

A large orange circle containing a faint, stylized map of the world, primarily showing the Americas. The circle is partially cut off by the top and right edges of the page.

revista de
**DERECHO
MIGRATORIO Y
EXTRANJERÍA**

A small white circle with a thin black outline, positioned on the right side of the page, partially overlapping the large orange circle and the horizontal lines.

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.

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.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

902 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

clientes@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1695-3509

VA. 922-2002

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura**
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
- [45] **II. Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [65] **III. Algunas cuestiones sobre la protección social de los trabajadores inmigrantes empleados en la agricultura**
FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER: NOVEDADES DESTACADAS DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA*

- [85] **Introducción al Dossier**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [87] **I. Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería**
JAIME MARTÍN MARTÍN
- [133] **II. Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social**
MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA
- [159] **III. Bibliografía**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [165] **Índice analítico de voces**
- [165] **Asilo**
 - [173] **Visado**
 - [176] **Expulsión**
 - [183] **Permiso de residencia**
 - [187] **Derecho al trabajo**
 - [192] **Permiso de trabajo**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [197] **Derecho Penal**
- [199] **Homologación de títulos**
- [202] **Nacionalidad**
- [207] **Régimen comunitario**

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

- [213] **I. Crónica legislativa de un semestre**
 - [213] **Fuentes internas**
 - [214] **Fuentes internacionales**
 - [215] **Fuentes de la Unión Europea**
- [217] **II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas**
- [223] **III. Competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles para conocer de los delitos de mutilación genital femenina aunque se cometan en el extranjero: la nueva redacción del artículo 23.4.g) LOPJ**
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

- [241] **Notas bibliográficas**
- [249] **I. El reto de los menores e (in)migrantes**
AMINA BARGACH; ELENA ARCE Y MERCEDES JIMÉNEZ
- [255] **II. México y Estados Unidos: puntos de encuentro**
MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS
- [285] **III. Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería. Zaragoza 2005**
- [301] **IV. Jornadas sobre Extranjería**
- [303] **V. Última hora**

EDITORIAL

En el momento de escribir estas líneas, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha hecho público el balance del Proceso de Normalización a 26 de julio. Según los datos ofrecidos, a punto de cumplirse tres meses desde su finalización, que tuvo lugar el 8 de mayo, todavía restan 150.000 expedientes por resolver, es decir, cerca del 23 por ciento del total (687.138). A medida que nos vamos aproximando al final del proceso, el publicitado éxito de la gestión del proceso parece relativizarse.

De los expedientes resueltos hasta el momento, un 11 por ciento han sido resueltos desfavorablemente o inadmitidos a trámite, lo que supone una cifra de 60.000 expedientes. De mantenerse el mismo porcentaje de denegaciones, que mucho nos tememos aumente puesto que las Oficinas de Extranjeros están dejando para el final los expedientes más dudosos, no creo que nos equivoquemos si estimamos que, al terminar el Proceso de Normalización, de los 687.138 expedientes iniciados unos 100.000 expedientes habrán sido inadmitidos a trámite o denegados por una u otra causa.

El problema se agrava si observamos que tan sólo el 51 por ciento de los expedientes presentados han terminado con alta del trabajador en la Seguridad Social (352.522). De no remediarse esto, con la puesta en marcha de instrumentos administrativos diáfanos y flexibles, más de la mitad de los expedientes presentados habrán resultado fallidos.

De finalizar el Proceso de Normalización con estos datos, la importancia cuantitativa en términos absolutos y porcentuales quedaría muy relativizada. Al medio millón de personas que se calculó que quedaron fuera del proceso habría que sumar, pues, otras 300.000, arrojando unas cifras de irregularidad muy altas para poder abordar con optimismo la plena puesta en marcha del reglamento que apuesta –dice– por la normalidad y la contratación en origen.

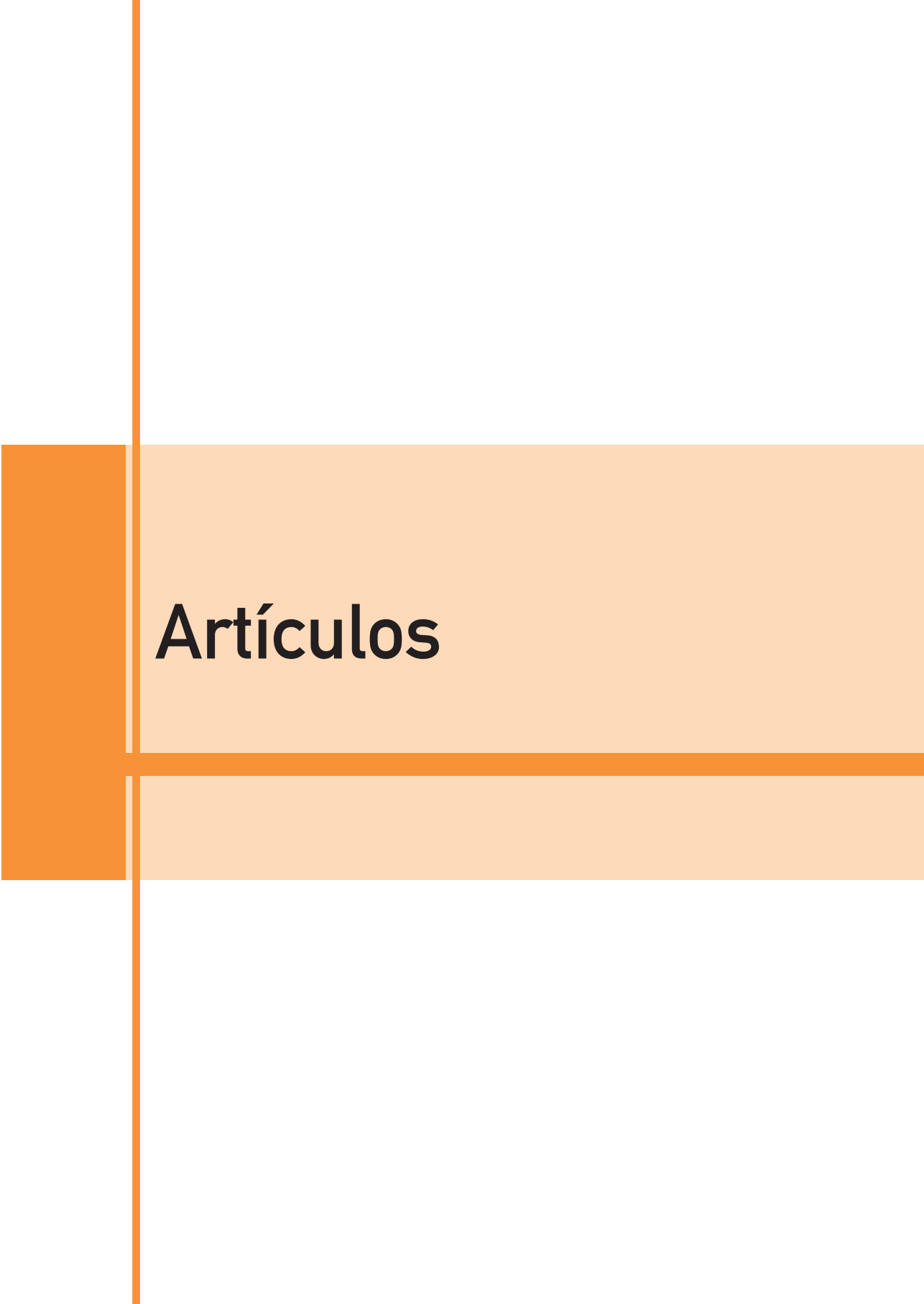
Por otra parte, recordamos que el día 8 de agosto entrará en vigor el artículo 45.2.a) del Reglamento, que contempla el arraigo laboral. Mucho nos tememos las exigencias procedimentales previstas, fijadas en el artículo 46.2.b), junto con el no reconocimiento de derechos sindicales al colectivo de trabajadores en situación irregular, pueden convertir esta vía regularizadora en meramente anecdótica.

Como todo no deben ser impresiones pesimistas, saludamos la elaboración del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura 3.º trimestre, que introduce algún elemento de racionalidad para una mejor concreción del criterio de la preferencia nacional –situación nacional de empleo–.

De todo ello damos buena cuenta en los diferentes apartados de este número de la REDMEX, destacando el esfuerzo por ofrecer un minucioso examen de las novedades más destacadas del

nuevo Reglamento y el análisis de los temas de mayor relevancia práctica: las vías extraordinarias del arraigo laboral, familiar y social extraordinario, desarrollado por María Luisa Trinidad, y la reagrupación familiar de ascendientes, elaborado por la codirectora de la REDMEX, Aurelia Álvarez. La REDMEX incluye también las conclusiones del XV Encuentro de Abogados de Derecho de Extranjería celebrado en Zaragoza, además de las habituales secciones “Crónica Jurisprudencial y Legislativa” y “Notas y Convocatorias desde las dos orillas”, en las que significamos el trabajo firmado desde México por uno de los miembros del Consejo Asesor de la REDMEX, la Catedrática de Derecho Constitucional María del Carmen Ainaga Vargas.

Como otros años, sólo nos resta desearos una refrescante lectura de la REDMEX, unas felices vacaciones y un regreso con reforzados ánimos.



Artículos

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

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

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura

RESUMEN

DERECHO A RESIDIR EN ESPAÑA DE LOS ASCENDIENTES DE LOS NO NACIONALES: DE LA FLEXIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TS A LA RIGIDEZ DE LA NORMATIVA VIGENTE Y FUTURA

Este trabajo tiene como finalidad averiguar qué ascendientes tienen derecho a la reagrupación familiar. Centrada nuestra investigación en los ascendientes que se quieren desplazar o ya están desplazados a España, nos vamos a ocupar, en primer lugar, de las normas comunitarias relativas a la libre circulación de nacionales de la Unión y de otros países con los que la UE ha firmado convenios de libre circulación: como por ejemplo, EEE o la Confederación Helvética. En todo caso, insistiremos en la interpretación hecha por el Tribunal de Luxemburgo, haciendo especial referencia a la *STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004*. A continuación, haremos un repaso por las normas españolas destinadas a los ascendientes de los nacionales de los otros países miembros de la UE, a los ascendientes de los españoles así como a los ascendientes de los cónyuges de aquéllos y de éstos. En este apartado se tendrá muy en cuenta la jurisprudencia española dando un papel protagonista a la *STS (Sala 3.ª Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005*. Para seguir con la eventual inclusión de los ascendientes en la Directiva 86/2003/CE, sobre reagrupación familiar de los familiares de los nacionales de terceros países, aprobada el 22 de septiembre de 2003. Y, para concluir, haremos referencia al ordenamiento jurídico español actualmente vigente, examinando los requisitos impuestos por el artículo 17.d) LOEx y en las letras d) y e) del artículo 39 RELOEx así como la interpretación dada por algunos jueces y tribunales españoles.

ABSTRACT

RIGHT TO RESIDE IN SPAIN OF NON NATIONALS' ANCESTORS: FROM THE FLEXIBILITY OF THE JURISPRUDENCE OF TJCE AND TS TO THE RIGIDITY OF EFFECTIVE AND FUTURE NORMATIVE

This work has as purpose to discover which ancestors are entitled to family regrouping. Centered our investigation in those ancestors who want to move to or those who are already moved to Spain, we will study, in the first place, the communistic norms related with the free circulation of nationals of the Union and of other countries with which the EU has signed agreements of free circulation: as for example, EEE or the Swiss Confederation. We will insist in the Tribunal of Luxemburg interpretation, making special reference to the STJCE (Pleno) of October 19, 2004. Next, we will make a review for the Spanish norms dedicated to the ancestors of the national ones of the other countries members of the EU, the ancestors of Spanish people as well as to the ancestors of the partners of those and of these. In this section we'll attend to the Spanish jurisprudence giving a main role to the STS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) of January 26, 2005. To continue with the eventual inclusion of the ancestors in the Directive 86/2003/CE, on family regrouping of relatives of nationals from third countries, approved in September 22, 2003. And, to conclude we'll make reference to the Spanish juridical norms actually affective, examining the requirements imposed by the article 17.d) LOEx and the letters d) and e) of the article 39 RELOEx, as well as the interpretation given by some Spanish judges and tribunals.

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

SUMARIO

I. Presentación del trabajo

II. Reagrupación de ascendientes de nacionales de la Unión Europea y de sus cónyuges. A) Legislación vigente aplicable en el ámbito comunitario. B) Jurisprudencia: análisis de la STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004. a) Descripción del supuesto fáctico. b) Argumentación jurídica. c) Aplicabilidad de las normas relativas a la libre circulación comunitaria. C) Los ascendientes de los nacionales de la UE y sus cónyuges y los ascendientes de los españoles y de sus cónyuges en la legislación interna española. a) Legislación vigente aplicable: artículo 2.c) del RD 178/2003. b) ¿Sigue siendo aplicable el artículo 11.3.C) del RD 178/2003? D) La postura jurisprudencial: ¿La eventual proyección de la doctrina de la STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004 en la STS de 26 de enero de 2005?

III. Reagrupación de ascendientes de extranjeros residentes en España nacionales de terceros países. A) Reagrupación de ascendientes de nacionales de terceros países residentes en el Derecho comunitario: análisis del artículo 4 de la Directiva 86/2003/CE. B) Ascendientes de nacionales de terceros países y su reagrupación en el Ordenamiento interno español: regulación e interpretación jurisprudencial. a) Regulación legal y reglamentaria: artículo 17.1.d) LOEx y artículo 39.d) y e) RELOEx. b) Respuestas jurisprudenciales

I. PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

A pesar de la importancia que está adquiriendo y que va a adquirir cada día más, la llegada de inmigrantes mayores de edad, que coinciden, hoy por hoy, con los padres o madres del reagrupante o su cónyuge, la normativa de extranjería impone múltiples condicionantes a la reagrupación familiar de los ascendientes. La legislación actualmente exige el requisito de dependencia económica, y además, que existan razones que justifiquen la necesidad de su presencia en España para agrupar a los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge. Justamente, uno de los principales problemas interpretativos radica en el requisito de estar a cargo del reagrupante o su cónyuge, o la dependencia económica con respecto a éstos, sobre todo cuando el ascendiente puede estar dependiendo, no de forma exclusiva de uno de sus hijos/as sino de varios de ellos, unos en su país de origen, otros en el extranjero¹.

(1) Cf. F. CAMAS RODA, "Reagrupación familiar en España: especial referencia al régimen de los menores y de las parejas de hecho", Ponencia presentada en el *IV Congreso de Inmigración en España. Ciudadanía y Participación*. Mesa 4: Ciudadanía: Marco Jurídico y Políticas en materia de Inmigración (presidida por E. ROJO TORRECILLA), Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004, pp. 4-5 (www.udg.edu/congres_immigracio/).

En este trabajo se pretende averiguar qué ascendientes deben ser considerados entre los familiares con derecho a la reagrupación familiar. En la actualidad, se baraja, en algunos sectores del derecho de extranjería, que la familia nuclear está constituida únicamente por el cónyuge y los hijos, es más al referirse a los hijos sólo incluyen a los menores de edad². Desde esta perspectiva la sensación de que los ascendientes van a ser excluidos del derecho a vivir en familia. Sin embargo, el análisis normativo y jurisprudencial que vamos a realizar a continuación nos permitirá confirmar que la reagrupación familiar, por el momento, se extiende también a los ascendientes sin limitaciones de edad.

De todas formas, de la lectura de disposiciones normativas y de su interpretación jurisprudencial podemos observar que no todos los ascendientes –en unos casos se limitan, siendo únicamente admisible la reagrupación para los ascendientes directos excluyendo a los colaterales, en otros se limita además el grado, sólo los ascendientes directos y de primer grado, lo que excluye a los abuelos o bisabuelos– tienen un derecho subjetivo a reivindicar vivir con sus hijos o nietos en un país del que no son nacionales sino que se exige el cumplimiento de una serie de requisitos que, a salvo la exigencia de hallarse o encontrarse a cargo del reagrupante o de su cónyuge difieren sustancialmente según el régimen de extranjería que les sea aplicable.

Para poner de manifiesto esta afirmación, pretendemos hacer un análisis amplio, por lo que vamos a examinar no sólo el Ordenamiento interno español sino que también vamos a referirnos a la normativa comunitaria en la materia. Por ello, queremos profundizar sobre quiénes son los ascendientes destinatarios del derecho a la reagrupación familiar según el colectivo al que pertenezcan, tomando en consideración a los nacionales de la Unión Europea y/o nacionales de países con los que nos vinculan Convenios o Tratados internacionales en los que se incorpora la libre circulación de personas sin discriminación por razón de nacionalidad frente a nacionales de terceros países, es decir, según se les apliquen normas comunitarias o normas internas españolas.

Centrada nuestra investigación en los ascendientes que se quieren desplazar o ya están desplazados, nos vamos a ocupar, en primer lugar, de las normas relativas a la libre circulación de nacionales de la Unión y de otros países con los la UE ha firmado convenios de libre circulación: como por ejemplo, EEE o la Confederación Helvética. En todo caso, insistiremos en la interpretación hecha por el Tribunal de Luxemburgo, haciendo especial referencia a la *STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004*. A continuación haremos un repaso por las normas españolas destinadas a los ascendientes de los nacionales de los otros países de la UE, a los ascendientes de los españoles así como a los ascendientes de los cónyuges de aquéllos y de éstos. En este apartado se tendrá muy en cuenta la jurisprudencia española dando un papel protagonista a la *STS (Sala 3.ª Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005*. Posteriormente, aludiremos a la eventual inclusión de los ascendientes en la Directiva 86/2003/CE, sobre reagrupación familiar de los familiares de los nacionales de terceros países, aprobada el 22 de septiembre de 2003. Y, para concluir, haremos referencia al ordenamiento español actualmente vigente, examinando los requisitos impues-

(2) Cf. R.M.ª MOLINER NAVARRO, “El concepto de familia «nuclear» en la Directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar”, *AequAlitaS*, n.º 15, julio-diciembre 2004, pp. 6-17, esp. pp. 9-11.

tos por el artículo 17.d) LOEx y en las letras d) y e) del artículo 39 RELOEx así como la interpretación dada por algunos jueces y tribunales españoles.

II. REAGRUPACIÓN DE ASCENDIENTES DE NACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE SUS CÓNYUGES

A) Legislación vigente aplicable en el ámbito comunitario

La eventual reagrupación de los ascendientes se encuentra recogida en la práctica totalidad de las disposiciones comunitarias relativas a la libertad de circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Además, fundamentalmente hay que partir del párrafo 1 del artículo 18 TCE que establece que: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

De este derecho se benefician los nacionales de los países miembros de la Unión Europea (en adelante UE³); los nacionales de los países Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante AEEE) y los suizos por el Convenio entre la Comunidad Europea y la Confederación suiza, sobre libre circulación de personas. Es decir, que gozan de un estatuto privilegiado –basado en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 TCE)– los alemanes, austriacos, belgas, daneses, finlandeses, franceses, griegos, holandeses, ingleses, irlandeses, islandeses, italianos, luxemburgueses, noruegos, portugueses, suecos, suizos y los nacionales de Liechtenstein. Y, desde el 1 de mayo de 2004 también son comunitarios los nacionales de los nuevos países miembros. Por tanto, los checos, los chipriotas (grecochipriotas), los eslovacos, los eslovenos, los estonios, los húngaros, los letones, los lituanos, los malteses y los polacos⁴ son nacionales de la Unión⁵.

(3) En los supuestos de doble o plurinacionalidad basta con que una de ellas se corresponda con la de un Estado miembro para que se pueda hacer valer la nacionalidad de este Estado ante las autoridades de los otros Estados miembros (vid. *STJCE de 7 de julio de 1992. Asunto C-369/90, M.V. Micheletti/Delegación del Gobierno en Cantabria y STJCE 3 de octubre de 2003. Asunto C-148/02, Carlos García Avello contra Estado belga*).

(4) La aplicación del RD 178/2003 a los polacos se puede ver en la *Sent. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 26 de Madrid de 24 de enero de 2005* al declarar la nulidad de una expulsión, pues en el momento que se produjeron los hechos y el momento en que se había dictado la resolución, Polonia no formaba parte de la Unión Europea (<http://www.icam.es>).

(5) A los nacionales de los diez últimos países no se les va a imponer ningún requisito extra o de régimen general de extranjería para cruzar las fronteras de la Unión. De todas formas debemos tener presente que: a los malteses y a los chipriotas se conceden los mismos derechos a la libre circulación que al resto de los nacionales de los países miembros anteriores a la ampliación. En relación con Chipre, el Tratado de Adhesión no contiene ninguna restricción a la libre circulación de los trabajadores; en lo que respecta a Malta, sólo se contempla la posibilidad de invocar una cláusula de salvaguardia. Por otra parte, a los nacionales de los otros ocho países se les ha limitado el derecho a la libre circulación. Ello porque en las Actas de Adhesión de esos países a la Unión Europea se han establecido unos periodos transitorios. En los Anexos relativos a la libre circulación de los trabajadores de los nuevos Estados Miembros se explica cómo se aplicará la libre circulación de los trabajadores a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros tras la ampliación de la Unión Europea en 2004, según las disposiciones transitorias establecidas en el Tratado de Adhesión de Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia,

En concreto, por lo que se refiere a los trabajadores, el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento CEE n.º 1612/1968 concede el derecho a instalarse junto con el nacional a los ascendientes que estén a su cargo⁶. El precepto aludido cita expresamente entre los familiares que van a beneficiarse a las siguientes personas:

- “1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro:
- b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.”

El mismo derecho es concedido por las Directivas relativas al derecho de residencia de trabajadores por cuenta propia bien en régimen de establecimiento o de libre prestación de servicios⁷, inactivos⁸ y jubilados⁹. En cambio, la Directiva 93/96/CE sobre el derecho de residencia de los estudiantes concede este mismo derecho solamente al cónyuge y a los descendientes a cargo¹⁰. Se incorpora, también, este beneficio para los ascendientes en la Directiva 2004/38/CE del Par-

Lituania, Polonia y la República Checa a la Unión Europea. Debe tenerse en cuenta que la aplicación de las disposiciones transitorias contenidas en los respectivos Tratados de Adhesión puede ser flexible. Esto hace que sea difícil facilitar una información exacta, pues cada uno de los Estados miembros actuales debe tomar una decisión sobre el acceso a sus mercados de trabajo por parte de los ciudadanos de esos ocho países. Y, en todo caso, la aplicación de las disposiciones transitorias no puede en ningún caso rebasar un período máximo de siete años. Si además, las disposiciones transitorias sólo se aplican al acceso de los trabajadores por cuenta ajena al mercado de trabajo: a) En los dos primeros años siguientes a la adhesión de los nuevos Estados miembros, el acceso a los mercados de trabajo de los actuales miembros dependerá de las legislaciones y políticas nacionales de éstos y de los acuerdos bilaterales que hayan concluido con los nuevos Estados. b) Al finalizar los dos primeros años siguientes a la adhesión, la Comisión presentará un informe sobre la base del cual el Consejo revisará el funcionamiento de las disposiciones transitorias. Además, cada uno de los actuales Estados miembros debe notificar oficialmente a la Comisión si tiene la intención de seguir aplicando la legislación nacional durante un máximo de tres años más (en cuyo caso seguirá siendo necesario un permiso de trabajo) o si aplicará el régimen comunitario de libre circulación de los trabajadores (con lo que será posible desplazarse y trabajar con entera libertad en ellos). c) En principio, cinco años después de la adhesión, las disposiciones transitorias habrán finalizado. No obstante, existe la posibilidad de que un Estado miembro actual pida a la Comisión la autorización para continuar aplicando las medidas nacionales durante otros dos años pero sólo en caso de perturbaciones graves en su mercado de trabajo (o si existe riesgo de que se produzcan tales perturbaciones). En todo caso, es importante resaltar que estas disposiciones transitorias sólo son aplicables a los trabajadores por cuenta ajena, y no a la libre prestación de servicios ni al derecho de establecimiento, como tampoco a estudiantes, pensionistas, turistas, etc.

(6) Reglamento n.º 1612/1968 CEE, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, 19-X-1968; DOCE, EE-05-V1).

(7) Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, 28-VI-1973); Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia (DO L 14, 20-I-1975).

(8) Directiva 90/364/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DOCE L 180, 13-VII-1990).

(9) Directiva 90/365/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DOCE L 180, 13-VII-1990).

(10) Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOCE L 317, 18-XII-1993).

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

lamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹¹. La mencionada Directiva ya está vigente pero será aplicable de forma efectiva a los dos años de su publicación oficial al ser incorporada por los Estados miembros, hecho que debe realizarse a más tardar el 30 de abril del 2006¹². Con respecto a los ascendientes, el artículo 2.2 de dicha Directiva dispone:

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

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

Si comparamos el artículo 10.1.b) del Reglamento 1612/1968 y la letra d) del párrafo 2 del artículo 2 de la nueva Directiva podemos destacar algunos cambios entre la aún vigente legislación y la nueva. En cuanto a los ascendientes en la nueva regulación aparentemente conlleva una reducción de los destinatarios. La disminución del número de beneficiarios en la nueva regulación se observa por la exigencia de que se trate de “ascendientes directos”. Esto supone que sólo van a beneficiarse los ascendientes directos, es decir los progenitores no alcanza a los abuelos; ahora bien, se amplía el ámbito personal de aplicación al haberse incluido a los ascendientes de la pareja registrada ya que el término cónyuge también considera con el mismo derecho a las parejas registradas [artículo 2.2.a) Directiva 2004/38/CE]. En todo caso, para poder beneficiarse del derecho a entrar y residir en el Estado de la Unión, la normativa tanto vigente como la próxima exige la necesidad de que el ascendiente esté a cargo del titular del derecho a la libre circulación.

Por tanto, en el futuro, los ascendientes beneficiarios serán sólo los directos y a cargo. Sin embargo, durante las diversas fases de gestación de la Directiva mencionada, los requisitos exigibles a los ascendientes fueron diferentes¹³. La propuesta inicial era bastante flexible al eliminar ciertos requisitos. Ahora bien, la modificación de aquella alternativa fue avalada en el Informe elaborado por el Ponente Giacomo Santini en el seno del Parlamento Europeo. Comisión de

(11) *DOUE* L n.º 158, 30-IV-2004, pp. 77-123; corrección del texto de la Directiva (*DOUE*, L n.º 229, 29-VI-2004, pp. 35-48); Vid. M.ª D. BLÁZQUEZ PEINADO, “El derecho de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *GJ*, n.º 233, 2004, pp. 18-32.

(12) Según el artículo 38 de esta Directiva a los dos años de su entrada en vigor el día de su publicación en el *DOUE* quedará derogada la anterior normativa que regulaba el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE; los Estados miembros disponen de ese mismo plazo para poner en vigor todo las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta Directiva (artículo 40).

(13) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM (2001) 257 final]. En su artículo 2.2 incluía dentro de los miembros de la familia del ciudadano de la UE, a los efectos de la aplicación del derecho a la libre circulación y residencia, a los descendientes de los cónyuges, sin tener en cuenta si son menores o están a cargo, y a los ascendientes de los cónyuges, independientemente de si están o no a cargo. La Comisión argumentaba inicialmente que “no existe ninguna razón válida para negar a los hijos mayores de 21 años que no están a cargo de sus padres o a los ascendientes que no están a cargo de sus hijos el derecho a reunirse con su familia en otro Estado miembro” (*ibid.*, p. 7).

Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores¹⁴. En dicho Informe el ponente señalaba que:

“Por lo que respecta a los ascendientes directos, la supresión de las condiciones de edad y dependencia hace temer un aumento desmesurado de personas que se acogerían a la reagrupación familiar y a la posible carga financiera que ello implicaría para los Estados miembros.”¹⁵

Por este motivo, el ponente consideró que para evitar abusos era preciso imponer la condición de estar a cargo, que finalmente prosperó¹⁶. Para equilibrar esta limitación, en el artículo 3 de la Directiva se permite la posibilidad de favorecer la admisión y la residencia a otros miembros de la familia que cumplan unos determinados requisitos. Por ello, en todo caso, el Considerando n.º 6 de la Directiva 2004/38/CE advierte que:

“(…) para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión.”

Las limitaciones o exigencias, que se imponen para poder estar incluido en el término “otros familiares”, se recogen expresamente en el artículo 3.2 de la Directiva mencionada al disponer que:

“Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

a) *cualquier otro miembro de la familia*, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, *esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal*, o en caso de que por *motivos graves de salud*, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.”

(14) *Europarl, Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores*, 23-I-2003 (A5-0009/2003).

(15) *Ibíd.*, p. 41.

(16) El pleno del Parlamento Europeo celebrado el 11 de febrero de 2003 aprobó el texto de la Propuesta inicial con modificaciones. La Comisión tras el estudio de las Enmiendas presentadas por el Parlamento adoptó la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, pp. 1-38]. Sobre esta Propuesta de Directiva: Vid. A. QUIRÓS FONS, “La refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Propuesta de Directiva de 2003”, *Aranzadi Social*, n.º 20/2003.

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

De la lectura del precepto podemos concluir que si el ascendiente directo no está a cargo del titular del derecho a la libre circulación no puede ser incluido en el artículo 2.2.d) pero tampoco inicialmente tendría cabida en el artículo 3.2.a) de la nueva Directiva. Ahora bien, esto tampoco significa que se excluyan a todos los ascendientes porque tengan recursos económicos propios. Para que puedan ser incluidos entre los destinatarios a los que está dirigido el último precepto es decir pertenecer al colectivo cajón residual y amplio “cualquier otro miembro de la familia”, el ascendiente tendría necesariamente que acreditar o bien que ha vivido con el titular del derecho con carácter principal o bien que el titular del derecho debe hacerse cargo del cuidado personal del ascendiente siempre que esto fuese estrictamente necesario.

