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Atribución de la nacionalidad española por nacimiento en territorio español. Requisitos. Hija de ecuatorianos nacida en Madrid (2003). Recurso contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Madrid sobre un expediente sobre declaración de la nacionalidad de una menor nacida en España de padres ecuatorianos. El ordenamiento de ese país otorga la nacionalidad *ex lege iure sanguinis* salvo que los progenitores ya no residan en Ecuador. No está acreditado el domicilio en España del progenitor en el momento del nacimiento. Ausencia de apatridia originaria. No se atribuye la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 21 de septiembre de 2005.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Atribución de la nacionalidad española. Expediente con valor de simple presunción. Nacido en España (2002) hijo de padres de senegaleses. El ordenamiento de ese país otorga la nacionalidad *ex lege iure sanguinis*. Ausencia de apatridia. No atribución de la nacionalidad *iure soli*.



NOTA: 1. De las resoluciones reseñadas podemos observar que la interpretación del Centro Directivo en materia de atribución de la nacionalidad ha mantenido la misma línea que en las crónicas anteriores (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)”, *REDMEX*, n.º 1, noviembre 2002, pp. 203-208; “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y estado civil (mayo-diciembre 2002)”, *REDMEX*, n.º 3, julio 2003, pp. 221-225). En todo caso, se resuelven casos similares: atribución de nacionalidad española por nacimiento en territorio español, no pronunciándose sobre ningún caso relativo a la atribución *iure sanguinis*. Todas las decisiones abordan supuestos de atribución de la nacionalidad española en aplicación del artículo 17.1.c) y d) Cc. Con relación a este último apartado, el Centro Directivo tan sólo se refiere en la *Res. DGRN de 10 de junio de 2005*; en cambio, la letra c) de ese mismo precepto es utilizado tanto para declarar con valor de simple presunción a los nacidos en territorio español de progenitores de nacionalidad colombiana (*Res. DGRN 1.ª de 7 de febrero, 2.ª de 9 de febrero, 2.ª de 18 de febrero, 2.ª de 2 de marzo, de 12 de marzo, 2.ª de 22 de marzo, 3.ª de 22 de abril, 2.ª de 26 de abril de 2005*), de progenitor mauritano y madre argelina considerados como apátridas (*Res. DGRN 3.ª de 10 de enero de 2005*), de progenitores peruanos (*Res. DGRN 1.ª de 11 de marzo de 2005*), o al hijo de progenitor venezolano y madre colombiana (*Res. DGRN de 23 de abril de 2005*); por otro lado, en otras decisiones, el Centro Directivo afirma que no es español, por el mero hecho de nacer en España, el

hijo de progenitores dominicanos (*Res. DGRN 1.ª de 3 de enero, 1.ª de 16 de marzo de 2005*), el nacido en España de padre ecuatoriano residente en Ecuador en el momento del nacimiento del hijo (*Res. DGRN de 14 de septiembre de 2005*), los hijos de nacionales de Kazajstán (*Res. DGRN 1.ª de 22 de abril de 2005*), el hijo de padre desconocido y madre marroquí (*Res. DGRN 3.ª de 26 de enero de 2005*), los hijos de rumanos (*Res. DGRN 4.ª de 16 de febrero de 2005*), o los hijos de progenitores senegaleses (*Res. DGRN de 21 de septiembre de 2005*).

2. Evidentemente, en la crónica, vamos a resaltar las decisiones más llamativas, porque examinan bien cuestiones no abordadas por el momento o bien se mantiene un criterio parcialmente diferente con relación a supuestos resueltos con anterioridad. Tomando en consideración la nota de innovación, nos debemos fijar en tres decisiones en las que el Centro Directivo se pronuncia sobre la nacionalidad de los nacidos en territorio español de progenitores pertenecientes a países cuyos Ordenamientos no habíamos tenido oportunidad de examinar. Nos estamos refiriendo a los expedientes relativos a los hijos de progenitores nacionales de Karajstán, a los hijos de senegaleses y a los hijos de venezolanos.

El examen del derecho de la nacionalidad de la República de Karajstán se lleva a cabo en la *Res. DGRN 1.ª de 22 de abril de 2005*. En esta decisión se resuelve declarando que no es español el nacido en España en enero de 2002, hijo de padres de mencionada República ambos nacidos fuera de España. Pues, como se argumenta la mencionada resolución “En este caso, a la vista de la documentación incorporada al expediente y según el conocimiento adquirido por este centro directivo, la legislación de la citada República atribuye la nacionalidad por el nacimiento sin distinción alguna por razón del lugar en que acaece, por lo que cabe deducir que el interesado tiene atribuida *ex lege iure sanguinis* dicha nacionalidad, razón por la cual ha sido denegada la solicitud, según consta en el auto apelado, puesto que no se da la situación de apatridia originaria

que justifica la atribución *iure soli* de la nacionalidad española en el Código Civil” (*BOE*, 14-VI-2005, pp. 20374-20375).

El Ordenamiento senegalés en materia de nacionalidad se analiza en los fundamentos de la *Res. DGRN de 21 de septiembre de 2005*, en la que el Centro Directivo, al resolver un expediente con valor de simple presunción, declara que no es español un hijo de progenitores senegaleses nacido en España en marzo de 2005. En concreto se apunta que: “Según el conocimiento adquirido de la legislación senegalesa, tienen dicha nacionalidad los hijos legítimos nacidos de un padre senegalés (Ley 61-10 de 7 de marzo de 1961, artículo 5, en su redacción actual), por lo que cabe deducir que el nacido tiene atribuida *ex lege, iure sanguinis* dicha nacionalidad, razón por la cual ha sido denegada la solicitud, según consta en el auto apelado, puesto que no se da la situación de apatridia originaria que justifica la atribución *iure soli* de la nacionalidad española en el Código civil” (*BOE*, 24-X-2005, pp. 34764-34765). En todo caso, los recurrentes habían alegado que a un hermano, en el que concurrían idénticas circunstancias, se le declaró la nacionalidad española por nacer en España. El Centro Directivo, no tiene en cuenta este precedente pues, como se afirma, en ningún caso esa declaración, si se hizo indebidamente, puede beneficiar a un hermano posterior. Es más, lo que puede ocurrir es que el Ministerio Fiscal inste la rectificación de dicha declaración de nacionalidad española.

También se hace un examen de la legislación venezolana de nacionalidad, pero el caso analizado, tiene en cuenta que el progenitor es venezolano y la madre tiene la nacionalidad colombiana. El Centro Directivo se hace eco de la preocupación del Encargo del Registro Civil y del Ministerio Fiscal que se encontraron con ciertos problemas interpretativos sobre la legislación extranjera aplicable. Sin embargo, en la *Res. DGRN de 23 de abril de 2005* se afirma que: “Dicha nacionalidad, en lo que se refiere a los nacidos fuera de Venezuela, distingue dos supuestos: que el padre y la madre sean venezolanos o

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

que el padre o la madre, es decir, uno de los dos, lo sea. En este segundo caso, también según el conocimiento adquirido, es preciso para ser venezolano por nacimiento, establecer la residencia en dicho país o declarar la voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana y no consta el cumplimiento de estos requisitos. Por tanto, se da también una situación de apatridia originaria en la cual la atribución de la nacionalidad española *iure soli* se impone” (BIMJ, n.º 1997, 2005, pp. 3664-3665).

3. En cuanto a nacidos en España de progenitores colombianos podemos afirmar que son muchos los casos resueltos. No obstante, desde nuestra perspectiva, el caso más ilustrativo e importante por su interpretación favorable a la aplicación retroactiva del *ius soli*, está representado por la *Res. DGRN 3.ª de 22 de abril de 2005*. En esta decisión, el Centro Directivo declara española de origen a la interesada, nacida en España el 29 de enero del año 1981, hija de padres colombianos nacidos en Colombia. La interesada trasladó su domicilio a Colombia en 1985 y regresó nuevamente a España en 2003. La petición se funda en la atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida a favor de los nacidos en España de padres extranjeros cuando la legislación de ninguno de ellos atribuye al nacido una nacionalidad. El Centro Directivo, con una interpretación totalmente impecable señala que:

“Es cierto que la atribución *iure soli* de la nacionalidad española como instrumento jurídico de prevención de la apatridia a favor de los nacidos en España de padres extranjeros si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad, se introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico a través de la nueva redacción dada al artículo 17 del Código civil por la Ley de 13 de julio de 1982, esto es, en un momento ya posterior a la fecha del nacimiento de la interesada. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo, la nueva norma tiene eficacia retroactiva respecto de nacimientos acaecidos en España antes de su entrada en vigor, atendiendo a la finalidad de la norma que es la de

evitar situaciones de apatridia. En consecuencia la repetida atribución de la nacionalidad española pudo beneficiar en su caso a los nacidos en España que, cuando entró en vigor la Ley de 1982, carecían de nacionalidad. Y si bien de dicha retroactividad quedan excluidos los supuestos en los que, en el momento de entrada en vigor de la Ley 51/1982, de 13 de julio, el nacido en España ya tenía *iure sanguinis* la nacionalidad de sus progenitores, esta excepción no es aplicable al presente caso en que la posible adquisición de la nacionalidad colombiana de la interesada no se produce hasta 1985, fecha en la que traslada su domicilio a Colombia, momento ya posterior a la entrada en vigor de la citada reforma legal” (RAJ, 2005, n.º 5023).

Esta tesis de interpretación flexible y favorable a la retroactividad utilizada en esta decisión, sin embargo, no es novedosa; pues, los efectos retroactivos ya habían sido aceptados en la *Res. DGRN de 25 de abril de 1988* (BIMJ, n.º 1492, 1988, pp. 2478-2481). Además, se ha tenido en cuenta la aplicación del artículo 7 del Convenio de los Derechos del niño. Por otra parte, en este mismo año la legislación colombiana de nacionalidad ha sido aplicada para considerar como españoles a los nacidos en España en los casos resueltos por la *Res. DGRN 1.ª de 7 de febrero de 2005* (JUR, 2005\150257), *Res. DGRN 2.ª de 9 de febrero de 2005* (BIMJ, n.º 1990, 2005, pp. 2469-2470), la *Res. DGRN 2.ª de 18 de febrero de 2005* (ibid., n.º 1991, 2005, pp. 2600-2601), la *Res. DGRN 2.ª de 2 de marzo de 2005* (ibid., n.º 1992, 2005, pp. 2825-2827), la *Res. DGRN de 12 de marzo de 2005* (ibid., n.º 1993, 2005, pp. 3026-3028), la *Res. DGRN 2.ª de 22 de marzo de 2005* (ibid., n.º 1994, 2005, pp. 3227-3328) y la *Res. DGRN 2.ª de 26 de abril de 2005* (JUR, 2005, n.º 219253). También se ha hecho uso del artículo 7 del Convenio de Derechos del Niño en las siguientes decisiones: *Res. DGRN 3.ª de 10 de enero de 2005* relativa a la nacionalidad de un nacido en España de progenitor mauritano y madre argelina considerados como apátridas (JUR, 2005\94652) y en la *Res. DGRN 1.ª de 11 de marzo de 2005* con respecto a un nacido en España hijo de peruanos (BIMJ, n.º 1993, 2005, pp. 3020-3021).

4. La nacionalidad de los nacidos en España de progenitores ecuatorianos ha sido examinada por la *Res. DGRN de 14 de septiembre de 2005*. En esta decisión se aborda la ausencia de atribución de la nacionalidad española de una hija de ecuatorianos nacida en Madrid en noviembre de 2003. El Centro Directivo para resolver el supuesto pone de manifiesto que: “Conforme al conocimiento adquirido por este Centro de la legislación ecuatoriana, hay que concluir que sólo adquieren automáticamente la nacionalidad ecuatoriana los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, si el padre o la madre están al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o «transitoriamente ausentes del país por cualquier causa»; en cualquier otro caso la nacionalidad ecuatoriana de los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento sólo se adquiere por virtud de un acto posterior, como es, bien el hecho de domiciliarse en el Ecuador, bien una manifestación de voluntad de ser ecuatorianos formulada a partir de los dieciocho años de edad por los residentes en el extranjero” (*BOE, 24-X-2005, p. 34763*).

Desde luego, si los progenitores ecuatorianos están establecidos de forma permanente en el extranjero sus hijos nacidos fuera de las fronteras de El Ecuador pueden ser apátridas. Por ello, la DGRN en numerosos supuestos ha declarado reiteradamente que son españoles los hijos de ecuatorianos nacidos en España (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y estado civil (mayo-diciembre 2002)”, *REDMEX*, n.º 3, julio 2003, pp. 221-223). Ahora bien, en la decisión que estamos analizando, el propio Centro Directivo, apunta que a diferencia de otros muchos casos recientes examinados “el caso actual se singulariza porque no está acreditado el domicilio en España del padre cuando nació la hija, pues aun cuando en la inscripción de nacimiento se hizo constar un domicilio en España, en la certificación de inscripción padronal aportada correspondiente a tal domicilio no figura el padre entre las personas que lo habitaban, el cual, según

también certificación padronal, tuvo ahí su residencia a partir del 12 de marzo de 2004, procedente de Ecuador, por lo que no puede admitirse que se encontrara transitoriamente fuera de El Ecuador, sino que por no haberse acreditado su domicilio en España hasta 2004, hay que entender que estaba domiciliado en su país y, por ende, le corresponde a la hija la nacionalidad ecuatoriana de origen, sin que se haya producido una situación de apatridia originaria, fundamento de la atribución *iure soli* de la nacionalidad española a los nacidos en España. Ello, porque si la ausencia transitoria de cualquiera de los progenitores ecuatorianos no impide que el hijo sea considerado nacional del país, con mayor razón lo será cuando un progenitor se encuentre residiendo en El Ecuador en el momento del nacimiento” (*BOE, 24-X-2005, p. 34763*).

Por tanto, en la *Res. DGRN de 14 de septiembre de 2005* estamos ante una decisión que no se atribuye la nacionalidad a la nacida en España de progenitores ecuatorianos. Ahora bien, esto no significa que haya cambiado el criterio del Centro Directivo. La línea argumental es la misma pero los hechos son diferentes, ya que en el supuesto analizado parece claro que el progenitor residía en El Ecuador a la fecha del alumbramiento de su hija acaecido en España. Si en este supuesto, se hubiera declarado que la niña era hija de padre desconocido desde luego habría sido considerada española ya que su madre no se encontraba de forma transitoria en nuestro país. En todo caso, cabe confirmar que el nacido en España de padre ecuatoriano residente en Ecuador en el momento del nacimiento del hijo no es español.

Además, de esta resolución y de las ya anotadas con relación a los hijos de nacionales de Kazajstán (*Res. DGRN 1.ª de 22 de abril de 2005*) o de progenitores senegaleses (*Res. DGRN de 21 de septiembre de 2005*), en otras decisiones, el Centro Directivo afirma que no lo son españoles por el mero hecho de nacer en España los hijos de los siguientes extranjeros: los hijos de nacionales de República Dominicana como se pone de manifiesto en la *Res.*

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

DGRN 1.ª de 3 de enero de 2005 (JUR, 2005\94662) y en la Res. DGRN 1.ª de 16 de marzo de 2005 (BIMJ, n.º 1994, 2005, pp. 3202-3203); el nacido en España de padre desconocido y madre marroquí, como se afirma en la Res. DGRN 3.ª de 26 de enero de 2005 (JUR, 2005\112982), o los hijos de rumanos, en el sentido señalado en la Res. DGRN 4.ª de 16 de febrero de 2005 (BIMJ, n.º 1991, 2005, pp. 2589-2590).

5. En todo caso, la resolución protagonista y estrella que lucirá con luz propia en materia de atribución de la nacionalidad, es sin lugar a dudas, la *Res. DGRN de 10 de junio de 2005*. En esta decisión se aborda una cuestión trascendental: una menor indocumentada de diez años de edad aproximadamente, recogida por la policía mientras practicaba la mendicidad fue puesta a disposición de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, dependiente del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña. Esta entidad, por resolución de 14 de octubre de 2002 mediante la cual se declaró a la menor en situación de desamparo y dispuso su ingreso en un Centro público de acogida; y, además, se suspendía a los padres de la menor, en caso de que acrediten su condición, en el ejercicio de sus potestades y asumiendo dicho organismo público las funciones tutelares respecto de la menor. El organismo público, en ejercicio de las funciones tutelares que le corresponden, solicitó la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la menor y la declaración de la nacionalidad española en aplicación de la previsión legal contenida en el artículo 17.1.d) del Código Civil. Este precepto, considera españoles de origen a “los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español”.

La petición se hace teniendo en cuenta dos datos: de un lado, por no constar una filiación determinada; y por ser la ciudad de Barcelona el primer lugar conocido de estancia de la menor. El Encargado del Registro Civil denegó la inscripción argumentando

que, de prueba obrante en el expediente, no se infiere que la menor haya nacido en la ciudad de Barcelona. Recurrida dicha decisión, la DGRN considera que no es de recibo la solución dada, ya que ésta se basa únicamente en la falta de prueba suficiente del elemento fáctico del nacimiento de la menor en el citado municipio español. Es, más se afirma que: “dicha interpretación constituye un enfoque parcial de la cuestión planteada y que conduce a un resultado que por no ajustado en Derecho no puede ser confirmado”. Por ello, el Centro Directivo en la *Res. DGRN de 10 de junio de 2005* afirma que:

“el hecho de que falte la prueba directa del nacimiento en España de la menor no excluye *per se* ni la admisibilidad de la inscripción fuera de plazo del nacimiento impetrada, ni el reconocimiento, conexo al anterior hecho, de la nacionalidad española de la nacida por la vía del artículo 17.1.d) del Código Civil que, como se ha visto, proporciona una prueba legal, por vía de presunción, sin necesidad de entrar ahora a valorar si basada o no en una ficción legal o en la verosimilitud del hecho presumido, del nacimiento en España de los menores en quienes concurre la siguiente doble circunstancia: a) Que su filiación «no resulte determinada», y b) Que su «primer lugar conocido de estancia sea territorio español»” (*BOE*, 1-VIII-2005, pp. 27158-27159).

Sobre este segundo extremo no cabe controversia a la vista de los hechos expuestos anteriormente, ya que a falta de otras pruebas, el primer lugar “conocido” de estancia de la menor es Barcelona. Por otra parte, en relación a la filiación, en el fundamento n.º VIII se concluye que:

“en cuanto a la indeterminación de la filiación de la menor tampoco cabe mucho margen para la duda. Cierto es que, como aclaró, la Exposición de Motivos de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, la modificación entonces introducida a la redacción el apartado d) del número 1 del artículo 17 del citado Código trató de superar los equívocos

Aurelia Álvarez Rodríguez

que la expresión anterior «filiación desconocida» generaba por entenderla equiparable a la de «filiación no inscrita», pues no ha de ser español el hijo de padres extranjeros y que siga la nacionalidad de estos por la sola circunstancia de que la filiación, aunque probada legalmente, no figure inscrita en el Registro. Pero es que, aun reconduciendo el precepto a sus propios límites, no deja de quedar bien al descubierto en el presente caso que concurre el presupuesto legal estricto de no constar acreditada ni determinada en forma alguna la discutida filiación de la menor” (BOE, 1-VIII-2005, pp. 27158-27159).

La decisión anotada menciona que: “no es ocioso recordar que esta conclusión viene avalada y confirmada por otros principios superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico concurrentes en el caso, como el de primacía del interés del menor (Cf. artículo 2 LO 1/1996, de 15 de enero) como más digno de protección, y el del derecho de todo niño a la inscripción de su nacimiento y a una nacionalidad que resulta del artículo 7 del Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”. Por ello, concluye que: “... la eventual determinación posterior de la filiación de la menor no debe conducir a la pérdida de la nacionalidad española ahora declarada, que tiene carácter definitivo y no provisional por tratarse de una nacionalidad de origen” (BOE, 1-VIII-2005, pp. 27158-27159).

II. OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 1.ª de 2 de febrero de 2005.

Voz: Opción por la nacionalidad española.

Resumen: Inscripción de nacimiento y opción. Opción por la nacionalidad española e inscripción del nacimiento. Requisitos: estar sujeta a la patria potestad de un español. No está acreditada la filiación materna con respecto a la de dominicana que adquirió la nacionalidad española. No cabe la opción por la nacionalidad española. Tampoco es inscri-

bible por transcripción de una certificación dominicana por no tener ésta las suficientes garantías de autenticidad.

(Vid. Res. DGRN 3/ De 21 de abril de 2005.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3.ª de 2 de febrero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Inscripción de nacimiento y opción.

Resumen: Inscripción de nacimiento y opción. No es inscribible un nacimiento acaecido en Marruecos (1935) alegando que el tatarabuelo del interesado obtuvo por concesión la nacionalidad española. No consta fehacientemente la descendencia directa del interesado de su supuesto tatarabuelo. Eventual pérdida de la nacionalidad española por parte de aquél o de alguno de sus descendientes intermedios. No es inscribible el nacimiento porque ni afecta a españoles ni el hecho se produjo en territorio español. La tenencia del DNI no acredita que se haya gozado de la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 2.ª de 21 de abril de 2005.

Voz: Opción por la nacionalidad española.

Resumen: Declaración de opción. Requisitos para obtener la nacionalidad española por declaración de opción. Requisitos exigidos por el artículo 20.1.a) Cc. Exigencia de sujeción a la patria potestad de un español. Colombiana menor de edad, hija de progenitores colombianos. Progenitora casada con español. Ausencia de acreditación que el marido haya adoptado a la hija de su consorte. Delegación por parte del padre biológico, de acuerdo con la legislación colombiana, del ejercicio de la patria potestad a favor del marido. No es posible reconocer la cesión de la titularidad de la patria potestad pues es irrenunciable con arreglo al Ordenamiento jurídico español. Orden público. Aplicación del artículo 12.3 Cc. No consta que la interesada haya estado sujeta a la patria potestad de un español. Imposibilidad de admitir la declaración de opción.

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 3.ª de 21 de abril de 2005.

Voz: Opción por la nacionalidad española.

Resumen: Inscripción de nacimiento. Reglas generales de competencia. Inscripción de nacimiento acaecido en República Dominicana (1985) de progenitora que ha adquirido la nacionalidad española por residencia (2002). Ausencia de garantías en la certificación dominicana de nacimiento que no acredita la filiación paterna y materna alegada. La inscripción del nacimiento se extendió por virtud de la sola declaración del padre sin intervención alguna de la madre. Cuando la progenitora adquirió la nacionalidad declaró que tenía cuatro hijos y no consta precisamente para el que solicita la nacionalidad española. No cabe la opción por razón de patria potestad en virtud del artículo 20.1.a) Cc porque no está acreditada la filiación paterna ni materna con respecto de un español.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 25 de abril de 2005.

Voz: Opción por la nacionalidad española.

Resumen: Opción. Nacido en Venezuela (1965) de progenitora venezolana. Reconocimiento de la paternidad por parte de un español (2000) nacido en España (1926). Solicitud de opción en virtud del artículo 17.2 Cc. Requisitos: la declaración ha sido realizada una vez transcurridos los dos años desde el reconocimiento. Eventual acceso a la nacionalidad mediante la opción prevista en el artículo 20.1.b) Cc. Aplicabilidad de la norma aunque el hecho se originase con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1.ª de 25 de abril de 2005.

Voz: Opción por la nacionalidad española.

Resumen: Opción. Nacido en Barcelona (1952) de progenitor/progenitora de origen español nacida en Orense (Es-

paña). Opción por la nacionalidad española prevista en el artículo 20.1.b) Cc. No es posible la aplicabilidad de dicha disposición. No se acredita la nacionalidad originaria de la progenitora nacida en España (1930) pero de progenitor natural de Portugal. Ausencia de atribución de la nacionalidad por nacimiento en España. Necesidad de opción requisito que no se acredita. No es posible la opción.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 8 de julio de 2005.

Voz: Opción por la nacionalidad española

Resumen: Nacionalidad española. Opción. Nacida en Marruecos (1982) de progenitor que adquirió la nacionalidad española (1990). Declaración de opción siendo mayor de 20 años. Ley aplicable a la determinación de la emancipación. Ley personal determinada por la nacionalidad. El cambio efectuado en Marruecos por la Ley 63.02, de 24 de marzo de 2003. Dicha ley redujo de 20 a 18 años el cumplimiento de la mayoría de edad. A la interesada se le aplica la ley anterior. Imposibilidad de aplicación de la legislación actual con efectos retroactivos. Se admite la opción.



NOTA: 1. De las resoluciones reseñadas podemos observar que la interpretación del Centro Directivo en materia de opción también se sostiene la misma línea que en las crónicas anteriores (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Resoluciones de la DGRN en materia de nacionalidad...”, *REDMEX*, n.º 1, noviembre 2002, pp. 208-211; *id.*, “Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad...”, *REDMEX*, n.º 3, julio 2003, pp. 225-229). Es llamativo que la actividad de la DGRN, el acceso a la nacionalidad española mediante el derecho de opción, no gira en su totalidad sobre la base de la regla general prevista en el artículo 20.1) Cc. Pues, como tendremos ocasión de señalar se han tenido muy en cuenta los supuestos de opción previstos en los artículos 17.2 y 20.1.b) Cc (*Res. DGRN de 25 de abril de 2005*).

El artículo 20 Cc, al determinar quiénes son sus destinatarios, establece que debe tratarse de extranjeros que hayan estado o estén bajo la patria potestad de un español. Entre las causas de inadmisión de la declaración de opción podemos señalar al menos tres que examinaremos a continuación. En primer lugar no se admite la solicitud porque el interesado no logra acreditar la sujeción a la patria potestad de un español. En la *Res. DGRN 2.ª de 21 de abril de 2005* se pone de manifiesto que no es válida la declaración de opción. Se trata de una colombiana menor de edad hija de progenitores colombianos. La progenitora ha contraído matrimonio con un español. De todas formas no se acredita que el marido haya adoptado a la hija de su consorte, aunque parece que el padre biológico le ha otorgado la delegación de la patria potestad de acuerdo con la legislación colombiana. Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad a favor del marido no se admite en el Ordenamiento jurídico español. Ello, porque “no es posible reconocer la cesión de la titularidad de la patria potestad pues es irrenunciable con arreglo al Ordenamiento jurídico español” (*BIMJ*, n.º 1997, 2005, pp. 3653-3654). Las normas reguladoras de la patria potestad en la legislación española son imperativas, por lo que es posible otorgar efectos a la mencionada delegación por razones de orden público (artículo 12.3 Cc). Por tanto, al no constar que la interesada haya estado sujeta a la patria potestad de un español no procede la admisión de la declaración de opción.

De las decisiones elegidas en materia de opción, otra de las razones por las que se deniega la petición se debe al incumplimiento del requisito temporal. En la *Res. DGRN de 25 de abril de 2005* se alega para denegar la opción, que la declaración ha sido realizada fuera de plazo, una vez transcurrido los dos años desde el reconocimiento de la paternidad, según lo previsto en el artículo 17.2 Cc. Por otro lado, en otros supuestos, la inadmisión se debe fundamentalmente a que no existen garantías de que se trate verdaderamente del hijo o hija del extranjero que acaba de devenir español. Son muchos los casos en los que

se pronunciado la DGRN, en concreto con respecto a hijos de nacionales de la República Dominicana que han adquirido la nacionalidad española. En concreto, podemos citar la *Res. DGRN de 1.ª de 2 de febrero de 2005 (JUR, 2005\150271)* y la *Res. DGRN 3.ª de 21 de abril de 2005 (BIMJ, n.º 1997, 2005, pp. 3654-3656)*.

2. Uno de los casos más interesantes de derecho de opción ha sido abordado por la *Res. DGRN de 25 de abril de 2005*, donde el problema surge con relación a la petición de la nacionalidad española en base al artículo 17.2 Cc y finaliza con la admisión de la declaración de opción en virtud del artículo 20.1.b) Cc. En definitiva, se logra la nacionalidad española, pero debemos hacer un análisis para poder llegar a hacer una valoración de la solución dada por el Centro Directivo. Como hemos expuesto en el resumen se trata de un caso de nacido en Venezuela (1965) de progenitora venezolana. El interesado ha pretendido la inscripción en el Registro Civil Consular como español alegando que su padre había sido originariamente español y había nacido en España en 1926. El progenitor lo reconoció como hijo en 2000, siendo éste mayor de dieciocho años. Por ello, en principio, el solicitante, de acuerdo con el artículo 17.2 Cc teniendo en cuenta que la determinación de la filiación respecto de un español, se produce siendo el reconocido mayor de dieciocho años, para lograr la nacionalidad es precisa una declaración de opción en el plazo de dos años a contar desde la determinación de la filiación. De los datos fácticos se observa que el interesado insta la opción el 14 de abril de 2003. Ahora bien, si tenemos en cuenta que había sido reconocido el 13 de abril de 2000, podemos concluir, como hace el Centro Directivo, que la declaración de opción se formuló fuera del plazo de caducidad establecido. Por tanto, no puede ser, por esta vía, considerado español. Sin embargo, con muy buen criterio, la *Res. DGRN de 25 de abril de 2005* sostiene que el solicitante puede ser español recurriendo a otra vía de opción. En este sentido, se afirma que:

“no cabe desconocer la reforma operada en el Código civil por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, que

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

ha dado nueva redacción al artículo 20 del citado cuerpo legal, reconociendo en su apartado 1 el derecho de optar por la nacionalidad española a «b) Aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España». El supuesto de hecho objeto del presente expediente resulta subsumible en la citada norma, toda vez que concurre en el interesado el doble requisito de ser hijo de padre originariamente español y nacido en España, según se ha acreditado mediante la certificación de nacimiento del padre aportada al expediente.

...Queda tan sólo despejar las posibles dudas sobre la aplicabilidad temporal de la nueva norma al presente caso. La reforma citada del Código civil entró en vigor el 9 de enero de 2003, de acuerdo con la disposición final única de la Ley 36/2002, siendo así que el derecho de opción que incorpora en su artículo 20 n.º 1.b) se introduce *ex novo*, por referencia a la situación legislativa inmediateamente anterior, lo que supone que, aplicando analógicamente la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior” (RAJ, 2005, n.º 5022).

Del tenor literal transcrito podemos señalar que el Centro Directivo realiza una interpretación correcta del artículo 20.1.b) Cc, que por otra parte ya tenía su precedente en la *Res. DGRN 1.ª de 21 de febrero de 2003* (BIMJ, n.º 1941, 2003, pp. 1752-1754). Sin embargo, debemos señalar que el Ordenamiento español, en todo caso, pretende conceder la nacionalidad al nacido que ha sido reconocido por su progenitor español cuando ya era mayor de edad. Por ello, la DGRN puede haber llegado a conseguir el objetivo perseguido pues el resultado final de haber utilizado el párrafo 2.º del artículo 17 o la vía prevista en el artículo 20.1.b) Cc es la obtención de la nacionalidad española. Ahora bien, no debemos quedarnos con esta única idea, pues hay una gran diferencia para el recurrente. Pues, de haber solicitado la opción dentro del plazo de los dos años posteriores al momento del reconocimiento de paternidad con

respecto de un español, habría conseguido la nacionalidad española de origen. Sin embargo, por la vía del artículo 20 Cc, en cualquiera de sus apartados, se logra la nacionalidad española no originaria. El español no originario y sus familiares tienen ciertas limitaciones o restricciones tanto en la legislación de nacionalidad como en la de extranjería. A modo de ejemplo, el artículo 45.2.c) RELOEx no podrá ser utilizado por los hijos del recurrente, ya que éste a pesar de ser hijo de un español él no es español de origen.

Por otro lado, en los demás supuestos resueltos en lo que ha sido de aplicación el artículo 20.1.b) del Cc, el Centro Directivo ha tenido que declararse en contra de la declaración de opción por falta de cumplimiento de los requisitos previstos legalmente. Así podemos citar la *Res. DGRN 1.ª de 25 de abril de 2005* con relación a un nacido en Barcelona (1952) de progenitora de origen español nacida en Orense (España). La declaración de opción por la nacionalidad española no se ha admitido, pues no se acredita la nacionalidad originaria de la progenitora nacida en España (1930) pues su progenitor era natural de Portugal (BIMJ, n.º 1997, 2005, pp. 3666-3667).

4. Por su parte la *Res. DGRN de 8 de julio de 2005* también supone una interpretación flexible y además justa de la opción de la nacionalidad. En este caso se realiza una interpretación de la legislación extranjera –la ley marroquí– sobre mayoría de edad en coordinación con la situación fáctica y de derechos adquiridos por parte de la optante. Se trata de la solicitud de opción realizada por una nacida en Marruecos de progenitor que adquirió la nacionalidad española. La interesada podía solicitar la nacionalidad española dentro de los dos años siguientes a la obtención de la mayoría de edad o de su emancipación. Partiendo del artículo 9.1 Cc la emancipación viene determinada por su ley personal que, en todo caso, conlleva a la aplicación de la ley nacional. En este caso la solicitante es marroquí, por lo que dicho ordenamiento será el que nos permita saber si se cumple el mencionado requisito. En la Resolución objeto de comenta-

rio consta que: “La interesada, nacida en Marruecos el 1 de enero de 1982, ha estado sometida a la patria potestad de persona española pues su padre adquirió la nacionalidad española por residencia en el año 1990. En consecuencia surgió la opción a la nacionalidad española por razón de patria potestad, a pesar de lo cual el Encargado ha denegado la solicitud de opción por entender que al haberse formalizado la misma el 3 de noviembre de 2003 se ha dejado expirar el plazo de caducidad de dos años computado a partir de la fecha en que la interesada cumplió los dieciocho años, edad en la que ha quedado fijada la mayoría de edad por la legislación marroquí en virtud de la reforma introducida por la Ley 63.02 de 24 de marzo de 2003” (RAJ, 2005, n.º 5022).

El cambio efectuado en Marruecos por la mencionada Ley, redujo de los veinte a los dieciocho años el cumplimiento de la mayoría de edad. Ahora bien, a la interesada se le aplica la ley anterior por considerar que la legislación actual marroquí no puede aplicarse con efectos retroactivos, máxime cuando podría restringir unos derechos adquiridos por la solicitante. En este sentido, es sumamente interesante la argumentación realizada por el Centro Directivo al señalar que:

“La anterior denegación no puede confirmarse. Es cierto que la reforma legal citada ha reducido de veinte a dieciocho años la mayoría de edad en el Derecho marroquí y que en el momento en que se solicita el ejercicio de la opción a la nacionalidad española la interesada tenía más de veinte años de edad. Pero de ello no puede extraerse la conclusión de que dicha opción se haya ejercitado fuera de plazo. En efecto, conforme al artículo 20 n.º 2,c) del Código civil «la opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación” (ibíd.).

Es decir, en caso de que la ley personal fije la mayoría de edad por encima de los dieciocho años, el

plazo para optar se prolonga durante un período de dos años computados a partir de la emancipación del optante. Por ello, en la decisión anotada se señala que: “En este caso la interesada alcanzó la mayoría de edad al cumplir los veinte años, conforme a la legislación marroquí entonces en vigor, el 1 de enero de 2002, fecha que marca el *die a quo* a partir del cual se ha de computar el plazo adicional de dos años establecido por el artículo 20 n.º 2.c) del Código civil antes transcrito, plazo que no vence, en consecuencia, hasta el 1 de enero de 2004, por lo que resulta patente que la solicitud formulada el 3 de noviembre de 2003 fue presentada dentro de plazo. Que con posterioridad a la fecha de la emancipación de la interesada se haya modificado la mayoría de edad en el Derecho marroquí, reduciéndola a los dieciocho años, obviamente en nada altera la situación personal anterior de quien con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma había alcanzado su emancipación al cumplir los veinte años, pues, como ha declarado en otras ocasiones este Centro Directivo, una recta interpretación de la norma citada de nuestro Código civil lleva a la clara conclusión de que lo que la misma concede es un plazo de dos años desde que el interesado esté emancipado según su ley personal, lo cual se produjo en el presente caso al cumplir la recurrente los veinte años de edad” (RAJ, 2005, n.º 5022).

III. ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD: NATURALIZACIÓN POR RESIDENCIA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 14 de junio de 2005.

Voz: Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio.

Resumen: Inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio celebrado en República Dominicana entre un dominicano al que se había notificado la concesión de la nacionalidad española y una dominicana. Even-

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

tual matrimonio simulado. No se puede aplicar la ley española sino la ley extranjera para determinar la otorgación o no del consentimiento matrimonial. Determinación del momento en el que surte efectos la adquisición de la nacionalidad española. Se adquiere a partir de su inscripción en el Registro Civil.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 24 de junio de 2005.

Voz: Adquisición de la nacionalidad.

Resumen: Recurso interpuesto contra la resolución dictada por el Encargado del Registro Civil Consular de Tetuán (Marruecos). Adquisición de nacionalidad española por residencia. Uruguayo casado con española. Residencia de ambos en Tánger. Esposa contratada por el Ministerio de Educación español para desempeñar su trabajo fuera de España. Exigencia de residencia legal en territorio español. No equiparación con el caso de los diplomáticos. Eventual concesión por carta de naturaleza. Denegación de solicitud procedente.



NOTA: 1. Dos son las decisiones que han abordado esta materia, pues, normalmente, las resoluciones dictadas por la DGRN sobre adquisición de nacionalidad se desconocen, salvo que vía de recurso se las dé la publicidad oportuna; o, porque los jueces y tribunales las difundan en sus propias sentencias. Durante el año 2005, el TS ha dictado un número importante de fallos, en los que analiza la cuestión. Entre estas podemos destacar: *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 12 de enero de 2005 (RAJ, 2005, n.º 620)*, *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 21 de enero de 2005*, *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 25 de enero de 2005 (RDEMEX, n.º 9, julio 2005, pp. 206-207)*, *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 14 de febrero de 2005 (La Ley, n.º 6244, 3 de mayo de 2005)*, *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 11 de abril de 2005*, *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 10 de mayo de 2005 (RAJ, 2005, n.º 4670)*, *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 12 de mayo de 2005 (La Ley, n.º 6328, 28-IX-2005)*, *Sent. TS (Sala*

3.ª Sección 7.ª) de 14 de mayo de 2005 (RAJ, 2005, n.º 4290), *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 28 de septiembre de 2005 y la Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 4 de octubre de 2005*; en cambio, decisiones del Centro Directivo relativas a la adquisición de la nacionalidad son bastante escasas, por lo que a continuación resaltamos los dos fallos en los que se aborda este tema.

2. La *Res. DGRN de 14 de junio de 2005* trata un tema importante en relación al momento en que la concesión de la nacionalidad española comienza a producir efectos. Ahora bien, la decisión se plantea ante una solicitud de la inscripción de un matrimonio contraído en el extranjero. El matrimonio se había celebrado en República Dominicana entre un dominicano, al que se había notificado la concesión de la nacionalidad española, y una dominicana. En el caso examinado, el matrimonio se celebró el 26 de febrero de 2003, habiendo recaído ya la *Res. DGRN de 10 de diciembre de 2002* por la que se concedía la nacionalidad española por residencia al contraente. Sin embargo, “tal Resolución no fue inscrita marginalmente en el Registro Civil competente (Cf. artículo 46 LRC) hasta el 4 de marzo de 2003, fecha ya posterior a la de la celebración del matrimonio, y a cuya fecha de constancia registral quedaron aplazados todos los efectos derivados de tal Resolución concesionaria, toda vez que la inscripción registral de las naturalizaciones o adquisiciones sobrevenidas de nacionalidad por razón de residencia tienen carácter constitutivo” (*RAJ, 2005, n.º 5390*). Por tanto, no tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas (artículo 330 Cc). En definitiva, en la decisión anotada, se procede a realizar análisis sobre el momento a partir del cual la nacionalidad española concedida despliega sus efectos. En todo caso, en la decisión objeto de comentario se afirma que:

“... por venir integrado el título correspondiente no por la voluntad declarada del individuo, sino por un

acto de autoridad, como sucede en los casos de concesión de la nacionalidad por residencia y por carta de naturaleza, supuestos que en cuanto a la regulación del *die a quo* de su eficacia (...), viene regulado con claridad prístina en nuestro Ordenamiento jurídico al preverse para tales supuestos una regla expresa y específica con arreglo a la cual tales naturalizaciones concedidas «no tendrán efecto legal alguno mientras no aparezcan inscritas en el Registro Civil, cualquiera que sea la fecha en que hubiesen sido concedidas» (Cf. artículo 330 Cc). Los perjuicios derivados del eventual retraso en que pueda incurrir la Administración registral en el proceso de la inscripción de tales naturalizaciones, ni desaparecerían, si es que existen, asumiendo la tesis de la retroacción, ya que en todo caso queda impedida la prueba de la nacionalidad hasta la obtención de la inscripción, ni justifican una adulteración de la naturaleza jurídica constitutiva de la inscripción en los casos indicados, que con claridad meridiana se desprende de la ley y así ha sido reconocido por la doctrina más autorizada en la materia” (RAJ, 2005, n.º 5390).

Por todo ello, se concluye, que en el momento de la celebración del matrimonio los dos contrayentes eran extranjeros –dominicanos–, su capacidad para contraer matrimonio se rige por su ley nacional (Cf. artículo 9.1 Cc), razón por la cual resulta improcedente, en principio y salvo intervención de la cláusula del orden publico, que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial, ya que no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación.

3. Otro tema, que preocupa y que todavía no había sido examinado por el Centro Directivo, afecta a los extranjeros casados con españoles que residen fuera de España habiendo sido contratados por el Estado español. Este caso ha sido abordado por la *Res. DGRN de 24 de junio de 2005*. En esta decisión se examina el recurso interpuesto contra la resolución dictada por el Encargado del Registro Civil Consular de Tetuán (Marruecos) por un uruguayo

casado con española. El recurrente había contraído matrimonio el año 2000 en España con una española destinada en el Instituto Cervantes de Tetuán, contratada laboralmente como jefe de estudios. Los esposos residen en Tánger, debido a que la esposa está contratada por el Ministerio de Educación español para desempeñar su trabajo fuera de España. Desde luego, el recurrente quería beneficiarse de lo establecido para los cónyuges de funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero. Ahora bien, en esta decisión se afirma que:

“El citado artículo 22 dispone en el apartado 3, que la residencia ha de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición y establece que se entiende que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero” (*BOE*, 30-VII-2005, pp. 27090-27091).

Este precepto fue una novedad introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que estableció la ficción legal de la residencia en España en esos exclusivos casos (cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero) con la finalidad razonable de ofrecer un camino para la adquisición de la nacionalidad española a los consortes de los españoles que, por razón del cargo de éste, no pueden cumplir con el requisito normal de residir legalmente en España.

Sin embargo, desde hace años, se ha puesto de manifiesto que los españoles contratados por el Estado español o por Organismos internacionales casados con extranjeros estos cónyuges no cumplen el requisito de residencia legal en España. En este caso, la *Res. DGRN de 24 de junio de 2005* trata de solventar esta cuestión al señalar que:

“Por tanto el problema en el presente caso se centra en determinar si la cónyuge del recurrente tiene la condición de funcionaria diplomática o consular lo que, en caso afirmativo, supondría atribuir a aquél,

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

por vía de ficción legal, la condición de residente legal en España. El criterio de esta Dirección General es coincidente con el mantenido por el Encargado del Registro, es decir, se considera, a efectos de nacionalidad, que la condición de funcionario diplomático o consular, no es atribuible con carácter general a los funcionarios o contratados laborales españoles que presten servicios en Embajadas o Consulados españoles, sino sólo a aquellos investidos de estatus privilegiado diplomático, el cual no concurre en la cónyuge española del interesado” (ibíd.).

Tras una serie de matizaciones sobre si los cónyuges contratados por el Estado español pueden llegar a ser beneficiarios de la total eliminación del plazo, el Centro Directivo, termina definiendo quiénes son considerados como verdaderos destinatarios. En concreto, se afirma que:

“En efecto, el concepto de «funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero» comprende los miembros del servicio extranjero investidos de «status» privilegiado, pero no cualquier empleado de la Embajada o Consulado (interinos, contratados laborales, funcionarios no pertenecientes al Grupo A, etc.). Es verdad que el ámbito subjetivo así delimitado hoy tiene contornos indefinidos por la variedad de categorías, Cuerpos y Escalas a que pueden pertenecer los funcionarios españoles destinados, destacados o adscritos al servicio exterior de España, acreditados no ya ante terceros Estados, sino también ante Organismos internacionales, sean supranacionales (principalmente la Unión Europea) o intergubernamentales, así como aquellos otros funcionarios españoles que se encuentran adscritos no al servicio de ninguna representación española en el extranjero, sino que actúan investidos de representación diplomática atribuida directamente por ciertos Organismos Internacionales” (ibíd.).

Una vez hechas estas matizaciones parece concluir que la cuestión no está resuelta y parece que

“esta situación plantea la necesidad de examinar la redacción del vigente artículo 22, n.º 3, párrafo segundo del Código civil a fin de determinar si en la situación descrita actualmente existente, la citada redacción colma la finalidad a que respondía la norma”. Desde luego, la DGRN se hace eco del tema pero ante la ausencia de una regulación en el Fundamento V sugiere que se puede optar por tres vías diferentes:

“a) Ampliar los supuestos legalmente previstos en que los cónyuges de funcionarios españoles acreditados en el extranjero, sea en representación del servicio de España en el extranjero, aun no estando adscrito a Misiones diplomáticas o a Agencias consulares, sea en representación de Organismos Internacionales en sus diversas categorías, tienen la condición de residentes legales en España;

b) utilizar la analogía como vía interpretativa de resolución, lo que podría resultar viable en algunos casos (agregados comerciales, culturales, etc.), pero no en otros (funcionarios al servicio directo de Organismos Internacionales);

o c) acudir a la vía de la carta de naturaleza para los supuestos que se puedan plantear no comprendidos actualmente en el artículo 22, n.º 3, del Código civil, a semejanza de lo que ocurría durante la vigencia de la Ley 51/1982 para los cónyuges de funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero” (ibíd.).

El tenor transcrito podemos ver que el Centro Directivo menciona tres fórmulas para poder solucionar el problema suscitado. Sin embargo, como se afirma en la resolución objeto de comentario, las dos primeras no parece que puedan ser utilizadas, por tanto, en este caso, la única alternativa, sería la solicitud de la nacionalidad española por la vía de la carta de naturaleza. Esta propuesta también fue la elegida por el Centro Directivo, bajo la vigencia de la precedente Ley 51/1982, de 13 de julio, en la que no se incluía la ficción legal prevista actualmente,

recomendando en aquel momento que los cónyuges de funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero sólo les quedaba la vía de solicitar la nacionalidad o bien por el tiempo de residencia ordinario o bien por carta de naturaleza.

En cuanto a las otras dos vías de solución propuestas, en cuanto a la primera, se puede decir claramente, que no es operativa. Ello porque se requiere la previa actuación del legislador, lo que quiere decir que la competencia para resolver el problema le va a corresponder al Parlamento de la Nación, y por el momento no se conoce ninguna propuesta de reforma. En cuanto a la segunda de las opciones apuntadas, la de la analogía, a nosotros nos parece que podría haber sido aceptada, de forma que fuesen considerados como “funcionarios asimilados” a los miembros de la carrera diplomática por referencia a los que tienen tal carácter bien en las normas orgánicas y estatutarias del personal funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores, bien por referencia a los funcionarios asimilados a los agentes diplomáticos y funcionarios consulares a efectos de la legislación de extranjería.

IV. ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD: ATENDIENDO AL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y GUATEMALA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 14 de septiembre de 2005.

Voz: Nacionalidad. Adquisición de la nacionalidad española. Convenio entre España y Guatemala.

Resumen: Adquisición de la nacionalidad española. Acceso a la nacionalidad española por estudiante guatemalteco. Aplicación del Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala. Exigencia de una autorización de residencia permanente. Ausencia de cumplimiento de los requisitos exigidos. Denegación.



NOTA: 1. En la *Res. DGRN de 14 de septiembre de 2005* (BOE, 24-X-2005, pp. 34762-34763), el Centro Directivo mantiene un criterio sumamente rígido de interpretación del Convenio entre España y Guatemala. Desde luego la decisión no es innovadora ya que sigue al pie de la letra la tesis sostenida en la *Res. DGRN 2.ª de 5 de noviembre de 2003* (BIMJ, n.º 1959, 2004, pp. 674-677). Obviamente en aquella ocasión el Centro Directivo tenía muy claro que la tesis flexible que venía utilizando no podía seguir siendo la misma ya que había cambiado la base normativa. De todas formas, el criterio fijado en 2003 y seguido en la decisión objeto de anotación, no nos parece de recibo, y en todo caso, desde nuestra perspectiva debe ser objeto de una revisión para el futuro, pues de otra forma, lo único que cabe es la inaplicación del Convenio por la vía de hecho. Desde luego, los guatemaltecos se van a ver con la necesidad de superar mayores trabas para acceder a la nacionalidad española al amparo del Convenio que si lo hacen a través de la vía prevista, con carácter general, para los iberoamericanos en el artículo 22 Cc.

La DGRN tiene claro que el guatemalteco que se someta al convenio no puede adquirir la nacionalidad española hasta que no acredite que está en posesión de una autorización de residencia permanente. Esta solución constituye un giro copernicano a la interpretación inicial. En todo caso, hemos pasado de que estos latinoamericanos adquiriesen la nacionalidad española con la mera declaración de querer ser español (*animus*) y su intención de instalarse en España (*corpus*) a exigirles un requisito no previsto en el Cc para la naturalización por residencia de los iberoamericanos. En este sentido, debemos apuntar que inicialmente, a los guatemaltecos no se les exigía período alguno de residencia en virtud de los artículos 1 y 3 del Convenio de doble nacionalidad con Guatemala de 28 de julio de 1961 (BOE, 10-III-1962). En el artículo 1 literalmente disponía que: “Los españoles y los guatemaltecos por nacimiento podrán adquirir la nacionalidad guatemalteca o española, respectivamente, por el solo hecho de establecer domicilio en Guatemala o en España, según

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

el caso, declarar ante la autoridad competente su voluntad de adquirir dicha nacionalidad y hacer la inscripción en los registros que determinen las Leyes o disposiciones gubernativas del país de que se trate". Por su parte, en el artículo 3 se establecía que: "A los efectos del presente Convenio el domicilio se constituirá mediante inscripción en los Registros a que se refiere el artículo 1 y podrá cambiarse solo en el caso de traslado de la residencia habitual al otro Estado contratante. A los mismos efectos, las personas no podrán tener más que un domicilio internacional en relación a los Estados contratantes y será reconocido por ambos el último que se haya constituido en ellos". El tenor literal de los preceptos transcritos permitió una tesis muy flexible que se observa en la interpretación dada en las *Ress. DGRN de 6 de noviembre, de 22 de diciembre de 1992, y de 10 de febrero de 1993* (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, "Adquisición de la nacionalidad española por los guatemaltecos", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 32, 1993, pp. 401-415; íd.: "Los nacionales de los países iberoamericanos ante el Ordenamiento jurídico español: eventual acceso y permanencia en la Unión Europea", *La frontera, Mito y realidad del nuevo mundo, Curso Literatura y Cultura Americana-1993*, León, Centro de Publicaciones de la Universidad, 1994, pp. 363-389, esp. 376-378). Ahora bien, de la flexibilidad se pasó a exigir el requisito del domicilio en España (*corpus*); imponiendo, también el visado o el permiso de residencia (Vid. *Ress. DGRN de 23 de noviembre de 1994, de 24 de febrero, de 7 de marzo, 1.ª, 2.ª de 19 de abril, de 6 de mayo, 3.ª de 11 de octubre, 1.ª, 2.ª, 3.ª de 27 de octubre y de 4 de noviembre de 1995*). La nueva postura se debió a la adopción de un Protocolo de modificación del mencionado Convenio. En concreto, el Protocolo de modificación del artículo 3 del Convenio de nacionalidad entre España y Guatemala, firmado en Guatemala el 10 de febrero de 1995, que entró en vigor el 14 de febrero de 1996 especifica con toda claridad que: "a los efectos del presente Convenio, se entiende adquirido el domicilio en aquel país en el que se haya obtenido residencia legal, permanente y continuada de acuerdo a las condiciones y en la

forma prevista por la legislación migratoria en vigor en cada uno de los Estados Contratantes" (*BOE*, 1-VII-1996). En virtud de este precepto el Centro Directivo se ha inclinado por una dura interpretación. Considerando que en el texto se alude a la residencia permanente ha optado por pensar que se trata del término utilizado en la legislación de extranjería y exige la tenencia de una autorización de residencia permanente. Esta línea que se mantiene en la decisión objeto de este comentario, reitera la postura de la *Res. DGRN 2.ª de 5 de noviembre de 2003* al pronunciarse en contra de la solicitud hecha por un estudiante por no tener residencia legal, permanente y continuada en territorio español de acuerdo con la legislación migratoria vigor en cada uno de los Estados Contratantes en aplicación del Protocolo modificativo del Convenio (*BIMJ*, n.º 1959, 2004, pp. 674-677).

2. El Centro Directivo, tomando en cuenta la actual legislación de extranjería, viene a señalar que solo puede obtener la nacionalidad española el guatemalteco que tenga una autorización de residencia de carácter permanente. Desde luego, la categoría de residente permanente exige el cumplimiento de un mínimo de cinco años de residencia ininterrumpida en territorio español (artículo 32 LOE y artículo 72.1 RELOEx). Si hacemos un análisis del artículo 22 Cc vemos que los iberoamericanos pueden solicitar la nacionalidad española siempre que acrediten dos años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. Obviamente, lo más razonable para los guatemaltecos es que no se sometan al convenio, por ser éste más gravoso en cuanto al cumplimiento de requisitos y no contiene ningún privilegio extra con respecto a la normativa interna española, ya que, los iberoamericanos no necesitan someterse a ningún convenio para no perder la nacionalidad de origen, pues éstos no están obligados a renunciar a la nacionalidad anterior en caso de acceso a la española (artículo 23 Cc).

La interpretación del Centro Directivo, en la *Res. DGRN de 14 de septiembre de 2005*, como hemos

mencionado, es totalmente correcta a la luz de la legislación de extranjería actualmente vigente. Ahora bien, deberíamos tener claro lo que se pretendía en el momento de la negociación del Protocolo modificativo. De hecho la intención de los dos Estados en el momento de la firma del texto sería sumamente importante para saber con exactitud si se estaban refiriendo a la autorización de residencia permanente tal y como ahora la tenemos recogida en nuestra legislación. Evidentemente, debemos apuntar que el texto se negoció pensando la flexibilidad del texto originario del Convenio de 1961, y desde luego, con la modificación se pretendía que los nacionales de ambas partes contratantes al acceder al territorio de la otra parte contratante fuesen considerados como extranjeros; con ello, evitar el incumplimiento de las respectivas normas de extranjería mediante la utilización del Convenio de nacionalidad. Ahora bien, la necesidad de cumplir unos requisitos y pasar por los controles de extranjería se plasma en el texto convencional con la imposición de la exigencia de un domicilio o de “residencia permanente”. Y, puestos a interpretar debemos ver qué entiende la legislación española sobre este concepto. Si hacemos una interpretación de carácter histórico, retomando el momento en que se firmó el texto convencional podemos ver que en la legislación española de extranjería no existía aún lo que se ha denominado como permiso de residencia permanente. Este fue un logro del RD 155/1996, de 2 de febrero (*BOE*, 23-II-1996). En concreto, el artículo 52 del Reglamento de extranjería de 1996 introdujo por primera vez en nuestro Ordenamiento este tipo de permiso que se podía otorgar a los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante seis años. Es evidente, que un texto negociado en 1995 no pudo tener en mente un tipo de autorización de residencia inexistente en nuestro país. Desde luego, la línea de DGRN se pega al tenor literal de una norma actual pero que no ha tenido en cuenta el contexto en el que se firmó el texto convencional. En dicho momento, como ya hemos puesto de manifiesto, para España el término residente tal y como

lo conocemos en la actualidad no tenía su reflejo en la legislación de extranjería.

3. Con la Resolución que estamos comentando, el Convenio de nacionalidad entre España y Guatemala, al menos con relación a los guatemaltecos en España, ha pasado a ser papel mojado; no parece, que en el futuro se pueda aconsejar su utilización. En todo caso, debe apuntarse si bien el Convenio de 1961 sigue vigente, sin embargo, para aplicar con toda corrección las disposiciones de este debemos tener presente la nueva redacción del mismo, a raíz de la entrada en vigor del Segundo Protocolo Adicional al Convenio de nacionalidad de 28 de julio de 1961, suscrito entre España y Guatemala, modificado por el Protocolo de fecha 10 de febrero de 1995, hecho ad referendum en Guatemala el 19 de noviembre de 1999. Este Segundo Protocolo modificativo entró en vigor el día 7 de febrero de 2001, es decir treinta días después de la fecha de la última notificación cruzada entre las Partes comunicando el cumplimiento de los respectivos requisitos legales internos (*BOE*, 12-IV-2001, pp. 13665-13666). En todo caso, el artículo 2 que viene a establecer que: “Los guatemaltecos y los españoles de origen podrán adquirir la nacionalidad guatemalteca y española, respectivamente, sin perder su nacionalidad de origen, por el solo hecho de establecer domicilio en España o en Guatemala, según sea el caso, de conformidad con la legislación interna de cada una de las Partes; declarar ante la autoridad competente su voluntad de adquirir dicha nacionalidad y hacer las inscripciones correspondientes en los registros que determinen las leyes o disposiciones gubernativas del país de que se trate. Cada Parte, dentro de su territorio, únicamente reconocerá la propia nacionalidad, sin perjuicio de que se pueda aplicar a las personas que se acojan a los beneficios del presente Convenio la legislación de su nacionalidad de origen en lo que no sea incompatible con las leyes de la otra Parte”. Desde luego, con esta redacción los Estados parte, se remiten a la legislación de extranjería, obviamente, esto supone una remisión a la legislación de extranjería vigente en España en

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

esos momentos, en los que como hemos dicho ya se están diseñadas las exigencias para la obtención de una autorización de residencia permanente. Ahora bien, el tenor literal del artículo 2 no procede de la segunda modificación sino que su redacción tiene origen en primer protocolo modificativo que data de 1995, momento en el que el Ordenamiento español carecía de una regulación específica acerca de autorización de residencia de carácter permanente.

V. PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2.ª de 2 de febrero de 2005.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española y eventual opción. Nacidos en Venezuela (1989, 1992) de progenitor de origen español y madre venezolana. El padre de los interesados nacido en Venezuela (1960) de progenitor español de origen que adquirió la nacionalidad venezolana voluntariamente en 1978. Eventual pérdida de la nacionalidad española por unidad jurídica de la familia. Ausencia de nacionalidad española en el momento del nacimiento de los hijos. Los interesados no han sido nunca españoles ni han estado sujetos a la patria potestad de un español ya que no consta que el progenitor recuperase la nacionalidad española antes de su fallecimiento. Denegación de la inscripción de nacimiento: no afecta a españoles y éste acaeció en el extranjero.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2.ª de 5 de abril de 2005.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Nacimiento acaecido en el extranjero. No es inscribible si no afecta a ningún ciudadano español. Nacido en Argentina (1948) de progenitor también nacido en Argentina (1925) de progenitor español. Atribución de la na-

cionalidad española. Eventual pérdida. Utilización de la nacionalidad argentina y cumplimiento de la mayoría de edad del progenitor. Ausencia de acreditación que el padre fuese español en el momento del nacimiento del hijo. Denegación de la inscripción.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 10 de mayo de 2005.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Recurrente nacido en Puerto Rico (1950). Nieto de cuatro abuelos españoles. Abuelo paterno nacido en España se traslada a Cuba antes de la independencia. Pérdida de la nacionalidad española. Determinación de la nacionalidad de los progenitores nacidos en Puerto Rico en 1901 y 1917. No consta la nacionalidad española de los progenitores. Ausencia de atribución de la nacionalidad española. Se confirma el acuerdo dictado por el Encargado del Registro Civil Consular de España en San Juan de Puerto Rico. Denegación de la solicitud de recuperación de la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 23 de septiembre de 2005.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Inscripción de nacimiento y recuperación de la nacionalidad española de un nacimiento acaecido en Guinea Ecuatorial. Recuperación: requisitos. Haber sido previamente español. El interesado nacido en Guinea Ecuatorial (1934). Nunca fueron españoles. El recurrente no estaba incluido en el ámbito de aplicación del RD 2987/1977.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 5 de octubre de 2005.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Recuperación de la nacionalidad española. Requisitos: no es necesaria la renuncia a la nacionalidad ante-

rior. Recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Carlet (Valencia).