En definitiva, actualmente, a la luz de las disposiciones vigentes –aunque también en las futuras que incorporen las normas de la Directiva mencionada–, los ascendientes de un nacional de la UE o de AEEE en otro Estado miembro o de su cónyuge o pareja registrada sólo pueden instalarse si aquéllos viven a sus expensas. Por tanto, no pueden instalarse si tienen una renta y recursos económicos suficientes pues eso supone que no están a cargo de su hijo o cónyuge o pareja registrada de su hijo salvo que acredite que ha vivido en el Estado de procedencia con el titular del derecho a la libre circulación o que puedan alegar motivos graves de salud y sea estrictamente necesario que el ciudadano comunitario se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. En todo caso, para estos últimos supuestos en la nueva normativa comunitaria, se toman ciertas precauciones como la incluida en el último apartado del precepto aludido, artículo 3 de dicha Directiva, al recomendar que “El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas”.

De lo establecido en el artículo 2.2.b) y el artículo 3.2.a) de la Directiva 2004/38/CE se deduce la dependencia del ascendiente con respecto al titular del derecho. Sin embargo, no se contempla el caso contrario, es decir que el nacional de un Estado UE –titular del derecho– vive a cargo de sus ascendientes nacionales de terceros países¹⁷. Esta carencia o laguna es de lamentar no sólo por el número de personas que puedan estar involucradas sino también porque el supuesto ya se ha suscitado ante el TJCE y por otro lado, recibe una respuesta legislativa con respecto a los refugiados¹⁸. En concreto, como expondremos con toda amplitud en el próximo apartado, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido ya que pronunciarse al respecto y admitir que una progenitora china puede vivir con su hija irlandesa en el Reino Unido que goza de libre circulación por ser nacional de otro Estado miembro y tiene recursos económicos y cubierta la asistencia sanitaria cuando quien se los proporciona es la propia progenitora.

(17) Un supuesto fáctico similar al examinado en la *STJCE de 19 de octubre de 2004* no está contemplado, incluso no cabría en el artículo 3.2 *in fine* de la Directiva cuya aplicación además se supedita a los Estados miembros de acogida “facilitarán”, “de conformidad con su legislación nacional”, la entrada y la residencia de los familiares del ciudadano de la UE no contemplados en el artículo 2.2, con la única obligación de que “el Estado miembro de acogida estudiará las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas”.

(18) Así se prevé en el artículo 10.3.a) de la Directiva 86/2003/CE al establecer que: “Si el refugiado fuera un menor no acompañado, los Estados miembros: a) autorizarán la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado, sin aplicar los requisitos establecidos en la letra a) del apartado 2 del artículo 4”.

B) Jurisprudencia: análisis de la STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004

a) Descripción del supuesto fáctico

En el caso resuelto nos encontramos ante un supuesto de autorización de residencia para Kun-qian Catherine Zhu, ciudadana irlandesa (en lo sucesivo, “Catherine”, y su madre, Man Chen, ciudadana china (en lo sucesivo, “madre” o “Señora Chen”), dentro del régimen de libre circulación de nacionales y se excluye la aplicación del régimen general de extranjería previsto en el Reino Unido¹⁹.

El matrimonio Chen tiene una hija, Catherine nacida en Belfast (Irlanda del Norte). Por este hecho, la niña al nacer adquirió la nacionalidad irlandesa y con ella la ciudadanía de la Unión. Posteriormente, tras trasladarse con la pequeña a Cardiff, la Sra. Chen presentó ante las autoridades británicas sendas solicitudes de permiso de residencia permanente en el Reino Unido para ella y para su hija Catherine. La Sra. Chen trabaja con su marido, también ciudadano chino, en una sociedad que tiene su domicilio social en la República Popular China. Se trata de una empresa de considerables dimensiones, que produce y exporta sustancias químicas a distintas partes del mundo, en concreto, al Reino Unido y a otros Estados miembros de la Unión Europea. Antes del nacimiento de Catherine la pareja sólo tenía un hijo, nacido en la República Popular China. La pareja Chen había decidido tener un segundo hijo, pero la política de control de natalidad, llamada política “del hijo único”, que la República Popular China había adoptado para disuadir a las parejas residentes en China de tener un segundo hijo, constituía un obstáculo. Durante el año 2000, con el fin de evitar que el nacimiento del segundo hijo, ya inminente, produjera las consecuencias negativas que se derivan de la citada política demográfica, la Sra. Chen decidió dar a luz en el extranjero y para ello se trasladó al Reino Unido.

Como ya hemos apuntado, Catherine vino al mundo en Belfast, en Irlanda del Norte, el 16 de septiembre de 2000. La elección del lugar de nacimiento no fue casual. En efecto, es preciso recordar que, cuando concurren ciertos requisitos, cualquier persona que nazca en el territorio de la isla de Irlanda, incluso fuera de las fronteras políticas de la República de Irlanda (Éire), adquiere la nacionalidad irlandesa. Catherine reunía efectivamente los mencionados requisitos exigidos por el Derecho irlandés; por tanto, al nacer adquirió la nacionalidad irlandesa y con ella la ciudadanía de la Unión.

Posteriormente, tras trasladarse con la pequeña a Cardiff, en Gales, la Sra. Chen presentó ante las autoridades británicas sendas solicitudes de permiso de residencia permanente en el Reino Unido para ella y para su hija Catherine. Dichas solicitudes fueron desestimadas por lo que las interesadas interpusieron un recurso contra dicha resolución. El órgano jurisdiccional competente declaró que la resolución impugnada, en principio, se ajustaba al Derecho nacional apli-

(19) Para el texto de dicha sentencia al igual que las Conclusiones del Abogado General en este asunto, A. TIZZANO, presentadas el 18 de mayo de 2004 (<http://curia.eu.int/es/index.htm>); comentada por J. FERRER LLORET, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía en la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State Department. Asunto C-200/02)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 6, enero 2005.

cable al caso. Sin embargo, una serie de circunstancias le obligaron a preguntarse si se atenía también al Derecho comunitario.

b) Argumentación jurídica

Las autoridades administrativas británicas consideraron la petición de residencia de la niña y de su madre en el ámbito del régimen general de extranjería. Ahora bien, recurrida esta decisión el tribunal competente observó, en esencia, que Catherine, como ciudadana de la Unión, podía ser titular de un derecho de residencia atribuido directamente por las normas del Derecho comunitario; la madre, por su parte, podía beneficiarse de un derecho derivado del derecho de su hija, en la medida en que es la principal responsable de velar por ella y de educarla. Más concretamente, en relación con la niña, el órgano jurisdiccional remitente del supuesto litigioso al TJCE considera que es preciso preguntarse varias cuestiones: en primer lugar, si el derecho a permanecer en el Reino Unido no se desprende, en primer lugar, de su condición de destinataria de servicios, en virtud de la Directiva 73/148: en efecto, Catherine es destinataria, en el Reino Unido, de servicios de puericultura y de servicios médicos privados, de pago. En segundo lugar, no puede excluirse, que sean titulares de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 90/364, ya que la madre y la hija han vivido siempre bajo el mismo techo y constituyen una unidad familiar económicamente autosuficiente gracias a los recursos de que dispone la madre. Además son de reseñar dos datos: de un lado, ninguna de ellas ha estado a cargo de los fondos públicos británicos ni parece razonable que lo vayan a estar y ambas son titulares de un seguro de enfermedad. Por otra parte, debe tener presente que Catherine sólo tiene derecho a entrar en el territorio de la República Popular China con permiso del Gobierno de dicho país, cuya nacionalidad no tiene, y para una estancia máxima de 30 días cada vez. De todo ello, se desprende que negarle a ella o a su madre el derecho a residir en el Reino Unido podría constituir una intromisión ilícita en su vida familiar, dado que resultaría muy difícil poder seguir llevando la vida en común.

En resumen, las preguntas a las que debía responder el TJCE se refieren todas a un único fin ¿gozan de libre circulación los ascendientes de la menor irlandesa en Reino Unido? El Abogado General Sr. A. Tizzano en su Informe, presentado el 18 de mayo de 2004, proponía:

“131. 1) Una menor de tierna edad, ciudadana comunitaria, beneficiaria de un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y que, pese a no ser directamente titular de ingresos o rentas, dispone, sin embargo, gracias a sus padres, de recursos suficientes para excluir que pueda convertirse en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, cumple las condiciones impuestas por el artículo 1 de la Directiva 90/364/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, y, por tanto, disfruta del derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél del que es nacional.

2) La decisión mediante la cual las autoridades de un Estado miembro desestiman la solicitud de un permiso de residencia permanente presentada por la madre de una ciudadana comunitaria menor de edad, titular de un derecho de residencia en el mismo Estado miembro, además de privar de efecto útil al derecho que el artículo 18 CE y el artículo 1 de la Directiva 90/364 reconocen a la menor de edad, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad, contraria al artículo 12 CE.”

c) Aplicabilidad de las normas relativas a la libre circulación comunitaria

El TJCE en su decisión final ha seguido, casi al pie de la letra, las pautas incluidas en las Conclusiones presentadas por el Abogado General. En concreto, la *STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004* dictamina que:

“En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida.”

Desde nuestra perspectiva, con esta decisión del TJCE se produce un cambio importante y trascendente para entender el concepto “estar a cargo” incluido en la normativa comunitaria para delimitar quiénes son los ascendientes que pueden beneficiarse de la libre circulación. Ahora bien, por el momento, se trata de una interpretación jurisprudencial, y desde luego, la Directiva 2004/38/CE no regula el supuesto de hecho que ha tenido que resolver el TJCE en su *Sentencia de 19 de octubre de 2004*. Esta omisión ha sido criticada²⁰ máxime cuando el legislador comunitario debería haberlo contemplado expresamente, como así lo ha hecho en el caso de los menores refugiados protegidos por la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar²¹. Mientras tanto, corresponderá al TJCE garantizar el ejercicio de la libre circulación y residencia de un nacional comunitario menor de edad, cuyos padres son nacionales de un tercer Estado. Ahora bien, esta sentencia deberá ser tenida muy en cuenta a la hora de proceder también a la interpretación de la legislación interna española. Y desde luego, para España la trascendencia probablemente sea más amplia dadas las características de los supuestos con derecho a reagrupación familiar previstos en el RD 178/2003 junto con los supuestos de atribución de la nacionalidad española previstos en el artículo 17.1.b) y c) del CC²².

No existe ninguna duda que un supuesto de estas características debe ser asumido por nuestras autoridades, pues de otro modo estaríamos incumpliendo la interpretación del TJCE. Es decir que ante un menor nacional de uno de los otros Estados de la Unión Europea nuestros operadores jurídicos deben proyectar la libre circulación. Ahora bien, a nosotros nos preocupa otra cuestión: ¿goza del mismo derecho el ascendiente –nacional de terceros países– que tenga un

(20) Cf. J. FERRER LLORET, “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía en la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State Departament. Asunto C-200/02)”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 6, enero 2005.

(21) Vid. nota 18. Cf. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “The Right to Family Reunification in the Spanish Law System”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VII (1999-2000), 1-37, pp. 10-15.

(22) Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La nacionalidad española (Análisis de la normativa vigente)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 2003, pp. 48-57.

hijo menor dependiente de nacionalidad española?²³. Desde luego, la cuestión tiene una gran trascendencia, como examinaremos en el próximo apartado, si tenemos en cuenta que España otorga la nacionalidad por el hecho de nacer en España a ciertos hijos de progenitores extranjeros aunque éstos se encuentren de forma irregular en territorio español²⁴.

C) Los ascendientes de los nacionales de la Unión Europea y sus cónyuges y los ascendientes de los españoles y de sus cónyuges en la legislación interna española

a) Legislación vigente aplicable: artículo 2.c) del RD 178/2003

Como ya hemos tenido oportunidad de analizar en esta misma Revista, nuestro país desde el 1 de marzo de 2003 cuenta con una nueva normativa, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que se contiene en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero –en adelante RD 178/2003–²⁵. En aquel trabajo ya apuntábamos que “En todo caso, es preciso

(23) Debe retenerse que la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no alcanza a los familiares de los propios nacionales que no hayan ejercido el Derecho a la libre circulación. Esta afirmación ha sido avalada por el TJCE en varias ocasiones, y más recientemente en la *STJCE de 23 de septiembre de 2003* [vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (A propósito de la *STJCE de 23 de septiembre de 2003*)”, A.L. CALVO CARAVACA Y E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41; E. PÉREZ MARTÍN, “La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich, C-109/01)”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 3, primer trimestre 2004, pp. 121-153; R. PLENDER, “Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l’affaire Akrich”, *Chaiers de Droit européen*, 2004, n.º 1-2, pp. 261-288].

(24) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Algunas cuestiones relativas a la nacionalidad de los hijos de progenitor/a extranjero/a nacidos en España*, Madrid, Observatorio Permanente de la Inmigración, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005 (en prensa).

(25) BOE, 22-II-2003. Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Análisis crítico del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y sobre su necesaria reforma”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 3, julio 2003, pp. 29-59. Otros comentarios que pueden ser consultados; vid. FR. ALONSO PÉREZ, “Entrada y permanencia en España de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de nacionalidad suiza: innovaciones introducidas por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero”, *La Ley*, n.º 5826, 17 de julio de 2003, pp. 1-8; J. GARCÍA MURCIA, “La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: A propósito del Real Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios”, *Aranzadi Social*, n.º 10/2003; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y residencia en los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *La Ley*, n.º 5771, de 30 de abril de 2003, pp. 1-13; id., “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”; M.A. PRESNO LINERA (coord.), *Extranjería e Inmigración: Aspectos jurídicos y Socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-146; J. MARTÍN MARTÍN, “Novedades del tratamiento legal a los ciudadanos comunitarios”, *Economist & Jurist*, año XII, n.º 55, noviembre 2003; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Real Decreto 178/2003. El nuevo estatuto administrativo de los ciudadanos comunitarios”, *Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, n.º 85, julio-agosto 2004, pp. 42-49; A. QUIRÓS FONS, “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la Propuesta de Directiva sobre libre circulación”, *Migraciones*, n.º 15 (2004), pp. 223-260; id., “Entrada y residencia de trabajadores comunitarios y asimilados en España: RD 178/2003”, *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, n.º 2/2004.

mentonar que la oportunidad de la nueva reglamentación se puede poner en tela de juicio si tenemos en cuenta... Que los principios definitivos de la legislación comunitaria se desconocen; y que las últimas propuestas de la Comisión Europea, en ningún caso, han sido tomadas en consideración a la hora de elaborar el RD 178/2003 y que tampoco ha tenido en cuenta las consecuencias de la doctrina sentada por el TJCE²⁶.

El artículo 2.c) del RD 178/2003, de 14 de febrero, extiende su aplicación a los ascendientes de los nacionales de otros Estados miembros de la UE, y de otros Estados parte del AEEE y de la Confederación Helvética y también a los ascendientes de los españoles; y además a los ascendientes de los cónyuges de aquéllos y de éstos. En el precepto mencionado se incluye *“a sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges”*.

El mencionado precepto exige la prueba del vínculo de parentesco y la dependencia económica. En el párrafo 1.º del artículo 2 de este RD además se disponía que esos familiares gozarán de los derechos previstos en el mismo *“siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”*. Sin embargo, este requisito que imponía la justificación de convivencia permanente con el titular del derecho ha sido anulado por la *Sent. TS (Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª) de 10 de junio de 2004*²⁷. En este fallo judicial se pone de manifiesto que esta exigencia vulneraba el derecho comunitario con relación a los ascendientes de los nacionales de la UE, EEE y de la Confederación Helvética así como los ascendientes de los cónyuges de estos nacionales. En relación a los ascendientes de los españoles y de sus cónyuges aunque no vulnera el Derecho comunitario la mencionada decisión afirma que:

“Ante todo ha de ponerse de relieve que, como la recurrente destaca en su demanda, el precepto impugnado se refiere no solamente a familiares de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en los términos que precisa, sino también a los familiares de los españoles, cuya extensión a dichas personas obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles, como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de Estado. De ello se deduce que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto.”

(26) Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Análisis crítico del RD 178/2003, de 14 de febrero...”, op. cit., p. 32. Téngase en cuenta que tres disposiciones de este RD han sido anuladas por nuestro Tribunal Supremo. En primer lugar, se han considerado nulos: el artículo 2 párrafo primero *ad finem* y el artículo 11.3.C).4 por la *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 6.ª) de 10 de junio de 2004* (BOE, 23-VIII-2004); y, más recientemente, un inciso del párrafo 18 por la *Sent. TS (Sala 3.ª Sección 4.ª) de 9 de febrero de 2005* (BOE, 3-VI-2005, pp. 18635-18636).

(27) *La Ley, Actualidad Administrativa*, n.º 17, 1.ª quincena de octubre de 2004; *La Ley juris*: 1695/2004; BOE, 23-VIII-2004.

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

Por tanto, el RD 178/2003 prevé claramente la reagrupación de los ascendientes de los otros países miembros de la UE, los nacionales del EEE y de los suizos así como los ascendientes de los cónyuges de todos los nacionales que acabamos de mencionar y también a los ascendientes de los españoles y de sus cónyuges. Ahora bien, para poder beneficiarse de las normas previstas en el RD 178/2003 se debe acreditar que aquéllos viven a sus expensas. Por ello, realmente lo importante es saber qué se entiende por este concepto. Desde luego, podríamos pensar tanto en unos criterios económicos o simplemente afectivos. Para poner un poco de claridad sobre esta cuestión vamos a hacer un recorrido por algunas de las decisiones judiciales que hemos considerado como más ilustrativas. A modo de ejemplo, la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid n.º 850/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)*, de 4 de julio de 2002 examina la Resolución dictada por el Cónsul General de España en Casablanca mediante la cual se denegaba un visado de residencia. En concreto, el TSJ estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto apuntando que:

“Pues bien, en el caso que nos ocupa se ha acreditado que *la demandante*, viuda, nacida en 1939, *va a ser mantenida* por su hijo que reside en España que posee medios económicos para ello. Pero es que es más, *el hijo de la recurrente no es extranjero sino que tiene la nacionalidad española* por lo que sería de aplicación el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, al haberse acreditado que la demandante vive a expensas de su hijo.”²⁸

En cambio, la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid n.º 1056/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª)*, de 30 de septiembre de 2002, al examinar la Resolución del Cónsul General de España en Tánger mediante la cual se denegaba un visado de residencia, desestima el recurso en base a los siguientes argumentos:

“*se deniega a la madre del actor (...)* el visado de residencia para la reagrupación familiar con su hijo, residente comunitario en España por estar *casado con española (...)* en su condición de ascendiente no se aprecian razones que justifiquen la necesidad de autorizar el visado; *menor de 65 años; falta de dependencia económica suficientemente garantizada.*”²⁹

De esta decisión podemos criticar la exigencia de una determinada edad, en ninguna norma o disposición comunitaria de libre circulación o en el Derecho interno español se impone una edad para ser beneficiario de la reagrupación familiar como ascendiente. De todas formas, es obvio que la autoridad judicial tiene en cuenta la decisión del Cónsul General en la que se resaltaba el requisito de la necesidad de tener al menos 65 años. No es el único caso, pues en la información dada por algunos Consulados españoles se impone esta exigencia para poder tramitar el visado³⁰.

(28) JUR 2003\77282.

(29) JUR 2003\168726.

(30) En la práctica del día a día nos demuestra que existen tantos procedimientos para la concesión de visados que permitan la entrada de familiares españoles y de comunitarios como Consulados españoles acreditados en el extranjero. Tomando como referencia las páginas Web de diversos consulados, entre ellos, el Consulado de España en La Habana, Caracas, México y Buenos Aires, E. ARCE JIMÉNEZ señala que la regulación legal es una y las exigencias consulares son otras muy

b) ¿Sigue siendo aplicable el artículo 11.3.C) del RD 178/2003?

Acabamos de analizar que la acreditación no sólo del vínculo del parentesco y que el ascendiente vive a expensas del familiar residente en España ha sido objeto de examen por los cónsules a la hora de conceder o denegar el visado de residencia. Ahora bien, es posible que el ascendiente de un comunitario o de un español y los ascendientes de sus respectivos cónyuges ya estén en el territorio español y no hayan podido hacer el procedimiento de regularización que finalizó el 7 de mayo del 2005. Para estas personas ¿existe alguna forma de no tener que salir en la busca y captura de un visado y conseguir la tarjeta de residente comunitario? En el RD 178/2003 se incluye una norma que permite la sustitución de ese visado por una exención de visado para los ascendientes. En concreto, entre los requisitos que se deben cumplimentar para la expedición de una tarjeta de residente comunitario nos encontramos con el visado. Así, en su artículo 11.3.C) n.º 9 se impone que reúna los siguientes requisitos:

“C) El visado de residencia en el pasaporte, o solicitud de exención de éste, que deberá presentarse conjuntamente con la solicitud de tarjeta de residencia.

El requisito del visado podrá eximirse por las autoridades competentes al resolver la solicitud de tarjeta de residencia, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos:

(...)

9.º Extranjeros ascendientes de ciudadano español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar.”

Esta disposición permite, que ante el hecho de que ascendiente nacional de terceros países “familiar de comunitario” o “familiar de español” se encuentre en España sin visado, o con visado caducado, una sustitución del visado por la exención de visado. Ahora bien, aunque en el RD 178/2003 se prevé la petición de exención de visado, sin embargo, en la actualidad, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, dicha posibilidad, aparentemente parece haber desaparecido. Obviamente, todos sabemos que se ha producido una modificación en el régimen general –se ha erradicado el artículo 31.7 LOEx– lo que podía suponer una repercusión directa en el régimen previsto para los familiares de los titulares del régimen de extranjería comunitaria. Esto, en todo caso, se afirma expresamente en las Instrucciones dadas por el Ministerio del Interior para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Concretamente, sobre esta cuestión se dice que: “La supresión del artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, referido a la figura de la exención de visado, hace que no puedan admitirse a trámite, a partir del 22 de diciembre de 2003, nuevas

diversas. A modo de ejemplo, el Consulado en Caracas exige que “Los ascendientes de español/comunitario y los de su cónyuge no separado de hecho o de derecho, si viven a sus expensas”. Y, en Buenos Aires, que los “ascendientes del ciudadano español o comunitario mayores de 65 años, o de su cónyuge, que vivan a sus expensas” [cf. E. ARCE JIMÉNEZ, “Módulo II. Unidad 11 reagrupación familiar”, *II Curso E-Learning de Experto Jurídico sobre Migraciones internacionales, extranjería y Personas en movimiento Transnacional* (Curso 2003-2004), p. 61]. En el Consulado General de España en Lima para admitir la solicitud de visado el ascendiente debe tener 65 años (ibíd., p. 15).

solicitudes de exención de visado, al no existir ya dicha figura en el ordenamiento jurídico español desde esa fecha”. En todo caso, en dichas Instrucciones se afirma que:

“Esta novedad tiene su reflejo, igualmente, en el régimen comunitario de extranjería: a partir del 22 de diciembre de 2003, los familiares de ciudadano comunitario que acrediten encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 11.3.C), 1.º a 10.º, del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, obtendrán la tarjeta de familiar de residente comunitario solicitada, sin necesidad de tramitar una exención de visado.”

En realidad, este precepto como acabamos de comentar, ha sido tocado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, ya que a partir del día 22 de diciembre de 2003 se produjo la desaparición de la exención de visado del régimen general de extranjería. De aquí, que el Ministerio del Interior señalase en un primer momento que el artículo 11.3.C) del RD 178/2003 también se encontraba afectado por dicha modificación. Ahora bien, las Instrucciones dadas por dicho Ministerio han dejado de ser aplicables con respecto a los ascendientes del régimen general desde el 7 de febrero de 2005, es decir, desde la entrada en vigor del RD 2393/2004, 30 de diciembre. Sin embargo, lo que no tenemos claro es qué sucede con respecto a los ascendientes previstos en el artículo 2 RD 178/2003, pues en el nuevo Reglamento de extranjería no se ha incorporado ninguna mención con relación a las exenciones de visados previstas para los familiares de los nacionales comunitarios. En todo caso, desde nuestra perspectiva se podría otorgar una autorización de residencia simplemente con demostrar el parentesco y la dependencia económica con respecto al nacional comunitario; sin embargo, en ningún momento se deroga expresamente este apartado 2.º del artículo 11.3.C) con sus 10 supuestos de exención de visado. Además, el hecho de que haya desaparecido una fórmula de regularización existente en el régimen general no quiere decir que se haya erradicado en su totalidad del Ordenamiento jurídico español, pues el régimen previsto para los nacionales de la UE está totalmente diferenciado del régimen general. Desde luego, este régimen privilegiado sólo se sustituye en caso de que las normas generales sean más favorables (artículo 1.3 LOEx). Por tanto, parece que la derogación de los supuestos de exención de visado previstos en RD 178/2003 es bastante confusa, pues sólo contamos con las Instrucciones del Ministerio del Interior, y éstas sólo eran interpretativas en tanto se aprobase el nuevo reglamento, y en ningún caso por el principio de jerarquía vigente en nuestro Ordenamiento una instrucción puede derogar una norma de rango superior, como es el caso de este precepto contenido en un RD. Por otra parte, en el Informe del Defensor del Pueblo del año 2003 se señala que el hecho de obligar a un ciudadano extranjero, ascendiente de residente legal en España y económicamente dependiente del mismo, a efectuar su salida de nuestro país para solicitar un visado que, según la legislación vigente, debería concedérsele, supone imponer una separación de hecho del núcleo familiar y no parece que, en este caso, quepa situar el cumplimiento de un trámite administrativo por encima de la necesidad de atender el principio de protección a la familiar asumido en el artículo 39 de la Constitución³¹. En este sentido, como muestra podemos referenciar la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife n.º 227/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 30 de noviembre de 2004* mediante la cual se revoca la Resolución de la Subdelegación de Gobierno en Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de

(31) Vid. El Informe del Defensor del Pueblo español del año 2003, p. 609.

2002, por la que se deniegan al recurrente (de nacionalidad argentina) la exención de visado, y en su virtud, la tarjeta de residencia comunitaria, al objeto de reagruparse con su hijo residente legal casado con española y con nieto español³².

Desde nuestra perspectiva y a la vista de varios fallos del TJCE nuestras autoridades no deberían impedir el acceso a España a los familiares de los comunitarios por ausencia de un visado ni tampoco se deberían exigir la exención de visado –de continuar vigente el artículo 11.3.C)– para la concesión de una tarjeta de residencia. En cuanto que la ausencia de visado no puede impedir la entrada de los familiares se ha puesto de relieve en la *STJCE (Pleno) de 25 de julio de 2002*. Asunto C-459/1999, MRAX contra Etat Belge al afirmar que:

“... un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.”³³

Este fallo va a ser de vital importancia para el TJCE cuando proceda a dictaminar el recurso interpuesto por la Comisión contra España en el Asunto 503/03. Con toda probabilidad nuestro ordenamiento será considerado contrario a la normativa comunitaria. Obviamente, no se trata de una afirmación sin fundamento, pues contamos con las Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokot, presentadas el 10 de marzo de 2005 en las que se puede leer:

“El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben (...) al haber denegado a dos extranjeros casados con ciudadanas de la Unión la expedición de visados y la entrada en el territorio español, respectivamente, porque los extranjeros afectados estaban inscritos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, y ello sin haber comprobado antes si la presencia de esas personas en el territorio español representaba una amenaza real, actual y grave para un interés fundamental de la sociedad.”³⁴

(32) JUR 2005\68242. Por su parte la Sent. Trib. Sup. Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 30 de septiembre de 2004 también prevé la exención de visado para un extracomunitario casado con una italiana y tiene un hijo también de nacionalidad italiana (Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 8, marzo 2005, p. 118).

(33) Rec., 2002-I, pp. 6591-6675; Aranzadi TJCE 2002\233; comentada por A. FERRE I GÓMEZ, “Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros”, *La Ley, Unión Europea*, año XXIII, n.º 5666, 29 de noviembre de 2002.

(34) <http://curia.eu.int/es/index.htm>. La Comisión interpuso el 27 de noviembre de 2003 un recurso con arreglo al artículo 226 CE, apartado 2. Se inició el procedimiento administrativo previo a raíz de las denuncias de dos argelinos, los Sres. Farid y Bouchair, que expusieron los siguientes hechos: El Sr. Farid está casado con una española y vive con su familia en Dublín. A su llegada al aeropuerto de Barcelona, el 5 de febrero de 1999, en un vuelo procedente de Argelia, se le denegó la entrada en el territorio del Reino de España. Esta decisión fue motivada en que el Sr. Farid había sido inscrito por la República Federal de Alemania en la lista de no admisibles. Por los mismos motivos se le denegó, mediante escrito de 17 de diciembre de 1999, el visado solicitado el 17 de septiembre de 1999 en la embajada española de Dublín. Por su parte, el Sr. Bouchair está casado con una española. Vive con ella en Londres. Con vistas a un viaje de vacaciones con su esposa, el Sr. Bouchair solicitó en la embajada española un visado de entrada en el territorio español. El 9 de mayo de 2000 le fue denegada la solicitud. Lo mismo sucedió con una segunda solicitud. En cada caso, las decisiones fueron motivadas en que el Sr. Bouchair

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

Por lo que se refiere a la exigencia de visado o de exención de visado para la concesión de la tarjeta de residencia a los familiares de comunitarios si supone un obstáculo para libre circulación debe considerarse también como una vulneración del Ordenamiento comunitario. En concreto, se ha podido comprobar que las actuaciones de las autoridades españolas en aplicación de la legislación vigente suponen un incumplimiento del derecho comunitario por parte de España. Y, por ello, ha condenado a nuestro país en la *STJCE (Sala 2.ª) de 14 de abril de 2005*. Asunto C-157/03. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España al declarar que:

“31. Es preciso subrayar que, conforme al artículo 3, apartado 1, de las Directivas 68/360 y 73/148, los Estados miembros admitirán en su territorio a los nacionales de dichos Estados y a los miembros de sus familias a quienes se aplican dichas Directivas, mediante la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido” y además dictamina finalmente que: “... el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben... al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 y, en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia.”³⁵.