NOTA: 1. Las resoluciones en materia de recuperación en esta crónica brillan por su ausencia, pues tan sólo la *Res. DGRN de 5 de octubre de 2005* plantea un verdadero caso de recuperación. De todas formas, normalmente al tener que pronunciarse sobre un caso de recuperación el Centro Directivo debe de analizar con carácter previo si el interesado ha ostentado la nacionalidad española en algún momento de su vida. Obviamente, lo que se plantea, en la mayoría de los casos, es si verdaderamente se tuvo o no la nacionalidad española. Para ello, normalmente, se recurre a un análisis de la nacionalidad de los progenitores e incluso se debe averiguar la nacionalidad de los progenitores de los progenitores, es decir de los abuelos. Así, a modo de ejemplo, en la *Res. DGRN de 10 de mayo de 2005*, se aborda el supuesto de un nieto de emigrantes españoles. El recurrente nacido en Puerto Rico en 1950 es nieto de cuatro abuelos españoles. El abuelo paterno nacido en España se traslada a Cuba antes de la independencia, ante la ausencia de opción se produjo la pérdida de la nacionalidad española antes del nacimiento de los progenitores del interesado que nacieron en Puerto Rico en 1901 y 1917. El Centro Directivo, viene a señalar que: “Al no constar la nacionalidad española de los progenitores, al menos con relación al padre, también nacido en Puerto Rico en 1901, no se ha podido acreditar que hubiese tenido la nacionalidad española al tiempo del nacimiento del hijo e, incluso, que la hubiese ostentado con anterioridad a este momento. Puerto Rico estuvo bajo soberanía española hasta 1899, es decir antes del nacimiento del padre y de la madre –quien, igualmente había nacido en Puerto Rico, aunque ya en 1917–. No consta que el abuelo transmitiese la nacionalidad española al padre del interesado, porque no está acreditado, –aun dando por hipótesis como probado que hubiese ostentado tal nacionalidad originariamente–, que hubiese declarado su propósito de conservar la

nacionalidad española, como preveía el artículo IX del Tratado de París de 10 de diciembre de 1898, por lo que habría que admitir que existió la renuncia que por falta de esa declaración imponía, por vía de presunción legal, el mencionado artículo” (*BOE*, 22-VI-2005, pp. 21738-21739). En todo caso, “la pérdida de la nacionalidad española en la redacción original del artículo 20 Cc, se producía según la doctrina científica y la oficial en este Centro Directivo, no sólo por las adquisiciones voluntarias de otra nacionalidad, sino también por las aceptaciones tácitas, deducidas de hechos inequívocos y concluyentes por los que un español asentía voluntariamente a la nacionalidad extranjera atribuida durante su menor edad” (*ibíd.*).

Por su parte, la *Res. DGRN de 23 de septiembre de 2005* analiza un supuesto que se etiqueta de recuperación de la nacionalidad aunque se confirma que no es posible porque el interesado nunca ha sido español. Se trata de la inscripción de nacimiento y recuperación de la nacionalidad española de un nacimiento acaecido en Guinea Ecuatorial. En la misma se analiza el requisito esencial para poder recuperar la nacionalidad española. En este sentido se afirma que: “Para que sea posible inscribir una recuperación de la nacionalidad española es necesario, como es obvio, probar cumplidamente que en algún momento anterior se ostentaba *de iure* esa nacionalidad”. “No ocurre así con el interesado nacido en Guinea Ecuatorial en 1934. En efecto, el territorio de Guinea no puede ser considerado español a partir de la independencia obtenida el 12 de octubre de 1968 y, de otra parte, los naturales de Guinea Ecuatorial nunca fueron, por ese solo concepto, nacionales españoles, sino solamente súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española. Es evidente, por razones superiores de Derecho Internacional Público, que el proceso descolonizador implicó por sí mismo un cambio en el estatuto personal de los naturales de la nueva nación, que no pudo crearse sin ciudadanos que constituyeran su elemento personal imprescindible” (*BOE*, 24-X-2005, p. 34765).

La interpretación de la DGRN en materia de nacionalidad

2. Como decíamos al iniciar la anotación el único y verdadero supuesto recuperación se solventa en la *Res. DGRN de 4 de octubre de 2005*. En este caso, se trata la inscripción de la declaración de la recuperación de la nacionalidad española porque la recurrente había perdido la nacionalidad española por adquisición de la nacionalidad norteamericana. “La interesada, de nacionalidad estadounidense, solicitó la recuperación de la nacionalidad española de origen, la cual fue acordada por la Juez Encargada del Registro Civil. En la parte dispositiva del auto, además de acordarse la inscripción marginal de dicha recuperación en la principal de nacimiento, se hizo constar que ello era «con pérdida de la nacionalidad norteamericana que ostenta», siendo esta decisión de pérdida la que constituye el motivo de este recurso” (*BOE*, 3-XI-2005, p. 36075).

Desde luego, esta última referencia a la anotación de que se produce la pérdida está fuera de lugar, y nos lleva a realizar un examen de los requisitos exigidos por el artículo 26 del Cc. En este precepto no se exige la renuncia por lo que se permite claramente el mantenimiento de la nacionalidad española. Por eso, la interesada recurre ante el Centro Directivo, que estima el recurso presentado. En la decisión se ve claramente que desde la entrada en vigor de la Ley 36/2002, de 10 de octubre, que entró en vigor

en el 7 de enero de 2003, la nueva redacción del Cc no exige la renuncia a la nacionalidad anterior. En la resolución objeto de comentario, se afirma que: En la redacción actual se ha suprimido el requisito de la renuncia, por lo que es posible recuperar la nacionalidad española y mantener de hecho la que anteriormente se ostentase. Esta reforma está inspirada en el mandato del artículo 42 de la Constitución española cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y de favorecer su retorno. Uno de los medios de cumplimiento de tal objetivo puestos en práctica por la aludida reforma ha consistido, como se ha dicho, en suprimir el requisito de renunciar a la nacionalidad anterior puesto que, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, ello suponía en la práctica un obstáculo insuperable para la recuperación de la nacionalidad española en muchos casos”. Así pues, este tema se aborda y desde luego, también se hace una interpretación sobre la protección de los emigrantes de origen español. Se hace referencia a que la última reforma del Cc en materia de nacionalidad responde a un desarrollo del artículo 42 CE. Ahora bien, lo que realmente, deberíamos haber resaltado es que a la interesada por ser considerada como emigrante se le ha eximido del requisito de residencia legal.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial, 1 de julio de 2004
a 30 de junio de 2005)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. El reconocimiento de los Derechos Humanos (artículo 1 de la Convención). El caso ISSA y otros CONTRA TURQUÍA (Sentencia de 16 de noviembre de 2004).

III. El derecho a la vida (artículo 2 de la Convención). El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005).

IV. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 de la Convención). A) El caso BAKBAK/TURQUÍA (Sentencia de 1 de julio de 2004). B) El caso RAZAGHI/SUECIA (Sentencia de 25 de enero de 2005). C) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005). D) El caso MÜSLIM/TURQUÍA (Sentencia de 26 de abril de 2005). E) El caso RAMÍREZ SÁNCHEZ/FRANCIA (Sentencia de 25 de enero de 2005).

V. La detención del extranjero para su expulsión o su extradición (artículo 5 de la Convención). A) El caso SING./REPÚBLICA CHECA (Sentencia de 25 de enero de 2005). B) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005).

VI. El derecho a un proceso equitativo (artículo 6 de la Convención). A) El caso K./ITALIA (Sentencia de 29 de julio de 2004). B) El caso FATTELL/FRANCIA (Sentencia de 27 de enero de 2005).

VII. No hay pena sin ley (artículo 7 de la Convención). El caso ACHOUR /FRANCIA (Sentencia de 10 de noviembre de 2004).

VIII. El derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 de la Convención). A) Vida familiar y expulsión: El caso MOHAMMED YUUSUF/HOLANDA (Sentencia de 21 de abril de 2005). B) La patria potestad compartida de un menor: El caso MONORY/RUMANIA Y HUNGRÍA (Sentencia de 5 de abril de 2005). C) El respeto a la correspondencia de un detenido extranjero: El caso OSPINA VARGAS (Sentencia de 14 de octubre de 2004).

Ángel G. Chueca Sancho

IX. La libertad de pensamiento, conciencia y religión de los extranjeros (artículo 9 de la Convención).

X. La libertad de expresión, opinión e información del extranjero (artículo 10 de la Convención). El caso OSPINA VARGAS (Sentencia de 14 de octubre de 2004).

XI. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 de la Convención). A) El caso RAMÍREZ SÁNCHEZ/FRANCIA (Sentencia de 27 de enero de 2005). B) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005).

XII. Expulsión y discriminación (artículo 14 de la Convención).

XIII. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención). A) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005). B) El caso MAMATKULOV Y ABDURASULOVIC (Sentencia de 6 de febrero de 2003, Sección 1.ª, y Sentencia de 4 de febrero de 2005, Gran Sala).

XIV. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2 Protocolo n.º 4)

XV. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4 Protocolo n.º 4).

XVI. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1 Protocolo n.º 7). El caso SZYSZKOWSKI (Sentencia de 29 de marzo de 2005).

XVII. La satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención).

XVIII. La condena en gastos y costas procesales.

XIX. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 de la Convención).

I. NOTA PRELIMINAR

El ámbito cubierto por el TEDH en su jurisprudencia relativa a la extranjería no deja de ampliarse. Buena prueba de ello es la presente crónica, si se establece una comparación con la primera publicada; en ella establecía diez apartados, recogiendo el contenido de la protección ejercida por el Tribunal; hoy hemos alcanzado los dieciocho.

Ello sucede porque el número de sentencias dictadas por este Tribunal Europeo se incrementa y aborda otros derechos humanos que, en su caso, son violados por los Estados sufriendo la violación los extranjeros.

Pero la ampliación del ámbito cubierto por esta Crónica se produce asimismo en otras direcciones: Estados implicados y conflictos que subyacen a las demandas presentadas. Respecto a la primera cuestión aparecen por primera vez en esta *REDMEX* Estados como Georgia, Rusia, Hungría, Rumania y San Marino; la inmigración actual no tiene pues solamente como receptores a Estados de Europa Occidental sino que incluye cada vez en mayor medida a los de Europa Central y Oriental. En cuanto a los conflictos que subyacen a las demandas presentadas, tienen ya una presencia considerable el checheno y el iraquí.

Entre los hechos referentes a los Derechos Humanos y relacionados con la Extranjería en el Consejo de Europa destacaré dos:

- 1.º La adopción en Varsovia el 16 de mayo de 2005 de la Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.
- 2.º La elección de Thomas HAMMARBERG como nuevo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, sucediendo a GIL ROBLES. HAMMARBERG ha sido Secretario General del Centro Internacional Olof PALME y Secretario General de Amnistía Internacional.

En todo caso, el texto completo de las sentencias analizadas en esta Crónica puede consultarse en inglés o francés (ambas lenguas oficiales del Consejo de Europa y de su Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en <http://www.echr.coe.int>.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 1 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 1 de la Convención: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”.

El caso ISSA y otros CONTRA TURQUÍA (Sentencia de 16 de noviembre de 2004)

Hechos:

Halima Musa Issa y cinco mujeres más de nacionalidad iraquí, pertenecientes al pueblo kurdo, demandan al Estado Turco por arresto ilegal, detención, tortura y asesinato de sus maridos y el hijo de una de ellas, pastores kurdos todos ellos, en el curso de una operación militar dirigida por el ejército Turco en el norte de Iraq, en abril del año 1995. Dicha operación militar se enmarcaba dentro de una serie de operaciones dirigidas por el ejército Turco a ambos lados de la frontera con Iraq desde el año 1983, con la finalidad de prevenir la incursión de militantes del PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistan) en Turquía y de disuadir a los grupos independentistas kurdos de instaurar un estado kurdo en el norte de Iraq.

EL TEDH dice y decide:

Sobre el artículo 1 realiza las siguientes aportaciones:

“66. Del artículo 1 se deriva la obligación de los estados parte de responder ante cualquier vulneración de los derechos y libertades protegidos por la Convención, cometida contra particulares en el ámbito de su jurisdicción. El ejercicio de dicha jurisdicción por un estado parte, es condición necesaria para que dicho estado pueda incurrir en responsabilidad por acciones u omisiones que den lugar a una vulneración de los derechos y libertades consagrados por la Convención.

67... En relación con la expresión incluida en el artículo 1 “dependiente de su jurisdicción” el Tribunal señala que debe presumirse que dicha jurisdicción se ejerce normalmente dentro del territorio del estado parte correspondiente.

68. Sin embargo, el concepto de “jurisdicción” del artículo 1 no debe limitarse necesariamente al territorio nacional de los estados parte. En casos excepcionales, los actos de los estados parte se llevan a cabo fuera del territorio nacional o sus efectos se despliegan fuera de sus fronteras (acto extraterritorial)...

69. De acuerdo a los principios del derecho internacional, la responsabilidad de un Estado concurre, a consecuencia de una acción militar, legítima o ilegítima, en tanto en cuanto dicho estado ejerza *de facto* el control efectivo de un área situada fuera del territorio nacional. Así, la obligación de garantizar, en dicha área, los derechos y libertades recogidos en la Convención, deriva del hecho de dicho control, sea ejercido directamente, a través de las fuerzas armadas o a través de una administración local subordinada.”

Por eso

“... Ha de determinarse si los familiares de las demandantes estaban bajo la autoridad o control efectivo y, por tanto, dependientes de la jurisdicción del estado demandado.

73. No se excluye la posibilidad de que, a consecuencia de la mencionada operación militar, el estado demandado podría haber ejercido, temporalmente, control efectivo sobre una parte determinada del territorio del norte iraquí...

75. Sin embargo, no puede afirmarse que Turquía ejerciese control efectivo, teniendo en cuenta el número de tropas desplegadas, sobre todo el territorio del norte de Iraq...”

76. Por tanto, la cuestión esencial a examinar en el presente caso es la relativa a si las tropas turcas dirigían operaciones militares en el momento de los hechos dentro del área donde los asesinatos tuvieron lugar.

81. A la vista de la documentación aportada y de la información disponible, el Tribunal considera que no se cuenta con prueba suficiente para determinar si las tropas turcas dirigieron una operación militar que incluía la zona en la que se sucedieron los hechos denunciados en la demanda.”

Por todo ello, el Tribunal decide que no se da el requisito mencionado en el artículo 1 con la expresión “dependientes de su jurisdicción” para que el estado Turco incurra en responsabilidad por el suceso denunciado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

Resulta un tanto chocante que, tras desarrollar el hilo argumental de la existencia o no de jurisdicción por parte del Estado turco¹ en relación con los hechos acaecidos fuera de su territorio, la sentencia termine absolviendo a Turquía por falta de pruebas concluyentes que pudieran relacionarla con los hechos acaecidos. Si el problema era la falta de prueba, la existencia o no de jurisdicción ya no lo era, al menos no como para convertirla en piedra angular de la fundamentación de la sentencia.

Por otro lado, la interpretación tan amplia de jurisdicción que hace el TEDH en el marco de la Convención, más allá del clásico elemento de la territorialidad, es acertada si se pretende dotar del máximo grado de protección a los derechos y libertades reconocidos en la misma, evitando la impunidad de los Estados parte por acciones u omisiones cometidos fuera de su territorio. De algún modo esta interpretación se viene desarrollando desde los años 90, precisamente en el caso LOIZIDOU/TURQUÍA, consecuencia directa de la ocupación ilegal turca del Norte de Chipre.

III. EL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 2 de la Convención:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”

El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005)

Hechos:

Trece ciudadanos chechenos, unos de nacionalidad rusa y otros nacionales de Georgia, cruzaron la frontera ruso-georgiana cerca de un puesto aduanero de Guirévi, en Georgia, en agosto de 2002. Tras ser decretada la prisión provisional en Georgia para todos ellos por tráfico ilegal de armas y otros delitos, el fiscal general de Rusia solicitó su extradición ya que estaban acu-

(1) Ver G. COHEN-JONATHAN: “À propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 de novembre de 2004). Quelques observations sur les notions de «jurisdiction» et d’«injonction», *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 64, octubre de 2005, pp. 767 y ss.

sados de terrorismo. Georgia rechazó la solicitud, por no ir acompañada de la correspondiente información relativa a la identidad, nacionalidad y domicilio de las personas cuya extradición se pedía. A su vez, el Código Penal georgiano prohíbe la extradición de un individuo a un país donde el delito cometido puede ser penado con la pena capital.

Rusia aseguró que los ciudadanos cuya extradición se solicitaba no serían condenados a muerte, porque existe una moratoria sobre la pena capital desde 1996. Georgia decide autorizar la extradición de cinco de ellos, ingresados en una prisión del Cáucaso ruso. Con posterioridad, cuatro de ellos fueron trasladados a una prisión de la región de Stavropol. Del quinto se desconoce el lugar adonde fue trasladado.

Los demandantes plantean que el procedimiento de extradición no ha sido legal. En primer lugar, por existir una amenaza real de que pudieran ser torturados y sometidos a tratos inhumanos y degradantes en Rusia y poder ser posteriormente fusilados. En segundo lugar, porque los interesados no fueron informados con la suficiente antelación de que iban a ser objeto de una extradición con la consiguiente indefensión sufrida. Tampoco había sido establecida adecuadamente su identidad por parte de las autoridades.

Denuncia, a su vez, que en la prisión georgiana fueron maltratados por los servicios de seguridad, lesiones probadas por medio de partes médicos, y que uno de los ciudadanos extraditados permanece en paradero desconocido sospechándose que pudiera estar muerto.

Este caso suscita sobre todo cuestiones en la aplicación de los artículos 2, 3, 5, 13, 34 y 41.

El TEDH dice y decide:

Examinando la extradición como posible atentado al artículo 2 (derecho a la vida), el Tribunal afirma:

“371. Las referencias constantes al contexto general del conflicto checheno no pueden servir de prueba de la posibilidad de la ejecución extrajudicial a la cual estarían expuestos los interesados por medio de la extradición.

372. Por tanto, el Tribunal concluye que los hechos de la causa no permiten afirmar que, en el momento de autorizarse la extradición por parte de Georgia, existían motivos serios para creer que dicha extradición podía exponer a los demandantes a un riesgo personal real de sufrir una ejecución extrajudicial. No hay por tanto violación alguna del artículo 2 de la Convención por parte de Georgia.”

Nota crítica:

La amplia parte dispositiva de la sentencia (29 apartados) comienza deshaciendo las obsoletas y mal fundadas pretensiones de Rusia de que el Tribunal carecía de competencia (desde la inexistencia de la demanda porque no la habían presentado los propios afectados hasta la ausencia

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

de representación de los afectados ante el Tribunal en buena y debida forma, como si a Rusia le preocupasen los derechos de la defensa de estas personas).

Si se examinan los hechos, al comprobar que una de las 11 personas detenidas en Georgia había desaparecido (y es muy posible su desaparición forzada), no es admisible concluir que no se ha violado el derecho a la vida; se ha violado hasta el derecho a la memoria de esa persona.

La ausencia de pruebas fue valorada como esencial en esta materia; pero también la sentencia podía haber ido un poco más allá: Como Rusia era demandada, la sentencia podía haber advertido en este apartado la necesidad de una proscripción total y definitiva de la pena de muerte, proscripción que las autoridades rusas no parecen admitir ni de buen ni de mal grado.

IV. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 3 de la Convención: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

A) El caso BAKBAK/TURQUÍA (Sentencia de 1 de julio de 2004)

Hechos:

El danés Bakbak, nacido en 1967 en Turquía, visita la ciudad turca de Fethiye y, estando en una cafetería, es arrestado por la policía, acusado de importunar a los clientes. En el momento del arresto se resiste e insulta a los agentes de policía.

Dos horas después Bakbak es llevado a un médico forense, que firma un informe en el que decía que el arrestado presentaba una ligera tasa de alcoholemia y no presentaba en su cuerpo ninguna señal de golpes o de violencia.

Dos días después un médico del Ministerio de Sanidad lo examina y observa que tenía un corte debajo de una rodilla, golpes en la otra rodilla, en la espalda, etc. Las mismas constataciones realiza el servicio de ortopedia del hospital público de la citada ciudad.

El TEDH dice y decide:

“51... Las secuelas constatadas en los informes médicos (...) tienen por origen un trato que, incluso si no ha alcanzado un nivel elevado de gravedad, debe ser calificado como inhumano y del cual el Estado tiene la responsabilidad.”

Ha existido pues violación del artículo 3 y por eso se condena a Turquía al pago de 10.000 € por daño moral y 1.530 € por gastos y costas procesales.

Nota crítica:

El Tribunal diferencia entre torturas, penas inhumanas y degradantes y tratos inhumanos o degradantes. Sin duda la primera categoría presenta una especial gravedad, respecto a la tercera; pero las tres se hallan prohibidas por la Convención; además es una norma que no puede suspenderse ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación (artículo 15, 1.º).

B) El caso RAZAGHI/SUECIA (Sentencia de 25 de enero de 2005)**Hechos:**

El iraní Ali Reza RAZAGHI demanda a Suecia porque este Estado no le concede el asilo; en su Estado de origen era perseguido por haber cometido adulterio con la esposa de un mullah; por ello había sido condenado a la pena de muerte. Cuando Suecia decide su expulsión, amenaza con el suicidio.

El TEDH dice y decide:

Estando el asunto ante el TEDH, el Órgano Nacional de Migraciones (Migrationsverket) decide revocar la decisión de expulsión y concederle un permiso de residencia permanente. Por eso el Tribunal aplica el artículo 37.1.b), y decide cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar que el litigio haya sido ya resuelto.

Nota crítica:

El caso supone una clara aplicación por Suecia del principio de NO DEVOLUCIÓN.

C) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005)

(Ver hechos en estudio del artículo 2.)

El TEDH dice y decide:

“334. El Tribunal aclara que ni la Convención ni los protocolos consagran el derecho al asilo político.

335. No obstante, el Tribunal establece que sobre los Estados parte recae una obligación de no extraditar o expulsar al interesado o al demandante de asilo, a otro Estado, siempre que concurren motivos serios que lleven a creer que aquél vaya a correr un riesgo real de ser sometido a un tratamiento contrario al artículo 3 de la Convención.

352. Las pruebas aportadas por los representantes de los demandantes, que hacen referencia al contexto general del conflicto en la República de Chechenia, en ausencia de otras indicaciones específicas, impiden afirmar que la situación de los interesados pudo haber sido expuesta a unos riesgos que vulnerarían el artículo 3 de la Convención.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

353. Por tanto, el Tribunal concluye que los hechos de la causa no permiten afirmar que, en el momento de autorizar la extradición por parte de Georgia, existían motivos serios para creer que dicha extradición podía exponer a los demandantes a un riesgo personal real de sufrir un trato inhumano o degradante. Por tanto, no existiría violación del artículo 3 por parte de Georgia.”

La sentencia exonera de responsabilidad a Georgia en algunos aspectos (sobre todo el de la extradición) pero la condena por violar el artículo 3 en las dependencias policiales georgianas la noche del 3 al 4 de octubre de 2002.

Nota crítica:

El Tribunal recuerda en primer término los límites de la Convención, observando que ésta no protege el derecho al asilo político. Pero recuerda a su vez la regla de NO DEVOLUCIÓN (*Non refoulement*), básica en esta materia y que justifica toda la jurisprudencia de Estrasburgo en la que se protege a los extranjeros aplicando este artículo 3.

Debe quedar claro que afirmar que los interesados (al ser extraditados a Rusia) no sufrieron riesgo de sufrir torturas, tratos o penas inhumanas o degradantes estando implicados en el conflicto checheno, parece por lo menos aventurado e indica que en esta materia el Tribunal desgraciadamente ha fijado su mirada en otra parte.

Si se dice lo contrario, no se entiende que el mismo Tribunal indique en el párrafo 366 de esta sentencia: “El Tribunal observa el nuevo fenómeno, extremadamente alarmante, de las persecuciones y muertes de personas de origen checheno que han presentado una demanda ante él. Este fenómeno ha sido denunciado recientemente por la Federación Internacional Helsinki de Derechos Humanos (...) y también ha sido deplorado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa...”

Por eso resulta muy criticable la posición del TEDH en la materia.

D) El caso MÜSLIM/TURQUÍA (Sentencia de 26 de abril de 2005)

Hechos:

El iraquí Ahmad Hassan MÜSLIM sufre en su Estado de origen persecución por sus ideas políticas y su pertenencia a la minoría turcomana. Un hermano suyo muere en extrañas circunstancias, otro es condenado a 16 años por lanzar octavillas contra Sadam Hussein, etc.

Huye a Turquía a través del Kurdistán y allí se le concede un estatuto provisional de refugiado en 2000. Tras la invasión de Irak por USA y el Reino Unido, Turquía intenta devolver a los refugiados iraquíes. El demandante se opone alegando que correría peligro de sufrir malos tratos, torturas e incluso perder la vida.

Los temores del demandante se apoyan en informes de Amnistía Internacional y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

El TEDH dice y decide:

“66. La prohibición de los malos tratos enunciada en el artículo 3 es también absoluta en materia de expulsión. Así, cada vez que hay motivos serios y comprobados para pensar que una persona correrá, en el país de destino, un riesgo real de ser sometido a los tratos contrarios al artículo 3, la responsabilidad del Estado parte –de protegerla contra tales tratos– aparece en el caso de expulsión...

68. Las pruebas aportadas al Tribunal en cuanto a los antecedentes del demandante y al contexto general en Irak permiten establecer que la situación personal del interesado no sería peor que la de otros miembros de la minoría turcomana ni incluso que la de los otros habitantes del Norte de Irak, región además que parece menos afectada por la violencia que las otras partes del país.”

Por eso decide que “en la eventualidad de la ejecución de una decisión que pueda adoptarse para su expulsión a Irak, no habría violación del artículo 3”.

Nota crítica:

La sentencia resalta otra vez el carácter absoluto de la prohibición de los malos tratos. Al establecer una comparación con la situación general de Irak, se puede alcanzar la conclusión de la no violación del artículo 3 por parte de Turquía; pero estamos por lo menos ante una conclusión peligrosa, dado el clima de inseguridad general que vive Irak. Esta peligrosa senda es seguida por el TEDH en demasiados casos (por ejemplo, de la minoría tamil).

E) El caso RAMÍREZ SÁNCHEZ/FRANCIA (Sentencia de 25 de enero de 2005)**Hechos:**

El venezolano Ilich RAMÍREZ SÁNCHEZ, conocido como “Carlos”, que se califica como “revolucionario de profesión” (p. 9) y se considera un “prisionero político” (p. 15) sufre en cárceles francesas un régimen de aislamiento, necesario (según las autoridades penitenciarias) para mantener el orden público.

Lleva el asunto ante tribunales franceses y después al TEDH, alegando que se violaban dos normas: El artículo 3 y el artículo 13, sobre todo porque existía una renovación casi automática de las medidas de aislamiento. El TEDH rechaza su alegación sobre el artículo 3 y examina la relativa al artículo 13.

El TEDH dice y decide:

“101... El Tribunal admite que la detención del demandante presenta serias dificultades a las autoridades francesas. Éste, implicado en diversos atentados terroristas en los años 70, era considerado en esta época como uno de los terroristas más peligrosos del mundo. Por eso el Tribunal comprende que las autoridades hayan estimado necesario adoptar medidas extraordinarias de seguridad...

113. En el caso el Tribunal observa que el demandante no ha sido sometido ni a un aislamiento sensorial ni a un aislamiento social total, sino a un aislamiento social relativo (...). El Tribunal concede en este punto una gran importancia al hecho de que su abogada, que es igualmente su prometida,

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

ha podido visitarlo frecuentemente... y que ha recibido igualmente la visita de otros 57 abogados. Además el mantenimiento en aislamiento, sea cual sea su duración, en sí reprochable, no le ha causado, teniendo en cuenta su edad y su estado de salud, sufrimientos que alcanzan el nivel de gravedad requerido para que el artículo 3 sea violado...

118. El Tribunal observa que el mismo demandante ha afirmado en sus respuestas que él se encontraba en perfecto estado de salud mental y física..."

Por eso decide que no ha existido violación del artículo 3.

Nota crítica:

El rechazo de la alegación del artículo 3 no fue compartido unánimemente sino que se decidió por 4 a 3. Y los jueces ROZAKIS, LOCAIDES y TULKENS firmaron una Opinión Disidente, afirmando que el mantenimiento del demandante durante 8 años y 3 meses en régimen de aislamiento constituye un trato inhumano contrario al artículo 3.

A mi entender estamos ante una cuestión hoy controvertida; pero si los Derechos Humanos y especialmente los de este tipo no nos protegen a todos (incluidos los terroristas), terminaremos justificando la tortura como cualquier dictador o como cualquier miembro del Gobierno del Sr. Bush; de ahí a justificar Guantánamo va un pequeño paso que ningún demócrata puede dar.

A mi entender la solución mayoritaria resulta especialmente vulnerable si tenemos en cuenta que este artículo 3 no puede suspenderse ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación (artículo 15.1).

V. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 5:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente .
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.
2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo l.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.
4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.
5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

A) El caso SING./REPÚBLICA CHECA (Sentencia de 25 de enero de 2005)

Hechos:

Dos nacionales indios, que residían regularmente en territorio checo, son detenidos acusados de ayudar a algunas personas a atravesar irregularmente la frontera checa. Son condenados a 21 meses de prisión así como a su expulsión por una duración indeterminada.

Cumplida su condena, son detenidos para su expulsión. Al intentar expulsarlos, la República Checa se encuentra con falta de pasaporte; lo solicita a la Embajada india en Praga pero ésta no los otorga, dice que tienen pasaporte en vigor, etc.

La detención para su expulsión dura nada menos que dos años y medio; puestos en libertad, uno de ellos abandona territorio checo para residir en Eslovaquia; el otro renueva su visado en la República Checa.

Los demandantes alegaban la violación del artículo 5, párrafos 1 y 4.

El TEDH dice y decide:

Sobre el artículo 5.1:

“61. El Tribunal recuerda que sólo el desarrollo del procedimiento de expulsión justifica la privación de libertad fundada en el artículo 5, 1.º de la Convención. Si el procedimiento no se ha desarrollado con la diligencia requerida, la detención deja de estar justificada (...) La detención durante el perio-

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

do contemplado debe ser conforme con el fin del artículo 5, 1.º, o sea proteger al individuo de toda privación de libertad arbitraria...

66... Los demandantes observan con toda justicia que la infracción por la que han sido condenados no tenía una gravedad mayor y que la duración de su detención para su expulsión ha superado la de su pena de prisión.”

Sobre el artículo 5.4:

“74... El «plazo» en el sentido del artículo 5.4 de la Convención comienza con la presentación del recurso ante el tribunal y se termina el día de la comunicación de la decisión al demandante o a su abogado...

76. Comparando los aspectos del caso con otros asuntos en los que el Tribunal ha concluido la violación de la exigencia del «breve plazo» según el artículo 5, 4.º y teniendo presente que durante ese tiempo los interesados se hallaban privados del derecho a introducir nuevas demandas, el Tribunal estima que esta disposición ha sido desconocida en el caso...”

Nota crítica:

En este caso el Tribunal pone el acento en la necesidad de que los Estados adecuen sus conductas a las exigencias convencionales y establezcan la mayor racionalidad posible en la expulsión de extranjeros y en su detención para la expulsión. En caso contrario los actos de los Estados se convierten en arbitrarios.

B) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005)

(Ver hechos en estudio del artículo 2.)

El TEDH dice y decide:

“396. El artículo 5.1 de la convención establece la lista exhaustiva de circunstancias bajo las cuales una persona puede ser privada de su libertad de acuerdo al procedimiento establecido por la ley.

397. Una de estas circunstancias es la del artículo 5.1.f) que exige solamente que un procedimiento de extradición esté en curso...

407. Por ello, no hay una violación por parte de Georgia del artículo 5.1 de la Convención...

413. El Tribunal señala que el párrafo segundo del artículo 5 de la Convención enuncia una garantía elemental: toda persona detenida tiene el derecho a saber el motivo de su detención, a fin de poder discutir la legalidad de la medida delante de un tribunal.

416. El Tribunal, a la vista de la información recabada, considera que los detenidos no fueron informados suficientemente de los motivos de su detención...

428. El Tribunal concluye que hay una violación del artículo 5.2 de la Convención por parte de Georgia...

431. En lo que concierne al artículo 5.4 de la Convención, el Tribunal señala que el control de legalidad perseguido por dicha disposición no se encontraba incluido en las decisiones de privación de libertad adoptadas por el tribunal ruso contra los demandantes y ejecutadas por Georgia...

434. El Tribunal concluye que hay una violación del artículo 5.4 de la Convención.”

Nota crítica:

Las condenas a Georgia en esta materia son abundantes y lógicas. Pero todavía falta una, pues de 11 detenidos en sus dependencias policiales solamente se conoce la suerte de 10; sobre el otro (posible desaparición forzada) ni siquiera los abogados georgianos pudieron obtener ningún dato.

VI. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN)

“Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

A) El caso K./ITALIA (Sentencia de 29 de julio de 2004)**Hechos:**

La polaca W.K., residente en Katowice, es madre de una niña, nacida de la relación con el italiano M.P. K presenta el 19 de noviembre de 1988 una demanda ante el Tribunal de su localidad de residencia, solicitando que el italiano pagase los alimentos para su hija; la sentencia del tribunal de Katowice se convierte en definitiva el 15 de julio de 1993, aplicando la Convención sobre la

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956, en la cual tanto Polonia como Italia son partes.

El 30 de mayo de 1994 el tribunal de Katowice envía su sentencia al Ministerio Italiano de Interior, urgiendo la ejecución. La duración del procedimiento de ejecución de esta sentencia es impugnada por la demandante, aduciendo el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El TEDH dice y decide:

“36. El Tribunal observa en el presente caso cierto grado de complejidad. Observa sin embargo que las autoridades italianas ha esperado hasta noviembre de 1996 para entablar un procedimiento ante el tribunal de apelación de Perugia y han esperado desde el 2 de abril de 1999 hasta diciembre de 2000 para entablar un nuevo procedimiento de ejecución.

37... El Tribunal considera que la duración del procedimiento incriminado, tomada en su conjunto, no ha respetado la regla del «plazo razonable».

38. Por tanto, ha existido violación del artículo 6.1.”

Nota crítica:

Interesa destacar que el “plazo razonable”, exigido por el artículo 6.1, de la Convención, no solamente afecta a demandas sobre el fondo de una materia sino también a solicitudes de ejecución de sentencias extranjeras. Es obvio que tal solicitud de ejecución debe cumplir todos los requisitos internos e internacionales pertinentes.

B) El caso FATTELL/FRANCIA (Sentencia de 27 de enero de 2005)

Hechos:

El estadounidense Georges Fattell, residente en Francia, es acusado de evasión fiscal; reclama contra la exigencia del fisco francés del pago de ciertas cantidades comenzando su periplo judicial el 15 de febrero de 1985 y terminándolo el 10 de enero de 2000.

El TEDH dice y decide:

“23. El Tribunal recuerda que el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta los criterios consagrados por su jurisprudencia, en particular la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y el de las autoridades competentes...

25... El Tribunal constata que los retrasos no son imputables al demandante, sobre todo tratándose del plazo de dos años y medio entre el registro de su apelación, el 17 de enero de 1990, y la sentencia del tribunal administrativo de apelación de 16 de junio de 1992, así como del plazo de cuatro años y medio entre el registro del recurso el 24 de julio de 1992 y la sentencia del Consejo de Estado de 8 de enero de 1997.”

Por tanto hay violación del artículo 6.1.

Nota crítica:

No ofrece novedades esta sentencia; en todo caso, parece irreal (y es totalmente inadmisibles) que transcurran tales plazos y el Estado demandado aún pretenda considerar que cumple este artículo 6.

VII. NO HAY PENA SIN LEY (ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN)**El caso ACHOUR /FRANCIA (Sentencia de 10 de noviembre de 2004)****Hechos:**

El argelino Couider ACHOUR es detenido en Francia y condenado por tráfico de drogas. Se trataba de un reincidente, pues había sido condenado en 1987 y lo fue en 1997 a doce años de prisión y expulsión del territorio francés. Los hechos se habían producido antes de una reforma del Código penal francés, que agravaba las penas para el reincidente.

El TEDH dice y decide:

“32. El Tribunal recuerda que el artículo 7 de la Convención consagra, de manera general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y prohíbe, en particular, la aplicación retroactiva del derecho penal cuando se realiza en detrimento del acusado... Si prohíbe en particular extender el campo de aplicación de las infracciones existentes a hechos que anteriormente no constituían infracciones, ordena además no aplicar la ley penal de manera extensiva en detrimento del acusado, por ejemplo por analogía.”

El Tribunal decide por 4 votos a 3 que ha existido violación del artículo 7 de la Convención y que la constatación de la violación es en sí misma una satisfacción equitativa suficiente.

Nota crítica:

La sentencia recuerda la tesis clásica del principio de legalidad de los delitos y de las penas, a veces olvidada incluso a comienzos del s. XXI.

VIII. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN)**Dice el artículo 8:**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

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.”

Varias cuestiones surgen respecto a esta norma; podemos agruparlas en las siguientes categorías:

- a) Vida familiar y expulsión.
- b) La patria potestad compartida de un menor.
- c) El respeto a la correspondencia de un detenido extranjero.

A) Vida familiar y expulsión: El caso MOHAMMED YUUSUF/HOLANDA (Sentencia de 21 de abril de 2005).

Hechos y arreglo amistoso:

El somalí demandante reside en Holanda, con su esposa e hijos, habiendo obtenido un permiso de residencia por razones humanitarias; juzgado por pequeños delitos, el gobierno decide su expulsión.

Tras presentar su demanda ante el TEDH, las partes llegan a un arreglo amistoso en virtud del cual se concede a Yuusuf un permiso de residencia.

En virtud del artículo 37 de la Convención, el Tribunal decide cancelar la demanda del registro de entrada.

B) La patria potestad compartida de un menor: El caso MONORY/RUMANIA Y HUNGRÍA (Sentencia de 5 de abril de 2005)

Hechos:

El húngaro György MONORY se casa con una rumana (que también tenía la nacionalidad húngara) y tienen un hijo; tras el divorcio, György no puede ver su hijo, razón por la cual demanda a ambos Estados. Solicita que se aplique la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre el secuestro internacional de menores, en la cual tanto Hungría como Rumania son partes.

Desde el punto de vista de la extranjería nos interesa la demanda dirigida contra Rumania.

El TEDH dice y decide:

Además de revisar su teoría clásica según la cual el derecho al respeto de la vida familiar impone a los Estados partes en la Convención obligaciones positivas y negativas, señala que

las autoridades rumanas no han realizado los esfuerzos suficientes para que el demandante pudiera ver a su hijo (cons. 79, 81 y 84, sobre todo) y por tanto no han respetado su derecho a la vida familiar, violando pues el artículo 8.

Nota crítica:

No existen demasiadas novedades en este caso, si lo comparamos con la jurisprudencia anterior. A pesar de ello hay que destacar la aplicación de la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre el secuestro internacional de menores.

C) El respeto a la correspondencia de un detenido extranjero: El caso OSPINA VARGAS (Sentencia de 14 de octubre de 2004)

Hechos:

Orlando Cediél OSPINA VARGAS, colombiano, fue detenido en 1992 en Italia y condenado a 14 años de prisión en 1996, por tráfico de drogas. Entre abril de 1995 y noviembre de 1999, el Ministro de Justicia italiano (autoridad legalmente competente) le sometió a un régimen especial de restricción de derechos penitenciarios (visitas, comunicaciones, actividades en la prisión, etc.), permitido por la ley italiana por razones de orden y seguridad pública; su establecimiento y su prórroga se apoyaban en informes policiales.

Se sometió su correspondencia a censura judicial previa, conforme al régimen legal vigente en Italia entre 1993 y 2004 (artículo 18 ley sobre administración penitenciaria). Por imperativo constitucional, las únicas autoridades competentes para adoptar medidas en este ámbito eran el juez del asunto hasta la decisión de primera instancia y posteriormente el juez de aplicación de penas. La autoridad judicial podía ordenar que una o varias cartas no fueran entregadas o remitidas informando de ello al detenido. Este régimen era aplicable a los libros y revistas que el detenido tenía derecho a guardar consigo.

El régimen y el control de correspondencia se suavizaron, en algún extremo y momento (por los tribunales, el Ministro de Justicia o la práctica penitenciaria). Pero los tribunales italianos rechazaron sus demandas para que el citado régimen fuera suprimido. Finalmente la ley de administración penitenciaria fue modificada a través de la ley n.º 95/2004.

Se plantea dos cuestiones básicas: El control de la correspondencia del demandante (artículo 8 de la Convención) y su libertad de información (artículo 10 del mismo texto).

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

El TEDH dice y decide:

En cuanto a la violación de la correspondencia del demandante, la sentencia señala:

“38. El Tribunal observa que el control de la correspondencia del demandante ha sido ordenada en todo momento por el juez de aplicación de las penas siguiendo el artículo 18 de la ley de administración penitenciaria. Pero el Tribunal ha constatado en diversas ocasiones que el control de la correspondencia basado en el artículo 18 desconoce el artículo 8 de la Convención porque no está «previsto por la ley», en la medida en que aquél no regula ni la duración de las medidas de control de la correspondencia de los detenidos, ni los motivos por los que se puede justificar, ni indica con bastante claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades competentes en el ámbito considerado...

39. A la luz de lo que precede, el Tribunal constata que en ningún momento el control de la correspondencia del demandante estaba “previsto por la ley” en el sentido del artículo 8 de la Convención. Esta conclusión torna superfluo el verificar en el caso el respeto de las otras exigencias del párrafo 2 de la misma disposición. El Tribunal toma nota, en este momento, de la entrada en vigor de la ley n.º 95/2004 que modifica la ley de administración penitenciaria y subraya que esta ley sin embargo no permite rectificar las violaciones realizadas antes de su entrada en vigor.

40. Hay pues violación del artículo 8 de la Convención.”

Nota crítica:

Estamos ante una materia que no afecta sólo a los extranjeros, es evidente, pero de gran interés para éstos, dado el incremento de la población penitenciaria de inmigrados; por cierto, en dicha población son incluidos muchas veces quienes han cometido el terrible delito (que no es tal, desde luego) de atravesar irregularmente una frontera...

Resulta lógico que, si se admite que no hay ley aplicable al caso, no se tenga que pronunciar el órgano judicial sobre las condiciones de validez de dicha ley (o sea si la medida es válida en una sociedad democrática, si sirve a intereses legítimos del Estado y si respeta la proporcionalidad).

La sentencia resalta que en varias ocasiones anteriores Italia ha sido condenada por mantener este régimen penitenciario. La pregunta es por qué razón ese Estado, tras cumplir las sentencias correspondientes, no ha procedido a alinear su derecho interno con la Convención, como tiene obligación jurídica de hacerlo (ver sobre todo el artículo 1).

IX. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCION)

“Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su

religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

(No hay jurisprudencia sobre esta materia en el período analizado.)

X. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, OPINIÓN E INFORMACIÓN DEL EXTRANJERO (ARTÍCULO 10 DE LA CONVENCIÓN)

“Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

El caso OSPINA VARGAS (Sentencia de 14 de octubre de 2004)

Hechos:

En el caso el demandante también se quejaba de que no le había sido entregado un libro que relataba la fuga del narcotraficante colombiano Pablo Escobar; el libro se hallaba a la venta en librerías.

El TEDH dice y decide:

“43. El Tribunal observa que la interceptación del libro y la decisión de no entregarlo al demandante se fundaba en el artículo 18 de la ley de administración penitenciaria, disposición que autorizaba el control de todo lo que era enviado a los detenidos por correspondencia, incluidos los paquetes...”

44. El Tribunal estima pues que la decisión de no entregar al demandante el libro en cuestión no estaba «prevista por la ley» en el sentido del artículo 8 de la Convención. Hay pues violación de esta norma.

Esta conclusión torna superfluo en el caso, de un lado, el verificar el respeto de las otras exigencias del artículo 8 y de otra parte el examinar este argumento en el terreno del artículo 10.”

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

Decide pues que no es necesario examinar si hay violación del artículo 10.

Nota crítica:

Es una pena que el Tribunal simplemente busque la salida más fácil y menos garantista. Porque si estamos ante un libro vendido libremente en la calle, no se le entrega a un condenado y ello no está previsto por la ley, la violación era clara.

XI. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 13:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

A) El caso RAMÍREZ SÁNCHEZ/FRANCIA (Sentencia de 27 de enero de 2005)

Hechos:

(Ver artículo 3.)

El TEDH dice y decide:

128. La extensión de la obligación que el artículo 13 hace pesar sobre los Estados partes varía en función de la naturaleza del argumento del demandante. Sin embargo, el recurso exigido por el artículo 13 debe ser «efectivo» tanto de hecho como de derecho...

129. La «efectividad» de tal «recurso» en el sentido del artículo 13 no depende de la certeza de un resultado favorable para el demandante. Además, la «instancia» de la que habla esta disposición no es necesario que sea una institución judicial...

130. Sólo falta que el Tribunal determine si el demandante disponía en derecho francés de medios para quejarse de las prolongaciones de su mantenimiento en aislamiento (...) y si estos medios eran «efectivos»...

132. El demandante presentó un recurso ante el tribunal administrativo el 14 de septiembre de 1996 pero por sentencia de 25 de noviembre de 2008 el tribunal lo rechazó recordando que se trataba de una medida interna no susceptible de ser deferida al juez administrativo.

133. El Tribunal observa en este punto que esta decisión era conforme con la jurisprudencia constante del Consejo de Estado...

134. Precisamente mediante una sentencia de 30 de julio de 2003 el Consejo de Estado modificó su jurisprudencia, estableciendo que una medida de aislamiento podía ser deferida al juez administrativo en el marco de un recurso por exceso de poder.”

Por tanto, ha existido violación del artículo 13.

Nota crítica:

El imperio de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre los ordenamientos internos se logra poco a poco, caso a caso. En el caso del artículo 13 ello sucede con gran lentitud.

En este caso conviene revisar asimismo si la situación de RAMÍREZ SÁNCHEZ se ajusta al artículo 3, cosa que el Tribunal no ha hecho; porque el rechazo de esa alegación no fue compartida unánimemente sino que se decidió por 4 a 3. Y los jueces ROZAKIS, LOCAIDES y TULKENS firmaron una Opinión Disidente, afirmando que el mantenimiento del demandante durante 8 años y 3 meses en régimen de aislamiento constituye un trato inhumano contrario al artículo 3.

B) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005)

(Ver hechos en estudio del artículo 2.)

El TEDH dice y decide:

“El artículo 13 exige la existencia de un recurso interno que habilite a la «instancia» nacional competente a conocer el contenido de los argumentos basados en la Convención y, además, a ofrecer la respuesta adecuada (...) Pero no llega a exigir una forma concreta de recurso, teniendo los Estados partes un margen de apreciación (...) Además, la «efectividad» que exige al recurso no depende de la certidumbre de un resultado favorable...”

Al no poder defenderse contra la decisión georgiana de extraditarlos, pues no les había sido comunicada tal decisión y a los abogados se les había informado por teléfono (p. 450), la sentencia prosigue:

“458. En estas condiciones parece inútil recordar que, para impugnar una decisión de extradición... los demandantes o sus abogados hubieran debido disponer de suficientes informaciones con suficiente tiempo, oficialmente comunicadas por las autoridades competentes...”

Nota crítica:

La violación del artículo 13 es evidente; puede además conectarse con la del artículo 6 de la Convención. Prácticamente todos los derechos de la defensa han sido violados, incluido el derecho a un recurso efectivo.

XII. EXPULSIÓN Y DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCION)**Dice el artículo 14:**

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones polí-

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

ticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

(No hay jurisprudencia sobre esta materia en el período analizado.)

XIII. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 34:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

A) El caso CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA (Sentencia de 12 de abril de 2005)

(Ver hechos en estudio del artículo 2.)

El TEDH dice y decide:

471. Para que el mecanismo de recurso individual establecido por el artículo 34 sea eficaz, es de suma importancia que los demandantes tengan la libertad de estar en comunicación con el Tribunal sin que las autoridades les presionen de cualquier manera para retirar o modificar sus alegaciones...

476. Los demandantes extraditados estuvieron detenidos en unas condiciones de incomunicación después de su extradición. Los demandantes no pudieron, por tanto, estar en contacto con sus representantes ante el TEDH por orden de las autoridades rusas...

478. El Tribunal juzga que las dificultades para comunicarse con los detenidos a consecuencia de su extradición son un atentado al ejercicio efectivo del derecho garantizado en el artículo 34 de la Convención.

479. Por tanto, Georgia no ha respetado las obligaciones impuestas por el artículo 34 al no haber suspendido la extradición en vista de dichas dificultades...

518. A la vista de lo anterior, el Tribunal estima que las medidas adoptadas por el gobierno ruso, dificultaron, a su vez, el ejercicio de dicho derecho. Por tanto, se ha producido una violación de dicho artículo por parte de Rusia.”

Nota crítica:

De nuevo nos encontramos en este caso con gravísimas violaciones de los derechos humanos, en este caso del derecho a la demanda individual ante el TEDH. Estamos ante un derecho de

naturaleza procesal, no de naturaleza material, pero imprescindible para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Título I de la Convención y en los protocolos.

B) El caso MAMATKULOV Y ABDURASULOVIC (Sentencia de 6 de febrero de 2003, Sección 1.^a, y Sentencia de 4 de febrero de 2005, Gran Sala)

Hechos:

Dos nacionales uzbekos demandan a Turquía aduciendo que se habían violado varias normas convencionales en su proceso de extradición. Ambos habían llegado a territorio turco con visados turísticos; arrestados en Turquía, serían extraditados a Uzbekistán, acusados de un homicidio y de atentado contra el Presidente de ese Estado. Esos hechos habían sido calificados como delitos comunes por los tribunales turcos.

El 11 y el 22 de marzo de 1999, antes de que se produjera la extradición, presentan una demanda ante el TEDH; la Sala juzgadora, aplicando el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, adopta unas medidas provisionales indicando que Turquía no debía extraditarlos hasta que el mismo TEDH hubiera decidido sobre el caso.

Pero la extradición se produjo realmente el 27 de marzo de 1999, sin que Turquía respetara las medidas provisionales.

Juzgados en su Estado de origen, fueron condenados a diversas penas de prisión que, en el primer caso, totalizaban 20 años y en el segundo 11 años; esas penas las debían cumplir en establecimientos penitenciarios en “régimen estricto”.

En la Sentencia de 6 de febrero de 2003 el TEDH decide que no ha existido violación de los artículos 3 y 6, pero sí del artículo 34 (derecho a recurrir al propio TEDH).

Llevado el caso ante la Gran Sala por el Estado demandado, la Sentencia de 4 de febrero de 2005 adopta la misma conclusión.

La sentencia de 2005 (sobre todo en los considerandos 103 a 126) tiene un gran interés respecto a las medidas provisionales adoptadas por el TEDH³

Existen sin embargo dos variaciones:

1.^a En 2005 la Gran Sala condena a Turquía a pagar 5.000 € a cada demandante por daño moral

2.^a La condena en costas y gastos procesales pasa de 10.000 € a 15.000 €

(2) Ver la Crónica publicada en el n.º 4 de esta *REDMEX*, pp. 281-283.

(3) Ver Ph. FRUMER: “Un arrêt définitif sur les mesures provisoires: La Cour Européenne des Droits de l’Homme persiste et signe. Commentaire de l’arrêt Mamatkulov et Askarov c. Turquie”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 64, octubre 2005, pp. 799 y ss.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

Esta sentencia nos presenta una lúcida síntesis de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 3 y las posibilidades de violación por los Estados partes en la Convención. Para ello parte del conocido caso SOERING, cuya sentencia de 1989 prohibió a Gran Bretaña la extradición a los Estados Unidos de este nacional alemán, que había cometido un asesinato en territorio estadounidense.

Recordar esta línea jurisprudencial puede considerarse como una simple reafirmación; pero el recordatorio esconde un pronunciamiento de indudable valor, sobre todo tras el 11 de septiembre de 2001.

Vista la situación en Uzbekistán, la solución dada por el TEDH debiera haber sido la contraria, afirmando que Turquía, al extraditar a los demandantes, había violado la Convención; el riesgo de que aquellos sufrieran tratos inhumanos e incluso tortura ni mucho menos resultaba teórico o potencial.

XIV. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2 PROTOCOLO N.º 4).

Dice el artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4:

“1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.”

(No hay jurisprudencia sobre esta materia en el período analizado.)

XV. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4 PROTOCOLO N.º 4)

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional n.º 4:

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.”

(No hay jurisprudencia sobre esta materia en el período analizado.)

XVI. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1 PROTOCOLO N.º 7)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 7:

“1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

- a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión
- b) hacer que se examine su caso, y
- c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

El caso SZYSZKOWSKI (Sentencia de 29 de marzo de 2005)

Hechos:

El polaco Marek Norbert Szyszkowski, residente en el micro-Estado de la República de San Marino alegaba haber sido víctima de la violación de esta norma. Acusado de causar desórdenes públicos en un pub, embriagado y resistiéndose a la autoridad, le había sido revocado su permiso de residencia temporal. A pesar de haberle prohibido la entrada en territorio sanmarinés, dicha entrada se habría producido siendo entonces detenido.

Según su abogado, se habría violado esta norma porque la revocación del permiso se produjo antes de que finalizase el proceso abierto por los hechos antes sintetizados. Por tanto se habrían violado los derechos de la defensa.

El correspondiente tribunal penal del Estado demandado decidía en 2004 sobre las acusaciones penales pero no sobre la legalidad de la expulsión.

Las incidencias del arreglo amistoso:

En el caso se produce un arreglo amistoso.

XVII. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 41 de la Convención:

“Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la Extranjería

A título de ejemplo, destacaré tres casos en los que ha existido la satisfacción:

- a) En el caso *OSPINA VARGAS*, el demandante solicitaba una amplia satisfacción equitativa, que el TEDH denegó porque el demandante “no había probado la existencia de un nexo de causalidad entre el perjuicio material invocado y las violaciones de los derechos garantizados por la Convención. En cuanto al daño moral, el Tribunal considera que en las circunstancias del caso la simple constatación de la violación de la Convención constituye una satisfacción equitativa suficiente en sí misma” (p. 48).
- b) En el caso *CHAMAÏEV y 12 otros CONTRA GEORGIA Y RUSIA* (Sentencia de 12 de abril de 2005) el TEDH condena a Georgia y a Rusia a abonar a los afectados una suma de dinero correspondiente como consecuencia de los daños ocasionados. Estas cantidades van desde 8.000 € hasta 2.500 €.
- c) La sentencia dictada en el caso *K./ITALIA* (Sentencia de 29 de julio de 2004) obligó a ese Estado a pagar 12.000 € por daño moral.

XVIII. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES

A título de ejemplo, destacaré tres casos en los que el Estado demandado ha sido condenado al pago de gastos y costas procesales:

- a) En el caso *ACHOUR /FRANCIA* (Sentencia 10 de noviembre de 2004) se condena a la demandada al pago de 5.917 € por gastos y costas procesales.
- b) En el caso *SINGH/REPÚBLICA CHECA* el Estado demandado pagó 3.000 € a los dos demandantes por este concepto.
- c) En el caso *FATTELL/FRANCIA* este Estado fue condenado a pagar 1.823 € por gastos y costas procesales.

XIX. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 46 de la Convención:

- “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.
2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución.”

En esta materia consúltese la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2004 en el caso *SEJDOVIC/ITALIA* por no adoptar todas las medidas necesarias para “terminar la violación constatada por el Tribunal y borrar sus consecuencias lo antes posible” (p. 45).

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

La prohibición del velo islámico no viola los derechos humanos

El 10 de noviembre de 2005 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaba una sentencia en el caso Leyla SAHÍN/TURQUÍA. La sentencia plantea la prohibición del velo en una Universidad turca.

El caso, que será objeto de un análisis futuro en profundidad, tiene su origen en una demanda de una estudiante turca presentada contra Turquía; aunque no contenga expresamente un elemento de extranjería, el Tribunal aborda indirectamente la misma cuestión en Estados de inmigración.

En síntesis, los hechos son los siguientes: La demandante, alumna de 5.º Curso de Medicina, se matricula en la Universidad de Estambul y acude a clase con el velo islámico. El 23 de febrero de 1998 el Rector de dicha Universidad adopta una circular en la cual se prohíbe a las estudiantes con la cabeza cubierta y a los estudiantes con barba participar en los cursos, estancias y clases prácticas.

Esta medida en seguida es impugnada por la demandante; tras ser expedientada en tal Universidad, se traslada a terminar la carrera en Viena. La circular del Rector se basaba en el artículo 2 de la Constitución Turca y en diversas normas de rango legal y reglamentario así como en la jurisprudencia.

La cuestión jurídica de fondo es si tal circular viola el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en la cual Turquía es parte. Esa norma convencional dice:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

El Tribunal Europeo revisa el Derecho Comparado de otros Estados asimismo obligados por la Convención citada. En la mayoría de ellos la cuestión se centra en el argumento principal de la

libertad personal de la portadora del velo; pero en Turquía, Azerbaiyán y Albania el debate se centra no sólo en la libertad personal sino también en el significado político del velo islámico.

Las diferencias en el Derecho Comparado son claras: Mientras la Ley francesa de 2004 prohíbe el velo en escuelas, colegios y liceos, en Alemania, Austria, Bélgica, Holanda, Reino Unido, Suecia y Suiza está permitido. En España dos Reales Decretos de enero de 1996 conceden poder a la dirección de los centros para decidir en enseñanza primaria y secundaria; no obstante, ello depende de las Comunidades Autónomas; en la realidad el velo es permitido en establecimientos escolares públicos.

La sentencia, adoptada por 16 votos a favor y 1 en contra, constata que existe una restricción a la libertad de religión de la demandante; pero examina después si la injerencia es admisible, cumpliendo las condiciones del artículo 9.2.

Desde luego la sentencia deja probado que la restricción se halla prevista por la ley, sin ningún resquicio para impugnar esa ley; conviene recordar que el concepto de ley de la Convención es un concepto material, no formal; por ello cabe introducir en ese concepto a la circular del Rector de Estambul.

Acepta a continuación que la restricción persigue un fin legítimo para la protección de los derechos y libertades de los demás y para la protección del orden.

Se pregunta después el Tribunal Europeo si es una medida necesaria en una sociedad democrática. Profundizando en el principio de la proporcionalidad, la sentencia dice: “Pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan una «sociedad democrática». Aun cuando a veces es necesario subordinar los intereses de los individuos a los del grupo, la democracia no se remite a la supremacía constante de la opinión de una mayoría sino que exige un equilibrio que asegure a los individuos minoritarios un trato justo y evite cualquier abuso de posición dominante” (p. 108).