De los fallos mencionados podemos deducir que el ejercicio del derecho de libre circulación y de residencia se conceden sólo al titular del derecho es decir a los nacionales de los otros Estados miembros, pero sus familiares, –entre ellos los ascendientes–, tienen un derecho derivado del derecho de aquél para vivir en familia³⁶.

Antes de finalizar este apartado, debemos señalar que el artículo 11.3.C) RD 178/2003 además se inicia con los siguientes términos “para la obtención de la correspondiente tarjeta de residencia, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los requisitos establecidos en el propio precepto”. Este inciso “siempre que no exista mala fe en el solicitante” parece partir de una presunción contraria a la de buena fe en el solicitante; mas basta con observar la redacción del precepto para concluir que no se produce una alteración de la carga de la prueba en materia de buena fe y que será la Administración la que habrá de probar la existencia de mala fe para la no autorización de exención del visado.

no reunía los requisitos del artículo 5, apartado 1, del CAAS. En el marco del procedimiento administrativo previo se reveló que no se le había expedido el visado porque también este solicitante estaba inscrito en la lista de no admisibles. Según lo expuesto por las partes, las inscripciones en la lista de no admisibles se debían, en ambos casos, a condenas penales. El Sr. Farid fue condenado en 1994 por un tribunal alemán a una multa, por haber conducido un camión sin permiso de conducir. En cambio, el Sr. Bouchari fue condenado a una pena privativa de libertad de cinco meses, porque, con anterioridad a su matrimonio con la nacional española, había presentado una solicitud de asilo con una identidad falsa en la República Federal de Alemania.

(35) <http://curia.eu.int/es/index.htm>. Vid. Conclusiones presentadas el 9 de noviembre de 2004. Abogado General: Sra. Christine Stix-Hackl. Asunto C-157/03. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España (ibíd.).

(36) Con respecto a los cónyuges de españoles no es exigible el visado como se ha puesto de manifiesto con toda claridad en la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Canarias, Santa Cruz Tenerife, n.º 629/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª) de 28 de junio de 2004 (JUR, 2004\20142)*.

D) La postura jurisprudencial: ¿La eventual proyección de la doctrina de la STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004 en la STS de 26 de enero de 2005?

A la vista del artículo 2 del RD 178/2003 podríamos confirmar que todos los familiares de los españoles están asimilados a los familiares de los otros Estados comunitarios. Por ello, la conclusión lógica sería decir que a los progenitores de los españoles se les puede aplicar sin problemas la misma interpretación jurisprudencial (*STJCE de 14 de octubre de 2004*). Ahora bien, no olvidemos que es una situación meramente interna y que no podríamos decir que se está infringiendo derecho comunitario o la interpretación del mismo³⁷. Eso sí, lo que no parece lógico es que hagamos caminar a los nacionales de esos países mencionados a otros países de la Unión Europea con características similares a la nuestra para luego volver a territorio español. Y por supuesto, queremos dar el mismo tratamiento al menor español que al menor de otro Estado miembro evitando que se produzca un trato discriminatorio y en definitiva contrario al artículo 12 TCE, y a los artículos 14 y 39 CE.

Por ello, la postura mantenida por el TJCE se podría proyectar sin ningún problema. Ahora bien, deberíamos estar en presencia de un menor nacional de cualesquiera de los otros países miembros de la UE que venga a vivir a España con sus progenitores, siempre que éstos puedan tener recursos económicos. De todas formas en nuestro país se presenta habitualmente otro supuesto: se trata del caso de los extranjeros extracomunitarios que son progenitores de niños españoles. Es evidente que nuestro Ordenamiento ha realizado una asimilación en la protección de los familiares de los nacionales de los otros países comunitarios con los familiares de los españoles. De esta forma si nos encontramos con un menor de nacionalidad española éste podrá reagrupar a sus progenitores nacionales de terceros países.

Desde luego, los supuestos que se puedan plantear son muy numerosos. Ello debido a que nuestro derecho de la nacionalidad otorga en algunos casos la nacionalidad española por mero nacimiento en territorio español. ¿Son verdaderos niños ancla en la terminología del Ministerio del Interior? Hoy por hoy, tal y como ha afirmado el Centro Directivo, son españoles los nacidos en territorio español de progenitores argentinos, los hijos de bolivianos, los hijos de brasileños, los hijos de caboverdianos, los hijos de colombianos, los hijos de cubanos, los hijos de ecuatorianos, los hijos de marroquíes casados fuera de Marruecos al margen de su ley personal, los hijos de paraguayos, los hijos de peruanos, los hijos de portugueses no inscritos en los Registros portugueses, hijos de progenitores uruguayos, de progenitor paraguay y madre nacional de Taiwán³⁸. En todos estos casos los Ordenamientos de los progenitores no les otorga ninguna nacionalidad, y ante el hecho de que todo niño tiene derecho a una nacionalidad se le atribuye

(37) Vid. nota 23.

(38) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Algunas cuestiones relativas a la nacionalidad de los hijos de progenitor/a extranjero/a nacidos en España*, op. cit. Con respecto a los hijos de marroquíes: *Res. DGRN 1.ª de 16 de enero de 2002*. El mismo criterio ha sido mantenido en la *Res. DGRN 4.ª de 23 de abril de 2002* [vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, "La doctrina de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 1, noviembre 2002, pp. 206-208]. También se pueden ver: las *Res. DGRN 7.ª de 10 de septiembre*, *8.ª de 16 de septiembre* y *1.ª de 13 de diciembre de 2002*.

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

la nacionalidad española por haber nacido en territorio español³⁹. También son españoles los nacidos en España hijos de iraquíes, de palestinos, de saharauis y de progenitor mauritano y madre argelina⁴⁰. Ahora bien en estos casos la atribución de la nacionalidad española se debe a que no se reconoce internacionalmente la nacionalidad de esos Estados o por haber sido considerados apátridas los progenitores⁴¹.

La situación de los ascendientes progenitores extracomunitarios de un menor español ha sido abordada recientemente por la *STS (Sala 3.ª Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005*⁴². En el caso resuelto nos encontramos ante un supuesto de anulación de la expulsión de una brasileña para evitar que se la separase de su hijo menor español. La recurrente impugnó la resolución del Sr. Subdelegado del Gobierno en Burgos que decretó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de tres años a una ciudadana brasileña, obligándole con ello a separarse de su hijo, de nacionalidad española, nacido dos años antes. Esta decisión administrativa fue confirmada por la *Sent. Trib. Just. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) de 19 de enero de 2001* en la que se afirma que:

“Circunstancia de *convivencia a expensas del español* que no se da en el presente caso, ya que estamos hablando de un *hijo menor de edad* de la recurrente siendo la mera circunstancia del *nacimiento en España* de aquel hijo *no atribuye al nacido la nacionalidad española* de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil, y que no ha verificado, por lo que procede la desestimación íntegra del presente recurso.”⁴³.

La orden de expulsión acordada contra esta ciudadana brasileña provocaría la separación de su hijo, violando así los preceptos constitucionales reguladores de la protección a la familia y a la

(39) Vid. artículo 7 del Convenio de Nueva York sobre derechos del Niño y artículo 17.1.c) Cc.

(40) Vid. nota 36.

(41) A modo de ejemplo, la nacida en España de progenitora que no tiene reconocida ninguna nacionalidad ésta ha de ser considerada como apátrida y aquella como española: Vid. *Res. DGRN 2.ª de 18 de enero de 2003*. En todo caso, debe decirse que el estatuto de refugiado de los progenitores no supone que no tengan nacionalidad por lo que sus hijos nacidos en territorio español no son considerados españoles (vid. *Res. DGRN de 15 de marzo y de 17 de abril de 1996 y 2.ª de 29 de mayo de 1998*).

(42) Desde luego, no podemos decir que se trate del primer caso en que se suspende la expulsión de un extranjero por ser ascendiente de un español. Así, la *STS de 27 de abril de 1999* al abordar un supuesto de un extranjero casado con española y con dos hijos españoles. Sin embargo, en la *STS de 10 de junio de 1990* había considerado que a pesar de existir vida familiar en España, la derivada de tener un hijo reconocido con una española, sin embargo cuenta con un ámbito familiar en su propio país, ya que en él residen su esposa e hijos, así como sus padres (cf. I. ARRIAGA IRABURU, *Derecho a la Vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Navarra, Eunsa, 2003, pp. 184-185). También son numerosas las sentencias en las que se concedió la exención de visado por el hecho de ser padre o madre de un niño español menor de edad. En este sentido la *STS de 27 de noviembre de 1995* la recurrente vive en España en unión de hecho con un súbdito argentino de cuya unión tienen un hijo en territorio español. Teniendo en cuenta que el niño es español tiene un derecho incondicional a vivir en España por lo que otorga la exención de visado a la madre (cf. P. SANTOLAYA MACHETTI, *El Derecho a la Vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 172-173).

(43) *JUR*, 2001/72447.

infancia. El recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló el escrito de interposición del recurso de casación basándose fundamentalmente la “Infracción de los artículos 17 y 22 del Código Civil y concordantes”. Dichos argumentos han sido tenidos en cuenta en la *STS (Sala 3.ª Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005* al apuntar que:

“La Sala de instancia se equivoca cuando dice que “estamos hablando de un hijo menor de edad de la recurrente, siendo la mera circunstancia del nacimiento en España de aquel hijo no atribuye al nacido la nacionalidad española de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil.”⁴⁴

Pero las cosas no son así. En la certificación de nacimiento del menor Lucio Nacho R. de O. consta una anotación marginal que dice literalmente así:

“En virtud de auto de fecha 14 de septiembre de 1999 dictada en expediente administrativo n.º 41.07A/99, tramitado en el 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 (...).”

Desde luego, esta afirmación es totalmente válida pues el caso de los nacidos en España de progenitores brasileños fue analizada por primera vez en la *Res. DGRN 2.ª de 28 de abril de 2000* en la que se afirma que:

“De acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación brasileña aplicable, se ha puesto de relieve que el hijo de brasileños nacido fuera de Brasil no adquiere automáticamente la nacionalidad brasileña, porque es un requisito imprescindible que alguno de los padres solicite la inscripción en el Registro Civil brasileño correspondiente durante la minoría de edad del hijo. Este requisito, mantenido por la actual Constitución Brasileña de 1988, es imprescindible –y no hay que calificarlo como meramente formal– para la adquisición de la nacionalidad brasileña. Consiguientemente el nacido en España en estas condiciones es español de origen por aplicación del artículo 17 del Código Civil. Aunque todavía pueda el hijo adquirir iure sanguinis la nacionalidad brasileña esta adquisición no ha de producir el efecto de que desaparezca la nacionalidad española de origen del interesado, pues ello supondría crear una forma de pérdida no prevista por el legislador español, que pretende por el contrario que, quienes de otro modo fueran apátridas, sean españoles iure soli y desde su nacimiento, por aplicación del principio del favor nationalitatis.”⁴⁵

En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor Lucio Nacho R. de O. (artículo 96.2.º LRC y 335 y siguiente de su Reglamento). La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:

(44) *La Ley*, n.º 6214, 21 de marzo de 2005; *Actualidad Administrativa*, n.º 7, 1.ª quincena de abril de 2005, *Ref. @* n.º 6; *RAJ*, 2005, n.º 1520.

(45) *BIMJ*, n.º 1874, 2000, pp. 2656-2658.

"1.^a 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 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 los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

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.

2.^a El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles.

3.^a La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores"⁴⁶.

Amparándose en el 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 así como el derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre, el Alto Tribunal entiende que *"ni las normas sobre extranjería ni el solo sentido común pueden admitir (...) que pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos los derechos, pero solo y separado de su madre"*⁴⁷.

El TS en su decisión final ha seguido, casi al pie de la letra, las pautas incluidas en las Conclusiones presentadas el 18 de mayo de 2004 por el Abogado General, Sr. Antonio Tizzano y que se concretaron en la *STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004*. Desde nuestra perspectiva, con esta decisión del TS, se produce un cambio importante y trascendente para entender la mención incluida en la normativa comunitaria sobre quiénes pueden ser considerados como ascendientes a cargo. En todo caso, esta sentencia deberá ser tenida muy en cuenta a la hora de proceder también a la interpretación de la ordenación española. Y desde luego, para España la importancia probablemente sea más amplia dadas las características de los supuestos con derecho a reagrupación familiar previstos en el RD 178/2003. Ahora bien, a pesar de lo dicho, recientemente se ha dictado una decisión, –que imagino haya sido recurrida–, similar a la mencionada anteriormente, dictada por el *Trib. Sup. Just. de Castilla y León*, en la que se afirma que se debe cumplir la orden de expulsión aunque el recurrente de nacionalidad ecuatoriana haya alegado ser el progenitor de un español. Se trata de la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo*

(46) *Ibíd.*

(47) *Ibíd.*

n.º 1 de Madrid de 7 de marzo de 2005⁴⁸. En el caso resuelto nos encontramos ante un error manifiesto del juzgador que no pone en duda la paternidad sino que pone en duda que el nacido en España de un ecuatoriano sea español. Desde luego, en dicha decisión equivocadamente se afirma que:

“Y en cuanto a la nacionalidad española del hijo, no es posible con los datos de que se dispone aceptarla como tal. Como es notorio, en España, a efectos de nacionalidad rige con carácter general el *ius sanguinis* y no el *ius soli*. Así se desprende con toda evidencia del artículo 17.1.a) Cc y solo en los supuestos enumerados en las letras b), c) y d) del mismo precepto rige el segundo de los sistemas citados; supuestos en los que, salvo prueba en contrario, no se halla el hijo del recurrente: no consta que alguno de sus padres haya nacido en España, el padre y la madre tienen la nacionalidad ecuatoriana y, por último la filiación del menor está claramente determinada. Tampoco, en fin, ha acreditado el recurrente que en la República de Ecuador rija el *ius soli*, y la prueba del propio extranjero a él le incumbe a tenor de lo dispuesto en el artículo 281.2 LEC.

(...) Por último, en la propia certificación de nacimiento del menor la nacionalidad española de origen se ha declarado con valor de simple presunción.”⁴⁹.

Como hemos mencionado esta afirmación no es correcta ya que desde el 21 de junio de 1999 la DGRN tiene muy claro que los hijos de ecuatorianos nacidos en España son españoles porque el Ordenamiento ecuatoriano no les atribuye la nacionalidad ecuatoriana. Ante una situación de apatridia el artículo 17.1.c) Cc impone la nacionalidad española. En este sentido, por todos los casos que han llegado al Centro Directivo, podemos poner de ejemplo la *Res. DGRN 1.ª de 8 de mayo de 2002* en la que se afirma que:

“Conforme al conocimiento adquirido por este Centro Directivo 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 está al servicio de El 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.

El caso actual está comprendido en estas últimas hipótesis; el nacido no tenía cuando nació la nacionalidad ecuatoriana de su progenitora, porque no estaba al servicio de El Ecuador o de un organismo internacional y porque no hay ningún indicio de que su estancia en España sea transitoria o pasajera; al contrario, son datos de los que se deduce la residencia habitual de los interesados en España el certificado del padrón municipal y el domicilio designado en la propia inscripción de nacimiento del nacido. Se trata pues, de una situación de apatridia originaria del nacido en la cual la atribución *iure soli* de la nacionalidad española se impone.”⁵⁰.

De lo dicho parecería que siempre que un extranjero irregular o regular tenga un hijo en territorio español podría llegar a ser un destinatario del RD 178/2003 por tratarse de un ascendiente a

(48) <http://www.icam.es>.

(49) Ibid.

(50) *BIMJ*, n.º 1920, 2002, pp. 2298-2300.

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

cargo en los términos que hemos estado analizando. Ciertamente, sólo excepcionalmente –aunque en número son bastantes– se otorga la nacionalidad española por nacer en territorio español; de hecho nuestro país mantiene un criterio del *ius soli* con carácter residual, es decir sólo para los supuestos de hijos de apátridas o hijos de nacionales cuyos Ordenamientos no les imponga ninguna nacionalidad. Por ello, en numerosos supuestos el Centro Directivo ha llegado a manifestarse en contra de la atribución *iure soli* ya que se ha acreditado que la legislación de los países de uno de los progenitores está considerando al nacido en España como su nacional. Entre éstos podemos destacar que no son españoles los nacidos en territorio español hijos de: angoleños, argelinos, búlgaros, chinos, o hijos de los nacionales de la República Dominicana, egipcios, hijos de nacionales de Ghana, guineanos, iraníes, hijos de nacionales de la República de Karakstan, marroquíes, nicaragüenses, nigerianos, norteamericanos, rumanos, rusos, hijos de nacionales de Sierra Leona, sirios, suizos, hijos de nacionales de Uzbekistán o los hijos de zaireños⁵¹.

En definitiva, podemos concluir que en la actualidad, la jurisprudencia, tanto del TJCE como del TS, ha flexibilizado la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de los ascendientes. En concreto, se han abordado supuestos en los cuales los titulares del derecho a vivir en el territorio comunitario, por poseer una nacionalidad de uno de los países de la Unión Europea o ser español, son menores de edad. Los fallos judiciales aludidos han considerado que las progenitoras –una de nacionalidad china y la otra brasileña respectivamente–, tienen derecho a vivir con sus hijos menores y no pueden ser tratadas como meras extranjeras sino dentro del régimen privilegiado previsto para los nacionales de la UE, la nacional china como madre de una titular del derecho a la libre circulación⁵² y la nacional brasileña por ser madre de un español menor de edad que tiene derecho a estar, crecer, criarse y educarse con su madre⁵³.

III. REAGRUPACIÓN DE ASCENDIENTES DE EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES

A) Reagrupación de ascendientes de nacionales de terceros países residentes en el Derecho comunitario: análisis del artículo 4 de la Directiva 86/2003/CE

El día 3 de octubre de 2003 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto oficial de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el Derecho a la reagrupación familiar, que debe ser incorporada en nuestro Ordenamiento como más tardar el 3 de octubre de 2005⁵⁴.

(51) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Algunas cuestiones relativas a la nacionalidad de los hijos de progenitor/a extranjero/a nacidos en España...*, op. cit.

(52) Vid. STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004. Nota 19.

(53) STS (Sala 3.ª Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005. Nota 44.

(54) DOUE, L 251, 3-X-2003, pp. 15-18. Comentarios sobre la Directiva: Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre derecho el derecho a la reagrupación familiar”, <http://www.>

La elaboración de esta Directiva sobre reagrupación familiar ha sido bastante lenta, además, la gestación ha sido complicada⁵⁵, pero finalmente ha concluido aunque con la incorporación de las posturas de los Estados más conservadores y con un concepto de miembros de la familia bastante restrictivo⁵⁶. En virtud del artículo 4, parece que, el nacional de terceros países residente en la UE, puede vivir con otros nacionales de terceros países siempre que acrediten que son o cónyuge o hijos menores del reagrupante o de su cónyuge (artículo 4.1 Directiva)⁵⁷. La inclusión entre los eventuales reagrupables a otras personas, entre los que cabe aludir a los hijos mayores solteros y a los abuelos es decir a los padres del reagrupante o de su cónyuge, que vivan a sus expensas, va a depender exclusivamente de la buena disposición de las autoridades de los Estados miembros (artículo 4.2 Directiva); ello, debido a que la Directiva deja a la legislación interna de los Estados miembros la eventual extensión a estas personas por lo que los Estados

reicaz.es/extranjeria/revista/15; M.P. CANEDO ARRILLAGA, "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", A.L. CALVO CARAVACA Y E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 193-211; E. GÓMEZ CAMPELO, "El derecho a la reagrupación familiar según la Directiva 2003/86/CE", *Actualidad Administrativa*, n.º 13, 1.ª quincena de julio de 2004; A. QUIRÓS FONS, "Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 21, 2003, pp. 383-415; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho Comunitario", A.L. CALVO CARAVACA Y E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, ibíd., pp. 819-843; M.ª M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, "La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 4, mayo 2004.

(55) El proceso se inició el 1 de diciembre de 1999 mediante la Propuesta de Directiva del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 1-XII-1999, COM (1999) 638 final/1999/0258 (CNS); Propuesta modificada de Directiva del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 10-X-2000, COM (2000) 624 final; *DOCE* C n.º 62, 27-II-2001, pp. 99-111); Propuesta modificativa de Directiva del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 2-V-2002, COM (2002) 225 final/1999/0258 (CNS); *DOCE*, n.º 203 C, 27-VIII-2002, pp. 136-141]. [Vid. P. BOELES, "Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 53 2001, pp. 125-138; M.P. CANEDO ARRILLAGA, "La propuesta de la directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el derecho internacional privado", *Mundialización y Familia*, A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ANGEL (Eds.), Madrid, Colex, 2001, pp. 121-142; I. LÁZARO GONZÁLEZ "La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar", *Migraciones*, n.º 12, 2002, pp. 43-79, esp. pp. 48-49].

(56) La Directiva únicamente establece la obligación de conceder la reagrupación a los miembros de la familia nuclear (Punto 9 de la Exposición de Motivos), dejando a la discrecionalidad de los Estados miembros la posibilidad de otorgarla también respecto de los ascendientes y los descendientes mayores de edad. De hecho, en el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la propuesta modificativa de esta Directiva ya puso de relieve que el ámbito personal de aplicación debería sobrepasar el marco de la familia nuclear estableciendo también la admisión obligatoria de la pareja de hecho que mantenga una relación estable y de los ascendientes a cargo del reagrupante (*DOUE*, n.º C 73/2003, p. 16).

(57) En esta Propuesta de 1 de diciembre de 1999 entre los miembros de la familia que podían ser reagrupados en su artículo 5.1.a) establecía que dichos miembros eran los siguientes y por el siguiente orden: "... d) los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge o pareja de hecho, cuando estén a su cargo y no tengan ningún otro apoyo familiar en el país de origen". En la Propuesta modificativa, de 10 de octubre de 2000, entre los miembros de la familia que podían ser reagrupados en su artículo 5.1.d) los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge pareja de hecho cuando estén a su cargo y no tengan ningún otro apoyo familiar en el país de origen". [*DOCE* C, n.º 203 E, 27-VIII-2002; Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2-V-2002, COM (2002) 225 final].

no se encuentran obligados a permitir la reagrupación más que a cónyuge e hijos menores. Ello debido a la diversidad de las legislaciones nacionales relativas a los beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar, han considerado que la obligación de autorizar la entrada y la residencia no debe extenderse a nadie más que el cónyuge y los hijos menores. El texto adoptado en la Directiva permite incluir, mejor dicho faculta a los Estados para que puedan incluir si lo desean, a los ascendientes, hijos mayores a cargo y compañeros no casados, pero no es obligatorio. En este sentido, el artículo 4.2 dispone que:

“2. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que cumplan las condiciones establecidas en el Capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia:

- a) *los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen;*
- b) *los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.”*

En concreto, un régimen diferente está previsto para los ascendientes e hijos mayores de edad. También aquí, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Directiva, los Estados miembros tienen la posibilidad de autorizar su entrada y residencia por reagrupación familiar. Esta posibilidad debe figurar en un texto legislativo o reglamentario de incorporación interna que deberá efectuarse antes del 3 de octubre del 2005. Se ha definido a los ascendientes con más precisión: se trata de los ascendientes en línea directa y en primer grado (es decir, el padre y la madre; ni abuelos, ni tíos); en todo caso, además, deben estar a cargo y deben carecer de apoyo familiar adecuado en el país de origen.

B) Ascendientes de nacionales de terceros países y su reagrupación en el Ordenamiento interno español: regulación e interpretación jurisprudencial

a) Regulación legal y reglamentaria: artículo 17.1.d) LOEx y artículo 39.d) y e) RELOEx

En la legislación interna española reguladora del régimen general de extranjería se admite reagrupación de ascendientes tanto del reagrupante como de su cónyuge. Ahora bien, este derecho está subordinado a la exigencia de justificar que viven a sus expensas y que además existen razones de la necesidad de autorizar su residencia en España [vid. artículo 17.1.d) LOEx y artículo 39.d) y e) RELOEx]⁵⁸.

(58) Vid. F. ALONSO PÉREZ, “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros. Innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *La Ley*, n.º 6006, de 28 de abril de 2004, pp. 1-3; E. ARCE JIMÉNEZ, “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 8, marzo 2005, pp. 261-270; J. FERNÁNDEZ NIETO, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela efectiva de los extranjeros en España”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 51, noviembre 2004, pp. 50-62.

Con respecto a los ascendientes, el artículo 17.1, letra d) LOEx –literalmente copiado en la letra d) del artículo 39 RELOEx– establece que, aquellos que lo sean del reagrupante o de su cónyuge, podrán reagruparse “*cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*”. Desde luego, la redacción actual que procede de la redacción dada por la LO 8/2000 es más amplia con relación a este punto concreto que el texto incluido por la LO 4/2000⁵⁹. En concreto este último texto establecía que: “el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España: d): *a los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*”⁶⁰. El tenor literal es claro que sólo permitía la reagrupación de los ascendientes del reagrupante –generalmente sus progenitores–, es decir se impedía la reagrupación de los progenitores de su cónyuge –generalmente sus suegros–. Con la redacción actual se abre el abanico de sujetos que pueden tener derecho a reagruparse con el extranjero residente, no sólo sus ascendientes, sino también, los ascendientes de su cónyuge⁶¹. Además, por el momento, la legislación interna española actual con respecto a la Directiva 2003/86/CE permite un mayor número de beneficiarios. Pues, la legislación española no determina el grado de parentesco ni la línea, lo que posibilita, al menos en teoría, la reagrupación más allá del primer grado (abuelos, bisabuelos) y también de ascendientes colaterales, siempre que estén a cargo del reagrupante o de su cónyuge⁶².

Ahora bien, la regulación legal de la reagrupación de ascendientes también se ha visto afectada por la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, al introducir en el artículo 17.3 el siguiente tenor: “Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupamiento familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditan solvencia económica”. En general, cualquier familiar reagrupado puede reagrupar cuando obtenga una autorización de residencia y de trabajo independiente de la persona reagrupada, sin embargo, con relación a los ascendientes la limitación se acentúa

(59) Cf. R.M.³ MOLINER NAVARRO, “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, A.C., 2001, n.º 14, pp. 487-519.

(60) Desde luego hubiera sido mejor una redacción en la que se hubiese incluido la conjunción disyuntiva “o” que permitiría la reagrupación de ascendientes bien cuando dependan económicamente del reagrupante o bien cuando existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Tan deseable que incluso algunos autores sostienen que se puede mantener con la redacción del nuevo reglamento (vid. M.³L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 51.

(61) Cf. L. APARICIO, “Últimas transformaciones del derecho a la reagrupación familiar”, *AequAlitaS*, n.º 15, julio-diciembre 2004, p. 27.

(62) Cf. H. LOSADA GONZÁLEZ, “Estatuto legal de los extranjeros en España”, A. PALOMAR OLMEDA (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 224.

todavía más, pues la posibilidad de convertirse en reagrupantes viene ligada a la condición de residentes permanentes y la acreditación de solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar (artículo 40.2 RELOEx, salvo que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado pues en este caso es suficiente con cumplir los mismos requisitos que se prevén para los otros familiares –cónyuge y descendientes– (artículo 40.3 RELOEx). En este caso se sustituye la obligatoriedad de una autorización de residencia permanente por una autorización de trabajo y residencia independientes de la autorización del reagrupante.

Como hemos dicho, los ascendientes, según el artículo 17.1.d) LOEx y el artículo 39.d) RELOEx que lo sean del reagrupante o de su cónyuge, podrán reagruparse “cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”. Estos conceptos jurídicos permiten una amplia discrecionalidad a la actuación administrativa. La normativa de extranjería impone condicionantes a la reagrupación familiar de los ascendientes al exigir el requisito de dependencia con el reagrupante y además, que existan razones que justifiquen la necesidad de su presencia en España para poder proceder a reagrupar a los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge. Justamente, uno de los principales problemas interpretativos radica en el término utilizado en los preceptos mencionados “estar a cargo”. Esta expresión por su carácter abierto produce bastantes dosis de inseguridad jurídica. Inicialmente dejaba un amplio margen de interpretación discrecional, sobre todo cuando el ascendiente puede estar dependiendo, no de forma exclusiva de uno de sus hijos/as sino de varios de ellos, unos en su país de origen, otros en el extranjero. El nuevo reglamento de extranjería para evitar el nacimiento de tratamientos arbitrarios ha introducido un nuevo apartado para interpretar qué se entiende por estar a cargo. En concreto, la letra e) del artículo 39 RD 2393/2004 hace una interpretación muy clara y rígida del término al disponer que: “se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante, cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica”.

Evidentemente, al regular el derecho de los ascendientes sólo se piensa en reagrupar la familia si el reagrupante –residente legal– va a hacerse cargo económica y personalmente del ascendiente reagrupado. El reagrupado forzosamente debe ser pobre si es preciso que viva a expensas o a cargo de su hijo o de su cónyuge; pero, además debe superar un segundo obstáculo: los implicados en el proceso de reagrupación deben convencer a las autoridades españolas –primero al Ministerio del Interior, para que emita informe gubernativo positivo; y, luego al Cónsul a la hora de conseguir el visado– de que la presencia del reagrupado en España es una necesidad.

Desde esta perspectiva, parece que los verdaderos destinatarios de esta letra d) del párrafo 1 del artículo 17 desarrollado en las letras d) y e) del artículo 39 del nuevo reglamento son los ascendientes pobres y además enfermos. Ahora bien, nuestra interrogante es necesariamente la siguiente: ¿el Ordenamiento español tiene algo en contra de los ascendientes que gozan de buena salud y además poseen recursos económicos propios y pueden venir a ayudar a sus hijos –residentes legales– en España? Sería suficiente con alegar además del parentesco la existencia de “las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España” para poder

reagrupar. En este sentido, parece que la interpretación de los términos “estar a cargo” queda reservada al plano económico sin tener presente para nada el plano afectivo. Por otra parte, continuamos sin saber la cuantía que nuestras autoridades consideran como recursos económicos suficientes al carecer, por el momento, del desarrollo previsto en el inciso final de la letra e) del artículo 39 RD 2393/2004 en el que se dispone: “el Ministerio de la Presidencia (...) determinará la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos”.

b) Respuestas jurisprudenciales

Desde luego, si el ascendiente no acredita de un lado, dependencia económica; y de otro, la dependencia personal, se le puede denegar la concesión del visado. Por tanto, parece que no sólo se está pensando en el ascendiente pobre sino que incluso no tiene a nadie que se haga cargo de él en el país de origen.