La sentencia se basa en los dos principios –evidentemente desarrollados en el Derecho Turco– de laicidad e igualdad. Además el Tribunal no pierde de vista la existencia en Turquía “de movimientos políticos extremistas que se esfuerzan por imponer a toda la sociedad sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad” y considera legítimo que cada Estado, respetando siempre la Convención, adopte medidas contra tales movimientos (p. 115).

La sentencia lleva anejas la Opinión Concordante común de los Jueces ROZAKIS y VAJIC y la Opinión Disidente de la Juez TULKENS. Esta última Opinión, bien fundamentada, considera que el Tribunal se ha excedido y debiera haber proclamado la violación del artículo 9 por Turquía.

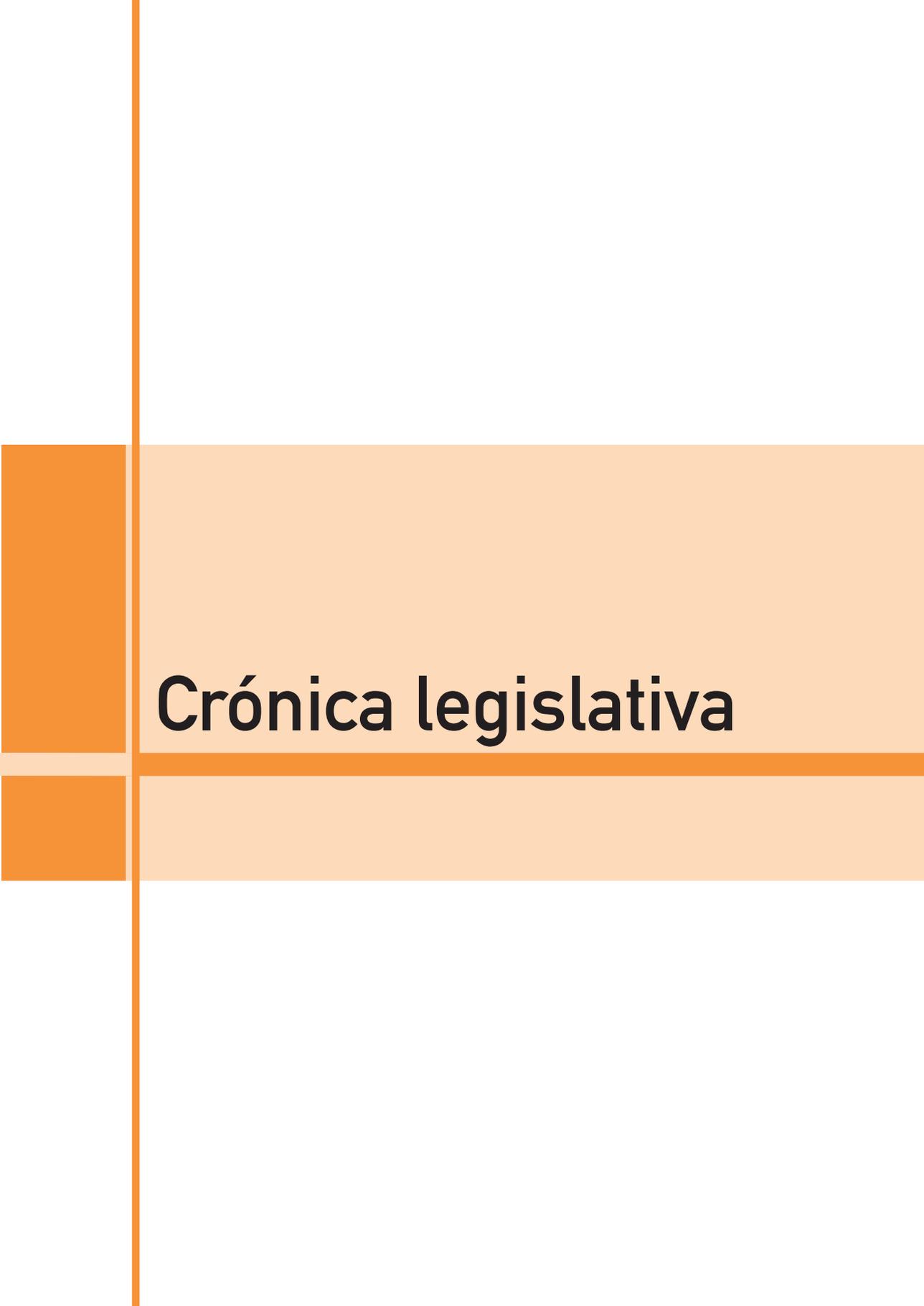
En conclusión puede afirmarse que esta sentencia, llamada a tener una gran resonancia en toda Europa, plantea numerosas cuestiones que interesan a todos los Estados democráticos. Entre ellas sobresale el contenido mismo del derecho a la libertad de religión (que indudablemente incluye el derecho a no tener ninguna religión y a manifestarlo públicamente, sin por ello su-

La prohibición del velo islámico no viola los derechos humanos

frir la descalificación de ningún clérigo). Porque, como señala expresamente la sentencia, “esta libertad figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es asimismo un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes (...) Esta libertad implica sobre todo la de adherirse o no a una religión y la de practicarla o no practicarla...” (p. 104).

Otras dos cuestiones que plantea la sentencia se refieren a los límites de dicha libertad y al poder de los Estados de limitar esa libertad en sus manifestaciones exteriores (siempre por los motivos o causas señalados en el párrafo 2.º de este artículo 9, o sea válidos en una sociedad democrática).

La sentencia demuestra que Turquía tiene en esta materia una legislación y una jurisprudencia claras, que respetan los derechos humanos de todas las personas. Y desgraciadamente esa claridad en materia religiosa ni mucho menos es un parámetro generalizado en los Estados de la Unión Europea.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text 'Crónica legislativa' is centered within the lighter orange band.

Crónica legislativa

CRÓNICA LEGISLATIVA

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (*BOE* n.º 188, de 8 de agosto de 2005).
- Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2005, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros (*BOE* n.º 200, de 22 de agosto de 2005).
- Decreto 85/2005, de 15 de septiembre, por el que se establecen las bases para la creación de la Agencia para la Inmigración (*BOC* Madrid n.º 221, 16 de septiembre de 2005).
- Resolución de 4 de octubre de 2005, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (*BOE* n.º 248, de 17 de octubre de 2005; c.e. *BOE* n.º 258, del 28).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Canje de Cartas entre el Reino de España y la República Bolivariana de Venezuela sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Caracas el 16 de mayo de 2005 (*BOE* n.º 210, de 2 de septiembre de 2005).
- Convenio Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República del Perú, hecho en Madrid el 6 de julio de 2004 (*BOE* n.º 218, de 12 de septiembre de 2005).

- Protocolo modificativo del Convenio de extradición de 23 de julio de 1892 entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho *ad referendum* en Madrid el 16 de marzo de 1999 (BOE n.º 219, de 13 de septiembre de 2005).
- Acuerdo entre España y Rumanía relativo al reconocimiento recíproco de los permisos de conducción de los ciudadanos españoles y rumanos, con objeto del Canje, hecho en Bucarest el 1 de septiembre de 2004 (BOE n.º 256, de 26 de octubre de 2005).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (CE) n.º 1160/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2005 por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, por lo que se refiere al acceso al Sistema de Información Schengen por parte de los servicios de los Estados miembros competentes para la expedición de los certificados de matriculación de vehículos (DOUE, L 191, de 22 de julio de 2005).
- Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (DOUE, L 200, de 30 de julio de 2005).
- Declaración de Grecia al Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa (publicado en el BOE n.º 156 de 1 de julio de 1982), hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (BOE n.º 221, de 15 de septiembre de 2005).
- Entrada en vigor del Convenio celebrado por el Consejo, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, cuya aplicación provisional fue publicada en el BOE n.º 247, de 15 de octubre de 2003 (BOE n.º 258, de 28 de octubre de 2005).
- Entrada en vigor del Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 16 de octubre de 2001, cuya aplicación provisional fue publicada en el BOE n.º 89, de 14 de abril de 2005 (BOE n.º 258, de 28 de octubre de 2005).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Informe 2004 Derechos fundamentales UE y Estados miembros

La red de expertos independientes en materia de Derechos fundamentales de la UE ha presentado su Informe 2004. El Informe describe la situación de los Derechos fundamentales en la UE en 2004 e incluye conclusiones y recomendaciones, tanto para la UE como para sus Estados miembros, así como comentarios sobre la protección de las minorías en la UE. La red de expertos realiza un análisis detallado de los progresos importantes realizados en el ámbito de justicia, libertad y seguridad, en particular, de los instrumentos adoptados de conformidad con la política común de asilo e inmigración así como en relación con la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la justicia penal y de la policía, en particular, tras los ataques terroristas del 11 M en Madrid. Igualmente, el Informe aborda la violencia doméstica y el matrimonio homosexual.

(18 de julio de 2005).

Anulada Ley alemana que transpone Orden detención europea

El Tribunal Constitucional de Alemania ha anulado la ley que transpone en Derecho alemán la Orden europea de detención y entrega, por considerar que vulnera garantías procesales y Derechos fundamentales recogidos en la Constitución alemana. El Tribunal Constitucional alemán precisa que su sentencia hace referencia únicamente a la legislación alemana de transposición y no a la orden de detención europea en sí. El legislador alemán no utilizó la posibilidad ofrecida por la Decisión marco para asegurar que la entrega de un sospechoso se produzca en línea con el principio de proporcionalidad y en el respeto de los Derechos fundamentales.

(18 de julio de 2005).

Sistema de Información de Visados (VIS) y protección de datos

El Supervisor Europeo de Protección de Datos ha publicado su dictamen en relación con la Propuesta de Reglamento sobre el Sistema de información de visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros [COM (2004)835 final] DOUE (C 181/13 de 23-7-2005). El objetivo de la propuesta de Reglamento es mejorar la gestión

(*) Boletín elaborado por la Delegación en Bruselas del Consejo General de la Abogacía Española en colaboración con la *Délégation des Barreaux de France* y la *Deutscher Anwaltverein*.

Europa en breve

II

de la política común de visados al facilitar el intercambio de datos entre los Estados miembros gracias a la creación de una base de datos central. El Reglamento prevé la introducción de datos biométricos (fotografía e impresiones dactilares) durante el procedimiento de solicitud y su almacenamiento en la base de datos central.

(25 de julio de 2005).

Mejora cooperación policial transfronteriza

La Comisión ha adoptado una propuesta de Decisión destinada a mejorar la cooperación policial entre los Estados miembros de la UE, especialmente en las fronteras interiores, modificando el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. La propuesta permite la persecución transfronteriza en el marco de investigaciones judiciales relativas a un hecho delictivo susceptible de extradición o entrega y esta persecución no queda limitada a las fronteras terrestres. La propuesta incluye programas de formación, equipos de investigación o patrullas conjuntas, que pretenden proporcionar un marco general para mejorar la cooperación operacional, la coordinación estructural y el intercambio de información entre las autoridades.

(25 de julio de 2005).

Nuevas medidas en materia de inmigración y asilo

La Comisión Europea ha aprobado una propuesta de Directiva en materia de retorno de ilegales a su país de origen, una propuesta de Reglamento de estadística de emigración y asilo, así como tres comunicaciones sobre la integración de los inmigrantes, sobre el Programa de Protección Regional y sobre emigración y desarrollo. Estas medidas suponen un importante paso adelante en la realización de los objetivos perseguidos en el Plan Acción de la Haya de junio 2005. Con la propuesta de Directiva se pretende crear una normativa común europea relativa al retorno de inmigrantes ilegales procedentes de terceros países, por la que se dé unidad a los temas relativos a la expulsión, devolución, retorno, internamiento temporal; uso de medidas coercitivas y reentrada, así como sus derechos humanos y libertades fundamentales, y en la que se dictara orden de expulsión solo y en defecto de retorno voluntario del inmigrante ilegal. De igual manera la Comisión Europea propone un Reglamento de estadística de emigración y asilo, en el cual se regulara la emigración internacional; población de residentes; adquisición de la ciudadanía; protección internacional (incluyendo el asilo político); permisos de residencias; retornos y medidas relativas a la prevención de entrada y estancia ilegal. En la comunicación de Integración de los emigrantes legales europeos, la Comisión Europea ha destacado la necesidad de clarificar sus derechos y responsabilidades dentro de la UE.

(5 de septiembre de 2005).

Evaluación terceros países lucha contra inmigración ilegal

La Comisión ha publicado una Comunicación sobre el mecanismo de control y evaluación de los terceros países en el ámbito de la lucha contra la migración ilegal. El informe aborda un número limitado de países (Albania, China, Libia, Marruecos, Rusia, Serbia y Montenegro, Túnez y Ucrania). En relación con Marruecos, la Comisión destaca como avance significativo la creación

Europa en breve

II

del grupo de trabajo sobre asuntos sociales y de migración, el Acuerdo del plan de acción de política de vecindad así como la cooperación con España en los esfuerzos por detener el flujo de migración ilegal por mar y sus consecuencias en vidas humanas. Sin embargo, subraya, no se ha podido acordar el texto de un acuerdo de readmisión con Marruecos. La Comisión pide a Marruecos que trabaje en estrecha colaboración con la UE para aplicar el Plan de acción de política europea de vecindad y alcanzar en un futuro un acuerdo de readmisión. *(5 de septiembre de 2005).*

Ficha informativa sobre orden de detención y entrega europea

La Comisión Europea ha publicado una ficha informativa sobre la Orden de Detención y Entrega europea. La Orden de Detención y Entrega europea ha sido transpuesta a la legislación nacional por todos los Estados miembros (Italia lo hizo el pasado 21 de julio de 2005). La nota recoge los requisitos necesarios para poder aplicar este instrumento, los motivos para rechazar una orden europea, las condiciones del requisito de doble incriminación y los plazos de ejecución de la Orden europea. *(5 de septiembre de 2005).*

Parlamento se pronuncia sobre medidas en materia de inmigración

La Comisión de Libertades Civiles del Parlamento Europeo ha mostrado, con carácter general, su apoyo a las propuestas recientemente presentadas por el Comisario Europeo de Justicia, Libertad y Seguridad, Franco Frattini, en materia de inmigración y asilo (Ver *Europa en Breve* n.º 29). Sin embargo, varios eurodiputados han manifestado sus reservas en relación con las medidas previstas para repatriar a los inmigrantes en situación irregular. En efecto, este paquete de medidas incluye una propuesta de Directiva sobre criterios comunes para el retorno de inmigrantes, incluidas medidas coercitivas como la expulsión o la detención temporal de hasta seis meses. En caso de expulsión, el inmigrante no podría ser readmitido en ningún Estado miembro durante un periodo de cinco años. Algunos eurodiputados han considerado estas medidas inaceptables, argumentando que al detener a los inmigrantes se les está considerando como delincuentes. *(19 de septiembre de 2005).*

Régimen simplificado visados para nuevos Estados miembros

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Decisión por la que se establece un régimen simplificado de control de las personas en las fronteras exteriores basado en el reconocimiento unilateral por la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, de determinados documentos como equivalentes a sus visados nacionales para fines de tránsito por sus territorios. Esta decisión, destinada a los 10 nuevos Estados miembros y de carácter facultativo, propone la introducción de un sistema que exonere a los nacionales de terceros países que cuenten con un visado expedido por un Estado miembro del Espacio Schengen de la obligación de obtener un visado de tránsito nacional para atravesar el territorio de los nuevos Estados miembros. El período máximo de tránsito es de

cinco días. Con la legislación actual, el nacional de país tercero con visado de Estado miembro de Schengen necesita un visado nacional del nuevo Estado miembro para entrar, transitar o residir en el territorio de este último.

(19 de septiembre de 2005).

Iniciativas para combatir la inmigración ilegal

Con ocasión de los trágicos sucesos acaecidos en Ceuta y Melilla, Franco Frattini, vicepresidente de la Comisión Europea y comisario europeo de Justicia, Libertad y Seguridad, ha denunciado la necesidad de reforzar las medidas existentes en materia de política de inmigración ilegal, para hacer frente a los cada vez más incesantes movimientos migratorios ilegales provenientes de África, abogando por intensificar la cooperación de la UE con Marruecos y otros países de África. En este sentido, tiene previsto abordar el asunto del control de la inmigración ilegal con representantes de la Unión Africana (UA) en el marco de la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, que se celebrará el 12 y 13 de octubre de 2005 en Luxemburgo. Además la Comisión Europea presentará en breve una Comunicación por la que establecerá iniciativas en la lucha contra el tráfico de personas, y en el año 2006 publicará propuestas para combatir la inmigración ilegal.

(3 de octubre de 2005).

Entra en vigor la Directiva sobre reagrupación familiar

La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, que tiene por objeto la regulación del derecho de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro de la UE a reagrupar con él a sus familiares, ha entrado en vigor el 3 de octubre de 2005. La Directiva se aplica a los titulares de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año y que tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Los solicitantes de asilo están excluidos del ámbito de aplicación. Los familiares que podrán ser reagrupados son: su cónyuge, sus hijos menores o de su cónyuge (incluidos los adoptados), si tienen su custodia, y los hijos menores de ambos. La Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de admitir la reagrupación de la pareja no casada o registrada. Asimismo, pueden optar por admitir la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Los Estados miembros pueden desarrollar la presente Directiva con provisiones más favorables, pero no podrán establecer condiciones más restrictivas. El Parlamento Europeo ha impugnado la Directiva por limitar en algunos casos la reagrupación de mayores de 12 años (Asunto C-540/03). España todavía no ha transpuesto la Directiva.

(3 de octubre de 2005).

Normas mínimas para los procedimientos de asilo

El Parlamento Europeo se ha pronunciado, en el marco del procedimiento de consulta, sobre la

Europa en breve

II

propuesta modificada de Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. En el texto se recoge que los solicitantes deben tener el derecho a representación legal, a apelar si su caso es rechazado y permanecer en el Estado miembro hasta que su procedimiento de apelación finalice, a solicitar una entrevista personal con las autoridades competentes, y a recibir información completa del procedimiento en una lengua que comprendan. El Parlamento ha rechazado la creación de una lista de “países super seguros” (que permitiría denegar automáticamente la solicitud de refugio o asilo a los ciudadanos de dichos países), aprobando una lista mínima común de “países seguros” (en este caso, el solicitante tiene la posibilidad de recurrir y “refutar la posibilidad de seguridad”). Al ser un procedimiento de consulta, las enmiendas del Parlamento no serán obligatorias para el Consejo. Sin embargo, una vez que esta legislación se adopte, el Parlamento tendrá poderes de codecisión con el Consejo en medidas de refugio y asilo.

(3 de octubre de 2005).

Informe sobre lucha contra el racismo en la UE

El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, con sede en Viena, ha publicado un análisis comparativo sobre las políticas contra el racismo y la violencia en la UE. El documento recoge que únicamente unos pocos Estados miembros tienen procedimientos y mecanismos que permitan a las fuerzas policiales combatir el delito racista con efectividad. El Observatorio sugiere una serie de iniciativas en el ámbito comunitario que permitan garantizar que las víctimas del racismo reciben el apoyo adecuado y que el delito racista no queda impune.

(3 de octubre de 2005).

Integración de los inmigrantes

La Comisión de Libertades del Parlamento Europeo ha aprobado un informe de iniciativa para responder al Libro Verde de la Comisión Europea sobre la inmigración económica. El informe establece las líneas principales de la inmigración económica en Europa. La Comisión parlamentaria ha conseguido imponer enmiendas a fin de hacer hincapié en la integración de los inmigrantes en situación regular, habiéndose pronunciado, entre otras cosas, a favor de un sistema de “tarjeta verde” o visado de búsqueda de empleo, como modo de facilitar la gestión de la inmigración económica. Y, todo ello, señala, con el objetivo de que el mercado de trabajo contribuya a establecer el número inmigrantes que podría acoger nuestro sistema económico y social.

(10 de octubre de 2005).

Acuerdos de repatriación de inmigrantes

La Comisión Europea ha publicado una nota informativa sobre los acuerdos de repatriación de inmigrantes adoptados con países terceros. La Unión Europea recurre a los acuerdos de readmisión y repatriación sobre la base de la política de cooperación con los países vecinos en lo relativo al retorno de los residentes ilegales a sus países de origen, estableciendo recíprocas obligaciones entre ellos. Para la Comisión, dichos acuerdos respetan, en todo caso, los derechos

humanos y libertades fundamentales y siguen la línea de la Convención de Ginebra de 1951, el Protocolo sobre el Estatus de los Refugiados de 1967, la Convención de Dublín de 1990, y la Convención de Derechos Humanos. Hasta ahora, las negociaciones se han desarrollado con éxito con Hong Kong, Macao, Sri Lanka y Albania, quedando pendientes las de otros países, a saber, Pakistán, Marruecos, Ucrania, Turquía y Argelia.

(10 de octubre de 2005).

Inmigración ilegal: un problema europeo

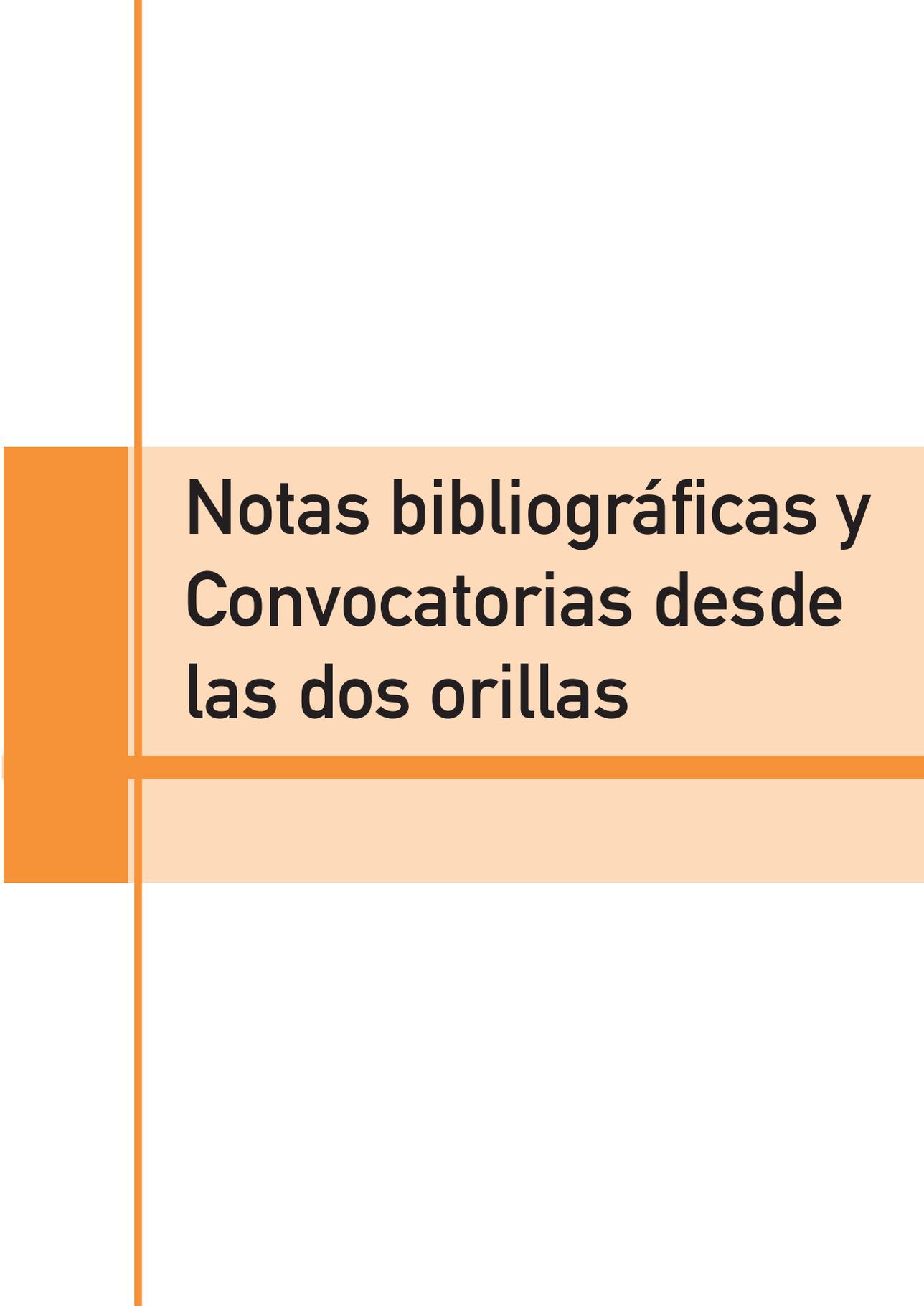
En el informe definitivo de la misión técnica, que la Comisión Europea envió a Marruecos y a los enclaves españoles de Ceuta y Melilla para evaluar la situación sobre el terreno, se dice que Marruecos no puede mantener por mucho tiempo el esfuerzo tan significativo que está desarrollando para controlar la inmigración ilegal, a menos que haya una asistencia sustancial; y ello, a pesar del esfuerzo llevado a cabo por las autoridades españolas en todos los aspectos, haciéndose urgente, por tanto, la necesidad de intervención de la UE, en aras a proporcionar asistencia sustancial. Se reconoce, por tanto y por primera vez, el carácter europeo que reviste el conflicto, principalmente, debido a que los inmigrantes que llegan a territorio español se desplazarán, como apunta el informe, en muchos casos, a otros Estados miembros y, recalca que ninguna política de un solo Estado será suficiente. En este sentido, las líneas básicas de actuación, según los expertos de la Comisión, girarían en torno a: asistencia y cooperación intensificada de la UE con Marruecos, lanzamiento de un diálogo con Argelia y desarrollo de una política global para los principales países de origen y tránsito en el África subsahariana.

(24 de octubre de 2005).

Sistema de información de Schengen de segunda generación

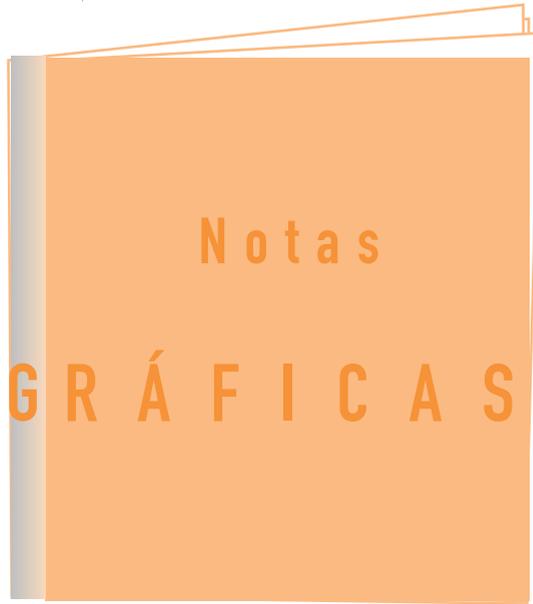
Tras recibir las tres propuestas relativas al desarrollo de un Sistema de Información Schengen de Segunda Generación, el Supervisor Europeo de Protección de datos ha expresado sus reticencias respecto a las propuestas que vienen a elaborar un complejo cuadro dentro del cual un único sistema de información descansará sobre diferentes bases jurídicas. Igualmente, critica que la Comisión Europea no haya elaborado una exposición de motivos ni tampoco un adecuado estudio sobre valoración de impacto. Considera que la propuesta de un nuevo Sistema de Información de Visados sobreestima la fiabilidad de los datos biométricos (huellas digitales y fotografías), que en que las funciones del Supervisor de las autoridades nacionales de protección de datos no son completamente coherentes, y que se aumentan considerablemente los riesgos de abuso al conceder a autoridades ajenas a la conservación de los datos el acceso a la información, así como por la interconexión de información. El Sistema de Información de Schengen permite a las autoridades obtener información sobre determinadas categorías de personas y propiedades en relación con el libre movimiento de personas y con la cooperación policial. El Sistema de Información de Schengen de Segunda Generación sustituirá el actual Sistema de Información de Schengen en aras a incluir a los nuevos Estados miembros tras la ampliación de la UE. Para más información, puede consultar el número 293: 30/2005 de *Europa en Breve*.

(24 de octubre de 2005).



**Notas bibliográficas y
Convocatorias desde
las dos orillas**

BIBLIOGRÁFICAS



- P. ARGEREY VILLAR (coord.): *El fenómeno de la inmigración en Europa: Perspectivas jurídicas y económicas*, Dykinson, Madrid 2005, 185 pp.
- G. BELLAGAMBA: *La disciplina dell'immigrazione*, Giuffrè Editore, 2.ª edición, Milán, 2005, 670 pp.
- S. BENHABIB: *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Trad. de G. ZADUNASKY, Gedisa, Barcelona, 2005, 191 pp.
- K. CALAVITA: *Immigrants at the Margins: Law, RACE and Exclusion in Southern Europe*, Cambridge University Press, 2005, 257 pp.
- F. CHECA Y OLMOS, (ed.): *Mujeres en el camino. El fenómeno de la Migración femenina en España*, ICARIA, Barcelona, 2005, 289 pp.
- CONSEIL DE L'EUROPE: *Retour forcé-20 principes directeurs adoptés par le Comité des Ministres*, Estrasburgo, 2005, 73 pp.
- E. CRESPO NAVARRO: *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional: La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 403 pp.
- C. DE CUETO (coord.): *Seguridad y diversidad en las sociedades*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, 286 pp.
- J. LACOMBA: *Migraciones y desarrollo en Marruecos*, Catarata, Madrid, 2005, 288 pp.
- LEX NOVA: *LEX NOVA Extranjería (Derecho Migratorio y Extranjería)*, Valladolid, 2005, 938 pp. (con CD-Rom y actualizaciones periódicas).
- A.M. LÓPEZ SALA: *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Ánthropos, Buenos Aires 2005, 238 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM-IOM): *Migration, Development and Poverty Reduction in Asia*, Ginebra 2005, 274 pp.
- *Data and Research on Human Trafficking: a Global Survey*, Ginebra, 2005, 342 pp.
- *International Agenda for Migration Management*, Ginebra, 2005, 228 pp.