Esta cuestión ha sido examinada en numerosos supuestos resueltos fundamentalmente por el TSJ de Madrid⁶³. Podemos poner como ejemplo algunas de las decisiones que desde nuestra perspectiva son las más interesantes. En primer lugar, podemos resaltar la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª), de 17 de mayo de 2002* que resuelve el caso del reagrupamiento familiar. La demandante de nacionalidad marroquí, impugna la resolución de 29 de noviembre de 2000, del Cónsul General de Casablanca (Marruecos), por la que se denegó el visado de residencia por ser “madre de diez hijos no justifica dependencia económica de la hija residente en España”. Ahora bien, el caso que nos ocupa, la causa por la que se denegó el visado a la madre de la demandante es porque tenía diez hijos en Marruecos y no había acreditado la dependencia económica en relación con su hija. Sin embargo el TSJ de Madrid afirma en su fallo que:

“(...) ha quedado probado que la demandante tiene seis hijos residentes legales en España, quedando sólo dos hijas en Marruecos. Por otro lado, doña A.K. para la que se pretende obtener el visado de residencia tiene sesenta años de edad, y la dependencia económica respecto a su hija ha quedado acreditada con el dinero que recibía de sus hijos residentes en España debido a la situación de indigencia de aquélla, así como el propio interés de la demandante para que su madre se reagrupe con

(63) Una de las primeras a resaltar es la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid n.º 1907/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª), de 17 de diciembre* que resuelve el caso del reagrupamiento familiar de la madre del reagrupante, que es viuda, aunque no recibe ninguna pensión en su país. El Tribunal falla a favor de la reunificación familiar ya que, según consta en la sentencia, de los 10 hijos de la madre, uno ha fallecido, dos permanecen en Marruecos, y los siete restantes residen legalmente en España, es decir, “casi la familia al completo”. Además, los hijos que trabajan en España han remitido a su madre dinero hasta en veintitrés ocasiones por un total próximo a las 700.000 ptas. que para una economía modesta marroquí es cantidad importante. Por ello, y para acreditar la “necesidad del reagrupamiento”, la sentencia afirma que: “... hemos de constatar que el beneficio concedido a los ascendientes para vivir juntos tiene una doble vertiente, económica y afectiva. La primera se justifica en el dato de que si no existiesen carencias en la madre, los hijos no detraerían de sus presumiblemente menguadas economías cantidades periódicas para enviarlas. La segunda en el hecho de la viudez y en el lógico deseo de acogerse al abrigo de la mayor parte de la familia y, por qué no, colaborar en lo posible” (*JUR*, 2002\58543).

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

ella al haber formulado el presente recurso contencioso-administrativo. Por tanto, se cumplen los requisitos para conceder el visado por reagrupación familiar.”⁶⁴.

Como segundo caso resaltamos el resuelto por la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de marzo de 2003)* el presente recurso se encarga de revisar si es acorde a Derecho la resolución de la Embajada de España en Pekín por la que se acuerda la denegación de tres visados para reagrupación familiar solicitados por la ahora recurrente, para la residencia en España de sus padres y su hija. La causa denegatoria del visado para reagrupación familiar es la carencia de recursos económicos suficientes del reagrupante, si bien en el expediente remitido consta una resolución de dicha Embajada de España en Pekín en relación con la inicial solicitud de petición de visado para reagrupación familiar, en la que con fecha de 26 de junio de 2002 se deniega aquél por causa de no acreditar razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, resolución que aparece referida sólo a los padres reagrupables. En el fallo judicial se apunta que:

“En definitiva, lo cierto es que el tiempo de solicitud de los visados —y con posterioridad, como acredita en esta Sede— se muestra la interesada como apta económicamente para hacerse cargo de tales familiares, sus padres (así también la hija nacida en España), con lo que la resolución administrativa denegatoria de los citados visados no fue ajustada a Derecho y debe dejarse sin efecto.”⁶⁵.

Una postura similar se mantiene en la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), n.º 850/2003, de 4 de julio*, al revocar la resolución del Cónsul General de España en Casablanca sobre denegación de visado por reagrupación familiar. En dicho fallo se dictamina que:

“La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, exige a los extranjeros para entrar en España estar provistos del correspondiente visado, y para residir en ella obtener permiso de residencia (artículo 23). Pues bien, de conformidad con el artículo 17.d) de la citada Ley se puede conceder visado de residencia por causa de reagrupación familiar a los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Pues bien, en el caso que nos ocupa se ha acreditado que *la demandante, viuda, nacida en 1939, va ser mantenida por su hijo que reside en España que posee medios económicos para ello. Pero es que es más, el hijo de la recurrente no es extranjero sino que tiene la nacionalidad española por lo que sería de aplicación el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, al haberse acreditado que la demandante vive a expensas de su hijo.*”⁶⁶.

(64) Vid. P. AGUELO NAVARRO, y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *II Curso de Iniciación a la Práctica de Derecho de Extranjería*, diciembre 2002, Valladolid, Lex Nova, pp. 277-278; íd., *IV Curso de Iniciación a la Práctica de Derecho de Extranjería*, diciembre 2004, Valladolid, Lex Nova, pp. 320-321.

(65) Vid. P. AGUELO NAVARRO, y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *IV Curso de Iniciación a la Práctica de Derecho de Extranjería*, diciembre 2004, Valladolid, Lex Nova, pp. 321-323.

(66) *JUR*, 2003\77282.

También se mantiene una posición favorable a la reagrupación de una ascendiente en la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid n.º 1095/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6.ª) de 19 de julio*. En este caso se resuelve un recurso presentado contra la resolución del Cónsul General de España en Tetuán en la que se denegaba visado solicitado en base a no quedar acreditado documentalmente la dependencia económica de la interesada, ni las razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia. Sin embargo, el TSJ afirma que:

“Pues bien, a la vista de la total documentación obrante en el expediente administrativo este Tribunal no puede por menos que llegar a conclusión bien distinta a la ofrecida por la Administración. En efecto, para ello debe ponerse de relieve la edad de la solicitante, nacida en el año de 1936, *su estado de viuda, y su condición de enferma*, a la que no se la conoce profesión específica alguna, a salvo la de sus labores, y *que depende económicamente de su hijo residente en España, ahora recurrente que es quien le manda dinero suficiente para su subsistencia*.

Ante estos datos, que obran, como ya hemos dicho, en el propio expediente, la única conclusión a que puede llegarse es que *la solicitante carece de medios económicos suficientes para llevar una vida digna, y de ahí que necesite ayuda no sólo económica sino también afectiva de su hijo, residente legal, –y desde el 10 de junio de 2003 de nacionalidad española–*, que, como se deduce de la prueba realizada en autos, cuenta con los medios económicos suficientes además de la disponibilidad de una vivienda y características adecuadas.

Desde esta perspectiva, y sin olvidar además que otros tres hijos de la agrupable viven en España con residencia legal, el contenido de la resolución impugnada se nos presenta como contraria a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido, carente de toda justificación y de una extrema arbitrariedad.

Por todo ello, deviene necesario concluir en la disconformidad de la resolución impugnada con nuestro ordenamiento jurídico.”⁶⁷.

Desde luego, estas decisiones han sido favorables al haberse acreditado la dependencia fundamentalmente económica del reagrupado con respecto al extranjero residente en España. Ahora bien, si estos requisitos no se acreditan el mismo TSJ de Madrid con los mismos argumentos llega a la solución contraria, es decir desestima el recurso y declara no haber lugar a autorizar la reagrupación. Entre este tipo de fallos podemos destacar al menos tres: en primer término, la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid n.º 359/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª), de 14 de marzo*, resuelve el recurso sendas resoluciones dictadas por el Cónsul General de España en Casablanca, que denegaron los visados de residencia por reagrupación familiar solicitados en concepto respectivamente de esposa y madre de un marroquí residente legal en España y con quien pretenden reagruparse:

“Por lo que se refiere a la madre del recurrente, el visado se denegó por no cumplir con las condiciones establecidas en el Real Decreto 155/1996 para la expedición de visados de residencia y en concreto por «no justificar la dependencia económica del hijo, residente en España». Dicha resolución debe estimarse conforme a derecho, toda vez que efectivamente *no aparece acreditada tal dependencia económica*, habiéndose aportado tan sólo en el expediente un documento que acredita la imposición de un giro postal por el reagrupante a su madre el 4 de diciembre de 1999 por importe de 20.000 pesetas, es decir incluso de fecha posterior al dictado de la resolución denegatoria del

(67) *JUR*, 2004\271640.

Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales

visado; más aún del certificado del Banco Popular Español aportado como documento número 3 con la demanda no puede tenerse por acreditado que el recurrente remitiera transferencias desde España a Marruecos para el sostenimiento económico de su madre, ya que lo único que consta en el documento es que el reagrupante desde su cuenta del Banco Popular Español realiza transferencias a otra cuenta que mantiene él mismo en el Banco Central Popular de Marruecos. Además, según las propias manifestaciones realizadas por el recurrente en el recurso de reposición, su madre es viuda y tiene otros hijos menores de edad escolarizados en Marruecos, no apreciándose en tal situación, la necesidad ni conveniencia de reagruparse con el mayor de edad residente en España.”⁶⁸

Por su parte, en segundo término, la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)*, n.º 63/2003, de 30 de enero, confirma la resolución del Cónsul General de España en Casablanca sobre denegación de visado por reagrupación familiar a los ascendientes y hermanos del reagrupante por no existir indicio alguno de dependencia legal ni económica de los solicitantes de visado con el reagrupante residente en España. Añade la resolución que:

“(…) conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, los hermanos no tienen derecho a la reagrupación familiar, salvo que concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado e) del artículo «que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias», situación que no se acredita en el caso presente, tanto porque no se conceden los visados de sus padres como porque no se acredita el hecho básico de que carezca de familiares en Marruecos, constando en el expediente que son siete hermanos.”⁶⁹

En tercer lugar, la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Madrid n.º 1058/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª)* de 26 de julio no admite el recurso contra la resolución del Cónsul General de España en Casablanca en que se denegaba visado solicitado en base a no quedar acreditado documentalmente la dependencia económica de la interesada, ni las razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia. En este sentido, el TSJ afirma que:

“El artículo 17.d) de la Ley 4/2000, los artículos 8.2, y 14.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/01 permiten la reagrupación familiar también para los ascendientes, con la exigencia del requisito de que están a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España; según se desprende en el artículo 14.1 del reglamento. En el caso que nos ocupa la solicitante del visado es madre de 13 hijos de los cuales diez son residentes en Marruecos, y al no haber aportado pruebas que acrediten la dependencia económica exclusivamente de la recurrente y la necesidad de vivir en España en paro ni en reagrupación familiar cuando lo lógico, por el número de hijos residentes en Marruecos, 10, sería permanecer en ese país, para atender mejor las obligaciones como madre de todos ellos. Por lo expuesto desestimamos la demanda pues no concurren en este supuesto, los requisitos que las citadas Disposiciones legales en vigor exigen para la obtención de visado de entrada en España, por reagrupación familiar.”⁷⁰

(68) *JUR*, 2002\151318.

(69) *JUR*, 2003\169489.

(70) *JUR*, 2004\299304.

Todas las sentencias referenciadas mantienen el mismo criterio si existe dependencia económica se admite la reagrupación; si no consta la dependencia económica se deniega. Sin embargo, tenemos en el que más que alegar la dependencia económica se trata de alegar la dependencia afectiva de acuerdo con la legislación vigente en el país de origen. Por ello resaltamos como un caso diferente y que quizás de haber tenido una interpretación más flexible hubiera supuesto un buen precedente para ampliar las posibilidades de la reagrupación de ascendientes. En este sentido, la *Sent. Trib. Sup. Justicia de Navarra n.º 190/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª) de 17 de febrero de 2005* apunta que:

“La segunda cuestión que se plantea es la propiamente de fondo de la cuestión, relativa a la reagrupación familiar de la recurrente (residente en España y en situación que dice ser regular) para con su madre, residente en Marruecos, y *ello basado en la pretensión de que se reconozca por las autoridades españolas las peculiaridades de su país, Marruecos, que exige que la madre sea atendida por la hija (o hijas) y no por los hijos*, los cuales, en este caso, viven en Marruecos y a escasa distancia de la madre.”⁷¹.

En el fallo se continúa afirmando que si bien el artículo 17.1.d) LOEx permite que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Sin embargo, según el juzgador “estas razones no nos pueden venir dadas por las peculiaridades del país de origen del reagrupante y/o reagrupado, sino por las razones legales de la necesidad de la reagrupación, no encontrándose a ver cuál sea la razón por la que en España (...) debamos plegarnos a las peculiaridades y a la idiosincrasia de otro país como es Marruecos”⁷². Por esta razón el Tribunal en la sentencia reseñada reproduce un argumento apuntado en la sentencia de instancia que sirvió de base para denegar la solicitud. Concretamente se afirma que:

“En todo caso, y al hilo de lo que se afirma en el modelo para solicitar intervención del Servicio Social Internacional de la Cruz Roja, que obra en autos, de que los padres deben quedar al cuidado de las hijas, más que de los hijos, como indica la tradición del lugar, hay que señalar simplemente, que no se puede extrapolar una tradición local, del país de origen de la reagrupante, *pues la solicitud se hace a la Autoridad administrativa española y ésta ha de aplicar la Ley española*, es decir, la Ley de Extranjería y el Reglamento que la desarrolla, y *conforme a esta normativa, no se ha de hacer distinciones entre los hijos varones y las hijas*, por lo tanto, ningún reproche se puede imputar a la Administración actuante en este sentido, habiendo hijos varones con residencia en Marruecos, no hay razones suficientes para entender que, la madre deba de ser reagrupada por un familiar residente legal en España.”⁷³.

En las páginas anteriores hemos tratado de averiguar qué nacionales de terceros países pueden acceder a España y vivir en nuestro país por el hecho de ser ascendientes de un español o ex-

(71) *JUR*, 2005\101088.

(72) *Ibid*

(73) *Ibid*.

tranjero residente o de sus respectivos cónyuges. Desde luego, hemos partido de la importancia que cada vez más van a asumir los inmigrantes mayores de edad que coinciden, hoy por hoy, con los padres o madres del reagrupante o su cónyuge para la sociedad que les acoge como factor de integración. El fenómeno de la reagrupación de ascendientes debe ser observado no sólo desde el punto de vista de la dependencia de los ascendientes sino también del apoyo que pueden suponer para la realidad familiar del propio reagrupante⁷⁴. En todo caso, del estudio realizado se ha podido comprobar que por el momento la normativa se basa fundamentalmente en consideraciones económicas y que el componente afectivo está escasamente incorporado por no decir que no se incorpora para nada en la normativa examinada ni tan siquiera en la interpretación jurisprudencial.

(74) Cf. F. CAMAS RODA, "Reagrupación familiar en España: especial referencia al régimen de los menores y de las parejas de hecho", Ponencia presentada en el *IV Congreso de Inmigración en España. Ciudadanía y Participación*. Mesa 4: Ciudadanía: Marco Jurídico y Políticas en materia de Inmigración (mesa presidida por E. ROJO TORRECILLA), Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004, p. 20 (www.udg.edu/congres_immigracio/).

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Profesor Universidad de Zaragoza, Co-Director
Postgrado sobre Migraciones Internacionales y
Extranjería y Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@posta.unizar.es)

II

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

RESUMEN

UN ANÁLISIS DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES A TRAVÉS DE CINCO MITOS

A los efectos del presente estudio, un mito es un relato que desfigura la realidad, que modifica la percepción racional de la realidad. En España y en la Unión Europea observo hoy cinco mitos: El mito de las raíces, el mito estadístico, el de la ilegalidad de las personas, el que afirma que, contra la inmigración irregular, vale todo y, finalmente, el mito del relativismo cultural. Las consecuencias de estos mitos son claras: Perversión de la visión del complejo fenómeno de las migraciones internacionales, defensa del discurso dominante y desconocimiento de los Derechos Humanos del inmigrante. La vía para la desmitificación de las migraciones internacionales sin duda se halla en el respeto de los Derechos Humanos de todas las personas, migrantes o no migrantes, mediante la aplicación efectiva del principio de la igualdad y la no discriminación.

ABSTRACT

AN ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL MIGRATION THROUGH FIVE MYTHS

For the purposes of this study, a myth is a narrative that deforms the reality, by modifying the way it is rational perceived. In Spain and in the European Union I observe five myths currently: The myth of the 'roots', the statistical myth, the myth of migrants's so-called 'illegality', the myth that says that 'against irregular migration anything is permitted' and, finally, the myth of cultural relativism. The consequences of these myths are clear: Obscuring the general perception of a complex phenomenon, that of international migrations, and defending the dominant discourse and ignorance of the Human Rights of the migrant. The way to debunk those myths can be found without any doubt in the respect of Human Rights of all persons, migrants or not, through an effective application of the principle of equality and of no discrimination.

SUMARIO

I) Un posible concepto de mito aplicable al análisis de las migraciones internacionales. A) El mito, relato que desfigura la percepción racional. B) Principales características de los mitos aplicados a las migraciones internacionales.

II) Cinco mitos actuales sobre las migraciones. A) El mito de las raíces. B) El mito estadístico. C) El mito de la ilegalidad de las personas. D) El mito según el cual, contra la inmigración irregular, vale todo. E) El mito del relativismo cultural o de la primacía de la cultura de los inmigrantes sobre los derechos humanos.

III) La desmitificación de las migraciones a través de la afirmación de los Derechos Humanos de todas las personas.

I) UN POSIBLE CONCEPTO DE MITO APLICABLE AL ANÁLISIS DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

Podemos adentrarnos en la compleja cuestión del análisis de las migraciones internacionales por diversas vías; entre ellas he elegido la mítica. Por ello conviene que en primer lugar nos centremos en el concepto de mito, eligiendo uno significado concreto, entre los diversos que puede recibir.

La elección de tal significado resulta necesaria porque los conceptos, las palabras, los significados no son ni neutrales ni indiferentes; explican la realidad social de un modo u otro; por tanto, inciden en las posibilidades o imposibilidades de actuar sobre dicha realidad.

Una vez adoptado el sentido general de ese concepto, a lo largo del presente estudio lo situaremos en el terreno abordado, las migraciones internacionales.

A) El mito, relato que desfigura la percepción racional

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, en una de sus acepciones, un mito es “una narración fabulosa que relata acciones y personajes imaginarios y que tiene por fin fundamentar, de una manera no racional, la realidad”¹.

(1) Diccionario Espasa de Bolsillo, Madrid 1994.

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

El *Diccionario de Uso del Español* de María MOLINER, en su tercera acepción, describe el mito como “cosa inventada por alguien, que intenta hacerla pasar por verdad, o cosa que no existe más que en la fantasía de alguien”².

La concepción clásica griega diferenciaba, considerándolos términos antónimos, entre “logos” (el discurso, lo racional) y “mitos” (la fábula, lo no racional). Desde esta base, podemos por tanto afirmar que un mito es un relato, una narración o una aproximación que desfigura la realidad, que modifica la percepción racional de la realidad.

Por eso, en el contenido del mito, suelen conjugarse tres elementos: El real (que es desfigurado por el mito), el fabuloso (que constituye el desfigurante o el núcleo del mito) y la narración (que relaciona a los dos primeros, o sea vehicula la desfiguración). Su mezcla produce una aproximación mítica a la realidad.

Si admitimos el contenido de un mito particular elaborado por otra u otras personas, recibimos por ello una percepción de la realidad ajustada a las ideas de tales esas personas (políticos, académicos, personas que trabajan en los medios de comunicación social, sobre todo), que acomodan esa realidad a sus concepciones o a sus intereses de una u otra naturaleza.

Los mitos, que evidentemente provocan consecuencias, no se explican a través de un análisis de la situación real de quienes sufren sus consecuencias; se explican por las características o los intereses o las generalizaciones o los prejuicios de quienes los crean, los defienden y los difunden.

B) Principales características de los mitos aplicados a las migraciones internacionales

Metodológicamente conviene delimitar la perspectiva material y territorial de los mitos que expondré. La material es triple y se situará en el terreno social, político y jurídico; ciertamente caben otras perspectivas donde se manejen estos u otros mitos. Por razón del territorio, el estudio abarca a España y a la Unión Europea (UE).

Los mitos no sólo aparecen en el fenómeno migratorio. Personalmente los analizo asimismo en la protección de los Derechos Humanos, materia en la cual se conjugan hoy también abundantes mitos³. Algunos de los perceptibles en el estudio de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos inciden después al examinar el fenómeno de las migraciones internacionales.

(2) 2.ª edic., Gredos, Madrid 1998.

(3) Personalmente he identificado hasta el momento otros cinco mitos, que son el mito de la armonía, el del Estado “bueno”, su opuesto el del Estado “malo”, el de la “europeidad” de los Derechos Humanos y el mito según el cual, contra el terrorismo vale todo. Todos ellos desfiguran la percepción racional de los Derechos Humanos.

Avancemos para examinar las que parecen ser las principales características de los mitos aplicados a las migraciones internacionales. Las resumiremos en seis: La perversión de la visión del fenómeno migratorio, su naturaleza de respuestas simplificadoras, su defensa del discurso dominante, la despersonalización del inmigrante, la conversión de los Derechos Humanos en Objetos Normativos no Identificables (ONNIs) y la interrelación entre ellos.

En primer lugar surge la **perversión de la visión del fenómeno migratorio**. Porque en esta mitología –a diferencia de la mitología de la Grecia clásica– no existen mitos buenos y malos; todos pervierten la realidad del complejo fenómeno de las migraciones internacionales. Todos derivan en generalizaciones o estereotipos repetidos una y otra vez por unos u otros medios, por diversos tipos de discursos, etc.

Desde la triple perspectiva elegida conviene no olvidar que los mitos generan falsas visiones y manipulaciones explotadas principalmente en la política, la vida social y la elaboración o aplicación de normas jurídicas. En última instancia, si nos adentramos en el terreno jurídico, veremos que esas falsas visiones o falsas interpretaciones de la realidad migratoria destruyen o niegan Derechos Humanos de las personas inmigradas.

En segundo término, **los mitos constituyen respuestas simplificadoras** a los numerosísimos interrogantes que plantea el complejo fenómeno de la inmigración; florecen especialmente en los Estados (como España) que hasta hace unas décadas eran países emisores de emigrantes y no receptores. Ha cambiado la situación social pero no han cambiado las viejas percepciones de miedo al otro, al extranjero.

Por todo lo anterior observaré que dar respuestas simples o simplificadoras a fenómenos complejos es bastante cómodo pero es intelectualmente inadmisibile. Porque las respuestas simples a fenómenos complejos derivan en propuestas inadecuadas, no practicables o no ajustadas a la realidad.

Si a ello añadimos que la mitología migratoria pervierte o contamina las propuestas aportadas para la solución o mejora de los flujos migratorios o de la denominada “integración de los inmigrantes”, comprobaremos su carácter totalmente nocivo o contaminante.

Por otro lado, **los mitos defienden el discurso dominante**, convirtiéndose en ocasiones en elementos indispensables para construir tal discurso dominante. En otras ocasiones, si bien no logran esta trascendencia, inciden de modo inequívoco en ese discurso dominante.

En la mitología migratoria comprobaremos que, como escribe A. ZAGUIRRE ALTUNA, “uniendo la ignorancia, el miedo, la desinformación y la economía mental, los miembros de la sociedad de acogida, con la colaboración de los medios de comunicación, van elaborando la figura del «inmigrante», que nunca pierde su condición de «recién llegado». Incluso sus descendientes seguirán siendo considerados como «inmigrantes de segunda o tercera generación»”⁴. Como

(4) *Los procesos migratorios: alternativas al discurso dominante*, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, Madrid 2005, p. 11.

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

si de un estigma hereditario se tratara, los descendientes de los inmigrantes se convierten en inmigrantes perpetuos.

En cuarto lugar, con frecuencia el mito despersonaliza al inmigrante, lo funde en un colectivo. En las apreciaciones míticas los individuos no son considerados como tales, como personas humanas concretas, con sus derechos y sus obligaciones, sino como componentes anónimos de un todo, de un grupo social, “los inmigrantes”, “los ilegales”, “los musulmanes”, “los marroquíes”, etc.

Por tanto, en esta operación simultánea se personifica al grupo y se despersonifica al individuo. En un momento como el actual, donde sobresale la afirmación de los Derechos Humanos de las personas individualmente consideradas, la mitología migratoria choca violentamente con tales Derechos Humanos.

La quinta característica afecta a los Derechos Humanos de los inmigrantes. Ciertamente los mitos transforman dichos Derechos Humanos de los inmigrantes en **Objetos Normativos No Identificados (ONNIs)**. Se olvidan de ellos, los debilitan, etc. Ello sucede así porque los someten a los dictados de las raíces, de la desinformación estadística, de negación de la subjetividad jurídica de las personas físicas, de la imposición de todo tipo de medidas contra algunos inmigrantes, de la sumisión de tales derechos a los dictados de la cultura, las costumbres, la religión de un grupo, etc. Los mitos relativizan hasta tal punto los Derechos Humanos que los destruyen; en una situación claramente inclinada a la globalización, ello resulta especialmente inadmisibile.

La sexta característica es la **interinfluencia o interrelación** entre los mitos enunciados en un momento histórico concreto.

La interrelación se comprueba con facilidad entre los mitos estudiados posteriormente en tercer y cuarto lugar; si uno afirma que algunos inmigrantes son “ilegales”, el otro termina diciendo que resulta válida cualquier medida adoptada con la finalidad de que los inmigrantes “ilegales” abandonen el territorio del Estado en el que se encuentran.

La interrelación resulta asimismo perceptible entre los mitos enunciados en primer y quinto lugar; si el uno se centra en las raíces de los habitantes originarios de un territorio, el otro defiende unas raíces trasplantadas.

II) CINCO MITOS ACTUALES SOBRE LAS MIGRACIONES

Dando el sentido o acepción a la palabra MITO que antes explicaba, dadas principales sus características, cuando hablamos de la perspectiva social, política y jurídica de las migraciones, en

estos momentos en España manejamos con gran frecuencia cinco mitos⁵: El mito de las raíces, el mito estadístico, el de la ilegalidad de las personas, el mito según el cual contra la inmigración irregular, o no reglada, vale todo, y el mito del relativismo cultural o la primacía de la cultura sobre los Derechos Humanos.

Los cuatro primeros son defendidos sobre todo por personas pertenecientes a las sociedades de acogida, muchas veces temerosas del fenómeno de la inmigración y en ocasiones hasta olvidadas de su realidad emigrante cercana; el quinto es asumido especialmente por algunos grupos de inmigrados.

A) El mito de las raíces

EL MITO DE LAS RAÍCES sobre todo se enmarca en el pensamiento nacionalista, en la identidad de un pueblo exaltada por algunos sectores mediante tintes o coloraciones o “esencialidades” excluyentes. Dicha identidad hace afirmar a algunos su superior derecho a habitar el territorio que ese pueblo ocupa en un momento histórico concreto; la misma consideración de la identidad conduce a ver al inmigrado como un peligro para la pervivencia de ese pueblo o para la pervivencia de su cultura.

Encontramos diversas formulaciones de este mito puesto que las raíces defendidas pueden ser de diferentes tipos: Históricas, lingüísticas, culturales, religiosas, raciales,... Casi siempre se defiende simultáneamente la existencia de raíces de varios tipos.

En el análisis de este mito debe quedar claro que en ningún momento me olvido del derecho de cada pueblo a su existencia, a su patrimonio histórico, artístico y cultural, al disfrute de los recursos naturales correspondientes, etc. Estamos ante un Derecho Humano que se deduce claramente del artículo 1, pár. 1.º, de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos⁶ y que todos debemos respetar.

Pero, a veces, extrapolando los Derechos de todos los pueblos que proclaman ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, surge la afirmación nacionalista de una identidad excluyente del otro, no incluyente de quien llega; una identidad del otro a la que solamente se le cargan deberes, no derechos. En esta percepción (siguiendo la posición de GOYTISOLO antes

(5) La identificación de los mitos es, en mi caso, progresiva; primero hablé de dos mitos (ver *La inmigración hoy: Entre los mitos y la esperanza del nuevo Derecho Migratorio*, en <http://www.mundojuridico.adv.br>, trabajo publicado en noviembre de 2003); después he identificado cuatro [consultar mi ponencia presentada en el II Congreso Interdisciplinar del Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos de la Universidad Pontificia de Salamanca, celebrado en octubre de 2004, ponencia titulada “Mitos, leyes de extranjería y migraciones internacionales en el Mediterráneo”, en J.-R. FLECHA ANDRÉS y C. GARCÍA NICOLAS (coords.), *El Mediterráneo en la Unión Europea ampliada*, Universidad Pontificia de Salamanca, 2005, pp. 92-94]; la aproximación actual me lleva hasta los cinco mitos que analizo a continuación.

(6) Que afirma: “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

mencionada) parece como si los pueblos –y las personas que los forman– fuesen bosques enraizados en un territorio, que no pueden recibir nueva savia.

Estoy hablando de las raíces asumidas en óptica excluyente; como escribe R. ZAPATA-BARRERO, “el discurso nacional-identitario «mal enfocado» puede provocar una etnización del proyecto mismo nacionalista, con consecuencias no previstas”; en la realidad más fácilmente contrastable, como prosigue el mismo autor, “la acomodación de los inmigrantes supone una doble transformación: La identidad de los inmigrantes y la de nuestra sociedad”⁷.

Con frecuencia se ensalza la identidad cultural de un pueblo, su lengua, sus raíces que vienen de un pasado muchas veces idealizado. Pero, cuando a través del mito, se busca no sólo ensalzar los valores propios –cosa perfectamente legítima– sino (de un modo directo o indirecto) utilizar esos valores propios como arma arrojadiza contra el inmigrante, se genera una diferencia excluyente; y este tipo de diferencia impulsa la discriminación de las personas inmigradas por la simple razón (mejor, sinrazón) de que no tienen nuestras mismas raíces.

Este mito no sólo se ha utilizado en las migraciones internacionales; ha sido asumido también en las migraciones internas; por ejemplo, algunas orientaciones nacionalistas de Cataluña o Euskadi, durante el pasado siglo, consideraban la inmigración procedente de Andalucía, Extremadura u otras regiones españolas, como una amenaza para la preservación de la identidad cultural o política de Cataluña o Euskadi. A pesar de que afortunadamente el transcurso del tiempo nos demuestra el carácter como mínimo equívoco de tal argumento, **aun cuando tal identidad afortunadamente no ha desaparecido**, hoy estos o similares argumentos se continúan proyectando desde algunos sectores del pensamiento nacionalista sobre la inmigración; no ha cambiado pues el contenido del argumento, si ha variado su proyección.

Las consecuencias de este mito son claras: La exaltación excluyente de un pueblo, de sus raíces, del “nosotros” frente a “ellos”, lleva a la discriminación del otro, que llega al territorio en el que “nosotros” vivimos; el “otro” como mucho puede venir de invitado y, si es posible, invitado temporal, cuando lo necesitamos y hasta que lo necesitemos; una vez que termine su tarea, el “invitado” debe abandonar nuestra casa... Si se defienden las posiciones más extremas de este mito, no parece difícil que terminen transmutándose en racismo y xenofobia.

Como es sabido, si la exaltación lleva hasta el **racismo**, surge indudablemente un verdadero problema; éste ha conducido (hasta en la Historia más reciente) a la persecución de un grupo étnico considerado como inferior e incluso –en plena borrachera de demencia desprovista de cualquier mínimo atisbo de humanidad– a intentos de exterminar físicamente a grupos enteros (judíos, gitanos, homosexuales...). A su vez la **xenofobia** se materializa en el pasado y en el presente en la permanente hostilidad, en el odio hacia el otro, hacia el distinto, hacia el extranjero.

(7) “Inmigración en la España plural: un debate pendiente”, *El País*, 20 de junio de 2005, p. 14.

Frente al mito de las raíces se ha posicionado una corriente de pensamiento centrada en la persona, en sus derechos, en su libertad. El pensamiento de I. KANT, J. GOYTISOLO, A. MUÑOZ MOLINA y J. DE LUCAS, entre otros, puede sintetizar esta corriente.

En 1795, en su obra *Sobre la paz perpetua. Un esbozo filosófico*, escribe Immanuel KANT: “Hospitalidad (Wirthbarkeit) significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro. Éste puede rechazar al extranjero, si se puede realizar sin la ruina de éste, pero mientras el extranjero se comporte amistosamente en su puesto no puede el otro combatirlo hostilmente. No hay ningún derecho de huésped en el que pueda basarse esta exigencia (para esto sería preciso un contrato especialmente generoso, por el que se le hiciera huésped por cierto tiempo) sino un derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito, por ser una superficie esférica, teniendo que soportarse unos junto a otros y no teniendo nadie originariamente más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra”⁸.

Dos aspectos descuellan de esta posición kantiana: El que nadie tiene originariamente más derecho que otro a una parte del globo terráqueo y el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado a territorio de otro Estado.

Esa llegada implica desde luego el establecimiento pacífico en el territorio de ese otro Estado. Si el establecimiento no es pacífico, si estamos ante un terrorista o un delincuente, obviamente el Estado puede rechazarlo, prohibirle su entrada, juzgarlo, encarcelarlo, etc.

En la misma dirección afirmaba Juan GOYTISOLO en el Fórum de las Migraciones de Barcelona en 2004, que “el hombre no es un árbol: Carece de raíces, tiene pies, camina. Desde los tiempos del homo erectus circula en busca de pastos, de climas más benignos, de lugares en los que resguardarse de las inclemencias del tiempo y de la brutalidad de sus semejantes... Todo indica la movilidad de nuestros ancestros. Sus emigraciones colectivas de sur a norte y viceversa. Por toda la rosa de los vientos. A pie, sin guía ni brújula”⁹.

Cuando el mito se materializa en la cultura (cosa cada día más frecuente), puede pensarse entonces con A. MUÑOZ MOLINA que “si una cultura es algo inamovible, que determina por completo el carácter del individuo que nace en su interior, y que se define sobre todo por su pertenencia a ella y a la colectividad que ella delimita, cualquier rasgo que pueda atribuirse a esa cultura es sagrado, y cualquier tentativa de ajustarla a una ley superior o de carácter universal es una agresión y un delito”¹⁰.

(8) Presentación de A. TRUYOL Y SERRA, traducción de Joaquín ABELLÁN, Tecnos, Madrid 1985, p. 69, subrayado añadido.

(9) “Metáforas de la migración”, *El País*, viernes 24 de septiembre de 2004, p. 13, subrayado añadido.

(10) “Ciudadanía, culturas, libertades”, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Extranjeros y Derecho Penal*, Escuela Judicial, Madrid 2003, p. 73.

Escribe con razón J. DE LUCAS que “no es difícil deconstruir el mito de la «cultura anfitriona» como paradigma y, aún más, como molde en el que debe desaparecer toda cultura alógena que pretenda la integración...”; en realidad se trata de un supuesto que se traduce en una sola dirección, “en un solo sentido, esto es que la cultura anfitriona incorpore a las alógenas sin quedar transformada a su vez. Más que una tesis, ésta es una propuesta ideológica, la que acompaña, por ejemplo, a la concepción de la cultura propia de la *KulturNation*, que desemboca... en fundamentalismo cultural, en esencialismo. Por el contrario, resulta evidente la necesidad de someter a crítica tales concepciones esencialistas/naturalistas de la identidad...”¹¹.

B) El mito estadístico

Podemos hablar en este caso de dos formulaciones del mito: La general y la especial o penitenciaría.

En la **formulación general** este mito consiste en introducir en el mismo bloque estadístico a los extranjeros en sentido propio y a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean españoles. El mito surge por el mantenimiento de la clásica dicotomía “nacional– extranjero”, persistente desde que existe el “Estado nación” y por no tomar en consideración la realidad actual de la Unión Europea. En dicha dicotomía quien no es español (o francés, o italiano, etc.), sólo puede ser extranjero.

El mito lo mantienen sin ninguna indicación en contrario el Instituto Nacional de Estadística y los Institutos de Estadística de las Comunidades Autónomas; el mito lo asumen y lo propagan los medios de comunicación sin dificultad alguna y lo manipulan además ciertos grupos políticos, algunas asociaciones, algunos sindicatos.

Pero esta narración, este discurso, desfigura la realidad, modifica la percepción racional de la realidad; por ello constituye un mito.

Porque el derecho positivo, las normas vigentes, nos dicen otra cosa. Según estas normas, los ciudadanos de la Unión Europea (que se hallen en nuestro país) no son extranjeros, a pesar de que no tengan la nacionalidad española. Así lo dicen los tratados, siendo especialmente claro el artículo 1 del Convenio de 1990 de Aplicación del Acuerdo de Schengen, ratificado por España; en esa norma el Convenio define al extranjero como “toda persona que no sea nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas”¹².

(11) “Sobre la gestión de la multiculturalidad que resulta de la inmigración: Condiciones del proyecto intercultural”, en M.E. RODRÍGUEZ PALOP, I. CAMPOY CERVERA y J.L. REY PÉREZ, *Desafíos actuales a los Derechos Humanos: La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Universidad “Carlos III”-Dykinson, Madrid 2005, p. 75.

(12) La situación de los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein (Estados que forman el Espacio Económico Europeo juntamente con la UE) es distinta; si bien dichos nacionales tienen la libertad de circulación de personas, carecen de otros derechos que atribuye la ciudadanía de la Unión.

A pesar de todo el mito manifiesta su vigor incluso en algunos datos aportados por la Oficina Estadística de la UE, Eurostat. En una de sus publicaciones Eurostat sigue defendiendo esa antigua dicotomía, aun cuando después subdivide el segundo grupo en “otros nacionales de la UE” y “no nacionales de la UE”¹³. Hallándose su origen en viejas concepciones nacionalistas, todavía no superadas, todavía produce mayor extrañeza que la Oficina Europea de Estadística lo mantenga sin cuestionarlo en ningún momento.

Ciertamente el mito estadístico destaca por su carácter simplificador y ahistórico. Simplificador en cuanto introducimos en el mismo parámetro a los extranjeros y a los ciudadanos de la Unión Europea, cosa jurídicamente inadmisibile hoy.

Pero tiene a su vez un carácter ahistórico porque nos valemos de las mismas categorías mentales que las utilizadas hace cincuenta, cien o doscientos años, sin contar para nada con esta realidad política, económica, social, etc., que es la mencionada Unión. Esta realidad política (distinta a la realidad política configurada por cada uno de sus Estados miembros) crea una relación directa con las personas, a través de dos elementos, el derecho de la Unión y la ciudadanía de la Unión, definida asimismo mediante un estatus de derechos y obligaciones.

Y ese estatus de ciudadanía de la UE se materializa o concreta en un elevado número de derechos de los ciudadanos, residan en su Estado de origen o en cualquier otro Estado miembro de la Unión; incluye hasta derechos políticos (elegibilidad activa y pasiva al Parlamento Europeo y a los cargos municipales) y parte del principio cardinal de la no discriminación por razón de la nacionalidad.

Si nos preguntamos por las consecuencias del mantenimiento del mito estadístico (la finalidad o funcionalidad del mito), también resultan meridianamente claras: Muchas veces, con ello se difunde la idea de que el número de extranjeros, por ejemplo en España, se incrementa de modo muy rápido; la difusión de esta idea propaga el miedo entre los españoles sobre una pretendida invasión realizada por los extranjeros. Estamos ante una finalidad o funcionalidad asimismo teñida de xenofobia, en ocasiones apenas cubierta por una tenue capa electoralista, porque en algunos momentos el mito suele rendir buenos resultados electorales.

Puede suceder que en ocasiones el mito ahora analizado no tenga una finalidad tan perversa; entonces su pervivencia acaso obedezca tan sólo a la pura inercia intelectual de quienes no ven nada más allá del Estado.

En su formulación especial o penitenciaria el mito estadístico implica que, en las estadísticas propias de los detenidos se engloban todas las situaciones de los inmigrantes: Los que están detenidos por delitos o faltas junto a los que están detenidos por infracciones a la Ley Orgánica de Extranjería (por ejemplo, por carecer de documentos).

(13) Consultar *Living conditions in Europe. Statistical pocketbook (Data 1998-2002)*, ed. 2003, pp. 12-13.

De esta formulación penitenciaria del mito estadístico suelen deducir algunas personas –mediante la conocida técnica de la generalización– que el número de delitos en España se incrementa de modo muy rápido. Desde ahí hasta indicar que dicho incremento se debe al aumento de la población extranjera en nuestro país media un simple paso; si se da este paso, se cae en la xenofobia con rapidez.

Escribe con razón D. WAGMAN que “uno de los mitos más extendidos y arraigados en nuestra sociedad, y con consecuencias más destructivas para las personas que inmigran, es considerar a éstas responsables de un porcentaje desproporcionado de los delitos que se cometen... Estos estereotipos nunca han tenido mucha relación con la realidad, pero sí una enorme importancia en el desarrollo de las políticas, actitudes y relaciones sociales”¹⁴.

C) El mito de la ilegalidad de las personas

En tercer lugar nos enfrentamos con el MITO DE LA ILEGALIDAD DE LAS PERSONAS. Según este mito, se ilegaliza a las personas, no a sus actos.

En él se afirma que algunas personas (las que han entrado irregularmente en territorio de un Estado, o las que han permanecido en ese territorio después de que haya caducado su permiso de residencia, en definitiva las que han realizado un acto irregular) son “Personas Ilegales” o “Extranjeros Ilegales” o “Inmigrantes Ilegales”. Como escribe MIGRANTS RIGHTS INTERNATIONAL, “estas dos sencillas palabras criminalizan y deshumanizan al ser humano, volviéndolo un «bien» antisocial”¹⁵.

Los medios de comunicación incurren con frecuencia en este mito, principalmente al informar sobre la llegada de pateras, al hablar sobre la expulsión de extranjeros, etc. A veces también sucede lo mismo con ciertas autoridades, ciertos líderes políticos o incluso ciertos sectores académicos.

La misma UE cae en tan grosera tentación; veamos cinco ejemplos, dos del Consejo Europeo, uno del Consejo de la UE y dos de la Comisión. Son los siguientes:

1.º El Consejo Europeo celebrado en Edimburgo el 11 y 12 de diciembre de 1992¹⁶ señalaba en un anejo a sus Conclusiones que los Estados miembros de la UE, “si ha lugar, procurarán celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con países de origen o tránsito para asegurar que los **inmigrantes ilegales** puedan ser devueltos a sus países de origen, haciendo extensiva así la cooperación en este ámbito a otros Estados sobre la base de las buenas relaciones entre ve-

(14) *Criminalización de la inmigración y mercado laboral*, 4.º Congreso sobre la Inmigración en España: Ciudadanía y participación, Girona, noviembre de 2004, Mesa 11 (Espacios de integración y espacios de exclusión), http://www.udg.es/congresos_inmigracio/ESP/index.htm, p. 1.

(15) *Alcanzando la dignidad. Manual del Promotor de la Convención de los Derechos Humanos de los Migrantes*, noviembre de 2002, pp. 3-4. En lugar de “bien” antisocial, parece más clara la expresión “un mal antisocial”.

(16) Texto en *Boletín de las Comunidades Europeas*, Comisión, n.º 12-1992, pp. 7 y ss. (el Anexo se halla en las pp. 23-24).

cinos". Se pronunciaba por tanto sobre los llamados "acuerdos de readmisión" aplicables a los "inmigrantes ilegales".

2.º El mismo Consejo Europeo, en sus conclusiones de la reunión celebrada en Bruselas el 16 y 17 de octubre de 2003, en su apartado 31, "celebra la intención de la Comisión de presentar una propuesta que, teniendo en cuenta las perspectivas financieras, prevea un apoyo financiero para la repatriación de inmigrantes ilegales..."¹⁷.

3.º El Consejo de la UE de Justicia y Asuntos de Interior habla con frecuencia de "residentes ilegales". Así lo hacía, por ejemplo, en el Comunicado de Prensa posterior a su sesión de 8 de junio de 2004¹⁸, en sus Conclusiones sobre "Gestión de las repatriaciones en el ámbito de la migración".

4.º Por su parte, la Comisión Europea publicaba el 10 de abril de 2002 su "*Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*"¹⁹. Como el Libro Verde es una primera toma de contacto (¿o globo-sonda?) dirigida a la opinión pública, a los órganos de la UE, a los Estados miembros, a los candidatos a la adhesión, a los terceros, a las ONG, a los ámbitos universitarios y a la sociedad en general planteando la cuestión, todavía debiera haber sido más cuidadosa la Comisión al calificar a los extranjeros.

5.º La misma Comisión Europea, en su *Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal* (de 2004) observa que Bélgica —en su regularización de 1999— "aspiraba a poner fin a la marginación de los que, aunque fueran ilegales, estaban no obstante integrados en la vida económica y social de Bélgica. La otra motivación principal era crear una cohesión social y abordar las redes delictivas que explotaban a los migrantes ilegales"; observa asimismo que existían "flujos de inmigrantes ilegales"²⁰.

Esta Comunicación repite una y otra vez la expresión de "inmigrantes ilegales". Llega incluso a afirmar que "la investigación sobre el perfil de los migrantes ilegales²¹ es bastante escasa"; a pesar de todo afirma que "el mayor porcentaje de residentes ilegales está compuesto por varones... Entre los inmigrantes ilegales se ha observado un aumento del número de mujeres jóvenes... La información disponible en los Estados miembros indica que los migrantes ilegales suelen estar poco cualificados...". La atribución de la ilegalidad a las personas resulta desde luego inequívoca en este documento de la Comisión.

Pero, desde el punto de vista del Derecho, ninguna persona es ilegal, aunque sí pueden serlo sus actos. Por tanto, al calificar como ilegal a una persona, se pervierte el más íntimo sentido del derecho, se comete un auténtico fraude en la interpretación o en la aplicación del derecho; este fraude, esta perversión, surgen cualquiera que sea el contenido de la norma concreta que se pretende interpretar o aplicar.

(17) Consultar http://europa.eu.int/documents/european_council/index_es.htm.

(18) Comunicado 9782/04, Sesión n.º 2588, pp. 15 y 16, aparts. 4 y 5.

(19) COM (2002) 175 final, sobre todo p. 27.

(20) COM (2004) 412 final, de 4 de junio de 2004, p. 10, apartado 1.5, al estudiar la regularización en Bélgica.

(21) P. 12, subrayado en el original.

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

Si admitimos este mito, las consecuencias de ello resultantes son claras: Al hablar de “migrantes ilegales” o de “personas ilegales”, con estas dos sencillas palabras criminalizamos a las personas inmigradas de modo irregular.

Esa criminalización procede a veces de una irregularidad originaria, tras haber cruzado esa persona irregularmente una frontera. Pero surge en ocasiones mediante una irregularidad sobrevenida, cuando alguien se hallaba regularmente en territorio de un Estado y le caducó el permiso de residencia sin haberlo renovado ni haber abandonado el territorio de dicho Estado. Pues bien, sea la irregularidad originaria o sobrevenida, ninguna de ellas constituye un delito.

A través del mito se llega pues a la criminalización del extranjero indocumentado o “sin papeles”; ello le aproxima mucho al estatuto aplicable a cualquier delincuente. Resulta indignante que en algún Estado el simple hecho de que un extranjero resida de modo irregular en su territorio conduzca a la imposición de penas de cárcel. Un ejemplo real puede servirnos: Diversos tribunales de MALASIA condenaban en agosto de 2002 a varios indonesios a ocho meses de prisión y a ser azotados: Su único delito era el hallarse ilegalmente en territorio de ese Estado²².

Y si el primer paso es la criminalización del inmigrante en situación irregular, el segundo se materializa en su conversión en enemigo público. Inmediatamente después, incluso en los ordenamientos de nuestros democráticos y avanzados Estados europeos, se está transformando en cómplices de ese enemigo público a quienes no denuncian su irregularidad o (todavía más inadmisiblemente) a quienes les prestan ayuda humanitaria (alojamiento, comida).

Detrás de la criminalización de una irregularidad administrativa se esconde una orientación política perfectamente perceptible en muchos momentos: La que considera que las políticas de inmigración (sea la europea, sea la estatal) tienen como único eje la persecución de unas personas que han sido declaradas “ilegales”; el siguiente paso será la petición de expulsión (masiva o no masiva, da lo mismo, pero barata en todo caso) de “los ilegales”.

En el mismo afán criminalizador (demasiado extendido para ser aceptable en cualquier sociedad democrática, donde siempre debe estar presente la presunción de inocencia) rápidamente aparece el tema de las redes del tráfico de personas, mafias que por cierto para gran parte de la opinión pública siempre son extranjeras y exclusivamente extranjeras...

En esta cuestión escribe JOSÉ SARAMAGO acertadamente que “ningún ser humano es humanamente ilegal y si, aún así, hay muchos que de hecho lo son y legalmente debieran serlo, esos son los que explotan, los que se sirven de sus semejantes para crecer en poder y riqueza.

(22) Consultar en tal sentido la web de la OIM: <http://www.iom.int/>, *Migration in the News*.

Para los otros, para las víctimas de las persecuciones políticas o religiosas, para los acorralados por el hambre y la miseria, a quienes todo les ha sido negado, negarles un papel que les identifique será la última de las humillaciones. Ya hay demasiada humillación en el mundo; contra ella y a favor de la dignidad, papeles para todos, que ningún hombre o mujer sea excluido de la comunidad humana”²³.

D) El mito según el cual, contra la inmigración irregular, vale todo

Siguiendo con la enumeración inicial, en cuarto lugar surge el mito según el cual **CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR, VALE TODO**, cualquier medida (por dura e inhumana que sea) resulta legítima. Estamos ante un corolario del mito antes analizado según el cual la persona era la “ilegal”, no sus actos.

En la realidad actual, los Gobiernos de numerosos Estados de acogida, algunos medios de comunicación, etc., se valen de este mito. Cabe preguntarse si la misma UE no aplica este mito en un terreno concreto: El regulado por la Decisión sobre los vuelos conjuntos de expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión²⁴. Aun cuando formalmente esta Decisión no incurra en el mito, su trasfondo (sobre todo perceptible en su Anexo) conduce a concluir que la Unión Europea (“un espacio de libertad, seguridad y justicia”, según se autocalifica de manera autocomplaciente) aplica el mito que predica la validez de cualquier medida contra la inmigración irregular.

Esta conclusión se deduce asimismo del *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, elaborado por la Comisión Europea y antes citado. El Libro Verde habla de retornos voluntarios y retornos forzosos. Y define el retorno forzoso (sin duda la figura más próxima a la expulsión) como “el retorno al país de origen o de tránsito mediante la amenaza del uso de medidas coercitivas o el uso mismo de estas medidas”²⁵.

Resulta claro que este retorno forzoso puede convertirse en expulsión masiva (mediante vuelos conjuntos o no conjuntos) si se realiza sin respetar los Derechos Humanos de los extranjeros que residan irregularmente. El mismo Libro Verde afirma que “el retorno forzoso de residentes ilegales puede tener un efecto disuasorio tanto para los **residentes ilegales** en los Estados miembros como para los **emigrantes ilegales** potenciales fuera de la UE”²⁶.

(23) “Carta abierta a la solidaridad”, Lisboa 1998, cit. en CC.OO., *No te limites: Vive en color*, Zaragoza, 1999, p. 193.

(24) Consultar la Decisión del Consejo así denominada, de 29 de abril de 2004 (2004/573/CE) en *Diario Oficial de la UE* L 261, 6-VIII-2004, p. 28.

(25) COM (2002) 175 final, Anexo I, definiciones, p. 28.

(26) P. 8. Si a estas alturas de la evolución jurídica y social todavía creemos en “efectos disuasorios”, convendrá recordar que las estadísticas nos demuestran que en la realidad la pena de muerte en los EEUU no tiene ningún efecto disuasorio sobre los “asesinos potenciales”. De la misma manera, cuando nos encontremos con una situación de irregularidad masiva de los inmigrantes, habrá que preguntarse por sus causas y no esperar efectos taumatúrgicos de medidas que tienen unos sedicentes “efectos disuasorios”.

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

Las consecuencias de este mito podemos enunciarlas mediante tres notas: Simplificación, peligro para los Derechos Humanos e inexactitud jurídica.

– Como todos los mitos, **también este es un mito simplificador**; sucede sin embargo que las consecuencias de la simplificación son ahora más perniciosas, porque las posiciones de irregularidad de las personas pueden obedecer a situaciones radicalmente distintas. En ellas encontramos desde quien se oculta de la justicia por delitos comunes, hasta quien huye de una persecución política del dictador de turno o de una persecución racial o religiosa, emergida desde lo más profundo de la irracionalidad humana. Aplicar el mismo parámetro represor a todas estas situaciones de irregularidad (tan diferentes entre sí) no parece demasiado conforme con el derecho, con la equidad.

– Estamos además ante un mito que **resulta peligroso para los Derechos Humanos** de los inmigrantes porque, con el pretexto de luchar contra la inmigración irregular, se justifican expulsiones colectivas de extranjeros (siempre prohibidas por el Derecho Internacional Público), privación o recorte de derechos de los mismos, tratos inhumanos en ocasiones, etc.

– Además (situándonos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) sobresale su **inexactitud jurídica** porque el inmigrante, se encuentre en situación regular o irregular, tiene derecho al respeto de sus derechos humanos básicos reconocidos por normas internacionales para todas las personas; así, no puede sufrir tortura, debe poder acceder a la justicia, tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, no puede ser objeto de expulsiones masivas, etc.

Estamos ante una cuestión básica porque algunos de estos derechos no pueden suspenderse ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, como inequívocamente señala el artículo 15.1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La inexactitud jurídica se comprueba sin dificultad en este terreno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Cuando un tratado internacional dice –por ejemplo– “todas las personas tienen derecho a no sufrir tortura...”, o a “fundar sindicatos”, tales normas significan que se atribuyen esos derechos a todas las personas, sin que quepa la exclusión de ninguna de ellas y sea cual sea su estatus migratorio.

Por eso los tratados internacionales de Derechos Humanos obligan a los Estados parte en ellos a respetar los derechos protegidos de “todas las personas dependientes de la jurisdicción” de esos Estados²⁷. Por eso en definitiva la universalidad de los Derechos Humanos nos protege a todos, nacionales, ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales, extranjeros, apátridas o refugiados.

(27) Ver, por ejemplo, el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950.

E) El mito del relativismo cultural o de la primacía de la cultura de los inmigrantes sobre los derechos humanos

En quinto lugar nos encontramos con este mito, según el cual la cultura (entendida en sentido amplio) o la religión o los hábitos o las costumbres sociales de los inmigrantes (o varios de estos elementos considerados en su conjunto) no pueden verse alterados por el respeto de las normas dictadas por los Estados de acogida; según esta tesis, no pueden verse alterados ni siquiera aun cuando su cultura, su religión, etc., violen flagrantemente los Derechos Humanos de personas concretas.

Engarzando este mito con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, veremos cómo su origen se halla en otro, hoy claramente perceptible: El mito de la EUROPEIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. Pues bien, si consideramos los Derechos Humanos como valores solamente europeos, los europeos seremos los únicos que debemos respetarlos.

Ante el complejo fenómeno de la inmigración, la europeidad significa que los europeos estamos obligados a respetar las tradiciones, la cultura, los hábitos sociales de los inmigrantes, aunque choquen profundamente con los vigentes en las sociedades de acogida; si no lo hacemos (razonan los defensores de este mito), los no europeos están sufriendo una nueva colonización, ahora cultural.

Como escribe Claude MALHURET en 1989, en este mito o desde esta posición ideológica “los derechos humanos no serían más que la manifestación travestida de un imperialismo del hombre europeo... en cierta medida el arquetipo falaz de nuestras concepciones culturales”²⁸.

Este mito, aducido con frecuencia por algunas élites culturales de inmigrantes y por ciertas corrientes de izquierda europea a veces autoinculpadas por el pasado colonialista de Europa, parte pues de la teoría según la cual la identidad cultural sería superior a los Derechos Humanos y éstos no serían universales sino sólo europeos.

La superioridad de los elementos culturales sobre tales Derechos aproximan este mito a alguna de las formulaciones del mito de las raíces. Es más, podríamos hablar aquí del mito de las raíces (musulmanas, africanas, asiáticas) trasplantadas.

Ejemplos de situaciones en las que se aplica este mito no faltan: Minusvaloración de la mujer en nombre de concepciones religiosas, mantenimiento de violencia de género o castigos corporales, defensa de mutilaciones genitales femeninas, existencia de matrimonios impuestos, prohibición de ciertas enseñanzas a grupos de personas, etc.

(28) IFRI, *Droits de l'Homme et relations internationales*, Masson, París 1989, p. 16.

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

Este mito tiene dos consecuencias claras:

- a) En nombre de una cerrada e inadmisibles multiculturalidad, destruye el elemento común de la Humanidad: Unos Derechos Humanos universales, indivisibles, interdependientes e irrenunciables.
- b) Encierra a los inmigrantes en guetos culturales o religiosos o sociales, en los cuales (quienes se benefician del mito) afirman que los inmigrantes deben encontrarse.

Por tanto, desde esta concepción no se puede hablar de interculturalidad, porque cada cultura se encierra en sí misma, se torna lo más impermeable posible, para no perder sus raíces, para no ser invadida o “contaminada” por otra u otras culturas. Si estuviésemos en una situación de interculturalidad, cabría la influencia mutua de las culturas, su acomodación, su respeto mutuo.

III) LA DESMITIFICACIÓN DE LAS MIGRACIONES A TRAVÉS DE LA AFIRMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TODAS LAS PERSONAS

He repasado los cinco mitos que actualmente aprecio cuando estudio las migraciones internacionales un poco más allá del caso concreto; también me he referido a algunas de las variantes que aparecen en los mismos. Mi examen se ha realizado desde una amplia perspectiva política, social y jurídica. La utilización de estos mitos incrementa la vulnerabilidad que ya padecen los inmigrantes y, con frecuencia, los priva de sus Derechos Humanos mínimos.

Porque los mitos crean o potencian un discurso de desconfianza, de separación entre personas, de señalización de los inmigrantes, de oposición a quienes han migrado.

En todo caso, los inmigrantes, en situación regular o irregular, son personas que tienen unos Derechos Humanos que todos hemos de respetar; y tienen asimismo deberes, entre ellos el deber de respetar los Derechos Humanos de las restantes personas, sean cuales sean sus creencias o increencias religiosas, su cultura, etc.

Afortunadamente tales Derechos no los concede el Estado, no derivan o no emanan de su anteriormente omnipotente soberanía ni de su proclamación en una Constitución concreta; se imponen al Estado, le obligan incluso aunque un Estado no se haya comprometido en ningún tratado internacional que los regule.

Los Derechos Humanos más primarios de cualquier persona (inmigrante o no) podemos resumirlos en el principio de igualdad y de no discriminación por motivos de raza, etnia, nacionalidad, sexo, idioma, religión, etc.; ambas formulaciones del mismo principio son las dos caras de la moneda jurídica más valiosa, la dignidad humana. El respeto de este principio supone la obtención de lo que podemos calificar como el certificado de calidad de un Estado en materia de Derechos Humanos.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹ este principio “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los Derechos Humanos tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”³⁰.

Como el complejo fenómeno de las migraciones sufre los efectos de la mitología, su desmitificación sin duda resulta imprescindible al menos en los tres planos a los que me he referido.