Notas bibliográficas

- M. PAJARES: *La integración ciudadana. Una perspectiva para la inmigración*, Icaria, Barcelona, 2005, 248 pp.
- C. PÉREZ BELTRÁN (ed.): *El mundo árabe islámico ante los retos del futuro*, Universidad de Granada, 2005, 330 pp.
- J.-F. RENUCCI: *Introduction à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2005, 135 pp.
- J. SALT: *Évolution actuelle des migrations internationales en Europe*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo 2005, 150 pp.
- SOS RACISMO: *Informe anual 2005 sobre el Racismo en el Estado Español*, ICARIA, Barcelona, 2005, 269 pp.
- M.ª L. TRINIDAD GARCÍA: "Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social", *Cuadernos Intermigra*, n.º 1, Valladolid, septiembre de 2005, 32 pp.
- N. ZÚÑIGA (coord.): *La migración. Un camino entre el desarrollo y la cooperación*, CIP-FUHEM, Madrid, 2005, 182 pp.

Notas bibliográficas

International Migration Law n.º 3-Migrations et Protection des Droits de l'Homme

R. PERRUCHOUD (édit.)
Organización Internacional
para las Migraciones
<http://www.iom.org>
Ginebra, 2005

Recoge esta publicación las ponencias presentadas en el coloquio con el mismo título celebrado en octubre de 2004 en la Universidad Cheik Anta Diop de Dakar (Senegal). En él participaron profesores africanos, americanos y europeos.

Las dos primeras ponencias abordan las fuentes universales y regionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A ellas sigue la relativa a los mecanismos internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos; resulta curioso que esta ponencia esté precisamente tan sólo centrada en los mecanismos universales y se olvide de los regionales.

Se estudia después el sistema africano, especialmente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; en este terreno el tratamiento (bastante formalista) resulta más completo.

La parte dedicada a las Migraciones y la Extranjería en sentido amplio incluye las siete ponencias restantes. Tras un rápido análisis de la Convención Internacional para la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, encontramos un estudio muy sugerente de las normas de la OIT, así como el tratamiento del tema en los sistemas regionales.

Otras ponencias repasan el tráfico ilícito de inmigrantes (el Protocolo adicional a la Convención de las NNUU contra la criminalidad transnacional organizada), las cuestiones relativas a los refugiados y la protección de las personas que sufren desplazamientos internos.

El conjunto de estos estudios pone de relieve el tratamiento que hoy debe darse a las Migraciones Internacionales: Un tratamiento desde los Derechos Humanos de todas las personas. Porque el tratamiento que olvide los Derechos Humanos será sin duda parcial y arbitrario.

La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado

MARÍA DOLORES ADAM MUÑOZ
Junta de Andalucía (Instituto Andaluz de la
Mujer) y Universidad de Córdoba
Córdoba, 2003

POR:

ELENA PÉREZ MARTÍN
Profesora Titular EU de Derecho internacional
privado.
Universidad Rey Juan Carlos

En esta obra la autora aborda la situación que se está planteando desde hace algunos años en los países de nuestro entorno, fundamentalmente de la Unión Europea, como consecuencia de los flujos

Notas bibliográficas

migratorios por motivos laborales que provienen de países de África y Asia, ya que esta población que se desplaza desde sus Estados de origen hacia nuestro territorio lo hace con unos fuertes componentes religiosos y culturales, los cuales se encuentran sumamente arraigados, de manera que se proponen seguir manteniendo sus tradiciones en la sociedad de acogida. Una de estas manifestaciones la constituye la mutilación genital femenina, de forma tal que por el hecho de la inmigración extranjera la misma se ha ido introduciendo poco a poco en el mundo occidental y, de ser una práctica extraña a nuestro círculo más próximo se está convirtiendo en una situación que día a día va tomando incremento en el seno de nuestra sociedad.

Ante esta situación la comunidad de acogida no puede permanecer impasible, de forma tal que el derecho fundamental a la conservación de la propia cultura no puede primar sobre otra serie de derechos fundamentales como lo son el derecho a la dignidad humana, a la integridad física, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a la salud, a la maternidad o la sexualidad, etc. derechos todos ellos que se encuentran consagrados y protegidos en los Estados de corte democrático.

Para corroborar esta afirmación el estudio de M.^a Dolores Adam Muñoz analiza en el capítulo II en qué consiste la mutilación genital femenina, cuál es su origen, las clases posibles de mutilación que existen, los efectos que la misma produce en la mujer, tanto a nivel físico, como psíquico y las circunstancias que según la tradición y la cultura de estos pueblos legitiman esta práctica, la cual se basa fundamentalmente en constituir un ritual necesario para que la mujer aparezca pura ante su comunidad y sea aceptada por la colectividad. No obstante lo anterior, el sometimiento de la mujer a esta costumbre ancestral ha sido rechazado en numerosas ocasiones y a través de diversos instrumentos por Naciones Unidas y más recientemente también por la Unión Europea, lo cual se pone de manifiesto en los capítulos III y IV, de manera que la Unión insta a

los Estados miembros a que adopten en sus legislaciones nacionales las medidas necesarias para que se prohíban y persigan estas prácticas, medidas que son analizadas en el capítulo VI.

Una vez descrita la situación en el panorama internacional, la autora se centra en el estudio del estado de esta práctica en España (capítulo VII), constatando, a la luz de los datos aportados por el Anuario Estadístico de Extranjería elaborado por el Ministerio del Interior, que el grupo de mujeres extranjeras residentes en España que ostentan la nacionalidad de alguno de los países en donde se practica la mutilación genital femenina es numeroso, al igual que es decisiva su situación de riesgo por estar comprendidas en edades que van desde los 0 a los 15 años, época de la mujer en que es más frecuente que se vea sometida a la ablación. Asimismo, la autora se nutre de la experiencia puesta de manifiesto de forma oral o en los diversos medios de comunicación, de médicos que observan con impotencia esta lesión en niñas extranjeras de corta edad, de relatos de las propias afectadas o de sus compatriotas y de la actuación de ministerios fiscales de distintos tribunales, los cuales indican que, aunque esta acción no esté tipificada en el Código Penal como delito propiamente dicho, no cesarán en su empeño a la hora de denunciarla.

Precisamente parece ser que la tipificación de esta conducta como delito es la piedra angular sobre la que se sustenta un posible sistema para su represión; sin embargo, M.^a Dolores Adam Muñoz entiende que esta acción puede estar incluida en el artículo 149 del Código penal, al constituir una lesión que comporta la pérdida de un órgano principal, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, ya que todas estas consecuencias son padecidas por las mujeres cuando son sometidas a la ablación (Capítulo VIII). No obstante lo anterior, y una vez concluido su estudio, el Código penal fue reformado incluyéndose en el mismo el delito de mutilación genital, sin distinción de si la misma se inflige a

Notas bibliográficas

hombre o a mujer, extremo que la autora pone en entredicho en una adenda.

Los siguientes capítulos (IX y X) van dirigidos a aportar diversas soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado para combatir esta situación. Así, independientemente de su tipificación como delito en el Código Penal, la autora propone en primer lugar la aplicación de la normativa de extranjería, en tanto en cuanto si el delito de lesiones hacia la niña se comete en territorio español, el sujeto activo podría ser expulsado de España al haber sido condenado por una conducta dolosa cuya pena privativa de libertad es superior a un año. En segundo lugar, sería fundamental informar en los diversos consulados españoles a los extranjeros que soliciten visado para residir o trabajar en España que la ablación constituye un delito en nuestro Estado. En tercer lugar, las niñas nacidas en España podrían adquirir la nacionalidad española por el hecho de su nacimiento en nuestro territorio, de forma tal que la mutilación se practicaría sobre una nacional española y el delito podría ser perseguido sin ningún tipo de cortapisa. En tercer lugar, por aplicación del artículo 9.6 párrafo 3.º del Código civil, las autoridades españolas podrían establecer las medidas de protección necesarias para poner a buen recaudo a estas niñas que por el peligro que corren de ser mutiladas están en una situación de riesgo o desamparo, pudiéndose incluso privar a sus padres de la patria potestad, o a sus tutores de la tutela.

No obstante estas posibles soluciones la autora mantiene que las más adecuadas y eficaces serían, por un lado, el otorgamiento del derecho de asilo a aquellas extranjeras que aleguen como causa del mismo el temor a sufrir la mutilación genital, como ya ha sucedido en Estados Unidos y en Canadá o en su defecto, otorgarles un permiso de residencia por

motivos humanitarios y, por otro, ya que M.ª Dolores Adam Muñoz entiende que la represión de la mutilación genital femenina no radica tanto en su tipificación, sino en su perseguibilidad, ya que las personas que la practican alegan que ésta se ha realizado en su país de origen y, por lo tanto, a tenor del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nuestros tribunales penales no son competentes para conocer de esta acción, ni siquiera a tenor del principio de *universalidad o justicia mundial*, ya que la lesión se ha producido en el extranjero, por extranjero y en relación a una extranjera, si bien sería discutible su competencia con base en el principio de *justicia supletoria*. De este modo, ante la incompetencia de nuestros tribunales el extranjero burla los principios básicos del Estado español, como lo son el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona y continúa impunemente su residencia en España. Por este motivo y para evitar dicha impunidad sería necesaria una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de manera que la misma contemplara la competencia de nuestros tribunales penales para perseguir este delito, incluso aunque el mismo se haya cometido en el extranjero, siempre y cuando el extranjero sujeto activo se encuentre, o cuanto menos, resida en nuestro territorio.

Esta última solución aportada por la autora se ha visto plasmada en la última reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial realizada por la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, mediante la cual se añade un nuevo epígrafe al artículo 23.4 que indica que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de ser tipificados como los siguientes delitos: Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Notas bibliográficas

Derecho de extranjería.
Un análisis legal y
jurisprudencial del régimen
jurídico del extranjero en España
(Jurisprudencia y formularios)

SANCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (coord.)
Diego Martín Librero Editor, Murcia, 2005

POR:

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

El libro coordinado por la Profa. Dra. M.^a Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ aborda de forma exhaustiva y completa la actual legislación de extranjería. La obra se debe exclusivamente a la buena dirección de la coordinadora pues, con anterioridad a la aprobación del RD 2393/2004, inició la búsqueda de un grupo de profesores universitarios, dedicados habitualmente a los temas relativos al régimen jurídico de los extranjeros, para pedirles su colaboración en la redacción de los diversos capítulos que constituyen el trabajo publicado en Murcia, por Diego Martín Librero Editor.

Evidentemente, la directora tenía claro lo que no debía hacerse, no se trataba de un comentario urgente con mera transcripción de las nuevas disposiciones; al contrario, se pretende –y creo sinceramente que se logra–, dar prioridad a las novedades introducidas por el nuevo reglamento; pero, ello sin desmerecer los objetivos de la obra: hacer un análisis riguroso de la norma y su reflejo en el día a día del mayor número de cuestiones prácticas con sus soluciones administrativas y judiciales. En el proceso de elaboración del libro objeto de reseña, tanto

editor, coordinadora y autores, todos ellos, tuvieron en cuenta, en todo momento, el objetivo básico y esencial: su utilidad práctica. Por tanto, un libro, destinado no sólo a investigadores sino a jueces, abogados y operadores jurídicos, en general. Desde luego, en su conjunto, cualquiera que tome contacto con la obra podrá comprobar la buena acogida que le otorga en el Prólogo el Presidente del Consejo General de la Abogacía, Carlos Carnicer, pues estaba pensando, obviamente, en el enorme esfuerzo que deben realizar todos los abogados españoles para estar al día de las múltiples y recientes reformas que se han llevado a cabo en poco tiempo en este sector del Ordenamiento jurídico.

El libro, no es un libro más para las estanterías, incluso los menos avanzados en temas especializados de extranjería se pueden dar cuenta de la calidad de los autores, todos ellos, jóvenes pero viejos investigadores en el tema que nos ocupa. Colaboran en la redacción de las siete partes que componen la obra los siguientes autores, para su enumeración se sigue un orden alfabético, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, B. CAMPUZANO DÍAZ, F. CAVAS MARTÍNEZ, M.^aB. FERNÁNDEZ COLLADOS, A. del MORAL GONZÁLEZ, A. LARA AGUADO, N. MARCHAL ESCALONA, M. MOYA ESCUDERO, E. ORIHUELA CALATAYUD, A. QUIRÓS FONTS, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. RODRÍGUEZ GÓMEZ, M.A.^a RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, R. RUEDA VALDIVIA, A. YBARRA BORES, y, por supuesto, la coordinadora M.^aA. SÁNCHEZ JIMÉNEZ. Simplemente, haré una síntesis de los temas abordados, sin hacer expresa mención del investigador que ha realizado cada uno de los temas, pues la pluma de cada uno de ellos es suficientemente conocida en los aspectos que analiza por lo que no es preciso señalar su nombre para poder identificarlo.

Es un libro denso. Aborda los diversos regímenes de extranjería: desde el régimen de nacionales de la Unión Europea hasta el régimen especialmente previsto para los refugiados, profundizando en el régimen general. De éste se hace un amplio y minucioso análisis de: la entrada, situaciones de residen-

Notas bibliográficas

cia, trabajo, y régimen sancionador. Es por tanto, una obra completa, rigurosa y enfocada al mundo práctico, y ello, porque en cada apartado se hace siempre un amplio análisis de la jurisprudencia existente.

Para finalizar, aunque no debería haber hecho una valoración por ética profesional, pero, en este caso, pienso que como compañera y colaboradora en la obra, todos los que hemos participado debemos felicitarlos por el producto final de la obra editada. Por supuesto, que a todos nos hubiera gustado decir más y mejor, pero, creo que debemos dar las gracias a la coordinadora por su tenacidad en el seguimiento del trabajo para que éste haya podido ver la luz; pues, sinceramente, su lectura detenida va a ser de gran utilidad para todos aquellos que realmente estén velando por la protección de los derechos y libertades de los extranjeros. En todo caso, como ilustrativo, el esquema que se sigue en la obra es el siguiente:

Introducción: Visión de conjunto.

Parte Primera: Diversidad de regímenes integrantes del derecho de extranjería.

Capítulo I. Articulación del Derecho de extranjería.

Capítulo II. Régimen aplicable a los comunitarios.

Parte Segunda: Derechos, libertades y garantías jurídicas de los extranjeros.

Capítulo I. Articulación e interpretación de los derechos de los extranjeros.

Capítulo II. Derechos del ámbito personal.

Capítulo III. Derecho a la reagrupación familiar.

Capítulo IV. Derechos políticos. Participación pública.

Capítulo V. Derechos del ámbito social y económico.

Capítulo VI. Obligaciones. Los aspectos tributarios.

Capítulo VII. Garantías jurídicas.

Capítulo VIII. Medidas antidiscriminatorias.

Parte Tercera: La entrada de los extranjeros en España.

Capítulo I. Los requisitos para la entrada.

Capítulo II. Consideración específica del visado.

Parte Cuarta: Las situaciones de los extranjeros en España.

Capítulo I. La situación de tránsito de los extranjeros en España.

Capítulo II. La situación de estancia de los extranjeros en España.

Capítulo III. La situación de residencia de los extranjeros en España.

Capítulo IV. Modificación de las situaciones de los extranjeros en España.

Capítulo V. Los menores extranjeros.

Parte Quinta: Trabajo de los extranjeros en España.

Capítulo I. Los derechos socio-laborales de los extranjeros.

Capítulo II. Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional del trabajo.

Capítulo III. Las autorizaciones de trabajo.

Capítulo IV. Situaciones especiales.

Capítulo V. Los títulos y estudios extranjeros y su eficacia en España.

Parte Sexta: Infracciones y sanciones.

Capítulo I. Régimen sancionador.

Capítulo II. Infracciones en materia de extranjería.

Notas bibliográficas

Capítulo III. Sanciones.

Capítulo IV. Prescripción de las infracciones y sanciones.

Capítulo V. Medidas cautelares.

Capítulo VI. Centros de internamiento de extranjeros.

Capítulo VII. Procedimiento sancionador.

Capítulo VIII. Infracciones y sanciones en el orden social.

Capítulo IX. El extranjero ante el orden penal.

Parte Séptima. Régimen especial de los refugiados.

ISIDRO SAIZ DE MARCO

Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid

El nuevo estatus laboral de los inmigrantes

SUMARIO

I. ¿En qué ha consistido el “proceso de normalización”?

II . ¿Está legitimado el trabajador para reclamar judicialmente al empresario que efectúe su afiliación y/o alta en Seguridad Social?

III . ¿Qué consecuencias tendría la ausencia de afiliación y alta del trabajador extranjero?

IV. ¿Qué consecuencias tendría una actuación fraudulenta en este ámbito (“normalización” sin sustento real)?

V. ¿Qué sucede si el empresario incumple el compromiso de mantener la prestación laboral durante seis meses?

VI. Una vez concluido el proceso transitorio, ¿qué vías existen para la normalización de trabajadores extranjeros irregulares?

VII . ¿Es eficaz la denuncia contra el empresario para probar el “arraigo laboral”?

VII . ¿Es nulo el contrato de trabajo materializado con un extranjero que carezca de autorización de residencia y trabajo?

IX. En caso de ulterior anulación del permiso de trabajo, ¿deviene nula la relación laboral?

X. ¿Tienen derecho a prestaciones de Seguridad Social los trabajadores extranjeros sin autorización de residencia y trabajo?

I. ¿EN QUÉ HA CONSISTIDO EL “PROCESO DE NORMALIZACIÓN”?

El Real Decreto 2393/2004 (Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, “sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, coloquialmente denominada “de extranjería”) contempla en su disposición transitoria tercera lo que

denomina “proceso de normalización”. Los requisitos para acogerse a tal proceso, sustanciable generalmente a instancias del empresario (salvo el caso de los empleados de hogar que trabajen parcialmente y de modo simultáneo para varios empleadores), han sido:

- 1- Empadronamiento con seis meses de antelación a la entrada en vigor del Reglamento (o sea, antes de 7 de agosto de 2004).
- 2- Estancia en España al formularse la solicitud.
- 3- Firma de un contrato de trabajo condicionado a la obtención de la autorización de residencia y trabajo.
- 4- Compromiso de mantener la relación laboral durante seis meses (salvo excepciones para los sectores agrícola y hostelería –tres meses–, construcción –seis meses en un año– y servicio doméstico –seis meses, pudiendo ser empleos discontinuos y parciales para distintos titulares del hogar familiar a razón de al menos treinta horas semanales–).

El proceso ha terminado el 7 de mayo de 2005, pues el plazo para dicho proceso de normalización era de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento.

II. ¿ESTÁ LEGITIMADO EL TRABAJADOR PARA RECLAMAR JUDICIALMENTE AL EMPRESARIO QUE EFECTÚE SU AFILIACIÓN Y/O ALTA EN SEGURIDAD SOCIAL?

Entendemos que sí, ya que en caso contrario se le irrogan perjuicios graves, por las dificultades para la renovación (artículo 54.3 del Reglamento). Además, se exige que en ese caso –ausencia de inicio de la relación laboral en el plazo de un mes– el empleador aporte justificación o razón suficiente de no haber iniciado la relación laboral, disponiendo que de lo contrario podrán denegarsele ulteriores solicitudes de autorización.

Consideramos que la acción habría de entablarse por el trabajador extranjero frente al empresario, y ello ante el orden jurisdiccional social, pues, aunque la materia (afiliación y alta en Seguridad Social) parezca reconducir al orden contencioso-administrativo, realmente se trata de constituir una relación laboral (contrato de trabajo), lo que es competencia del orden social.

La justificación que el empresario podría aportar para fundar la ausencia de constitución del vínculo laboral, entendemos tendría que ser una circunstancia novedosa y sobrevenida: es decir, producida con posterioridad al compromiso de contratación.

III. ¿QUÉ CONSECUENCIAS TENDRÍA LA AUSENCIA DE AFILIACIÓN Y ALTA DEL TRABAJADOR EXTRANJERO?

Aparte de lo ya indicado sobre legitimación del trabajador para reclamar judicialmente al empresario su afiliación y alta en Seguridad Social, el apartado 11.º de la Orden PRE/140/2005, de 2

El nuevo estatus laboral de los inmigrantes

de febrero (BOE del 3), dispone que la Administración requerirá al empresario para que indique las razones de no haber iniciado la relación laboral, advirtiéndole de que, si no alega justificación o las razones aducidas son insuficientes, podrán denegársele ulteriores solicitudes de autorización dentro del proceso de normalización. Entendemos que estas previsiones son independientes del derecho que asiste al trabajador extranjero para reclamar judicialmente del empresario su afiliación y alta en Seguridad Social.

IV. ¿QUÉ CONSECUENCIAS TENDRÍA UNA ACTUACIÓN FRAUDULENTE EN ESTE ÁMBITO (“NORMALIZACIÓN” SIN SUSTENTO REAL)?

La citada Orden PRE 140/2005, de 2 de febrero, en su apartado 11.º-3, dispone que la Administración dará cuenta a la Inspección de Trabajo así como a la Policía de los casos en que aprecie indicios de fraude, en particular cuando no conste que el empresario posea medios económicos y materiales suficientes para hacer frente a las obligaciones del contrato de trabajo o al proyecto empresarial, y cuando por razones organizativas se considere injustificado el aumento de plantilla que implica la contratación del trabajador extranjero.

En cuanto a las consecuencias sancionadoras que una conducta fraudulenta de esta índole comportará para el empleador, puede entenderse aplicable la tipología de “simulación o engaño en el reclutamiento o en la contratación de los emigrantes” (artículo 36.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto –Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social–), constitutiva de infracción muy grave, y sancionable con multa que podría oscilar entre los 500.001 y los 15.000.000 de pts. –3.005 a 90.151 euros– [artículo 40.1.c) de la misma norma legal].

V. ¿QUÉ SUCEDE SI EL EMPRESARIO INCUMPLE EL COMPROMISO DE MANTENER LA PRESTACIÓN LABORAL DURANTE SEIS MESES?

En relación con el deber de mantener la relación laboral durante seis meses, ha de entenderse que el contrato de trabajo que se suscriba debe tener, al menos, esa duración. La disposición que comentamos no establece una tipología específica a que haya de ajustarse el contrato de trabajo, admitiendo que puede acogerse a cualquiera de las modalidades admitidas por la legislación laboral, siempre y cuando la prestación de servicios se mantenga un mínimo de seis meses. Así pues, habrá que concluir que cualquier contrato temporal que se suscriba con duración inferior a seis meses carecerá de validez en cuanto a esa limitación temporal, debiendo entenderse prorrogado durante, al menos, ese mínimo de seis meses.

Se plantea, por otro lado, qué sucede si después de iniciarse la relación laboral el empresario no cumple dicho compromiso (el cual entendemos asumido al mismo tiempo con el trabajador extranjero y con la Administración competente).

Una posible posición consistiría en aplicar, sin más, la legislación laboral, atribuyendo al cese (cualquiera que sea su naturaleza, incluso en los casos de rescisión empresarial durante el período de prueba o de despido improcedente) las consecuencias establecidas con carácter general por los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que regulan las extinciones contractuales.

Otra solución sería poner la normativa laboral en conexión con el Real Decreto que comentamos, sin tratar como compartimentos estancos la legislación laboral y la administrativa, con base en los principios de unidad y sistematicidad del ordenamiento jurídico. Así pues, cabe entender que, en caso de no cumplir el empleador el “compromiso” (vocablo que, en este contexto, parece sinónimo de “obligación”) de mantener la prestación laboral durante seis meses y cesar prematuramente al trabajador extranjero, asistiría a éste derecho a instar judicialmente el mantenimiento del vínculo laboral durante al menos dichos seis meses. De este compromiso sólo podría liberarse el empleador en caso de despido procedente u otras causas extintivas de la relación de trabajo que operen materialmente por motivación ajena a la mera voluntad empresarial (como serían los ceses por causas objetivas o por fuerza mayor de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores). En caso contrario (es decir, despido improcedente), al trabajador extranjero le asistiría derecho a impugnar judicialmente el despido interesando que, además de declararse su carácter injustificado, se reconstituya la relación laboral y se mantenga el vínculo durante al menos seis meses a contar desde el inicio de la relación laboral. Dado que el “proceso de normalización” está concebido para asegurar una vinculación del trabajador con la actividad laboral, si esto no se consigue se produce un quebranto del interés público, frustrándose la finalidad social para la que se concedió la autorización de residencia y trabajo, y además se ocasiona un grave perjuicio al trabajador extranjero, quien para conseguir la renovación de la autorización de residencia y trabajo necesita normalmente al menos seis meses de cotización (artículo 54.3 del Reglamento).

Podría ocurrir que, no obstante lo anterior, el empresario se negase a reincorporar al trabajador. En tal caso –siempre según esta última postura–, lo pertinente sería una solución que, en cierto modo y pese a la heterogeneidad del supuesto, guardaría cierta semejanza con el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral (ejecución provisional de despidos nulos): durante seis meses el empleador vendría obligado a mantener en situación de alta al trabajador extranjero y abonarle salarios, aun sin contraprestación de servicios laborales.

VI. UNA VEZ CONCLUIDO EL PROCESO TRANSITORIO, ¿QUÉ VÍAS EXISTEN PARA LA NORMALIZACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS IRREGULARES ?

Con independencia del “proceso de normalización” a que se ha hecho referencia, cuya vigencia ha sido transitoria y limitada a tres meses (7 de febrero a 7 de mayo de 2005), el Reglamento contempla la autorización de residencia y trabajo por “arraigo laboral” y por “arraigo social”.

Los presupuestos o requisitos son diferentes en ambos casos.

– En el “arraigo laboral” [artículo 45.2.a) del Reglamento] se exige:

- 1- Acreditación de permanencia continuada en España durante 2 años.
- 2- Carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen.
- 3- Demostración de haber mantenido una o sucesivas relaciones laborales por tiempo no inferior a un año.

El nuevo estatus laboral de los inmigrantes

– En el “arraigo social” [artículo 45.2.b) del Reglamento] se requiere:

- 1- Acreditación de permanencia continuada en España durante 3 años.
- 2- Carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen.
- 3- Existencia de un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud con duración de al menos un año; o bien tener vínculos familiares de primer grado con españoles o extranjeros residentes legales en España, o un documento de su Ayuntamiento que acredite su inserción social en España.

VII. ¿ES EFICAZ LA DENUNCIA CONTRA EL EMPRESARIO PARA PROBAR EL “ARRAIGO LABORAL”?

En relación con el “arraigo laboral” se plantea si sería eficaz, para acreditar el mantenimiento de relaciones laborales por tiempo no inferior a un año, la denuncia del trabajador frente al empresario por contratación irregular. Pues bien: la obtención de un pronunciamiento favorable al trabajador en vía administrativa (Inspección de Trabajo) o judicial (sentencia del orden social) en que se reconozca la existencia de relación laboral, permitirá al trabajador acreditar el cumplimiento de dicho requisito.

De hecho, el artículo 46.2.b) del Reglamento dispone que “en el supuesto de arraigo laboral, a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite”.

VIII. ¿ES NULO EL CONTRATO DE TRABAJO MATERIALIZADO CON UN EXTRANJERO QUE CAREZCA DE AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO?

En contraposición a una línea jurisprudencial anterior que se había pronunciado a favor de la nulidad de los contratos de trabajo contraídos con extranjeros “irregulares”, la jurisprudencia actual, aplicando la vigente regulación en materia de extranjería, considera que el contrato es válido y le son de aplicación, por tanto, las previsiones ordinarias contenidas en la legislación laboral.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 (rec. 3003/2002) señala que “Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36 alude concretamente al “extranjero no autorizado para trabajar” –que es, a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia– y establece en tal caso que los empresarios “deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”. A lo que añade el párrafo segundo de dicho número 3 que: “La carencia de la

correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Sobre estas bases, dicha sentencia llega a la conclusión de que al contrato del extranjero “irregular” le son aplicables las disposiciones generales del Derecho Laboral español, incluidas las consecuencias establecidas para un despido improcedente, e incluso para un despido nulo. (De hecho, en el caso contemplado en dicha sentencia el despido se declaró nulo por hallarse embarazada la trabajadora extranjera. Naturalmente, en un supuesto de esta índole el efecto readmisorio estará supeditado a la obtención por el trabajador de la autorización administrativa de residencia y trabajo, pero en principio no cabe excluir dicha obligación readmisoria inherente a un despido nulo.)

IX. EN CASO DE ULTERIOR ANULACIÓN DEL PERMISO DE TRABAJO, ¿DEVIENE NULA LA RELACIÓN LABORAL?

La cuestión ha sido estudiada por la sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005 (rec. 5801/2004), entendiéndose que no se trata de una “nulidad retroactiva”, sino de una imposibilidad jurídica sobrevenida de continuar la relación laboral. En consecuencia, la situación debería encauzarse por la vía del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores (cese objetivo por ineptitud sobrevenida) y, por tanto, con los presupuestos formales del artículo 53 de dicho texto legal, incluida la puesta a disposición del trabajador extranjero de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio.

X. ¿TIENEN DERECHO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO?

La jurisprudencia ha afirmado el derecho de los trabajadores extranjeros “irregulares” a prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo, no obstante su obvia ausencia de alta en Seguridad Social. Se han pronunciado en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 (rec. 4217/2002) y las de los TSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999 (rec. 1573/1998), de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2004 (rec. 1426/2002) y de Castilla y León/Burgos de 30 de julio de 2004 (rec. 75/2004).

Tal como señala la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003, “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la redacción dada por la Ley 8/2000, y según el cual la

El nuevo estatus laboral de los inmigrantes

sanción de expulsión no podrá ser impuesta a «d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo». Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo”.

La también mencionada Sentencia del TSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999 extiende asimismo la protección de la Seguridad Social a la contingencia de maternidad, indicando que “todo extranjero, aun sin residencia legal en España, queda protegido frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, así como las trabajadoras extranjeras respecto a la maternidad, ya que en este supuesto y para tales situaciones la reciprocidad se considera reconocida presuntamente [Convenios OIT 19 y 97, Resolución D. Gral. Previsión 15-4-68, artículo 1.4.b) O. 28-12-66 sobre normas de aplicación y desarrollo del campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario; y artículo 14.e) del D. 2766 /1967, de 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria]”.