La desmitificación en el plano político exige que un sistema democrático no admita que los partidos políticos, las asociaciones o los grupos de otro tipo sigan defendiendo mitos indefendibles y perjudicando así la convivencia democrática; se precisa pues una especial sensibilidad para evitar todo racismo, xenofobia, antisemitismo y anti-islamismo.

La desmitificación en el plano social concierne especialmente a los medios de comunicación, que influyen en la opinión pública y a veces hasta la configuran. La creación de mitos o la difusión de los creados en otros ámbitos en nada contribuye a un entendimiento social, a una percepción de la inmigración en su verdadera dimensión; provoca por el contrario malestar, deformaciones en la visión del fenómeno, etc.

La desmitificación en el plano jurídico debe partir del principio igualdad y no discriminación; hoy pueden lograrla en gran parte los Estados ratificando el Convenio o Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, adoptado el 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003 y, por supuesto, introduciendo los derechos contenidos en este Convenio en su ordenamiento interno.

Este Convenio no realiza una política de puertas abiertas, como demagógicamente señalan los que tienen alguna noticia fragmentaria del mismo, porque diferencia entre migrantes en situación regular y migrantes en situación irregular, atribuyendo más derechos a los primeros que a los segundos; tampoco ha de considerarse como la solución mágica en materia migratoria.

Pero, por el importantísimo hecho de ser personas humanas, el Convenio otorga un conjunto de derechos a todos los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio; por eso ha de recordarse con la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela RODRÍGUEZ PIZARRO, que el Convenio “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”³¹.

(29) Consultar Opinión Consultiva n.º 18 (OC-18), de 17 de septiembre de 2003, sobre CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS, texto en <http://www.corteidh.or.cr>.

(30) Párr. 88.

(31) Informe sobre los Derechos Humanos de los migrantes, presentado por la Relatora Especial de la Comisión de los Derechos Humanos, A/59/377, 22 septiembre 2004, párrafo 52, p. 17 (texto en <http://www.ohchr.org/>, consultado el 4 de mayo de 2005).

Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos

II

Como sucede con cualquier otro tratado internacional, el Convenio obliga sólo a los Estados que lo ratificaron o se adhirieron a él (30 hasta el momento). A pesar de los avances, resulta excepcionalmente negativa la total ausencia de Estados miembros de la Unión Europea entre los obligados por el Convenio. Ello provoca sobre todo las dos preguntas siguientes:

- 1.^a Puesto que ya tiene importantes competencias en materia de migraciones, ¿cuándo se planteará la Unión Europea la adhesión a este tratado internacional, realizando así una completa desmitificación?
- 2.^a Si centramos el tema en nuestro ámbito interno, ¿cuándo se planteará España la adhesión a esta Convención, efectuando también su desmitificación?

En conclusión, la desmitificación de las migraciones internacionales se producirá en el triple plano o perspectiva analizada a través del reconocimiento y el respeto efectivo de los Derechos Humanos de todas las personas, como no puede ser de otra manera; unos Derechos que son universales, indivisibles, interdependientes e irrenunciables.

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Extremadura
(fjhierro@unex.es)

III

Algunas cuestiones sobre la protección social de los trabajadores inmigrantes empleados en la agricultura

RESUMEN

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EMPLEADOS EN LA AGRICULTURA

Los datos estadísticos muestran día tras día, a pesar de lo paradójico que ello pudiera parecer, que la incorporación del colectivo de trabajadores inmigrantes al sector agrario constituye una nueva realidad con la que dar respuesta a las particulares características que revisten al sector, bien demográficas, bien sociales o económicas. Esta nueva situación requiere la adecuación de la regulación jurídica existente en la materia, y no sólo en materia de contratación laboral, sino también en los aspectos relativos a la protección social de estos trabajadores. A tal fin responden las reformas normativas habidas en los últimos tiempos, como la exención de la obligación de cotizar por desempleo o la imposición al empresario agrario de la obligación de ingresar las cotizaciones por cuotas fijas mensuales de los trabajadores extranjeros contratados. Al estudio de los fines de estas medidas y de la problemática derivada se dirige este estudio.

ABSTRACT

SOME QUESTIONS ON THE SOCIAL PROTECTION OF THE IMMIGRANT WORKERS EMPLOYED IN THE AGRICULTURE

The statistical data show day after day, in spite of the paradoxical that it could seem, that the incorporation of the immigrant workers community to the agrarian sector constitutes a new reality with which to give answer to the particular characteristics that have the sector, so those demographic as those social or economic. This new situation requires the adaptation of the existent juridical regulation in the matter, and not only as regards labor contracting, but also in the aspects related with the social protection of those workers. That is the purpose of the normative reformations of the last times, as the exemption to the obligation of quoting for unemployment or the imposition to the agrarian manager of the obligation of depositing the rates for employed foreign workers' monthly fixed quotas. To the study of the purpose of these measures and of the derived problematic goes this study.

Francisco Javier Hierro Hierro

III

SUMARIO

I. Elementos introductorios: datos estadísticos y realidad agraria.

II. Cuestiones en materia de cotización. A) Nociones generales del sistema de cotización en el Régimen Especial Agrario. B) La cotización por desempleo. C) La obligación empresarial del ingreso de las cuotas fijas mensuales.

III. Puntos críticos de su acción protectora: desempleo contributivo, renta agraria y subsidio agrario. A) Cuestiones previas. B) Singularidades.

IV. Consideraciones finales.

I. ELEMENTOS INTRODUCTORIOS: DATOS ESTADÍSTICOS Y REALIDAD AGRARIA

Es lugar común afirmar que en los últimos tiempos España ha pasado de ser tierra de emigrantes, proveedora de mano de obra ante el crecimiento económico que tuvo lugar en el centro y norte de Europa en el período de la posguerra española –siendo ésta significativamente relevante entre los años 50 y 70–, a tierra de acogida, ante los cambios que se han producido en la economía española y que han provocado la necesidad de población emigrante como mano de obra para la realización de determinadas actividades¹. Inmigración, por tanto, que cabría calificarse de eminentemente económica o laboral², aun cuando también sean importantes las cifras de inmigrantes que llegan a nuestra geografía buscando una segunda residencia o lugar de jubilación ante las bondades climatológicas existentes.

Esa inmigración económica, que ha venido a ocupar los puestos de trabajo en determinadas actividades o sectores a los que la población española presta escasa o nula atención y que se ha convertido, según la califican determinados medios, en un “problema”, debido al importante aumento de los flujos migratorios que se ha experimentado en un escaso período de tiempo³,

(1) M. JAÉN GARCÍA, “Mercado de trabajo e inmigración en España. Especial referencia al caso andaluz”, en VV. AA., *El campo andaluz y extremeño: la Protección Social Agraria*, (J.M. CANSINO MUÑOZ-REPISO, coord.), Edit. CES, Madrid, 2003, p. 180.

(2) Informe de la Unión General de Trabajadores: *Trabajo e inmigración*, 2001, en su versión electrónica: <http://www.ugt.es/inmigracion/inmigra2.htm>.

(3) A tal efecto destáquese que la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, manifestaba en su Exposición de Motivos que, tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero –apenas 11 meses después–, se habían detectado determinados

constituye el objeto del presente trabajo⁴, ante la dimensión social y económica que está adquiriendo este fenómeno migratorio y las continuas modificaciones normativas habidas ante la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a estas nuevas realidades.

Entre esos puestos, actividades o sectores a los que la población activa española no presta atención y que son principalmente ocupados por la población inmigrante, junto a la construcción, el servicio doméstico y el cuidado a ancianos, se encuentra, con un lugar preeminente, la agricultura. Así lo ponen de manifiesto los datos estadísticos, los cuales permiten la realización de una fotografía fija, sintetizadora y descriptiva de esta nueva realidad laboral, que con un simple golpe de vista permite al lector situarse ante la magnitud de la cuestión que se aborda.

Las fuentes utilizadas para la recapitulación de tales datos han sido, por un lado, el documento *Afiliados extranjeros a la Seguridad Social por Comunidades Autónomas*⁵, en el cual se recogen innumerables gráficos y tablas sobre la población extranjera afiliada a los distintos Regímenes de la Seguridad Social y, por otro, el documento *Situación de afiliados en alta por Regímenes y Autonomía*, ambos con datos a marzo de 2005⁶, los cuales ofrecen una panorámica sobre la situación de la afiliación al Sistema de la Seguridad Social en el mercado de trabajo español.

En lo que al presente trabajo interesa, y obviando cualquier referencia a los distintos Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, se resaltarán el número de trabajadores extranjeros encuadrados en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (en adelante REA) y singularmente en aquellas Comunidades Autónomas en las que las cifras sean especialmente significativas.

Así, de los 17.427.841 afiliados al Sistema de la Seguridad Social como media del mes de marzo de 2005, 1.154.573 eran trabajadores extranjeros, algo más del 6,6 por 100, siendo los extranjeros encuadrados en el REA 116.597 –el 10,10 por 100 de este colectivo–. Si bien éstas son las cifras generales, si se ahonda por Comunidades Autónomas se observa la existencia de una gran disparidad:

aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio superaba las previsiones de la norma, lo que exigía esta reforma, empujada no sólo porque la inmigración había convertido a España en un país de destino de los flujos migratorios, sino también por la situación geográfica que ésta ostenta, convirtiéndose en punto de tránsito hacia otros Estados de la Unión Europea.

(4) Se obvia, pues, cualquier referencia a la inmigración no económica, no vinculada por la regulación de la protección social en lo que al presente trabajo afecta.

(5) Documento editado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Marzo 2005, disponible en la página Web del Ministerio de Trabajo <http://www.mtas.es/estadisticas/presenta/enlaces/SSO-CIAL/SeguridadSocial.htm> o en la página Web de la Secretaría http://www.seg-social.es/inicio/?Mlval=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=44801.

(6) http://www.seg-social.es/inicio/?Mlval=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=10606.

* Castilla-La Mancha: de 35.244 trabajadores extranjeros encuadrados en el Sistema de la Seguridad Social, 5.768 están en el REA –el 16,37 por 100–;

* Andalucía: de un total de 128.441, 36.046 se encuentran en alta en el REA –el 28,06 por 100– [porcentaje muy similar al existente en La Rioja –el 28,21 por 100– (2.990 trabajadores en el REA de 10.600 extranjeros)];

* Murcia: de los 61.425 trabajadores extranjeros, 28.502 son trabajadores agrarios afiliados al REA –el 46,40 por 100– y

* Extremadura: de los 7.983 extranjeros, 4.129 pertenecen al campo de aplicación del REA –el 52,31 por 100–⁷.

Si estos son los datos, es preciso reseñar que esta situación, que podría calificarse de paradójica respecto de todos los sectores productivos si se tienen en cuenta las altas tasas de desempleo de la población española (según los datos de la EPA de una población activa de 20.592.200 personas, 2.099.500 son parados, situándose por tanto en el 10,20 por 100 la tasa de paro), es incluso más llamativa en aquellas Comunidades Autónomas donde el peso de la actividad agraria es significativamente más importante y que concentran una tasa de desempleo aún mayor. Así, en la Comunidad Autónoma andaluza existen 480.700 parados –el 14,24 por 100–, en Extremadura 79.900 –el 17,49 por 100– y en Murcia 54.700 –el 9,04 por 100–⁸, y sin embargo los trabajadores extranjeros ocupados en faenas agrarias –afiliados al REA– representan un alto porcentaje del colectivo inmigrante, siendo especialmente significativo el caso de Extremadura⁹.

(7) Cifras a las que habrán de unirse las afiliaciones al Sistema de la Seguridad Social que tengan lugar tras el proceso de normalización de trabajadores extranjeros.

Datos sobre tales extremos en el *Proceso de normalización de trabajadores extranjeros. Informe de situación. Datos a 28 de abril de 2005*. Esta información en http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200504/Informe_situacion280405.pdf.

A mayor abundamiento destáquense las cifras de los últimos años referidas a la determinación del contingente. Así, para el año 2002, de 21.195 permisos para trabajadores extranjeros de temporada, 15.929 lo fueron para el sector agrícola; para el año 2003 la cifra de puestos de trabajo de carácter estable que pudieron ser cubiertos por trabajadores extranjeros que no se hallaren ni fuesen residentes en España en la agricultura fue de 407, de una previsión inicial de 10.575 puestos de trabajo; la previsión inicial, por su parte, de trabajadores para cubrir puestos de trabajo de carácter temporal fue de 13.672, de los cuales 11.183 correspondieron al sector de la agricultura; para el año 2004 se estableció que de la cifra inicial de 10.908 puestos de trabajo de carácter estable que podrían ser cubiertos por trabajadores extranjeros que no se hallaren ni fuesen residentes en España, a través del sistema de contingente, 816 puestos de trabajo serían cubiertos en la agricultura; y de la cifra de 20.070 puestos de trabajo de temporada, 17.428 puestos de trabajo serían cubiertos en la agricultura, siendo estas últimas cifras prorrogadas para el año 2005.

(8) Estos datos a fecha 29 de abril de 2005 en *Encuesta de población activa. Primer trimestre 2005. Datos provisionales*. En versión electrónica, <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epao105.pdf>.

(9) Reseñando la importancia de la afiliación al REA como una característica que la diferencia de manera muy considerable de la estructura del total de la afiliación nacional a la Seguridad Social, CES, *Informe 2/2004. La inmigración y el mercado de trabajo en España*. Sesión del Pleno de 28 de abril de 2004, Edit. CES, Madrid, 2004, pp. 46 y ss.

A la consecución de tales datos contribuyen las características propias de la actividad agraria:

- a) la alternancia de períodos de inactividad con períodos de fuerte actividad que requieren mucha mano de obra, incluso mayor de la existente en el mercado de trabajo local, lo que se denomina “fluctuaciones estacionales acusadas”;
- b) la existencia de “variaciones significativas según producciones y cultivos” –hay cultivos muy parcos, poco exigentes en mano de obra, y cultivos intensivos en el consumo de este factor de producción–;
- c) la presencia de “variaciones muy notables según las formas de explotación y las técnicas de cultivo”, esto es, la diferencia entre una explotación intensiva y una explotación con tendencia al absentismo; y la diferencia existente entre una explotación que utilice técnicas tradicionales de cultivo y una explotación fuertemente mecanizada y
- d) la “incertidumbre o imprevisibilidad de las necesidades de mano de obra que se deriva del factor climatológico o metereológico”, a lo que se une como otra particularidad más de la agricultura española su extraordinaria heterogeneidad regional, no existiendo una agricultura española, sino muchas¹⁰, en la medida que éstas inciden de un modo directo en las necesidades de mano de obra e influyen en la estructura de la población activa agrícola y en el funcionamiento de su mercado de trabajo, ya que requieren una mano de obra muy flexible y con gran movilidad geográfica y temporal, constituyendo el colectivo de inmigrantes un medio eficaz de dar respuesta a estas necesidades.

No obstante lo anterior, la consecución de aquellos datos no deriva en exclusiva de las características propias de la actividad agraria –eventualidad, transitoriedad y heterogeneidad agraria–, sino que a ésta también contribuye la existencia de distintas circunstancias sociales. La escasez de alojamientos y de infraestructuras sociales adecuadas como guarderías, albergues o colegios actúa como desincentivadora de la movilidad geográfica para el colectivo de trabajadores españoles en general, acentuada en los supuestos de las migraciones temporales, siendo éstas singularmente las que tienen lugar en el sector agrícola, puesto que la movilidad geográfica de los trabajadores agrarios nacionales encuentra el problema añadido de que el traslado, por sus características, supondrá, en la mayoría de los casos, no sólo seguir manteniendo una vivienda en el lugar de origen, sino además costearse el alojamiento en el lugar de destino, a lo que ha de sumarse la consideración de que no siempre la oferta de trabajo en un lugar distinto al de residencia compensará el desembolso de los gastos derivados del traslado, motivado por los bajos salarios presentes en la actividad agraria¹¹.

(10) A. MARTÍN VALVERDE, “Mercado de trabajo agrícola y legislación social en el medio rural”, *TL*, n.º 2 (1985), pp. 22 a 26, donde además se reseñaba como otra particularidad de la actividad agrícola las necesidades decrecientes de mano de obra del sector.

(11) Tal problemática ya fue puesta de manifiesto en la propia E. de M. del Real Decreto 73/2000, de 21 de enero, por el que se modificaba el apartado 4 del artículo 3 del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, que regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales agrarios, al establecer que la inclusión en el conjunto de rentas de cualquier na-

Junto a ello, también es de reseñar la cobertura de desempleo existente, siendo significativamente relevante en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura con sus sistemas propios de protección para los trabajadores ocupados en faenas agrarias –subsidio por desempleo para los trabajadores eventuales agrarios incluidos en el REA (a extinguir) y Renta Agraria– que permite la cobertura por desempleo a todos los parados del sector agrario impidiendo, o al menos dificultando, el movimiento de mano de obra de una zona de la región a otra¹².

Circunstancias todas ellas que, de un modo directo o indirecto, repercuten en la composición de la población activa agrícola y que hacen del colectivo de trabajadores extranjeros un recurso propio o adecuado para dar respuesta a tales extremos.

Es este conjunto de condicionantes, tal y como se ha afirmado, el que contribuye al aumento de la contratación de trabajadores extranjeros en el sector agrario, por lo que esta nueva situación exige la adecuación de la regulación jurídica existente en la materia a la nueva realidad laboral, y no sólo en materia de contratación laboral, sino también en los aspectos relativos a la protección social de estos trabajadores.

II. CUESTIONES EN MATERIA DE COTIZACIÓN

A) Nociones generales del sistema de cotización en el Régimen Especial Agrario

El sistema de cotización en el REA, regulado de modo general en el Capítulo IV del Decreto 2123/1971, de 23 de julio –artículos 38 a 44– y en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre –artículos 36 a 42–, aun cuando también haya de tenerse en cuenta la regulación contenida en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y en las correspondientes Órdenes de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, así como determinados preceptos del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, que hacen referencia a esta materia, constituye un sistema de cotización propio y característico del sector agrario, adaptado a sus especiales circunstancias y desvinculado del Régimen General de la Seguridad Social.

tural para acceder al subsidio de desempleo de las obtenidas del trabajo agrario distorsionaba el funcionamiento del mercado laboral, provocando desajustes en la oferta-demanda de trabajo, como consecuencia de que ante la posibilidad de perder definitivamente la protección del subsidio, por la superación del límite de rentas, se pudiera provocar el rechazo del empleo o el ocultamiento de su realización, especialmente cuando el empleo implicase movilidad geográfica, por los costes añadidos que conlleva su aceptación, con lo que los desajustes adquirirían especial relevancia durante las campañas agrícolas intensivas en mano de obra y limitadas a zonas geográficas concretas. Situación ésta que debía ser corregida, pues no favorecía la reinserción laboral en la ocupación y fijaba de manera forzada la realización del trabajo expresivamente al lugar de residencia, restringiendo los desplazamientos de mano de obra.

Ampliamente sobre tales cuestiones, J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, “De nuevo sobre la prestación de desempleo de los trabajadores eventuales agrarios. Breve comentario al RD 73/2000, de 21 de enero”, *TL*, n.º 60, 2001, pp. 19 a 22.

(12) M. JAÉN GARCÍA: “Mercado de trabajo e inmigración en España. Especial referencia al caso andaluz”, en VV. AA.: *El campo andaluz y extremeño: la Protección Social Agraria*, cit., p. 181.

Este sistema específico de cotización consta de dos notas singulares: en primer lugar, que existen diversas cuotas, en la mayoría de los supuestos separadas, a cargo de distintos sujetos obligados, lo que genera responsabilidades independientes, a lo que ha de unirse la existencia de alguna cuota conjunta; y, en segundo lugar, que la determinación de la base de cotización, lejos de estar constituida por la remuneración total que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador, vendrá determinada para cada ejercicio económico por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, siendo constituida mediante bases tarifadas.

De este modo, es necesario destacar, de modo general, que¹³:

- Los trabajadores por cuenta ajena, fijos o eventuales, están obligados a cotizar por contingencias comunes –cuota fija mensual– y por desempleo, en la cuota que les corresponda.
- Los empresarios agrarios están obligados a cotizar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; en concepto de jornadas reales por cada jornada efectivamente realizada; por desempleo, en la cuota que les corresponda y Fondo de Garantía Salarial.

Sin embargo, y a pesar de que los sujetos obligados a cotizar son, por regla general, los sujetos responsables del pago de las cuotas, existen supuestos excepcionales. Así:

- Los trabajadores por cuenta ajena son sujetos responsables exclusivamente del pago de las cuotas fijas mensuales, y
- Los empresarios encuadrados en el ámbito de aplicación del REA deben ingresar las cuotas por jornadas reales, por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores por cuenta ajena y de la totalidad de la cuota por desempleo, así como las cuotas del FOGASA.

Junto a lo anterior, es preciso reseñar que si bien en el sistema de recaudación de las cuotas de los trabajadores y empresarios agrarios son aplicables, como regla general, las normas del Régimen General de la Seguridad Social, ello no obsta para que existan algunas peculiaridades en materia de recaudación en lo que al REA se refiere, y ello, consecuencia lógica de su singular sistema de cotización –diversos sujetos responsables del pago de las distintas cuotas a la Seguridad Social– y de su carácter mixto, al incluir tanto a trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena; así como en los documentos determinados a tales efectos. De tal modo, se establece que en este Régimen Especial de la Seguridad Social la TGSS emitirá los documentos de cotización correspondientes a las liquidaciones de las cuotas fijas mensuales de los trabajadores por cuenta propia y ajena incluidos en su ámbito de aplicación y los remitirá a los sujetos responsables del pago para que puedan efectuar la liquidación en los plazos regla-

(13) Se obvia cualquier referencia a la cotización de los trabajadores encuadrados en el REA –trabajadores por cuenta propia– al no presentarse ninguna especificidad.

mentarios¹⁴. En aquellos supuestos en los que estos trabajadores tuvieran domiciliado el pago de dichas cuotas, la remisión de la información necesaria para el cargo en cuenta y el abono en la cuenta única centralizada de la TGSS se realizará a las entidades financieras.

B) La cotización por desempleo

Si tal y como acaba de verse, los trabajadores por cuenta ajena, fijos o eventuales, contratados para el desempeño de labores agrarias que den lugar a su inclusión en el REA, son sujetos obligados, con carácter general, a la cotización por la cuota fija mensual y por desempleo, cuando se habla de trabajadores extranjeros eventuales se efectúa una excepción.

En este sentido se pronuncia la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, la cual establece que en las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada no se cotizará por la contingencia de desempleo¹⁵. Generalidad en la redacción que llevó en un primer momento a la extensión de la exclusión de esta cotización por desempleo a los “trabajadores extranjeros contingentes con nacionalidad comunitaria”¹⁶, si bien con posterioridad se ha mantenido, siguiendo el criterio del Servicio Público de Empleo Estatal, que estos trabajadores están obligados a cotizar por la contingencia de desempleo.

En esta ocasión el legislador ha obviado en la E. de M. del Real Decreto, aun a pesar de hacer especial hincapié en que el mismo es fruto de un alto consenso o grado de concertación entre diferentes fuerzas políticas, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales y con el que se persigue priorizar la inmigración legal, así como su adecuación a los principios que informan la política común de la Unión Europea y está en la línea de las tendencias de nuestro entorno jurídico en materia de inmigración¹⁷, cualquier alusión a las circunstancias que le han conducido a la exclusión de la obligación de cotización por desempleo de este colectivo, por lo que las dudas, interrogantes o suspicacias que se plantean, derivadas de esa generalidad en la

(14) Sobre la problemática que suscita en la práctica diaria de la gestión de la TGSS la remisión anual de los boletines de cotización a los trabajadores inmigrantes por cuenta ajena del REA, E.R. ORTIZ LÓPEZ, “Novedades introducidas en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el año 2002. Estudio crítico”, *RTSS (CEF)*, n.º 238, 2003, pp. 130 a 132.

(15) Disposición adicional sobre la que se ha afirmado que no plantea problema de contenido ni de redacción, por lo que no se ha realizado ninguna observación a ella al no merecer un comentario específico, Dictamen n.º 3203/2004 del Consejo de Estado sobre el *Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado en sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2004.

(16) *Boletín de Noticias RED 2005/1, de 24 de enero de 2005*. Esta información puede encontrarse en la página Web: http://www.seg-social.es/inicio/?Mlval=cw_usr_view_Folder&LANG=1&ID=44834.

(17) Elementos estos también realizados no sólo en las memorias adjuntas remitidas al Consejo Económico y Social (en adelante CES), sino también por el propio CES en su Dictamen sobre el *Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Pleno Ordinario de 24 de noviembre de 2004, pp. 9 y 17, así como por el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 3203/2004.

redacción del precepto, son muchas en cuanto a los fines perseguidos o a su consecución así como a la determinación de los sujetos a los que es aplicable.

Así, y la primera cuestión que habría de intentar responder, con la brevedad propia que quiere otorgarse al presente estudio, es la delimitación del campo de aplicación de esta medida, ya que, tal y como se ha indicado, la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, establece la prohibición de cotizar para los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada. Podría considerarse, por tanto, que se está englobando en el concepto de extranjeros todos los trabajadores extranjeros, ya estuvieran prestando servicios por cuenta ajena en España con anterioridad a dicha disposición y que hasta tal fecha hubieren venido cotizando por dicha contingencia (¿con la consiguiente pérdida del derecho al acceso a la prestación por desempleo por el período ya cotizado?¹⁸), a los contratados mediante lo que ha dado en llamarse proceso de normalización de trabajadores extranjeros que se encontraran en España y que reuniesen unos determinados requisitos, así como a los extranjeros llegados a nuestra geografía a través del sistema del contingente.

En una primera aproximación a las finalidades perseguidas por aquélla podría afirmarse que esa rebaja en las cargas sociales a las que ha de hacer frente tanto el trabajador como el empresario tiene como objetivo fundamental actuar como medida favorecedora de la contratación de mano de obra extranjera de manera regular, constituyendo de modo indirecto un aliciente para el empresariado en su conjunto, y también para la empresa agraria, a la contratación de trabajadores extranjeros, en cuanto que tendrán un ahorro en las cotizaciones sociales, de manera regular, aflorando así la importante economía sumergida actuante en el sector. Se trataría por tanto de coadyuvar a la contratación extranjera conforme a la legalidad.

En apoyo de esta línea, también podría acompañarse como finalidad perseguida no agravar la gestión de las Entidades Gestoras de las prestaciones por desempleo, por cuanto una vez finalizada la prestación de servicios por cuenta ajena y en el supuesto de trabajadores contingentes que no se hallen ni residan en España, con la obligación de retorno al país de origen una vez concluida la actividad laboral para la que fueron contratados, el pago de las prestaciones a las que tuvieran derecho supondría un coste excesivo para aquéllas, no sólo en cuanto a su gestión, sino también respecto a la comprobación de la concurrencia de los condicionantes necesarios para ser beneficiarios de las mismas –encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad–. Y para los trabajadores residentes temporales en territorio español el reconocimiento de la prestación por desempleo podría llevar aparejada la prolongación de la estancia por un período superior a la reconocida en su autorización, de

(18) La respuesta a esta pregunta se encuentra en los datos facilitados por el Instituto Nacional de Empleo acerca del número de perceptores extranjeros de prestaciones por desempleo en marzo de 2005, que ascendió a 58.206, lo que representa un aumento del 17,5 por 100 respecto al año anterior. Esta información en http://www.laleylaboral.com/noticiario/noticia_rio_texto.cfm?id_noticia=145872 –acceso el 13 de mayo de 2005–.

modo que con esta exclusión se produce una equiparación entre situaciones que podrían llevar a conflictos¹⁹.

Y en tercer lugar, podría argüirse como objetivo de esta medida evitar un efecto llamada ante la protección de la que son beneficiarios los trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena en el territorio nacional; utilizándose, por tanto, una vez más, las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social para alcanzar determinados fines políticos²⁰.

No obstante lo anterior, y aunque en su conjunto podría calificarse de positiva la medida, no ha de ocultarse que ésta podría ser adjetivada también de contraproducente, en cuanto que se lleva a cabo de este modo una discriminación positiva a favor de los trabajadores extranjeros sobre los nacionales –en términos coloquiales, resulta más barato contratar a un trabajador extranjero que a un trabajador nacional–, lo que podría dar lugar a situaciones de racismo y xenofobia, ya que no en vano se ha afirmado que en el mundo del trabajo es probablemente el primer ámbito en el que aquéllos se manifiestan²¹.

Sin embargo, aún resta por contestar a una cuestión, aunque las finalidades posiblemente perseguidas con este precepto sean las anteriormente recogidas y tal y como se ha indicado las organizaciones sindicales también señalan el mercado laboral como terreno propicio para la aparición de situaciones de racismo, no se entiende bien el porqué de las mencionadas organizaciones para la aceptación de un recorte de los derechos reconocidos a todos los trabajadores, como es la privación del acceso a la protección por desempleo.

(19) Sin embargo, estas posibles justificaciones no son tales, porque como argumentación en contra puede traerse el caso de la obligación de cotizar por contingencias comunes o profesionales que den lugar a las prestaciones correspondientes en aquellos supuestos en los que acontezcan los siniestros y en los que nacerá la prestación y la Entidad Gestora tendrá la obligación de asumir aquella. No obstante, la diferencia entre unas prestaciones y otras deriva, quizá, en que en el caso de la prestación por desempleo en éstos se trata de una contingencia cierta, ya que se trata de autorización de trabajo para actividades de duración determinada, y las prestaciones derivadas de contingencias comunes o profesionales son inciertas.