Naturalmente, en estos casos la responsabilidad en el abono prestacional recaerá sobre la empresa incumplidora de los deberes de alta y cotización, sin perjuicio del anticipo de la prestación por la entidad gestora (Mutua o INSS, según proceda). El anticipo por la Mutua es negado por la ya citada Sentencia del TSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004, con base en que la Mutua se hallaba “al margen de esas irregularidades cometidas exclusivamente por la empresa”.

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO
Profesor Titular de la Universidad Complutense

II

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes: una aproximación

SUMARIO

I. Introducción general.

II. Concepto y características de las políticas de empleo para inmigrantes. A) Concepto. B) Características.

III. El marco jurídico internacional, europeo y estatal de las políticas activas de empleo para inmigrantes: A) Protección internacional. B) El marco de la Unión Europea. C) El marco constitucional. D) Dificultades en la ejecución de estas políticas.

IV. Conclusiones.

V. Anexo legislativo.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El objetivo primordial que pretendo alcanzar con la realización de este trabajo es acercarme en la medida de lo posible a la realidad actual de las políticas activas de empleo sobre inmigrantes que están presentes en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Para ello, y antes de empezar el análisis como tal del objeto de estudio, entiendo que es conveniente situar al lector con unas líneas introductorias en este primer epígrafe sobre el estado de la cuestión.

Como idea de arranque de esta introducción, es esencial plasmar el principio por el cual el derecho de las personas a la justicia y al bienestar personal, directamente ligados a un trabajo u ocupación digna, pasa por la búsqueda de estos valores en lugares diferentes al de su nacimiento. Es algo, por otra parte, que la especie humana ha puesto en práctica desde el comienzo de los tiempos.

El lugar de nacimiento de cada uno de nosotros sin duda influye de manera poderosa en el destino y posibilidades laborales. Se puede comprender claramente que los que nacen en países

ricos y democráticos van a tener una serie de oportunidades diferentes a los que nacen y crecen con sus familias en países pobres o en los que imperan dictaduras.

Este panorama global hace que el derecho a la emigración deba aceptarse por unas elementales razones de equidad; sin embargo, en la actualidad, esta argumentación de la equidad provoca rechazo. En realidad estamos ante una cuestión que sistemáticamente aparece en los medios de comunicación y en la calle como un debate sin fin, especialmente en algunos países europeos y sobre todo en España por su posición geográfica de puerta de entrada a Europa de la mayor parte de la inmigración africana, de origen magrebí y subsahariano.

El rechazo de esta exigencia de la equidad, en los países de la Unión Europea, conduce a una situación en la cual algunos grupos sociales políticamente organizados están poniendo limitaciones a la movilidad de la población inmigrante que procede de Estados no miembros de la misma Unión; su objetivo fundamental se concreta en la defensa a ultranza del bienestar, la estabilidad, la identidad y la cohesión de los nacionales de cada uno de los Estados miembros. Y precisamente esta tensión gradual entre el derecho a la búsqueda de otros horizontes y posibilidades económicas diferentes a las que ofrece el lugar de nacimiento y la imposibilidad de hacerlo, por el gran número de trabas burocráticas, jurídicas y sociales existentes, se alza como uno de los más graves conflictos morales de nuestro recién comenzado siglo XXI, conflicto que se arrastra desde buena parte de la pasada centuria.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de 1948, enmarca como uno de los derechos de todo ser humano el derecho a la emigración. La libertad de circulación en el interior de un país de toda persona, con independencia de su origen, es un derecho que ha sido ratificado de forma unánime por todos los Estados miembros de la Unión Europea como uno de los motores de la construcción de unas democracias solidarias y justas. La cuestión trascendental que suscita el núcleo principal del debate es si el derecho a la emigración implica también el de la movilidad a otro país y la obligación de éste a aceptarla.

Parte de la doctrina defiende la necesidad de que los países más avanzados, como es el caso de un amplio espectro de los miembros actuales de la Unión Europea, establezcan una apertura total de sus fronteras a la población inmigrante¹. Se basan en argumentos presididos fundamentalmente por la denominada justicia distributiva, concepto ligado al Derecho Natural, razones que son superiores a cualquier otra consideración que conecte con la nacionalidad, la raza, la cultura o la economía. Esta posición doctrinal implicaría que las personas que han nacido en países pobres verían mejorar sus posibilidades de subsistencia económica, así como la de sus hijos.

Un segundo grupo de autores añaden a los anteriores argumentos éticos otros acerca de los beneficios que la llegada de inmigrantes produce en los países receptores de mano de obra. Parten del presupuesto por el cual a medio y largo plazo, el mestizaje es siempre un dato positivo, dado

(1) Las referencias bibliográficas sobre este asunto se encuentran en Myron WEINER: "Ethics, National Sovereignty and the Control of Immigration", *International Migration Review*, vol. XXX, n.º 1, pp. 171-197.

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

que implica mezcla de sangre y de culturas, suponiendo la aportación de nuevas iniciativas que, en definitiva, representa una contribución de gran valor económico por la capacidad de trabajo y recursos humanos que ello implica².

En esta misma dirección, uno de los avances más importantes de la Unión Europea en toda su historia es haber configurado la fuerza legal suficiente para que la libertad de circulación de los trabajadores sea hoy en día una realidad instalada en cada uno de los países miembros. Además dicha libertad se ha transformado después en la ciudadanía de la Unión. En virtud de esta ciudadanía, cualquier persona tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (artículo 18 del Tratado de la Comunidad Europea).

Los diversos posicionamientos de la doctrina nos encaminan a una idea evidente y es que sobre las políticas activas relacionadas con el empleo de los colectivos inmigrantes no pueden tomarse por parte de los países receptores una serie de decisiones parciales o unilaterales. Las medidas sobre la apertura de fronteras e ingreso y mantenimiento en el empleo de los inmigrantes deberían de ser adoptadas de una forma general y simultánea por todos los países implicados, ya sean receptores u originarios de la población inmigrante trabajadora. La situación contraria es generadora de graves problemas sociales para aquellos países que aisladamente lo deciden³.

Algunos economistas de nuestro tiempo y de épocas anteriores señalan que la pobreza es siempre el punto de partida y el estado natural del hombre, mientras que la riqueza es lo adquirido y lo que se debe explicar. Las coyunturas políticas, económicas y sociales existentes en algunos países han permitido que en ocasiones a lo largo de una vida se hayan acumulado unos capitales para invertir tanto en necesidades básicas como secundarias, tales como vivienda, propiedades, equipamientos y ahorro. Desde el punto de vista fiscal, los sistemas impositivos progresivos permiten al Estado la obtención de recursos importantes para infraestructuras, sanidad y servicios públicos. Para diversos tratadistas todo este panorama se ve afectado de forma directa por la llegada masiva de inmigrantes.

Retrotrayéndonos en el tiempo, en plena edad contemporánea, sobre todo en el s. XIX, un abanico de países que obtuvieron la independencia en esa época, consideraron que tenían una población escasa y apostaron fuertemente por los procesos de inmigración. Los más claros y diáfanos ejemplos se concentran en el continente americano tras las diferentes emancipaciones de las metrópolis europeas.

(2) CAPEL, Horacio: *Los inmigrantes en la ciudad. Crecimiento económico, innovación y conflicto social*. Publicado también en DELGADO, M. (ed.): *Debat de Barcelona. Ciutat i immigració*, Barcelona: Centre de Cultura Contemporànea, 1997, pp. 83-112. Publicado también en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, n.º 3, de 1 de mayo de 1997, 24 pp. (<http://www.ub.es/geocrit/sn-3.htm>).

(3) Como es obvio, me refiero a las fronteras tal como existen hoy, sin olvidar que son un límite que ha experimentado grandes cambios históricamente; en Europa, una de las fronteras más antiguas es la hispano-francesa fijada en la Paz de los Pirineos en 1659; pero los cambios de fronteras en el Viejo continente han sido continuos: tras la paz de Utrecht (1713), la de París (1761), tras las guerras napoleónicas, con el nacimiento de los Estados liberales, tras la derrota de Francia en Sedan, tras la primera y segunda guerras mundiales, tras la caída del muro de Berlín y tras la desintegración de Yugoslavia.

El historiador Nicolás SÁNCHEZ ALBORNOZ hace referencia en una de sus obras a la famosa frase que estuvo presente en muchos de los países del continente americano y que proviene de Juan Bautista Alberdi en 1853: “Gobernar es poblar”. Este principio se incrustó en algunas Constituciones, como la de Argentina, y en las legislaciones de otros países vecinos⁴.

En numerosos Estados independientes de América se promulgaron leyes migratorias en las últimas décadas del siglo XIX, buscando hacer realidad el principio afirmado por Juan Bautista Alberdi.

Estas líneas introductorias pretenden contribuir a situarnos ante una realidad que a los ciudadanos de los países más desarrollados nos sirva para ser más respetuosos y solidarios con las personas que vienen de fuera a trabajar a nuestros países, movidos en la inmensa mayoría de los casos por motivaciones puramente económicas y de mejora del bienestar personal y familiar, objetivo muy loable en todos los tiempos, lugares y culturas. Estas ideas pretenden asimismo situar el tema objeto de estudio, el significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO PARA INMIGRANTES

Nos situamos ahora en el concepto y las características de las políticas de empleo para inmigrantes. Para ello es necesario empezar matizando que, desde un enfoque amplio, las políticas activas de empleo intentan suplir las desigualdades presentes en el mercado de trabajo a partir de la toma en consideración de la heterogeneidad de los diferentes colectivos que participan en el mercado. Así, entre las políticas activas de empleo, se podrían distinguir tres grandes grupos, a partir de la clasificación realizada por SÁEZ⁵:

- 1.º Las que persiguen el desarrollo de un buen sistema de intermediación entre la oferta y la demanda a través de medidas de diversa naturaleza.
- 2.º Las actuaciones encaminadas a la mejora de los mecanismos de educación y formación a efectos de facilitar a los jóvenes una base de partida que les permita desempeñar una profesión y avanzar en la cualificación profesional de los adultos.
- 3.º Las que tienen una directa conexión con la promoción del empleo.

A) Concepto

En este contexto interesa especialmente analizar la combinación de medidas con relación a la orientación, formación y experiencia laboral. Además, respecto a las consecuencias jurídicas de

(4) SÁNCHEZ ALBORNOZ, Nicolás: *La población de América Latina. Desde los tiempos precolombinos al año 2000*, Madrid, Alianza Editorial, 1973, cap. 5.

(5) SÁEZ, F. (1997): “Políticas de mercado de trabajo en Europa y en España”, *Papeles de Economía española*, 72:309-325.

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

tales políticas, hay que hacer un especial esfuerzo para adentrarse en la operatividad de los programas hacia la población-objetivo que constituye el colectivo de trabajadores inmigrantes.

Conviene recordar que en los países más desarrollados se ha registrado en los últimos diez años un notable aumento de las políticas activas de empleo destinadas a los colectivos con una baja tasa de colocación, entre los que se encuentran los inmigrantes.

Parece que el grupo más importante ha sido el de los desempleados de larga duración (superior a un año) y que superan cierta edad; el segundo conjunto de colectivos se caracteriza por el de aquellas personas cuya experiencia laboral es muy pobre o incluso inexistente (marginados, personas con historial delictivo, inmigrantes y gente con baja cualificación); el tercer grupo serían los jóvenes recientemente incorporados al mercado de trabajo. Otros grupos de segunda línea son los considerados como inactivos (especialmente se refieren a las mujeres) y los receptores de rentas sociales, a los que se empuja hacia el empleo como mecanismo de integración social.

Una vez realizada esta incursión general, es preciso destacar que para una de las instituciones españolas con más conocimiento y experiencia en esta materia, como es el Consejo Económico y Social (CES), estas políticas comprenderían dos grandes grupos de medidas, a saber:

1.º Las destinadas a una actuación directa que incida sobre el mercado de trabajo para aumentar el empleo o reducir el paro, tales como los incentivos económicos (bonificaciones, subvenciones, etc.) a la contratación.

2.º Las que van dirigidas a la mejora sustancial y cualitativa de los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea mediante la formación de los activos, el incentivo (o la supresión de obstáculos) a la movilidad geográfica de la mano de obra, la mejora de la intermediación entre los flujos de oferta y demanda en el mercado de trabajo, e incluso una más fluida información de este mercado (que es, por ejemplo, uno de los esfuerzos de los observatorios públicos de empleo).

En España, un estudio serio y riguroso de las políticas activas de empleo destinadas a los trabajadores inmigrantes debe partir de dos factores básicos en su configuración: su contextualización dentro del modelo adoptado por la Unión Europea y el alto grado de descentralización en las competencias, servicios y funciones que les atañen.

Las políticas activas de empleo pretenden contribuir al incremento de las posibilidades de incorporación y mantenimiento laboral de los inmigrantes, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo. Además, en términos macroeconómicos, la actuación selectiva sobre la oferta y la demanda, con medidas tales como el fomento de la iniciativa privada, la ayuda a la movilidad a sectores con suficiente demanda o la creación directa de empleo, permiten reducir los desequilibrios o desajustes en el mercado de trabajo.

Tomando como punto de partida y referencia esencial la vigente Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre, ya en la misma Exposición de Motivos se alude a que uno de los factores

esenciales que han estado presentes en el entramado actual del mercado laboral español es el denominado por los redactores de la ley “fenómeno inmigratorio”, que sin lugar a dudas ha contribuido a una importante modificación cualitativa y cuantitativa del empleo en España.

Lo establecido en la Exposición de Motivos tiene continuidad en la misma Ley cuando el artículo 2, concerniente a los objetivos de la política de empleo, cita de forma específica al colectivo migratorio externo en su apartado g), entendiendo que una de las metas de la Ley es la coordinación de la articulación de las políticas de empleo, teniendo muy presentes tanto a la inmigración interna como a la externa; estos aspectos van ligados a los principios de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.2 de la CE.

Además, este apartado g) del artículo 2 conecta con su apartado d), especificando que los inmigrantes se encuentran dentro del conjunto de colectivos en los que es preciso fomentar políticas destinadas a la integración laboral, dado que son grupos que presentan por las diversas características que concurren en ellos más trabas y problemas a la hora de encontrar empleo que el resto de ciudadanos. Entre estos colectivos, el artículo 2, apartado d), de la Ley de Empleo cita de forma específica a los “jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años”.

Una vez introducidas estas dos puntuales referencias significativas sobre el objeto de estudio, ubicadas en la Exposición de Motivos y el artículo 2 de la Ley, enfoco la atención al importante artículo 23 que delimita el concepto básico sobre el que pivota este trabajo y éste no es otro que el de “políticas activas de empleo”. En consonancia con el espíritu integrador que orienta a esta Ley de Empleo, se definen las políticas activas de empleo como “el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social”.

B) Características

De esta definición se pueden extraer algunas características básicas acerca de estas políticas activas de empleo que, desde mi perspectiva, serían las siguientes:

1.^a Se advierten tres ejes esenciales sobre los que descansarían estas políticas: orientación, empleo y formación.

En torno a estas tres líneas de actuación deberíamos tener presente el esquema mental de inserción del colectivo inmigrante en el mercado laboral español, puesto que tales líneas se van a reproducir en la legislación específica que tiene como destinatarios principales a los inmigrantes.

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

Dicho esto, no podemos pasar por alto que para intentar acercarnos a las anteriormente citadas líneas de actuación, las medidas favorecedoras para integrar a los colectivos con más dificultades, no sólo para encontrar empleo, sino también para consolidar un puesto de trabajo estable y de calidad, deben acompañarse de un importante incentivo económico.

En este sentido, el actual Ministro español de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, recalca que “la cantidad destinada a políticas activas de empleo en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para el año 2005 es de 6.372,6 millones de euros, que supone un aumento de 462,3 millones, un 7,8%, con respecto al año anterior”⁶.

En el capítulo específico relativo a la integración laboral de los inmigrantes, el presupuesto que corresponde a la Dirección General de Inmigración se sitúa en unos 12 millones de euros, despuntando de una manera especial las transferencias que desde la Administración Central se harán a distintas instituciones autonómicas y municipales, que de acuerdo a lo comunicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, coparán tres cuartas partes del presupuesto.

2.^a Se alude en la definición sobre políticas activas de empleo a que éstas van enfocadas al grupo de “los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores”. Es pertinente, por ello, hacer una distinción entre dos grupos ya de entrada:

- a) Desempleados por cuenta propia o ajena.
- b) Trabajadores en lo relativo a su formación y recalificación para el empleo.

3.^a Fomento del ánimo de creación de empresas y de la denominada “economía social”.

Desgranado el concepto y características de las políticas activas de empleo, el artículo 26 de la Ley de Empleo se refiere a los inmigrantes como “colectivo prioritario” al que deben ir dirigidas las medidas de fomento del acceso y mantenimiento en el empleo.

III. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESTATAL DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA INMIGRANTES

A) Protección internacional

Como punto de partida indicaré algunas de las normas jurídicas internacionales que amparan y ponen en pie de igualdad, tanto a los nacionales como a los extranjeros en su deseo de incorporarse al mundo laboral. Esta idea de arranque se concretó en la Convención Internacional

(6) Este dato está tomado de la publicación electrónica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, NIPO 201-04-014-X ISSN: 1577-189 X, 14 de octubre de 2004, Madrid.

sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, que define la “discriminación racial” como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos o libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

Pero con anterioridad, el Convenio 11 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958 define como discriminación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Conviene reflejar que desde el punto de vista de la OIT, la fórmula para alcanzar un régimen inmigratorio sostenible en el siglo XXI supone reconocer la existencia de una demanda de mano de obra, no sólo en Europa y América del Norte, sino también en otros países en desarrollo en África, Asia y América Latina. De acuerdo con estimaciones de la ONU, los habitantes de algunos países de Europa y Asia deberían trabajar hasta los 77 años si no hubiera más entrada de inmigrantes.

Para lograr la ansiada “sostenibilidad” sería necesario contar con estrategias y estructuras que permitan administrar y regular las inmigraciones de forma adecuada, lo cual requiere de un consenso social con la participación de los sectores más afectados, en particular trabajadores y empresarios. Además, la OIT insiste en que también es importante asegurar un tratamiento correcto para los inmigrantes, ya estemos hablando de empleados temporales o permanentes.

Los trabajadores que emigran en forma irregular, son especialmente vulnerables a la explotación y el abuso debido a que la amenaza de detención y deportación impide cualquier tipo de asociación sindical y los expone a condiciones laborales peligrosas. La legislación actual de la OIT propone adoptar acciones para evitar el traslado de inmigrantes clandestinos mediante sanciones para los traficantes y empresarios que se presten a la realización de ofertas de trabajo a personas indocumentadas.

Los primeros Convenios sobre trabajadores inmigrantes se hicieron bajo el auspicio de la OIT. El Convenio de 1949 (número 97) estableció las bases para un marco normativo moderno y el Convenio de 1975 (Cláusulas suplementarias), en concreto el número 143, abordó una serie de asuntos relacionados con la inmigración ilegal, con una referencia explícita a la aplicación de normas provenientes de la protección más sustantiva de los derechos humanos fundamentales.

Estos dos Convenios de la OIT establecen las bases para la elaboración y desarrollo de una legislación de la inmigración laboral a nivel nacional. Además estipulan que los Estados deben faci-

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

litar prácticas de reclutamiento justas, un proceso transparente de consultas con interlocutores sociales, reafirmar la no discriminación, y establecer la igualdad de acceso entre trabajadores locales e inmigrantes frente a asuntos tan trascendentales como los derechos y la protección de seguridad social, condiciones laborales, salarios o afiliación sindical. 50 Estados ratificaron una o las dos convenciones de la OIT, incluyendo a varios Estados miembros de la Unión Europea⁷.

El Convenio Internacional sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1990 y ratificado por 33 Estados⁸, toma en cuenta principios fundamentales sobre las condiciones de los trabajadores inmigrantes que habían sido incluidos en los anteriores dos Convenios de la OIT que se han citado. El Convenio entró en vigor tras una Campaña Mundial para promover su ratificación que implicó la alianza de tres agencias del sistema de Naciones Unidas: la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con la participación de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y de 10 organizaciones no gubernamentales(ONG) relacionadas con la protección de los derechos más esenciales e importantes de los trabajadores inmigrantes.

Todos estos Convenios Internacionales reflejan que, a pesar de su importancia económica y de la enorme cantidad de personas involucradas, los trabajadores inmigrantes con frecuencia no están protegidos por las legislaciones nacionales y son considerados como una fuerza laboral barata, dócil y flexible.

El número de personas que viven y trabajan en países distintos al de su origen se duplicó desde 1975 hasta alcanzar la cifra de 175 millones de personas, que representan el 3% de la población mundial. La OIT considera que existirían con los datos actualizados unos 120 millones de trabajadores inmigrantes junto con sus familias. El resto está representado por refugiados, personas en busca de asilo e inmigrantes establecidos.

B) El marco de la Unión Europea

El Tratado de Ámsterdam incorporó al Tratado de la Comunidad Europea el artículo 13 que establece que “el Consejo (...) podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Al amparo de este precepto, se aprobó en el año 2000 la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2001, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DOCE*, L303, 2-12-2000). Esta Directiva se circunscribe a una aplicación concreta del principio inspirador en el ámbito del empleo y la ocupación independientemente de una serie de motivos como son la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Sólo quedó fuera la discriminación

(7) Ver datos actualizados de ratificaciones en <http://www.ilo.org>.

(8) Consultar datos actualizados en <http://www.ohchr.org/spanish/index.htm>.

basada en el género porque se había regulado en el campo del empleo en la Directiva 76/207/CEE de 1976 y se ha actualizado con los conceptos de las dos directivas de 2000 con la nueva Directiva 2002/73/CE. Explicitando estas ideas, en el considerando n.º 9 de esta Directiva, se establecía que “el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”.

La normativa comunitaria actual es un fiel reflejo del trabajo realizado en el Consejo Europeo de Luxemburgo, celebrado en noviembre de 1997, en el que la Unión Europea dio un impulso muy importante y de una forma progresivamente integrada, a las políticas activas de empleo, como un desarrollo del nuevo Título de Empleo que se incluyó en el Tratado de Ámsterdam. La consecuencia jurídica que se deriva de todo este proceso es que las políticas activas de empleo en España vienen definidas en buena parte por las líneas y directrices generales que introduce la Unión Europea en el Derecho Comunitario.

Tres años más tarde de la reunión de Luxemburgo se celebró el Consejo Europeo de Lisboa, en concreto en marzo de 2000, en el cual se acordaron una serie de actuaciones relevantes tales como la definición de una estrategia global para el crecimiento económico a largo plazo, el pleno empleo, la cohesión social y el desarrollo sostenible en una sociedad basada en el conocimiento, que se ha venido denominando en el marco comunitario con el título de Estrategia de Lisboa. Dentro de ésta hay que realizar una especial mención a la denominada Estrategia Europea de Empleo, que se conoce con las siglas EEE⁹. Este enfoque sobre el empleo en el ámbito de la Unión Europea intenta hacer una reordenación y ampliación de las diversas directrices para el empleo que se habían configurado como principios informadores para la política comunitaria, completándose con una serie de objetivos de tipo cuantitativo a diez años. Para la instrumentación de esta Estrategia Europea de Empleo, se definieron cuatro grandes pilares, en los que cada año se establecerían diversas directrices, debiendo ser desarrolladas éstas por los países miembros de la Unión Europea en políticas concretas, dentro de los sucesivos programas nacionales para el empleo con un período anual de actuaciones. En concreto, los cuatro grandes pilares son:

- 1.º) Mejora de la capacidad de inserción profesional.
- 2.º) Desarrollo del espíritu de empresa.
- 3.º) Fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas.
- 4.º) Refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

En el contexto de este proceso, que empezó en Luxemburgo en 1997, las sistemáticas revisiones de la EEE han llevado a la determinación de la necesidad de realizar un ejercicio de simplificación para ofrecer enfoques y orientaciones más generales, con una mayor determinación de las acciones prioritarias y responsabilidades que mejor están definidas. Así, en junio de 2003, se procede a una crucial modificación de la EEE para el período trianual 2003-2005, en el que las características más sobresalientes están construidas alrededor

(9) No confundir la Estrategia Europea de Empleo (EEE) con el Espacio Económico Europeo (EEE); en este estudio hablaremos de la primera, no del segundo.

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

de unos puntos muy específicos, tales como la determinación de tres objetivos generales, cuya materialización pasaría por el cumplimiento de cuatro requisitos básicos que deben recogerse en la aplicación por parte de los Estados miembros de la EEE revisada, un menor número de directrices, reducido a diez y un período de vigencia de estas directrices a tan sólo tres años. De forma paralela, se han ido matizando un conjunto cada vez más amplio de indicadores cuantitativos para la medición y la evaluación de las políticas en las que se recojan estas líneas de actuación genérica.

Podemos vislumbrar que en el actual marco comunitario, uno de los efectos más clarificadores de la filosofía que encierra la Estrategia de Lisboa, es el de destacar el papel tan relevante que deben tomar las políticas activas de empleo en los países miembros de la Unión Europea. De acuerdo a la EEE, los Estados han ido elaborando cada año programas nacionales de acción para el empleo. Conviene mencionar que la actuación encaminada a la mejora de la capacidad de inserción profesional de los trabajadores es la que concentra la mayor parte de las políticas activas del mercado de trabajo. A pesar que ese objetivo se haya dirigido en mayor proporción a la ordenación de programas y actuaciones ya existentes que para el diseño y la puesta en marcha de otros nuevos, sí es preciso mencionar que sobre dicho objetivo se han establecido las bases para el arranque de distintas medidas que tienen un reflejo en los denominados Planes Nacionales de Acción para el Empleo de nuestro país.

Tres de los fines de estos Planes se han enfocado a la incentivación de la participación en el mercado de trabajo, la potenciación de la búsqueda de empleo y la promoción de la igualdad de oportunidades.

En el diseño de este trabajo interesa especialmente la directriz 7, destinada a la promoción activa y decidida de la integración de todos aquellos colectivos desfavorecidos por distintas causas en el mercado de trabajo y a enfrentarse de una manera eficaz a la discriminación que sufren.

En el camino indicado por esta anterior directriz, las acciones a favor de la integración de los colectivos desfavorecidos se destinan a actuaciones concretas en el campo de la educación y formación de jóvenes y adultos, personas discapacitadas e inmigrantes. En el caso concreto que ocupa la atención de este trabajo, o sea, el colectivo inmigrante, existen diferentes actuaciones para luchar contra su discriminación, que pasan por la elaboración de itinerarios integrados de inserción laboral que contemplen sus potencialidades y posibilidades de empleo de forma individualizada; por la formación de profesionales en el campo de la inmigración y por la regularización de la situación laboral de los inmigrantes que acrediten el desempeño de un trabajo durante al menos el período de un año.

En la atención particular al colectivo inmigrante son tres medidas específicas las que están previstas en el denominado Programa Operativo “Lucha contra la discriminación”, cofinanciado por el Fondo Social Europeo, a saber:

1.^a) Itinerarios integrados de inserción laboral para inmigrantes.

En este apartado se toman en consideración las diferentes y variopintas características personales y laborales de los inmigrantes, con el objetivo de intentar el descubrimiento y la potenciación de las posibilidades de acceso al empleo desde un enfoque netamente individualizado. Este itinerario está formado por una serie de fases, a saber:

- a) Diagnóstico de la situación, cuya herramienta esencial es una entrevista personal.
- b) Formación previa, con instrumentos poderosos tales, como el aprendizaje del idioma español y de otra lengua específica oficial de la Comunidad Autónoma que se trate, además de un entrenamiento básico en habilidades sociales.
- c) Orientación sociolaboral.
- d) Formación ocupacional.
- e) Apoyo al autoempleo.
- f) Medidas de acompañamiento de tipo sociopedagógico, que se concretan en ayudas destinadas a gastos de guarderías y escuelas infantiles, ayudas para sufragar los costes de transporte y manutención para aquellos casos que se entiendan como más vulnerables, etc.

2.^a) Formación de profesionales con dedicación exclusiva enfocada al colectivo inmigrante.

Se trata de impulsar medidas eficaces para dotar de una preparación teórica y práctica en materia de extranjería y recursos sociales existentes en las diferentes Administraciones Públicas de ámbito territorial estatal, autonómico o local, destinada a todos aquellos profesionales de los diversos organismos e instituciones públicas y privadas que trabajan directamente con los inmigrantes, con el objetivo esencial de su inserción en el mercado laboral.

3.^a) Sensibilización, estudios y seminarios sobre el colectivo inmigrante.

El objetivo es alcanzar una efectiva concienciación social a través de la realización de campañas concretas y la realización de encuentros, jornadas y seminarios, intentando que en estos diferentes actos participen el mayor número de agentes sociales implicados en todo lo que constituyen las trabas esenciales que impiden la plena integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo español.

Las propuestas particulares que los dos Sindicatos españoles más representativos en el ámbito territorial estatal, UGT y CC.OO., entienden esenciales para hacer efectivos los objetivos de la Directriz 7 se centrarían en estos cinco puntos:

- 1.^o) Desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería, dando cabida a la participación de los interlocutores sociales.
- 2.^o) Establecimiento de unas normas claras y participativas para la determinación de los contingentes, teniendo presentes la situación nacional de empleo, el papel de los Servicios Públicos de

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

Empleo, la articulación sectorial y territorial y la implicación de empresarios y organizaciones sindicales.

3.º) Dotación de medios y recursos suficientes a la Administración española en los países de origen de la población trabajadora inmigrante para la potenciación de la contratación en sus países de nacimiento y el establecimiento de planes de acompañamiento y de integración sociolaboral (lengua, derechos laborales, regulación colectiva, protección social, etc.).

4.º) Luchar contra las situaciones de explotación y desigualdad de las personas inmigrantes vinculadas a la irregularidad y al empleo sumergido, así como la promoción de los procedimientos de actuación coordinada entre las distintas Administraciones Públicas, incluida la Inspección de Trabajo, con el objeto de hacer emerger a la superficie el empleo irregular, con la persecución del fraude empresarial y asegurando la protección a los trabajadores que pongan en conocimiento de las instancias judiciales estas situaciones.

5.º) Definición de programas de integración social destinados a los inmigrantes en materia de educación, vivienda, servicios sociales, etc.

Bajando al terreno concreto de las distintas Comunidades Autónomas, la materialización de esta Directriz 7 se concreta en las siguientes actuaciones:

– Aragón:

- Ayudas a la contratación de trabajadores en riesgo de exclusión en Empresas de Inserción Laboral.
- Información, atención especializada y asesoramiento individualizado acorde a inmigrantes.
- Participación en la iniciativa comunitaria EQUAL potenciando la formación e integración de colectivos desfavorecidos.
- Ayudas a los empresarios para facilitar el alojamiento de trabajadores temporales e inmigrantes.
- Convenios con asociaciones de agricultores y cooperativas para la contratación de trabajadores temporales e inmigrantes.
- Convenios con entidades para la intermediación laboral con personas inmigrantes y sensibilización de las empresas.

– Asturias:

- Plan de Formación para personas con discapacidad y amenazados de exclusión.

– Canarias:

- Acciones para la integración de colectivos en riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
- Inserción laboral de inmigrantes.

– Cataluña:

- Proponer oportunidades de integración a los colectivos con riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
- Subvención global.

– Comunidad Valenciana:

- Programa de Talleres de Formación e Inserción Laboral.
- Plan Integral de empleo para personas con riesgo de exclusión social.

– Galicia:

- Incentivos a la contratación temporal e indefinida de desempleados en riesgo de exclusión social.

– Madrid:

- Ayudas a empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.

– Navarra:

- Formación e inserción de inmigrantes.

– La Rioja:

- Ayudas a la contratación estable, mínimo de un año, de trabajadores desempleados en riesgo de exclusión social.

Haciendo un repaso al conjunto de medidas específicas dentro del ámbito territorial autonómico, se percibe de una forma nítida que Aragón es la Comunidad Autónoma española que más programas y presupuesto regional destina a hacer posible la concreción de la Directriz 7 en lo concerniente al colectivo inmigrante.

A pesar que la discriminación que sufre el inmigrante afecta a diversos sectores de las relaciones sociales e institucionales, el del empleo y el trabajo es un terreno especialmente sensible y esto explicaría que en distintas instancias internacionales como la OIT o supranacionales como la Unión Europea se hayan aprobado disposiciones específicas para la promoción de la igualdad de trato en estos ámbitos. El concreto peligro de discriminación en el campo laboral lo reconoció el informe del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC 2000) cuando pone de manifiesto que “la mayor parte de las denuncias de discriminación en los Estados miembros guardan relación con el mercado de trabajo, el empleo y la ocupación”. Se alude a situaciones

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

como la exclusión en determinados empleos, salarios más bajos, tasas de participación laboral menores con relación a las poblaciones nativas o mayores riesgos de desempleo.

Por otra parte conviene hacer una especial mención a la conocida como iniciativa comunitaria EQUAL, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo. El objetivo de esta iniciativa, tal y como se contempla en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (*DOCE*), de 5 de mayo de 2000, es el de “promover nuevas maneras de combatir todas las formas de discriminación y desigualdad en relación con el mercado de trabajo a través de la cooperación transnacional”.

En el campo particular que centra el interés de este trabajo, EQUAL distingue dos propósitos diferentes para enfocar el alcance de la capacidad de inserción profesional:

- a) Hacer posible a través de una serie de instrumentos y herramientas concretas el acceso y la reincorporación al mercado de trabajo de las personas que sufren en mayor medida las trabas y obstáculos para integrarse o reintegrarse en el mercado laboral.
- b) Tomar medidas drásticas y eficaces para luchar contra el racismo y la xenofobia conectados al mercado de trabajo.

Finalmente no habrá que olvidar que el Consejo Europeo de Bruselas, en su sesión de 22-23 de marzo de 2005 ha realizado una revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa¹⁰.

C) El marco constitucional

El diseño, elaboración y puesta en marcha de las políticas activas de empleo dirigidas al colectivo inmigrante en una sociedad democrática como la española debe partir de la constatación de las aportaciones que en el plano económico, social y cultural realizan los trabajadores extranjeros que vienen a España. A estos trabajadores les ampara el reconocimiento que de sus derechos y libertades fundamentales hace el Título 1 de la Constitución Española de 1978 y muy en especial su artículo 13, que establece lo siguiente:

- “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.
2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

(10) Conclusiones de la presidencia en <http://europa.eu.int>. Ver asimismo la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de primavera de 2004: *Hagamos Lisboa. Reformas para la Unión ampliada* [COM (2004) 29 final].

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

Vemos, por tanto, que la CE establece en su artículo 13, apartado 1, que:

“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

Es importante advertir que este artículo no establece, sin embargo, una equiparación en derechos de españoles y ciudadanos extranjeros, sino la remisión a normas de rango inferior que regulen el goce efectivo de los derechos y libertades establecidos en el Título 1. Esta concreción se vuelve necesaria, por cuanto los términos empleados para designar a los sujetos de estos derechos y libertades resultan equívocos en cuanto a su alcance. Ateniéndonos exclusivamente al Título I de la CE, y en virtud del artículo 13.1, no es posible determinar con precisión los derechos y libertades que gozan los extranjeros en España.

Ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional la que ha establecido el criterio sobre la titularidad y ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros:

“... Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución Española, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1984, Sala 1.^a).

Pero la concreción se convierte en una limitación; aun siendo su ánimo reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, ofreciendo para ello las mayores garantías jurídicas, distingue, de manera muy clara, entre las situaciones de legalidad e ilegalidad, de tal forma que sólo quienes se hallen de manera regular en España, gozarán del pleno ejercicio de estos derechos.

Desde esta concepción de partida, si bien la inmigración comporta algunas veces ciertos problemas y retos de diversa índole a la sociedad de acogida, es muy superior el valor del intercambio que conlleva el proceso migratorio para ambas poblaciones, máxime si tenemos en cuenta que la población inmigrante se ha convertido en no pocas ocasiones en un elemento importante para el mayor progreso económico de las sociedades desarrolladas.

Por todo ello, el eje central de las políticas activas de empleo destinadas a los inmigrantes, desde un punto de vista constitucional, no debe ceñirse a una mera regulación de los flujos laborales y menos aún a un exclusivo control de entrada y permanencia, sino que debe, además, apoyar los procesos de convivencia e integración, en tanto en cuanto estamos ante verdaderos fenómenos de asentamiento de población, que requieren un adecuado y justo tratamiento.

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

La integración, que no asimilación, debe concebirse desde el mutuo respeto de creencias, culturas y concepciones de la vida, en definitiva, desde el respeto de los Derechos Humanos de todas las personas.

La política inmigratoria debe contemplar los aspectos socio-laborales, educativos, culturales, de convivencia territorial y de participación ciudadana sobre la base de normas claras y adecuadas que garanticen la seguridad jurídica de las personas inmigrantes y que se apliquen desde una actuación coherente y unitaria de las diversas Administraciones Públicas.

D) Dificultades en la ejecución de estas políticas

Una vez perfiladas las ideas básicas del modelo comunitario que subyace con relación a las políticas activas de empleo, para afrontar una perspectiva adecuada de lo que ocurre en España, conviene no ignorar la configuración múltiple, tanto en los aspectos del diseño como en los de la ejecución, que provienen de la distribución de competencias entre la Administración Central del Estado y las 17 Comunidades Autónomas y las 2 Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en esta materia.

La actual legislación española, en concreto la vigente Ley de Empleo, tiene como objetivos fundamentales el de la armonización del modelo surgido de la distribución de competencias y garantizar la adecuada cooperación y coordinación entre las diferentes Administraciones y entre los agentes públicos y privados, que se encuentran implicados; la armonización intenta en la medida de lo posible la movilización y optimización de los recursos disponibles al objeto de lograr mayores niveles de eficiencia en las políticas de empleo.

Se puede constatar que la Ley de Empleo ha instaurado un concepto integral de política activa de empleo, diseñada como el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas cuyos objetivos vienen determinados por el desarrollo de programas y medidas dirigidas a la consecución del pleno empleo, además de la calidad del empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo y la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo.

Una de las consecuencias evidentes de la amplitud del concepto de política activa de empleo, que se recoge en la vigente Ley de Empleo, es la imprescindible regulación de las competencias de cada una de las instituciones y organismos implicados en su diseño y ejecución, pero no ignorando en ninguno de los supuestos posibles a las Administraciones Públicas de carácter local en el desarrollo del conjunto de las políticas activas de empleo. En virtud de todas las circunstancias, es relevante el modelo del Sistema Nacional de Empleo, cuyos ejes esenciales de actuación se centran en un modelo de descentralización territorial y de coordinación funcional, en el que las finalidades se centren en el aumento progresivo de las tasas de intermediación laboral y en asegurar la aplicación de las políticas activas de empleo y de la acción protectora por

desempleo, así como la ineludible garantía de la unidad del mercado de trabajo en España, su integración en el mercado único europeo y la libre circulación de los trabajadores.

Es necesario especificar que el Sistema Nacional de Empleo está formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las diferentes Comunidades Autónomas. En el caso del Servicio Público de Empleo Estatal, hablamos de un organismo autónomo de la Administración General del Estado que tiene como fines esenciales la ordenación, desarrollo y seguimiento de la política de empleo. En lo concerniente a los servicios de las Comunidades Autónomas, decir que son los órganos o entidades a los que se encarga, en su correspondiente ámbito territorial, la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo.

Por último, conviene dejar constancia de que a partir del objetivo deseable de dotar de una mayor transparencia al mercado laboral, se establecen unos determinados principios comunes de actuación, tales como los de integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información, además de la existencia de un lugar común en la red telemática que haga posible el conocimiento de las ofertas y demandas de empleo y oportunidades de formación en todo el territorio español.

IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones pueden resumirse en las cinco siguientes:

1.^a Los Convenios Internacionales adoptados por las Naciones Unidas y por sus Organizaciones asociadas, como la Organización Internacional del Trabajo, proporcionan a los gobiernos e instituciones nacionales un marco de referencia para elaborar políticas activas de empleo que protejan a los inmigrantes y les permitan el acceso a los beneficios en materia de Trabajo y Seguridad Social. Sin embargo, estos Convenios no pueden asegurar la coordinación de las políticas nacionales ni garantizar que los trabajadores inmigrantes reciban protección efectiva.

El marco conceptual y operativo de la regulación internacional (multilateral y bilateral) no parece estar en situación de poder afrontar los problemas asociados a la protección y cobertura por parte de la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes. A medida que aumenta la inmigración, disminuye la eficacia de los Convenios Internacionales. Los principios asumidos como base de los acuerdos bilaterales y las políticas nacionales en materia de inmigración de los países desarrollados no siempre son consistentes con las disposiciones de los Convenios Internacionales.

Vacilan entre la ratificación de los principios de no discriminación y la introducción de políticas diseñadas para restringir los flujos migratorios e impedir que los inmigrantes obtengan la residencia o la nacionalidad.

2.^a Acerca de las políticas activas relacionadas con el empleo del colectivo inmigrante no pueden tomarse por parte de los países receptores una serie de decisiones parciales o unilaterales, sino que las medidas sobre la apertura de fronteras e ingreso y mantenimiento en el empleo

Significado jurídico de las políticas de empleo para inmigrantes

II

de los inmigrantes deberían ser adoptadas de una forma general y simultánea por todos los países implicados, ya sean receptores u originarios de la población inmigrante trabajadora. En este sentido tienen una gran importancia los tratados bilaterales entre el Estado de origen y el Estado de recepción de los inmigrantes.

3.^a Desde luego, en los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos España, hay que contar con la Estrategia de Lisboa y con todo el derecho (originario y derivado) de la Unión. La incidencia de estas normas en los sistemas estatales resulta patente.

En el mismo ámbito de la UE resulta patente la discriminación que frecuentemente sufren los inmigrantes. Por ejemplo, el informe del año 2000 del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia deja bien claro que la mayor parte de las denuncias por discriminación hacia la población inmigrante en los Estados miembros de la Unión Europea tienen una directa relación con el mercado de trabajo, el empleo y la ocupación de este colectivo. Se concreta en situaciones tales como la exclusión de los inmigrantes para acceder a determinados empleos, salarios más bajos, tasas de participación laboral menores con relación a la población nativa o mayores riesgos de desempleo.

4.^a El núcleo central de las políticas activas de empleo destinadas a los inmigrantes, desde un punto de vista constitucional, no debe ceñirse a una mera regulación de los flujos laborales y menos aún a un exclusivo control de entrada y permanencia en el país, sino que debe, además, apoyar los procesos de convivencia e integración, en tanto en cuanto estamos ante verdaderos fenómenos de asentamiento de poblaciones que requieren un adecuado y justo tratamiento.

5.^a Los dos grandes grupos de medidas dentro de las políticas activas de empleo dirigidas al colectivo inmigrante deben ser, primero, las destinadas a una actuación directa que incida sobre el mercado de trabajo para aumentar el empleo o reducir el paro, tales como los incentivos económicos a la contratación a través de bonificaciones, subvenciones, etc. y, en segundo lugar, las que van dirigidas a la mejora sustancial y cualitativa de los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea mediante la formación de los activos, el incentivo o la supresión de trabas a la movilidad geográfica de la mano de obra, la mejora de la intermediación entre los flujos de oferta y demanda en el mercado de trabajo, e incluso una más fluida información de este mercado.

V. ANEXO LEGISLATIVO

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948.
- Convenio 11 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958.
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965.
- Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea, de 2 de octubre de 1997.

- Directiva 76/207/CEE de 1976.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2001.
- Resolución del Consejo de la Unión Europea de 30 de noviembre de 1994, sobre limitación a la admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia.
- Constitución Española de 1978.
- Ley de Asilo (Ley 5/1993, de 26 de marzo, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo).
- Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000.
- Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000.
- Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el cual se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- Decreto 3772/1972, de 20 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, modificado por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
- RD 1888/1996, de 2 de agosto de 1996, de estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero.
- Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000.
- Real Decreto Ley 5/2001 de medidas urgentes de reforma del mercado laboral.
- Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.
- Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.
- ORDEN de 25 de febrero de 1998 por la que se fijan los requisitos y procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo.
- Resolución, de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), que fija el procedimiento que se debe seguir para la elaboración del denominado “Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura”.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

A CELEBRAR

- ✓ Experto Universitario en Nacionalidad, Extranjería e Inmigración y Relaciones Internacionales de Familia.
Octubre 2005-Marzo 2006. Colegio de Graduados Sociales de Alicante.
- ✓ Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional.
Octubre 2005-Junio 2006. (4.ª edición).
- ✓ Nuevos desafíos en un mundo que ansía la paz.
11 al 13 de diciembre, Bilbao.
- ✓ Seminario sobre la integración de los inmigrantes en España.
12 y 13 de diciembre de 2005. Toledo.
- ✓ III Seminario Inmigración y Europa: Inmigración y Derechos de Ciudadanía.
15 y 16 de diciembre de 2005. Barcelona.

CELEBRADAS

- ✓ La protección de los más vulnerables en una sociedad democrática.
4 al 6 de julio de 2005. Universidad de León.
- ✓ Curso de inmigración. Fronteras para la integración.
2 a 5 de agosto de 2005. San Lorenzo del Escorial (Madrid).
- ✓ La integración social y laboral de las mujeres inmigrantes. Análisis de la doble discriminación.
13 de octubre de 2005. Burgos.

Jornadas sobre extranjería

III

- ✓ XIX Jornadas Penitenciarias Lucenses. Reglamento que desarrolla la vigente Ley de Extranjería.
18 al 20 de octubre de 2005. Lugo.
- ✓ Inmigración y desarrollo: propuestas de codesarrollo.
10 de noviembre de 2005. Zaragoza.
- ✓ I Jornadas sobre inmigración: aspectos jurídicos, políticos y sociales.
10 y 11 de noviembre de 2005. Pamplona.
- ✓ Seminario SOS Racismo Guipúzcoa (Por una igualdad real de derechos y oportunidades).
19 de noviembre de 2005. San Sebastián.

ÚLTIMA HORA

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado,
Presidente de la Subcomisión de
Extranjería del CGAE
M.ª LUZ COLMENARES ÁLVAREZ
Responsable del
Servicio de Organización
del Ayuntamiento de Zaragoza
ELENA DE MARTA URIOL
Responsable de la
Unidad de Estadística y Gestión Padronal
del Ayuntamiento de Zaragoza

LA RENOVACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES PADRONALES DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS. IRRETROACTIVIDAD REGLAMENTARIA Y SEGURIDAD JURÍDICA

SUMARIO

I. Las polémicas restricciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003 en la normativa reguladora del padrón municipal de habitantes.

II. Estas restricciones violan la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

III. La irretroactividad de la Ley 14/2003.

IV. La seguridad jurídica exige que la norma reglamentaria no puede tener nunca carácter retroactivo.

V. Una doble conclusión, una doble esperanza.

I. LAS POLÉMICAS RESTRICCIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 14/2003 EN LA NORMATIVA REGULADORA DEL PADRÓN MUNICIPAL DE HABITANTES

El artículo tercero de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, (BOE n.º 279, de 21 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 (Ley Orgánica 14/2003), modificó los artículos

16 y 17 e introdujo una nueva disposición adicional séptima de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

Tales modificaciones afectaron de forma sustancial y restrictiva la normativa reguladora del Padrón Municipal de Habitantes, al menos en los siguientes aspectos fundamentales:

- 1) Límite temporal y consiguiente obligación de renovación periódica cada dos años de las inscripciones padronales de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente. En este apartado se incluirían también los familiares extracomunitarios de españoles o comunitarios.
- 2) La caducidad, sin audiencia previa del interesado, de las inscripciones temporales que, debiendo ser objeto de renovación periódica, no se hubiesen renovado por el interesado.
- 3) Restricciones en cuanto a la documentación válida para acreditar la identidad de los interesados en el procedimiento de inscripción Padronal. Imposibilidad de registro en el Padrón en caso de no disponer de la nueva documentación exigible para acreditar la identidad del interesado.
- 4) Acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente existentes en los Padrones municipales.

La Ley Orgánica 14/2003 entró en vigor el día 22 de diciembre de 2003 provocando fuertes polémicas jurídicas que culminaron con la interposición de un Recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco, que actualmente pende ante el Tribunal Constitucional, y que, en relación con el tema tratado, se concretó en las dudas de constitucionalidad que plantea la posibilidad de declarar la caducidad de la inscripción padronal sin audiencia previa del interesado y la cesión de datos padronales, sin consentimiento previo del interesado, a otras administraciones distintas a aquellas encargadas del Registro Padronal y particularmente al Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía.¹

Asimismo la aplicación de la norma provocó un vivo debate en los Ayuntamientos españoles dadas las restrictivas previsiones contenidas en la norma reformadora. En este sentido, entre otros, destacamos el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 20 de enero de 2004, que señaló:

“Con motivo de las recientes disposiciones sobre empadronamiento, se acuerda recomendar a los Servicios Municipales correspondientes, la interpretación de tales normas en la forma que resulte más favorable a los intereses de los inmigrantes radicados en nuestra ciudad.”

En la práctica supuso al igual que en el resto de Ayuntamientos no aplicación retroactiva de la LO 14/2003.

(1) Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 14/2003 presentado por el Parlamento Vasco, de acuerdo con la Proposición no de ley aprobada por el Pleno del Parlamento Vasco en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2004.

II. ESTAS RESTRICCIONES VIOLAN LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Otro tema se suscita ante la cuestión de los datos de carácter personal gestionados por la Administración municipal: El de la compatibilidad o incompatibilidad entre las Leyes Orgánicas 14/2003 y 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

La citada LO 15/1999 exige en su artículo 6 que el afectado dé su consentimiento para el tratamiento y señala que “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias...” (párrafo 2.º).

Habrá que dilucidar por tanto si las exigencias de la LO 14/2003 de cesión de datos desde los Ayuntamientos a la Dirección General de la Policía cumple esta norma; en otros términos, parece claro que un Ayuntamiento, mediante esta cesión a la citada Dirección General no está cumpliendo funciones municipales, luego se está excediendo en sus funciones, está violando la LO 15/1999.

Esta tesis se ve perfectamente validada por el artículo 11 de la misma LO 15/1999, cuando observa en su párrafo 1: “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado” Obviamente los fines de policía no son fines “directamente relacionados con el cedente” (Ayuntamiento)², razón por la cual se viola asimismo este artículo 11.

La norma sin duda más relevante en la materia es el artículo 21, que regula la comunicación de datos entre Administraciones públicas. Dice: “Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso, o cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos”.

III. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 14/2003

La entrada en vigor de la LO 14/2003 planteó, en su día, el problema de su incidencia sobre situaciones jurídicas creadas bajo la vigencia del derecho anterior.

La aplicación de la citada Ley a las altas en el Padrón Municipal de Habitantes anteriores a su entrada en vigor, en el supuesto de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia

(2) El consentimiento del interesado no se precisa cuando la cesión está autorizada en una ley (artículo 11.2).

permanente, hubiera supuesto la aplicación de criterios limitativos de derechos consolidados por la inscripción padronal.

En efecto, la aplicación con carácter retroactivo hubiera supuesto que todos los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente inscritos con anterioridad al 22 de diciembre de 2001, habrían visto caducar, sin previa audiencia, su inscripción padronal, al no haber promovido su renovación bianual.³

Además, se habrían encontrado con que los documentos a partir de esa fecha que resultaban acreditativos de la identidad para realizar tal renovación eran más restrictivos (pasaporte o tarjeta de residencia en vigor) que los exigidos para el alta.⁴

Ello hubiera supuesto que, aun cuando instasen la renovación si carecen de los nuevos documentos exigidos e independientemente del tiempo de residencia en nuestra ciudad, podría caducar su inscripción y causar baja en el Padrón.

Por ello, ante la ausencia de una previsión legislativa expresa acerca de la retroactividad de la norma y con una interpretación coherente por tanto con el mandato del artículo 2.3 del C. Civil, la irretroactividad de las leyes sin previsión expresa, como con el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 del Texto Constitucional, los diferentes Ayuntamientos optaron por la no aplicación retroactiva de la norma salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la anterior normativa reguladora del Padrón Municipal de Habitantes.

De hecho, durante todo este tiempo ha supuesto:

- 1) La no aplicación del plazo de dos años para la renovación a los ciudadanos extranjeros no comunitarios sin permiso de residencia permanente con inscripción anterior a la vigencia de la Ley.
- 2) No aplicación a estas personas de la limitación de la documentación de identidad exigible para los cambios de darts padronales.

Evidentemente, la caducidad de la inscripción y la baja en el Padrón Municipal de Habitante podrá afectar a derechos o situaciones jurídicas consolidadas, tales como la asistencia sanitaria, el derecho a la educación, determinadas prestaciones sociales, y lo que es más importante la misma pérdida de su cualidad de vecino del municipio, así como la interrupción del plazo de inscripción.

En este sentido, debe recordarse la obligación general de empadronamiento establecida en el artículo 15 de la LRBRL, aplicable a toda persona que resida habitualmente en el municipio, tanto ciudadanos españoles como extranjeros. Y, asimismo, que si bien el artículo 18.2 del mismo texto legal señala que: “La inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal no constituirá

(3) Artículo 16.1 LRBRL.

(4) Artículo 16.2.f) LRBRL.

Última hora

IV

prueba legal de su residencia en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades en España”, el artículo 18.1 LRBRL le otorga el estatuto jurídico de vecino, con los derechos y deberes que ello implica.

Los datos contenidos en cada hoja padronal (a partir de la fecha de alta) es la prueba de residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Tal como establece el artículo 16 de la LRBRL “Las certificaciones que de dichos actos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”.

Los derechos que confiere la inscripción como vecino conforman una situación jurídica consolidada generadora de derechos y obligaciones⁵. La aplicación de la normativa con carácter retroactivo supondría la introducción de criterios de limitación temporal o de acreditación (en los casos de modificaciones de datos o cambios de domicilio) que podrían limitar los derechos de los interesados, o perpetuar situaciones de inscripciones padronales no acordes con la realidad.

Por ello, como se ha dicho los Ayuntamientos optaron al menos *de facto* por la no aplicación retroactiva a las inscripciones padronales anteriores. Esto ha supuesto, durante los dos años de vigencia de la Ley Orgánica 14/2003:

- 1.- No aplicación del plazo de dos años para la renovación a los ciudadanos extranjeros no comunitarios sin permiso de residencia permanente con inscripción anterior a la vigencia de esta Ley.
- 2.- No aplicación a estos ciudadanos de la limitación de la documentación de identidad exigible.

IV. LA SEGURIDAD JURÍDICA EXIGE QUE LA NORMA REGLAMENTARIA NO PUEDE TENER NUNCA CARÁCTER RETROACTIVO

Esta ha sido la pacífica situación existente durante la vigencia de la LO 14/2003.

Al no recoger de forma expresa la citada ley la aplicación retroactiva en sus disposiciones transitorias ni derogatorias, no se planteó la posibilidad de su aplicación con ese carácter, lo que habría vulnerado uno de los fines principales del derecho, como es la seguridad jurídica.

En este sentido, hay que recordar el artículo 9.3 de la Constitución española que señala: “la Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones (...) restrictivas de derechos individuales...”, y el artículo 25 que establece la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Por su parte, como ya hemos indicado el artículo 2.3 del C. Civil prescribe “Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieran lo contrario”.

(5) Los derechos y deberes de los vecinos vienen recogidos en el artículo 18.1 de la LRBRL.

El tenor del artículo 2.3 del C. Civil, es bien elocuente al referirse expresamente a las “leyes”, pero no a los reglamentos, como aquellas normas jurídicas que en su caso podrán contemplar de forma explícita su retroactividad, al menos con efectos desfavorables.

En el ámbito del derecho administrativo, la LRJAP y PAC solo contempla la retroactividad de las normas sancionadoras favorables (artículo 128), en lo demás habrá que estar al contenido del artículo 2.3 del Código Civil, dado su carácter supletorio.

El Reglamento no puede establecer normas, en cuanto estas afecten a los administrados, más que para el futuro⁶. A esa misma conclusión se llega tras la lectura del artículo 57.3 de la LRJAP y PAC que contempla con carácter expresamente excepcional la posibilidad de otorgarse efectos retroactivos a los actos administrativos que se dicten en sustitución de actos anulados o cuando produzcan efectos favorables al interesado y siempre que los supuestos de hecho existieran ya en la fecha a la que se retrotraiga la eficacia del acto y éste no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas⁷.

Las únicas excepciones a la regla de la irretroactividad de los Reglamentos se han postulado respecto de las disposiciones meramente aclaratorias e interpretativas y normas de organización y procedimiento y, como ya se señaló de los Reglamentos favorables para los ciudadanos.⁸

La Ley 14/2003, en el tema objeto de análisis ha sido desarrollada reglamentariamente por la Resolución conjunta de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y el Director General de Cooperación Local de 28 de abril de 2005⁹, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre el procedimiento para acordar la caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente.

El texto de la Resolución no contiene ninguna referencia a una posible aplicación retroactiva de la norma. Sin embargo, y de forma jurídicamente impropio, el INE ha comunicado al conjunto de municipios españoles el listado de personas extranjeras inscritas antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, 22 de diciembre de 2003, a las que según el INE debería aplicar el límite temporal de dos años y la consiguiente necesidad de renovación padronal.¹⁰

La medida afecta a todos los extranjeros no comunitarios sin residencia permanente inscritos con anterioridad al 21 de diciembre de 2003, abarcando también a los familiares extracomunitarios de ciudadanos españoles o comunitarios. A título de ejemplo en Zaragoza afectaría a un total de 33.698 personas, de 400.000 en Madrid, y de 280.000 en Barcelona, y que, de no

(6) En este sentido ver E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, pp. 80 y ss., Civitas, 2003.

(7) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ.

(8) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ.

(9) BOE n.º 128, de 30 de mayo.

(10) Nota de prensa INE de 24 de octubre de 2005.

Última hora

IV

renovar antes del 22 de diciembre de 2005, debería de proponerse su baja padronal antes de tres meses, con la correlativa baja en el Censo de Población del INE.

Esta pretensión, a la vista de lo expuesto, debe calificarse de escándalo jurídico y de llevarse a efecto en los términos solicitados por el INE ocasionaría un auténtico colapso administrativo municipal y un volumen de recursos jurisdiccionales que podría originar asimismo el colapso de los Juzgados de lo contencioso administrativo y desde luego un importante número de reclamaciones patrimoniales frente a la administración.

En CONCLUSIÓN esperamos que la cordura y la razón jurídica se imponga y se mantenga la interpretación que de forma pacífica ha venido siendo sostenida por los Ayuntamientos, que no aplicaron la norma a los extranjeros no comunitarios sin residencia permanente a partir de su entrada en vigor el día 22 de diciembre de 2003. Y en consecuencia se dicten nuevas instrucciones en el sentido de no aplicar retroactivamente las modificaciones de las normas padronales, comenzando a aplicarlas exclusivamente respecto de aquellas personas que formalizaron sus inscripciones en el Padrón Municipal de Habitantes con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, es decir a partir del día 22 de diciembre de 2003. Solo las personas inscritas a partir de esa fecha deberían proceder a la renovación bianual del padrón y ser sometidas las limitaciones contenidas en la Ley reformadora.

V. UNA DOBLE CONCLUSIÓN, UNA DOBLE ESPERANZA

1.^a) Esperamos que la cordura y la razón jurídica se imponga y mantenga la interpretación que, como se ha dicho, de forma pacífica ha venido siendo sostenida por los Ayuntamientos.

2.^a) Esperamos que los Ayuntamientos no cedan los datos personales para el ejercicio de competencias diferentes a las suyas propias, pues en caso contrario violarán de modo inequívoco la LO 15/1999.

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.