(20) A tal fin, y en cuanto que el presente trabajo se dedica al estudio de las particularidades que presenta la protección social de los trabajadores extranjeros empleados en el sector primario, es oportuno traer a colación cómo en esta actividad la tradicional menor protección otorgada al colectivo empleado en el desempeño de actividades agrarias con habitualidad y medio fundamental de vida tenía como finalidad no impedir o desincentivar el trasvase de la población rural excedente en los campos hacia los sectores productivos económicamente fuertes y generadores de empleo, de modo que cuando se extendió a este colectivo la protección por desempleo fue ante la imposibilidad de drenar el excedente de mano de obra agrícola en otros sectores del sistema productivo ante la crisis económica de la época. Sobre tales cuestiones, ampliamente, A. MARTÍN VALVERDE, "Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura", en VV. AA.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, ed. preparada por F. DURÁN LÓPEZ, Córdoba, 1983, p. 263.

(21) Esta afirmación aparece en la Campaña Permanente por la Convivencia Intercultural y en contra del Racismo y la Xenofobia *Vive y Convive* que lleva a cabo la UGT (esta documentación en la página Web <http://www.ugt.es/inmigracion/viveyconvive.html>), y en la que se afirma entre otras cosas que si bien el racismo no es un problema que se limite al mundo del trabajo, es cierto que éste es un terreno abonado para su aparición larvada, más en épocas de recesión económica, basado en un total desconocimiento de la situación real de los inmigrantes o en la fácil culpabilización de este colectivo de la precariedad laboral.

C) La obligación empresarial del ingreso de las cuotas fijas mensuales

Los trabajadores por cuenta ajena, de carácter fijo o eventual, incluidos en el campo de aplicación del REA, están obligados a cotizar tanto por las contingencias comunes –cuota fija mensual– como por la contingencia de desempleo, si bien sólo son sujetos responsables del ingreso directo de las cuotas correspondientes a las contingencias comunes, ya que la responsabilidad del pago de las cuotas por desempleo se atribuye al empresario agrario.

Esta singularidad existente en el REA frente al Régimen General de la Seguridad Social –responsabilidad del ingreso de las cuotas fijas mensuales a cargo del propio trabajador por cuenta ajena–²² plantea algunos problemas, significativamente en el caso de los trabajadores extranjeros de carácter eventual.

Una primera cuestión, ya puesta de manifiesto por la doctrina científica, y quizá la más relevante, por lo que sólo se entrará en su estudio, es, sin duda alguna, la problemática que suscita en la práctica diaria de la gestión de la TGSS la remisión anual de los boletines de cotización y, lo que es más importante, su cobro a los trabajadores inmigrantes por cuenta ajena del REA, en cuanto que este colectivo, tal y como ya ha sido señalado, constituye la respuesta idónea –flexible y nómada– que demanda el sector productivo agrario, desplazándose por las zonas que absorben una importante demanda de mano de obra en un periodo de tiempo determinado, sin constituir asentamientos estables como es el caso de los trabajadores nacionales que propician en los periodos de inactividad agraria situaciones de desempleo estructural; siendo, por tanto, de difícil delimitación el lugar al que efectuar la mencionada remisión documental y la determinación de su cobro²³.

Ante tales antecedentes, la disposición cuadragésima quinta de la Ley 2/2004, de 27 diciembre, con el objetivo expreso en su E. de M. de mejorar la recaudación de las cuotas de la Seguridad Social²⁴, ha venido a modificar el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, estableciendo, con efectos de 1 de enero de 2005 y vigencia indefinida, una nueva redacción de su artículo 43.

(22) Circunstancia que trae causa desde los propios orígenes de los seguros sociales en la agricultura como medida destinada a normalizar el percibo de aquéllos en este sector ante las singulares características que revisten al medio agrario –dependiente de los elementos climáticos– y las dificultades que ofrecía el cobro de cuotas directamente proporcionales a los salarios y que imposibilitan la traslación de los actos instrumentales existentes en el “Régimen General” a este campo.

(23) E.R. ORTIZ LÓPEZ: “Novedades introducidas en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el año 2002. Estudio crítico”, cit., pp. 130 a 132.

(24) No ha de olvidarse en este punto que el REA es un Régimen deficitario por lo que se hace necesaria la imposición de una estricta disciplina de cotización. En este sentido, entre otras muchas, SSTS de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 8555) y 11 de marzo de 2002 (RJ 2002 4678).

Por un lado, mantiene en su primer apartado que la recaudación de la cuota de los trabajadores, por cuenta propia o por cuenta ajena –fijos o eventuales–, se efectuará mediante ingresos individuales y directos de los mismos en los Organismos recaudadores reconocidos al efecto, aun cuando remite a una posterior regulación reglamentaria la determinación del sistema, plazos y condiciones en las que habrán de efectuarse²⁵.

Por otro lado, en su apartado segundo, recoge que para el pago de la cuota fija de los trabajadores agrarios por cuenta ajena de nacionalidad extranjera con contrato de trabajo de carácter temporal y que precisen autorización administrativa previa para trabajar y, en su caso, autorización de residencia o cualquiera otra que reglamentariamente se establezca, el empresario, además de cumplir su obligación de cotizar por jornadas reales y contingencias profesionales, descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, el importe de la cuota fija de aquéllos. Si el empresario no efectuare el descuento en dicho momento, no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la cuota fija a su exclusivo cargo. El empresario que habiendo efectuado el descuento no lo ingrese dentro de plazo, incurrirá en las responsabilidades establecidas en el artículo 104.3 TRLGSS. Cuando el trabajador por cuenta ajena con contrato temporal inicie o finalice su actividad en la empresa sin coincidir con el principio o el final de un mes natural, el empresario únicamente retendrá e ingresará las fracciones de la cuota fija mensual del trabajador correspondientes a los días de duración del contrato, a cuyo efecto la cuota fija mensual se dividirá por treinta en todos los casos²⁶.

Se ha dado por tanto el paso de la responsabilidad del ingreso de las cotizaciones por cuotas fijas mensuales de los trabajadores por cuenta ajena a su propio cargo al empresario agrario, si bien con una salvedad: sólo respecto de los trabajadores agrarios por cuenta ajena de nacionalidad extranjera con contrato de trabajo de carácter temporal y que precisen autorización administrativa previa para trabajar y, en su caso, autorización de residencia o cualquiera otra que reglamentariamente se establezca. Medida que, ante la generalidad de la norma, hace pensar que ella es aplicable, por tanto, a todos los trabajadores extranjeros que se encontraran en esa situación: los ya residentes en la geografía española, los beneficiarios del proceso de normalización y los contingentes.

Sin embargo, se encuentran disposiciones administrativas que constriñen el campo de aplicación de la medida, de modo que esta nueva regulación en la cotización de los trabajadores extranjeros incluidos en el REA sólo es de aplicación a los trabajadores contratados a través del contingente de trabajadores extranjeros previsto por el Gobierno para cubrir puestos temporales, esto es, a los trabajadores de régimen no comunitario que no se hallen ni residan en España,

(25) Así, a partir del 1 de junio de 2005 las empresas agrarias se podrán acoger a las modalidades de pago electrónico y cargo en cuenta de las que ya venían disfrutando el resto de empresas incluidas en los distintos Regímenes de la Seguridad Social desde mediados del año 2003. *Boletín de Noticias RED 2005/5, de 9 de mayo de 2005*.

(26) La implantación de estas medidas ha tenido lugar el 1 de abril de 2005, tal y como recoge el *Boletín de Noticias RED 2005/4 de 17 de marzo de 2005*, si bien las cotizaciones correspondientes a los meses previos habrán de liquidarse mediante liquidaciones complementarias.

La protección social de los trabajadores inmigrantes empleados en la agricultura

III

contratados en origen para desempeñar actividades o servicios de temporada o campaña y con obligación de retorno al país de origen una vez concluida la actividad para la que fueron contratados²⁷.

En el supuesto de que el trabajador contingente estuviera en situación de alta simultáneamente en más de una empresa, el trabajador vendrá obligado a poner en conocimiento del empresario dicha situación, de modo que sólo el primer empresario que le dé de alta retenga el importe total de la cuota fija mensual correspondiente²⁸.

Sin embargo, y pese a lo anterior, se plantean supuestos problemáticos y excepciones. Piénsese en el caso del trabajador extranjero contingente que permanece en situación de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo en la que es la Entidad Gestora correspondiente, y no el empresario agrario, quien abona la prestación directamente al trabajador, por lo que el empresario no puede proceder a retraer del importe de la prestación la cuantía de la cuota fija mensual, ya que no existe retribución computable. En este caso, y durante los períodos de tiempo en los que se extienda la percepción de las prestaciones correspondientes, será el propio trabajador el sujeto responsable del ingreso de las fracciones de la cuota fija mensual correspondiente a los días en que se encontrara en situación de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo, quedando el empresario únicamente obligado a cotizar por contingencias profesionales, desempleo y Fondo de Garantía Salarial²⁹.

La justificación de la limitación del campo de aplicación de esta medida a los trabajadores extranjeros contingentes, a pesar de que del tenor de la disposición normativa pudieran ampliarse los colectivos afectados, es el ya anunciado en la E. de M. de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, cual es la mejora de la recaudación de las cuotas de la Seguridad Social, no siendo quizá tan acuciante esa necesidad respecto de los trabajadores residentes o beneficiarios del proceso de normalización, en tanto que de unos y otros se disponen de datos sobre su lugar de residencia³⁰, mientras que sí lo es para aquéllos, en la medida que una vez concluida la actividad para la que fueron contratados existe la obligación de retorno al país de origen, lo que puede constituir un gravamen importante para hacer efectivo el cobro de las cotizaciones no efectuadas durante el período de prestación de servicios por cuenta ajena en beneficio de un empresario agrario.

(27) Boletín de Noticias RED 2005/1 de 24 de enero de 2005.

(28) A tal efecto se han establecido unos documentos normalizados: Resolución: Alta del trabajador por cuenta ajena de nacionalidad extranjera con contrato temporal en empresa con actividad agraria –Empresario obligado al ingreso de la cuota fija del trabajador –Régimen Especial Agrario– y Resolución: Alta del trabajador por cuenta ajena de nacionalidad extranjera con contrato temporal en empresa con actividad agraria –Empresario no obligado al ingreso de la cuota fija del trabajador –Régimen Especial Agrario–.

(29) Boletín de Noticias RED 2005/4 de 17 de marzo de 2005.

(30) Sobre el permiso de residencia, véase el Reglamento (CE) n.º 1030/2002, del Consejo de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOCE L 157 de 15-VI-2002) en el cual se contiene el domicilio.

No obstante, no ha de olvidarse que ha de otorgarse primacía a lo dispuesto por la norma legal a la previsión administrativa, y el texto del artículo 43 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, alude a los trabajadores agrarios por cuenta ajena de nacionalidad extranjera con contrato de trabajo de carácter temporal y que precisen autorización administrativa previa para trabajar y, en su caso, autorización de residencia.

A lo anterior ha de unirse que esta obligación impuesta a la empresa del sector primario también viene a significar un paso más en la convergencia de los distintos regímenes de la Seguridad Social, ya que con ella se equipara la obligación existente en el Régimen General del empresario de ingresar todas las cotizaciones en el Sistema frente a la particularidad todavía existente en el REA de diversificar las cotizaciones –trabajadores/empresarios–.

III. PUNTOS CRÍTICOS DE SU ACCIÓN PROTECTORA: DESEMPLEO CONTRIBUTIVO, RENTA AGRARIA Y SUBSIDIO AGRARIO

A) Cuestiones Previas

Los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual incluidos en el campo de aplicación del REA pueden obtener cobertura ante la contingencia de desempleo a través de distintos modos.

Así, y a partir del año 2002, singularmente desde la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, la cual traía causa del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, tanto los empresarios como los trabajadores agrarios están obligados a cotizar por desempleo, lo que supone la ampliación de la protección por desempleo de nivel contributivo a los trabajadores eventuales encuadrados en el REA cualquiera que fuera el lugar en el que prestaran sus servicios y tuvieran su residencia.

Por otro lado, los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual que, además de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, tengan su domicilio en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, podrán acceder al subsidio por desempleo agrario –declarado a extinguir por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre–.

En último lugar, y también sólo para los trabajadores por cuenta de carácter eventual con domicilio en las Comunidades Autónomas andaluza y extremeña, se reconoce una nueva prestación por desempleo capaz de conjugar elementos de las políticas pasivas de empleo –predominantes hasta la actualidad– con las políticas activas de empleo, manteniendo características propias del subsidio agrario, asumiendo algunas notas de la renta activa de inserción e incluyendo singularidades originales, es lo que se ha dado en llamar renta agraria, regulada por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril³¹.

(31) Ampliamente sobre estas cuestiones, J. LÓPEZ GANDÍA, *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 y F.J. HIERRO HIERRO, *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 392 a 446.

B) Singularidades

De modo conciso se van a tratar las distintas especificidades que en materia del lucro de las prestaciones por desempleo se establecen para los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual de nacionalidad extranjera.

La primera cuestión que llama la atención en materia de acción protectora por la contingencia de desempleo respecto de los trabajadores extranjeros agrarios con autorización de trabajo para actividades de duración determinada es, como ya se ha anticipado, la prohibición de cotizar por ésta, por lo que en modo alguno podrán acceder a la prestación por desempleo de nivel contributivo regulada en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

No obstante, estos trabajadores con domicilio en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura sí que podrán ser beneficiarios del subsidio por desempleo agrario, siempre y cuando cumplan los requisitos para ello establecidos: carencia de recursos; inscripción en el censo agrario como trabajador por cuenta ajena, en situación de alta o de asimilada a la del alta; tener cubierto un mínimo de treinta y cinco jornadas reales; no haber cumplido la edad mínima de jubilación para acceder a la pensión contributiva de jubilación; hallarse al corriente en el pago de la cuota fija mensual en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la solicitud del subsidio; haber sido beneficiario de dicho subsidio en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del mismo y suscribir el compromiso de actividad³².

Sin embargo, de la lectura de estas exigencias se colige que no todos los trabajadores extranjeros con autorización de trabajo para actividades de duración determinada podrán acceder al subsidio agrario, ya que la concurrencia de estos requisitos sólo podrá darse respecto de los trabajadores residentes, no siendo, por tanto aplicable ni para los beneficiarios del proceso de normalización ni para los trabajadores contratados mediante el sistema del contingente, en tanto que en ellos no concurrirá el requisito de haber sido beneficiario en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud o hallarse al corriente en el pago de la cuota fija mensual durante los doce meses previos a la solicitud, entre otros.

Ante esta situación y el posible efecto llamada que con ella se podría producir, la nueva prestación por desempleo establecida respecto de los trabajadores agrarios por cuenta ajena de carácter eventual –renta agraria–, además de contemplar los mismos requisitos del artículo 2 del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, adiciona, entre otras exigencias, haber residido y estar empadronado un mínimo de diez años en el ámbito geográfico protegido en que es de aplicación la renta agraria, esto es, en Andalucía o Extremadura.

(32) Los extranjeros beneficiarios del subsidio agrario han pasado de 3.780 en junio de 1999 a 4.623 en junio de 2002, lo que ha supuesto un incremento del 22 por 100 en esos tres años, siendo los no comunitarios el 19 por 100 del total en junio de 2002, mientras que los no comunitarios apenas tienen presencia en este subsidio, concentrando el colectivo de trabajadores marroquíes el 85 por 100 de los perceptores entre los extranjeros, lo que concuerda con la concentración de los trabajadores de esa nacionalidad en la agricultura.

Esta exigencia presenta por tanto, y entre otros objetivos –evitar algunas de las situaciones fraudulentas puestas de manifiesto en la experiencia de la aplicación del subsidio por desempleo agrario, en particular, el empadronamiento de los habitantes de zonas geográficas colindantes a Andalucía y Extremadura en estas Comunidades Autónomas para lograr acceder al derecho del subsidio agrario, es decir, se busca evitar una movilidad geográfica con el único y exclusivo fin de ser beneficiario de la renta agraria y también poner de manifiesto que quizá ya no sea tan necesario la fijación de la población en las zonas rurales y en el trabajo agrario, en la medida que las necesidades esporádicas de mano de obra pueden ser cubiertas a través de la inmigración y del desplazamiento temporal tanto geográfico como sectorial, así como de la mecanización de las labores agrarias– la necesidad de excluir de la protección a los trabajadores inmigrantes de reciente incorporación al mercado de trabajo agrario, con lo que se busca evitar “el efecto llamada”³³.

Esta medida ha sido criticada, por una parte, por las organizaciones sindicales, que estiman que implícitamente supone una discriminación frente a los eventuales agrarios que no presenten un origen andaluz o extremeño, anunciándose por parte de las mismas que de seguir adelante este requisito acudirán al Tribunal Constitucional –sin que se hayan tenido posteriores noticias sobre aquél–³⁴; y por otra, por la Junta de Andalucía y la Junta de Extremadura³⁵.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las características propias de la actividad agraria y las peculiaridades sociales y económicas del sector primario y del mundo rural, en la medida que inciden en las necesidades de mano de obra e influyen en la estructura de su población activa y en el funcionamiento de su mercado de trabajo, requiriendo una mano de obra singularmente flexible con gran movilidad geográfica y temporal, constituyen medio propicio para la integración laboral del colectivo de inmigrantes, tal y como queda refrendado por los datos estadísticos utilizados en el presente trabajo.

(33) Para J. LÓPEZ GANDÍA, *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario*, cit., pp. 83-84, nota n.º 157, aunque esta medida no suponga una discriminación por razón de la nacionalidad, considera que será muy difícil que un emigrante extranjero reúna tal requisito. Sobre los problemas de justicia social y de trato desigual en el plano de la política social que puede plantear este requisito, J.L. MONEREO PÉREZ, *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 90.

(34) <http://www.puntolaboral.com> (noticia de 5 de febrero de 2003).

Manifestándose en la consideración de que no parece que la determinación de esta exigencia pueda por sí misma ser desencadenante de una discriminación proscrita, L. CORDERO SAAVEDRA, “Análisis del sistema especial de protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios”, original fotocopiado, p. 17.

(35) Véase, el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado n.º 1145/2003, pp. 10-11.

La protección social de los trabajadores inmigrantes empleados en la agricultura

III

Ante tal hecho, por tanto, habrá de procederse a la adecuación de las disposiciones normativas vigentes, significativamente también en materia de protección social, a la nueva realidad social derivada de la prestación de servicios del colectivo de trabajadores inmigrantes, haciendo presentes en estas relaciones los principios básicos del Sistema de la Seguridad Social: protección ante situaciones de necesidad y principio de contributividad, de modo que este colectivo quede plenamente protegido en los supuestos de materialización de contingencias. A tal fin se encaminan las últimas reformas normativas habidas, aun cuando de su regulación compleja se deriven innumerables criterios interpretativos.

Notas y colaboraciones

*Dossier: Novedades destacadas del
Reglamento de Extranjería*

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado del Real e Ilustre Colegio de Abogados
de Zaragoza. Presidente de la Subcomisión de
Extranjería del CGAE
(aguelo@reicaz.com)

INTRODUCCIÓN AL DOSSIER

En el primer semestre del año 2005, el acontecimiento jurídico más importante ha consistido en la aprobación del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004) y la puesta en marcha de un proceso extraordinario de regularización, denominado Proceso de Normalización Laboral, que se desarrolló entre los meses de febrero y mayo de 2005.

Entre los trabajos que analizaron este nuevo marco normativo surgido de la reforma de la Ley Orgánica 14/2003 y el Reglamento de Extranjería, destaca el libro escrito por María Luisa Trinidad y Jaime Martín, publicado en esta misma Editorial Lex Nova, titulado ***“Una forma nueva de ordenar la inmigración en España”***. De ahí deriva el interés de poder presentar desde la RED-MEX las reflexiones principales y de mayor interés sobre este tema de la mano de los autores del libro, que sin duda resultarán un valioso instrumento para orientar el trabajo cotidiano de cuantos nos dedicamos e intervenimos en este campo de actuación profesional.

El día 8 de agosto entrará en vigor el artículo 54.2.a) del Reglamento de Extranjería, que contempla el llamado arraigo laboral. Por otra parte, el propio Reglamento hizo emerger, desde su entrada en vigor, la vía de la regularización permanente individual del arraigo familiar y social, que legalmente constituye la única modalidad posible de acceso a la normalidad residencial de las personas que se encuentran en España en situación irregular, sin tener que acudir a otros caminos no exentos de riesgos personales y jurídicos dado el instrumento administrativo de la inadmisión a trámite por motivo de estancia irregular, introducido por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, cuya constitucionalidad recordamos que está cuestionada ante el Tribunal Constitucional por el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Vasco.

El artículo de María Luisa Trinidad trata precisamente de profundizar en el análisis del contenido de estas vías extraordinarias ofreciendo elementos críticos reflexivos que deben ayudarnos en las argumentaciones defensivas frente a los supuestos de denegación.

En relación con el análisis de la Disposición Adicional Cuarta, queremos derivar al lector interesado al contenido de la Sesión del Seminario INTERMIGRA/Semiex, que tuvo lugar el día 16 de junio en la Sede del ReICAZ, y en la que fue ponente el Magistrado y miembro del Consejo Asesor de esta REDMEX Juan Luis Ibarra. La ponencia, conclusiones de la sesión de trabajo y otros

materiales se han incluido íntegramente en la página web del Seminario www.intermigra.info.

En el editorial de este mismo número de la REDMEX señalábamos que el Proceso de Normalización a punto de cerrarse podría arrojar un saldo de 100.000 denegaciones y cerca de 300.000 expedientes fallidos por no haberse producido la preceptiva alta laboral. Si a estas cifras sumamos la de aquellas personas que no pudieron acogerse al Proceso y las de nueva incorporación, resulta un muy significativo número de situaciones de conflicto que sin duda llegarán a las mesas de nuestros despachos profesionales en busca de asesoramiento y defensa.

El Magistrado Juan Luis Ibarra destaca en su ponencia la importancia creciente del Derecho Judicial en la configuración del Derecho de Extranjería; a este respecto, simplemente añadimos que en la formación de ese Derecho Judicial juega un papel destacado y esencial el trabajo de los abogados defensores, sencillamente porque sin ese trabajo defensivo, en forma de recursos contenciosos desarrollados por los abogados defensores, no podría producirse sentencia alguna y, por consiguiente, tampoco creación jurisprudencial.

Desde estas líneas con espíritu constructivo y con el ánimo puesto en la garantía de los derechos e intereses de las personas migrantes, os animamos a continuar reflexionando y profundizando en nuestras argumentaciones jurídicas. La REDMEX tratará en sus sucesivas ediciones de apoyar este importante trabajo cuyo objetivo no es otro que la Defensa de los Derechos, todo ello con mayúscula, de cualquier persona independientemente de su nacionalidad o situación administrativa. Cualquier opinión o comentario los podéis dirigir al buzón de la REDMEX redmex@intermigra.info.

(El balance final del proceso de normalización puede consultarse en: www.intermigra.info/extranjeria).

JAIME MARTÍN MARTÍN

Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Almería
(jaimemartmart@yahoo.es)

II Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

SUMARIO

I. Principales novedades del RD 2393/2004. A) Documentación, visado y tarjeta de identidad de extranjeros. B) Modificación de situaciones. C) Reagrupación familiar. D) Transportistas. E) Visado de búsqueda de empleo. F) Supuestos excepcionales de estancia. G) Menores. H) Derecho a la educación. I) Derecho a la asistencia sanitaria. J) Contingente. K) Derecho sancionador. L) Centros de Internamiento. M) Comunicaciones interorgánica y judiciales. Supuesta agilización administrativa.

II. Otras novedades. A) Nueva competencia judicial de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. B) La cuestión de la justicia gratuita. C) La competencia desleal y la extranjería.

III. Anexo: el período de normalización. A) Concepto y requisitos. B) El empadronamiento. C) Antecedentes penales: Su legalización y el supuesto de los certificados positivos. D) El archivo de los expedientes de expulsión. E) Balance.

IV. Conclusiones.

V. Anexo. La actual carrera de obstáculos del Reglamento de Extranjería.

Sinopsis del articulado del Reglamento de Extranjería con sus principales innovaciones.

I. PRINCIPALES NOVEDADES DEL RD 2393/2004

A) Documentación, visado y tarjeta de identidad de extranjeros

El Rex ha adaptado la modificación legal operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, en relación a la nueva función concedida al visado, y en cuanto a la anulación por la STS de 20 de marzo de 2003 de los preceptos reglamentarios del derogado Rex.

En primer lugar, y respecto al visado, el artículo 102 Rex establece que las diferentes situaciones de los extranjeros pueden acreditarse, no sólo con el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, sino además con visado o tarjeta de identidad de extranjero. Lo que evidencia la vital importancia de la nueva función del visado, porque en caso de ser válidamente obtenido, acredita la situación para la que fue otorgado, extendiéndose la validez de dicha acreditación, desde la efectiva entrada de su titular en España, hasta la obtención de la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero o hasta que se extinga la vigencia del visado, cuya regulación viene desarrollada reglamentariamente en los artículos 4 a 13, así como en la disposición adicional V y VI de dicho cuerpo reglamentario, previéndose en su disposición adicional XI un procedimiento especial para la solicitud de dicho visado en los Consulados de origen.

Dicha tarjeta de identidad de extranjeros (en adelante TIE), sólo es preceptiva para aquellos extranjeros con un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a 6 meses, no para estancias inferiores. En cuyo caso, tienen la obligación de solicitarla personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la correspondiente autorización. El TIE es el documento destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación legal en España, personal e intransferible, cuyo período de vigencia es igual al de la autorización o el reconocimiento del derecho que justifique su expedición; pudiéndose renovar cuando finalice su plazo de vigencia, si se mantienen las condiciones de su reconocimiento inicial. Además hay un TIE especial para los trabajadores transfronterizos y de estudiante, que es de preceptiva solicitud, en caso de que el período de estancia y/o de investigación sea superior a seis meses, que se solicitan en los mismos términos generales, es decir en el plazo de un mes desde la entrada en nuestro país. Reglamentariamente el TIE viene desarrollado en el artículo 105, y el artículo 106 regula dicho TIE para los trabajadores transfronterizos y estudiantes.

En segundo lugar, respecto a los indocumentados la LO 14/2003 elevó a rango legal a través de la nueva redacción del artículo 34.2 LOEXIS, la anulación reglamentaria realizada por el TS, que recordemos anuló la posibilidad de adoptar la medida provisional de internamiento mientras se tramitaba la solicitud, así como la denegación de la cédula en caso de tener algún expediente de expulsión previo, y cuya primera posibilidad se ha establecido ahora legalmente. Por lo que ahora el Rex, en su artículo 107 vuelve a desarrollar reglamentariamente dicho internamiento provisional, si bien sólo por razones de seguridad pública, a propuesta de la Dirección General de la Policía, y con carácter individual; por lo demás, tan sólo impide su regularización caso de estar incurso en causas de prohibición de entrada en España, o tener una expulsión vigente. A la solicitud debe acompañarse las pruebas acreditativas de dicha situación, y tras comprobarse la realidad de tales hechos, y mientras se completa el expediente, se le concede al indocumentado una cédula de identificación provisional, que le sirve para permanecer en España durante tres meses. Otra de las novedades es que en caso de solicitar además autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se les exige de presentar el pasaporte, y del acta notarial para acreditar que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, si alegan razones graves que impidan dicha comparecencia consular, pudiendo recabarse un informe por la Oficina de Asilo y Refugio. Remitiéndonos por último, al artículo 107 del Reglamento, en el resto del desarrollo reglamentario de los indocumentados.

B) Modificación de situaciones

La principal novedad de las situaciones es la previsión reglamentaria de la modificación de las situaciones, en los siguientes supuestos:

a) De la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo

En tal caso, y sin necesidad previa de solicitar visado, el empleador como sujeto legitimado, tiene que presentar la solicitud de autorización para trabajar y residir y cumplir los requisitos laborales exigidos reglamentariamente excepto la situación nacional de empleo y la financiación económica del proyecto empresarial, siempre y cuando el estudiante extranjero haya superado con aprovechamiento dichos estudios, y previamente hubiera permanecido tres años mínimamente en situación de estancia por estudios en España. Dicho período trianual puede excepcionalmente reducirse, en caso de relevancia profesional y científica acreditada del estudiante, previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Además el estudiante o investigador que se acoja a esta posibilidad, puede asimismo solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares que convivan con él en el momento de la solicitud, siempre y cuando acredite suficiencia económica, disponibilidad de vivienda adecuada, y se cumplan el resto de los requisitos de la reagrupación familiar.

Dicha autorización de residencia o residencia y trabajo concedida tiene consideración de autorización inicial, quedando condicionada su eficacia a la afiliación del trabajador en la Seguridad Social en un mes desde la concesión; debiendo además solicitar el TIE; y respecto a sus familiares, la autorización de residencia concedida se rige por la reagrupación normal.

El plazo para solicitar dicha autorización de residencia y trabajo, así como, en su caso, la autorización de residencia para los familiares, es de tres antes de que se extinga la autorización de estancia por estudios, cuya solicitud dentro de dicho plazo prorroga la vigencia de la autorización de estancia del estudiante o investigador y la de sus familiares hasta su concesión.

b) De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena

Tras un año de residencia legal en España, puede modificarse la situación de residencia legal en España, por la de residencia y trabajo por cuenta ajena, sin necesidad de visado, si el empleador, como sujeto legitimado, presenta dicha solicitud de autorización para trabajar y residir y se cumplen los requisitos laborales exigidos en el artículo 50 Rex excepto la situación nacional de empleo y la solvencia económica, suspendiéndose su eficacia hasta la afiliación en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde su concesión. Asimismo debe solicitar en dicho mismo plazo el TIE.

No es preciso cumplir dicho plazo de un año, si la situación de residencia se debe a una reagrupación familiar, en caso de que el extranjero reagrupado tenga un contrato de trabajo y reúna los requisitos exigidos por la legislación laboral, sin que se tenga en cuenta la situación nacio-

nal de empleo para su concesión, salvo en los casos de los ascendientes, ya sean del reagrupante o de su cónyuge.

Y además en caso de querer ejercer una actividad por cuenta propia, se necesita cumplir con la normativa aplicable a cualquier nacional sobre apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, aparte de la cualificación profesional exigible, y en su caso de obligatoria colegiación, debe acreditarse dicha actividad colegiada durante los dos años consecutivos anteriores en su país de origen o de anterior residencia. Además para todos los trabajadores por cuenta propia debe acreditarse que dicho trabajo incide en el desarrollo de la economía nacional y en la creación de empleo, que tiene suficiente inversión para implantar su proyecto empresarial, no hallarse irregularmente en España, y que cuenta con recursos económicos suficientes adicionales para la manutención y alojamiento, sin trabajar en otra actividad y sin recurrir a fondos públicos, durante un año.

c) Compatibilidad de situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y la residencia y trabajo por cuenta propia

En caso de que el extranjero quiera realizar simultáneamente actividades lucrativas por cuenta propia y ajena, debe solicitar las correspondientes autorizaciones para trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia, que se obtiene con una autorización administrativa que conceda la compatibilidad del ejercicio de ambas actividades lucrativas, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral. La vigencia de dicha autorización administrativa es igual al período de vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el trabajador extranjero, excepto si se concede sobre la base de una oferta de empleo de duración inferior.

d) De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena

Después de un año de residencia por circunstancias excepcionales, el extranjero puede acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado, cuya solicitud se presenta por el propio extranjero, si está autorizado a residir y trabajar previamente, y en los demás casos lo hace el empleador como sujeto legitimado, sin que se tenga en cuenta la situación nacional de empleo ni la suficiencia económica del proyecto. Dicha concesión está condicionada a que en el plazo de un mes desde su concesión, se afilie a la Seguridad Social. Además la duración de la autorización depende del tiempo previo de residencia legal en España.

Por último, en caso de querer realizar una actividad por cuenta propia, se necesitan todos los requisitos detallados en el segundo epígrafe, sobre modificación de situación de residencia, al de residencia y trabajo, al que nos remitimos expresamente.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

e) Modificaciones de distinta actividad laboral y ámbito geográfico, respecto a la inicial autorización concedida

El único órgano competente para dicha modificación, en caso de ser autorizaciones iniciales, es el órgano que se lo concedió inicialmente, siempre y cuando lo pida expresamente su titular. Además, en caso de modificación de actividad laboral se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

f) Mutaciones de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena, respectivamente por autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia

Siempre debe hacerse a solicitud del interesado, una vez renovada su autorización inicial, o si presenta dicha solicitud en el momento que corresponda su primera renovación, y siempre que además cumpla los siguientes requisitos:

I.– En caso de modificaciones de cuenta ajena a cuenta propia, cuando se reúnen todos los requisitos del artículo 58 del Reglamento (2.º pfo. del epígrafe 4.º y 2.º vistos), y quede constancia de la habitualidad de la actividad laboral durante el período de vigencia de la autorización por un período igual al que correspondería si pretendiera su renovación.

II.– En el caso de las modificaciones de cuenta propia a cuenta ajena, se autorizan en caso de formalizar un contrato de trabajo que justifique la nueva actividad laboral del trabajador, siempre que se tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social de su anterior actividad profesional.

En todo caso, la nueva autorización no amplía la vigencia de la autorización modificada; y en caso de modificaciones solicitadas en el momento de la renovación, la duración es la que correspondería a dicha renovación.

g) Modificación de autorización de residencia comunitaria o familiar de comunitario, o de refugiado o apátrida, cuando cesen en tal condición

En tales casos, en el momento en que pierdan dicha situación privilegiada, si cumplen los requisitos reglamentarios, puede obtener una autorización para residir, o para trabajar y residir, por cuenta propia o ajena, sin necesidad de previo visado, cuya duración dependerá del tiempo que hubiera gozado anteriormente en dicha situación privilegiada.

C) Reagrupación familiar

Tras la anulación por STS de 20 de marzo de 2003 de los anteriores preceptos reglamentarios sobre reagrupación familiar, la LO 14/2003 modificó el artículo 17.2 LOEXIS, al establecer que en caso de ascendientes reagrupados, sólo pueden a su vez reagrupar tras tener la condición de residentes permanentes y acreditar solvencia económica, si bien excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el

derecho. El nuevo artículo 17.4 LOEXIS se remite al desarrollo reglamentario, lo que se materializa en sus artículos 38 a 41.

El Reglamento prohíbe reagrupar a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Además en caso de estar casado en segundas o posteriores nupcias sólo puede reagrupar, si se acredita que la anterior separación de los anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes. También hay una presunción de tener los familiares a cargo del reagrupante, si se acredita que durante al menos el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que evidencie dicha dependencia económica efectiva.

En caso de descendientes, son reagrupables mientras sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, y no estén casados. En caso de hijo de un solo cónyuge, es necesario que ejerza en solitario dicha patria potestad o se tenga concedida la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos debe demostrarse que la resolución que acordó dicha adopción surte plenos efectos legales en España.

En el supuesto de ascendientes o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo o existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Por otro lado, el Reglamento prevé expresamente la reagrupación familiar por residentes reagrupados, para el caso de extranjeros que obtengan la residencia temporal mediante previa reagrupación familiar. En tal caso pueden a su vez reagrupar respecto de sus propios familiares, cuando tengan una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y reúnan el resto de los requisitos del derecho a la reagrupación familiar; que para los ascendientes, sólo podrán a su vez reagrupar tras obtener la condición de residente permanente independientemente al reagrupante y acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar; si bien excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, puede ejercer el derecho de reagrupación sin obtener dicha residencia permanente.

Asimismo, existe la posibilidad de que el cónyuge reagrupado obtenga una autorización de residencia temporal, independientemente a la del reagrupante, si obtiene la correspondiente autorización para trabajar. Y si no está separado, en todo caso el cónyuge reagrupado puede solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años. Además el cónyuge reagrupado puede obtener una autorización de residencia temporal independiente, en los siguientes casos:

a) Si se rompe el vínculo conyugal que originó la situación de residencia, en caso de acreditar la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

b) Si es víctima de violencia doméstica, una vez dictada a favor de la misma una orden judicial de protección.

c) Por causa de muerte del reagrupante.

Por último, los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal, pueden tener una autorización de residencia temporal independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar, o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años. Mientras que los ascendientes reagrupados podrán pedir dicha autorización de residencia temporal independiente del reagrupante cuando tengan autorización para trabajar, sin perjuicio de que los efectos de dicha autorización de residencia temporal independiente, para el ejercicio de la reagrupación familiar, queden supeditados a obtener una residencia permanente.

D) Transportistas

El artículo 14 del Reglamento establece la obligación que tienen los transportistas, de controlar los documentos de los extranjeros, cuando embarquen fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, pidiéndole el pasaporte, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, y en su caso el visado, para comprobar su validez y vigencia, tanto si los viajeros tienen destino en nuestro país, como si están en tránsito por España. En vía terrestre, dichas comprobaciones pueden hacerse en las instalaciones de la estación o parada donde se haga el embarque, o a bordo del vehículo antes de iniciar la marcha, o una vez iniciada, siempre que sea posible el posterior desembarque en una estación o parada situada fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el referido Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

En caso de comprobar que algún extranjero no dispone de la documentación necesaria, no puede ser admitido en el vehículo, de modo que si hubiera iniciado la marcha, debe abandonarlo en la parada o lugar adecuado más próximos en el sentido de la marcha fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el referido Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; y en caso de que el extranjero con documentación aparentemente deficiente, decida embarcar o no abandonar el vehículo, el conductor o el acompañante al llegar a la frontera exterior deberán comunicárselo a los agentes encargados del control, para que adopten la decisión procedente.

También están obligados los transportistas a remitir, en cumplimiento del artículo 66.1 y 2 LOEXIS, a las autoridades españolas encargadas del control de la entrada la información sobre los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, independientemente de que el transporte sea en tránsito o tenga como destino final al territorio español; informando sobre el número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros a los que previamente hubieran transportado a España.

En el supuesto de denegarse la entrada en España a un extranjero por deficiencias en la documentación, el transportista que lo hubiere traído a la frontera por vía aérea, marítima o terres-

tre, está obligado a hacerse cargo de él inmediatamente, llevando al extranjero, a petición de las autoridades encargadas del control de entrada, al tercer Estado desde donde fue transportado, o al Estado que le haya remitido el documento de viaje con el que hubiere viajado, o a cualquier otro tercer Estado que garantice su admisión y un trato compatible con los derechos humanos. Esta misma obligación debe asumirla el transportista que haya trasladado a un extranjero en tránsito hasta una frontera del territorio español, si el transportista que deba llevarlo a su país de destino se negara a embarcarlo, o si las autoridades de este último país le hubieran denegado la entrada y lo hubieran devuelto a la frontera española por la que ha transitado.

En caso de transporte aéreo, es sujeto responsable del transporte, la compañía aérea o explotador u operador de la aeronave; siendo la responsabilidad solidaria, en caso de utilizar un régimen de código compartido entre transportistas aéreos. En los casos en que se realicen viajes sucesivos mediante escalas, el responsable será el transportista aéreo que efectúe el último tramo de viaje hasta territorio español.

También responde el transportista en materia de retorno, puesto que el artículo 156.4 del Rex, establece que durante el tiempo en que el extranjero esté detenido en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar donde se acuerde su internamiento, todos los gastos de mantenimiento ocasionados corren a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, sin perjuicio de la sanción que pueda llegar a imponerse a la misma. E Igualmente, la compañía o transportista se tiene que hacer cargo de un modo inmediato del extranjero al que se le haya denegado la entrada, corriendo de su cuenta todos los gastos derivados del transporte para ejecutar el retorno, que es realizado directamente por aquélla o por medio de otra empresa de transporte con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que haya viajado el extranjero o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

Lo que evidencia, que hay discrecionalmente una capacidad desmedida de las Autoridades españolas, que pueden limitar el derecho fundamental de libre circulación, vulnerando el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y el artículo 53.1 CE, sin tener en cuenta que la inmigración ilegal no es ningún delito, sino un bien infraconstitucional objeto de mera sanción administrativa; por lo que el derecho fundamental de libre circulación, no puede verse limitado por dicha lucha contra la inmigración ilegal; máxime cuando no existe legalmente ninguna obligación de informar a los pasajeros que los datos pueden ser cedidos a las autoridades españolas.

E) Visado de búsqueda de empleo

Los visados para búsqueda de empleo autorizan para desplazarse por el territorio español, para buscar trabajo, durante un período de estancia de tres meses, dentro de los que el trabajador debe buscar un empleo en el sector de actividad y en el ámbito territorial previsto para la concesión de la autorización. De modo que se inadmiten a trámite o se deniegan, las solicitudes presentadas para otra ocupación o ámbito territorial distintos a los previstos en su autorización inicial. Excepcionalmente, cuando concurren circunstancias imprevistas en el mercado

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

laboral, la Dirección General de Inmigración puede disponer que la autorización de trabajo y residencia sea concedida en otro ámbito territorial o sector de actividad distintos a los inicialmente previstos.

En caso de encontrar un empleador, éste debe presentar un contrato de trabajo-solicitud de autorización, firmado por ambas partes, y el resto de la documentación legal en la Oficina de extranjeros o en el Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno; la eficacia de la autorización está condicionada a la posterior afiliación y/o alta del trabajador en la seguridad social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización adquirirá vigencia y tendrá la consideración de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena; y en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la autorización, los trabajadores vendrán obligados a solicitar personalmente la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero. Dicha Tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan, personalmente por el extranjero.

La autoridad competente debe pronunciarse lo antes posible sobre la concesión de la autorización de trabajo y, de manera simultánea, sobre la concesión de la autorización de residencia, notificando al solicitante la resolución de manera inmediata.

Transcurrido dicho plazo, si no hubiera obtenido un contrato, el extranjero está obligado a salir del territorio nacional, pues si no, se incurre en una infracción grave. Por lo que para verificar dicha salida de España, el extranjero debe presentarse ante los responsables del control fronterizo por el que se efectuase la salida, para que se estampe sobre su pasaporte un sello de salida. Cuya circunstancia se anota en el Registro Central de Extranjeros, y se comunica por medios telemáticos, si es posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

También reglamentariamente existe el visado para la búsqueda de empleo dirigido a hijos o nietos de español de origen, quienes conforme al artículo 40 LOEXIS, están exentos de la valoración de la situación nacional de empleo, así como los mecanismos de selección de los destinatarios y las fórmulas de presentación de las solicitudes se regularán en el Acuerdo de Continente.

Todos estos visados son aprobados por el contingente anual, que puede limitar su vigencia, a un ámbito territorial y a un sector de actividad en los que existiendo puestos de trabajo de difícil cobertura, las circunstancias específicas del mercado laboral evidencia que los puestos puedan cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema. En cada país, el organismo de selección previsto en el Acuerdo de regulación de flujos correspondiente, realiza la selección de los extranjeros entre quienes acrediten cumplir con los requisitos y cualificaciones profesionales que se determinen en función de los sectores de actividad.

Y por último, el Reglamento prevé visados por búsqueda de empleo para determinados sectores de actividad u ocupaciones; siendo por lo demás aplicable a este tipo de visados, la nueva función del visado establecida en los artículos 4 a 13 del Reglamento, las normas sobre resolución

de visados establecidos, y el procedimiento a seguir en materia de visados, desarrollados en la disposición adicional V y en la disposición adicional VI del citado Reglamento. También es aplicable la disposición adicional XI en cuanto al tratamiento preferente en la solicitud del visado.

F) Supuestos excepcionales de estancia

El Reglamento establece dos casos excepcionales de estancia. El primero es el artículo 31, sobre estancia en supuestos de entrada o documentación irregulares; donde con carácter excepcional, y siempre que haya motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, el Ministro del Interior podrá autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto.

La segunda novedad, es el visado de Cortesía, expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a favor de las personas del artículo 2 LOEXIS, o a los titulares de pasaporte oficial diplomático o de servicio, y que en su caso, puede ser prorrogado por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

G) Menores

El Reglamento establece como novedad en su artículo 94, que los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España, adquieren automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores, para lo cual, el padre o madre deben solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo en el plazo de tres meses desde el nacimiento, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus padres.

Además, los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que, o sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, se les puede conceder autorización de residencia si se acredita su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento. Además cuando los menores estén en edad de escolarización obligatoria, se acreditará adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su permanencia en España.

Por tanto, la vigencia de estas autorizaciones depende de la eficacia de la autorización de residencia del padre, madre o tutor del interesado; por lo que las renovaciones de las autorizaciones de residencia siguen los trámites y el procedimiento establecido de las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

H) Derecho a la educación

El derecho a la educación está desarrollado reglamentariamente en los artículos 85 a 91, 106; añadiendo la disposición adicional XII que no se cotiza por la contingencia por desempleo.

La principal novedad es la del artículo 90 del Reglamento, que desarrolla el apartado k) del artículo 41 de la LOEXIS, que establece legalmente la exención de solicitud de la autorización para trabajar, para aquellos menores en edad laboral, mayores de 16 años y menores de 18 años, condicionada a cuatro limitaciones:

- a) La limitación subjetiva, pues tienen que ser menores en edad laboral, y estar tutelados por entidades de protección de menores.
- b) La limitación objetiva, sólo para las actividades propuestas por dicha entidad.
- c) La temporal, pues la duración de dicha exención será mientras permanezcan en dicha situación.
- d) Y la limitación finalista, pues sólo está destinado para aquellas actividades que favorezcan su integración.

Añadiendo el Reglamento, que los extranjeros con visado de estudios pueden ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, en instituciones públicas o entidades privadas, cuando así lo pida el empleador, y sean actividades compatibles con la realización de los estudios. Además los ingresos obtenidos no pueden tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia. El Reglamento prescribe que los contratos se formalicen por escrito, ajustándose a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, o si es en la modalidad de jornada completa, su duración nunca puede ser superior a los tres meses del período vacacional estival, ni coincidir con los períodos lectivos. Dicha autorización no tiene limitaciones geográficas, salvo si la actividad coincide con períodos lectivos; y la duración de la autorización coincide con la duración del contrato de trabajo, que nunca puede superar la duración del visado o autorización de estudios; renovándose las autorizaciones para trabajar si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión, siempre y cuando se haya obtenido la renovación de la estancia por investigación o estudios.

El Reglamento establece como novedad en su disposición adicional XIII, el acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria, relegando la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia de educación, faciliten el acceso de los extranjeros menores de edad y empadronados, a los niveles de enseñanza post-obligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente. Por lo que se disposición adicional un paso más, frente a la anterior situación donde sólo se preveía la gratuidad de la educación en la enseñanza obligatoria.

Por último se prevé reglamentariamente en el artículo 91, un régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario, para los licenciados extranjeros en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Ciencias Biológicas, que tengan el correspondiente título español o extranjero debidamente homologado, y realicen estudios de especialización en España. En tal caso, pueden realizar actividades lucrativas laborales derivadas o exigidas por

dichos estudios de especialización, sin necesidad de solicitar autorización de trabajo, y sin perjuicio de tener que comunicar dicha circunstancia a la autoridad competente.

Todo ello hay que ponerlo en relación con el artículo 5 de la LO 1/2004 de protección integral de violencia de género, que prescribe la escolarización inmediata de los hijos afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género; dentro del relevante marco de dicho cuerpo legal en materia educativa, en cuanto al fomento de la igualdad (artículo 8 de la citada Ley), de la formación del profesorado (artículo 7 de dicha Ley) y en definitiva de los valores de igualdad del sistema educativo (artículo 4 de la mencionada Ley). Por último, también debemos hacer referencia a la reciente Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado¹; que como vemos, son figuras no recogidas en nuestro Rex, pero que en base a esta directiva, podrían solicitar la correspondiente tarjeta de residencia, bien como aprendiz, siempre que tenga la condición de no remunerado, o como voluntario que está dentro de un programa de voluntariado acreditado.

I) Derecho a la asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria es uno de los derechos básicos reconocidos inherentemente a la propia dignidad humana, como proyección del derecho fundamental a la vida, que precisa de una cobertura pública en la Seguridad Social, para cumplir el reconocimiento del derecho a la protección de la salud de todos los seres humanos, a la que tienen derecho en igualdad de condiciones a los nacionales. Y todo ello por imperativo constitucional del artículo 43 CE, y legal del artículo 1.2 de la Ley General de Sanidad, al declarar que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, incluidos no sólo los titulares directos del derecho, sino también sus familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquéllos, conforme al artículo 100.1.c) LGSS, y el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que aprobó las normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social. Este cuerpo normativo reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al

(1) Publicado en el DO I.16 de 23 de enero de 2004, p. 44. Es destacable las definiciones realizadas en su artículo 2, sobre las figuras del “estudiante”, de “alumno”, de “aprendiz no remunerado”, de “régimen de servicio de voluntariado”. Además en su artículo 8, establece la posibilidad de movilidad de los estudiantes para cursar estudios en otro Estado miembro, si acredita entre otros extremos, que el nuevo programa de estudios que se propone seguir, se complementa con el ya realizado, o participa en un programa de intercambio comunitario o bilateral, o haya sido admitido en un Estado miembro para estudiar dos años como mínimo. También recoge la figura del “aprendiz no remunerado” en su artículo 10 si hubiera firmado un convenio de formación, autorizado en su caso por la autoridad competente en una empresa del sector público o privado, y siempre que demuestre que durante su estancia en el Estado miembro dispone de medios de vida suficientes, por lo que se podría acoger este tipo de autorizaciones de residencia en España. Lo mismo ocurre con los “voluntarios” siempre que se aporte el correspondiente convenio de voluntariado, donde se incluya la descripción de las tareas.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos. Posteriormente fue asimilada, a estos efectos, y dándose determinadas condiciones, la pareja de hecho al cónyuge, mediante resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, recogida en la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de febrero de 1985.

La asistencia sanitaria prevista en el artículo 12 LOEXIS, es a favor de CUATRO grupos de extranjeros:

- a) Los regularizados, nombrando la LOEXIS concretamente a los “extranjero que se encuentren inscritos en el padrón municipal en el que residan habitualmente”, que en España están exactamente en las mismas condiciones que cualquier español.
- b) El derecho a la asistencia sanitaria de urgencias, que tiene “cualquier extranjero que se halle en España” –regularizado o no–, ante enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y la continuidad de dicha atención hasta el alta médica².
- c) Los “extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España”³ tienen derecho a la asistenta sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
- d) Y las extranjeras embarazadas que se encuentren en España, que tendrán el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, el parto y el postparto⁴.

Por tanto, ahora la disposición adicional VII del Reglamento establece, que la regulación de la LOEXIS no excluye la vigencia y cumplimiento de lo dispuesto en los Reglamentos y Acuerdos Sanitarios Internacionales –algunos expresamente referenciados a pie de página–, en los artículos 38 y 39 y disposición final octava de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el Real Decreto 1418/1986, de 13 de junio, en materia de sanidad exterior y en las demás disposiciones dictadas para su aplicación y desarrollo. En consecuencia, la Administración General del Estado para realizar las actuaciones y pruebas sanitarias derivadas del Reglamento, puede suscribir a través de los Departamentos ministeriales, los convenios con los correspondientes servicios de salud o instituciones sanitarias. Hasta ahora, como el desarrollo normativo de la asistencia sanitaria es competencia transferida a las Comunidades Autónomas, han sido desarrolladas normativamente en cinco grupos:

– En primer lugar encontramos la normativa aplicable a los “residentes” de la Comunidad Autónoma: Artículo 3 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón, o el artículo 3 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Castilla-La Mancha.

– En segundo lugar nos encontramos otro grupo que aplica la asistencia sanitaria, en función a que tengan “vecindad administrativa”, como es el caso del artículo 4 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja.

(2) Sigue las pautas del artículo 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre protección de Trabajadores Migratorios y de sus familias de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003, y que no ha sido ratificado por España.

(3) Conforme al artículo 28 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

(4) Así lo establece el artículo 9 de la Convención 102 OIT.

– En tercer lugar, hay otras Comunidades Autónomas, que extienden el derecho de asistencia sanitaria a “todos los residentes... con independencia de la situación legal o administrativa”, como establece el artículo 2 de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura; el artículo 2 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de las Islas Baleares o el artículo 1 de la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de la Comunidad Foral de Navarra.

– En cuarto lugar, es destacable la normativa catalana, en cuyo artículo 7 del Decreto 188/2001 de 26 de junio de Cataluña, establece al igual que la LOEXIS, diversas modalidades de atención sanitaria, si bien de un modo más amplio y pormenorizado, en atención a criterios de localización distintos:

- a) “Derechos de los extranjeros que se encuentren en Cataluña inscritos en el padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente, a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos (...) sin que, en ningún caso, se les pueda exigir el cumplimiento de otros requisitos adicionales.”
- b) “Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en territorio de Cataluña (...) sin que, en ningún caso se les pueda exigir el reconocimiento de este derecho a la inscripción en el padrón municipal donde residan, ni a ningún otro requisito adicional.”
- c) “Extranjeras embarazadas que se encuentren en Cataluña, durante el embarazo, el parto y el postparto (...) sin que, en ningún caso se les pueda exigir el reconocimiento de este derecho a la inscripción en el padrón municipal donde residan.”
- d) “Extranjeros que se encuentren en España, no residentes y que no estén incluidos en ninguno de los colectivos en los apartados anteriores, a la asistencia sanitaria de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, sea cual sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.”

– Y en quinto lugar, la normativa valenciana es paralela a la catalana descrita, añadiendo en el artículo 2.2 del Decreto 26/2000, de 22 de febrero, que:

“Los extranjeros no empadronados que se encuentren en la Comunidad Valenciana tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes cualquiera que sea la causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”.

Añadiendo además, que:

“No obstante lo anterior, la Consellería de Sanidad ampliará la cobertura sanitaria para este colectivo, cuando carezca de recursos económicos, a las condiciones señaladas en el apartado 2.1, mientras normalizan su situación administrativa.”⁵.

(5) Lo que significa, que en la Comunidad Valenciana, con el mero hecho de que un extranjero tenga solicitada su autorización para trabajar o residir, tiene derecho a toda la asistencia sanitaria, igual que cualquier otro español, siempre y cuando se dé la condición de “carecer de recursos económicos”. Evidentemente, salvo casos muy puntuales, en la mayoría de los casos se carece de recursos económicos.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

En definitiva, la disposición adicional VII del Reglamento recoge lo que ya venía estableciendo jurisprudencialmente el propio Tribunal Constitucional⁶, desde la STC 95/ 2000, y la jurisprudencia menor, como la sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2001⁷. Además, ahora hay que tener en cuenta, que en materia de violencia de género, el artículo 15 de la LO 1/2004 establece el deber de las Administraciones sanitarias, de promover e impulsar las actuaciones profesionales para la detección precoz de la violencia de género.

J) Contingente

El contingente de trabajadores extranjeros está desarrollado en los artículos 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 del Reglamento, que establecen las siguientes cuatro principales novedades:

En primer lugar, se recoge la posibilidad de que por acuerdo del Consejo de Ministros, pueda establecerse supuestos donde excepcionalmente se puedan tramitar ofertas nominativas a través del Contingente, siendo pues la regla general la oferta genérica, pero sin excluir excepcionalmente la oferta nominativa.

En segundo lugar, que en el Acuerdo de Contingente, puede establecerse un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para búsqueda de empleo limitados a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto.

En tercer lugar, está previsto reglamentariamente que dependiendo de las características del puesto de trabajo, pueden desarrollarse cursos de formación, en España o en los países de origen, para los trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados.

(6) Sentencia 95/2000, 10 de abril, siendo Ponente Villar, que enjuició una denegación de solicitud de asistencia sanitaria para su compañera sentimental de nacionalidad rumana sin ingresos propios, y para su hija en común, previo compromiso notarial de mantener económicamente a ambas, de hacerse cargo de los gastos de estancia y eventual retorno a España como de aquellos otros que se pudieran ocasionar por enfermedad, accidente o causa fortuita. El INSS denegó tal petición alegando que no podía considerarse extranjera residente legalmente al carecer de tarjeta de residencia, que el denegarle asimismo la exención de visado, se acordó como medida cautelar en dicho procedimiento contencioso-administrativo, que durante la sustanciación del litigio sobre la asistencia sanitaria, se le eximió de la obtención de la exención de visado. Finalmente se dictó sentencia dando la razón por completo al recurrente, por conculcarse los artículos 14 y 24.1 CE, y el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE pues pese a no ser residente legal en nuestro país ni estar en posesión de la tarjeta de autorización, el auto de medidas cautelares, precisamente le había eximido cautelarmente de la exigencia de dicho visado para obtener el permiso de residencia; por lo que como de dicha resolución se derivó consecuentemente, la legalidad de la estancia de aquella en España, dicha solución debería de haber sido el criterio aplicado para acceder al beneficio solicitado, en lugar de la posesión o no del citado permiso.

(7) STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2001, comentada por CHARRO BAENA en *REDMEX* n.º 1 de noviembre de 2002, p. 170, sobre la estimación de la inclusión en la cartilla sanitaria de dos hijos residentes en Marruecos, no sólo por el Convenio Hispano-Marroquí de obtener asistencia sanitaria de familiares residentes en Marruecos, sino también por el artículo 41.1 del Reglamento CEE 2211/78, que aprueba el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, por lo que España debe incluir a los hijos residentes en Marruecos, por trabajar el padre en España, donde paga impuestos y cotiza.

En cuarto lugar, que la concesión del visado por la autoridad consular, incorpora la autorización inicial de trabajo y cuenta ajena de un año de duración, a contar desde la fecha en que se entre en España, lo que obligatoriamente se hace constar en el pasaporte. Dicha autorización inicial de trabajo y residencia se limita a un ámbito geográfico y sector de actividad determinado y permite la incorporación inmediata de los trabajadores a la empresa, así como su afiliación y/o alta en la Seguridad Social; teniendo que solicitar el TIE en el plazo de un mes desde la entrada en nuestro país.

Como sabemos para el año 2005, se publicó en el *BOE* n.º 31 de 8 de febrero, la Resolución de 4 de febrero de 2005 de la Subsecretaría, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004, que acordó la prórroga del contingente de 2004, y por tanto la vigencia del acuerdo de 19 de diciembre de 2003, que fue el que determinó dicho contingente de 2004⁸.

K) Derecho sancionador

En materia sancionadora podemos destacar tres novedades esencialmente:

En primer lugar, la realizada por la LO 11/2004 al equiparar el artículo 89 CP al artículo 57.5 LOEXIS, en cuyo último párrafo establece que “En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 CP”. Por lo que frente a la anterior alternativa entre expulsión judicial como sustitutivo penal íntegro o como sustitutivo penal parcial, ahora imperativamente se tiene que sustituir para penas inferiores a 6 años, porque “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

En definitiva, frente al anterior criterio potestativo de elección entre el cumplimiento de la pena privativa de libertad inferior a seis años y la expulsión, ahora se impone la sustitución de la expulsión frente al cumplimiento de la pena privativa de libertad en nuestro país; siendo ésta la excepción, siempre y cuando motivadamente y según la naturaleza del delito, quede justificado el cumplimiento de la condena en nuestro país.

En segundo lugar, el Reglamento establece en su artículo 117, que si en el curso de un expediente sancionador, antes de que el instructor haga la propuesta definitiva al órgano competente, en caso de tener conocimiento de la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la Justicia, especialmente las previstas en el artículo 59 LOEXIS, puede proponer la exención de responsabilidad y su no expulsión, en consideración a su colaboración o cooperación con las autoridades o sus agentes, proporcionando datos esenciales o declarando en los procesos

(8) Se da la paradoja, que para provincias con un potencial agrícola bajo plástico relevante, como es Almería, ni siquiera haya un solo puesto ofertado como peón agrícola.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

correspondientes, como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a los autores y cooperadores de los tráfico ilícitos de seres humanos a los que el indicado artículo 59 LOEXIS hace referencia. En caso de dictar resolución declarando la exención de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y con el fin de facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el artículo 31 LOEXIS, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. Ahora bien, el Rex, establece que la concesión de dicha documentación podrá ser revocada si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales. Además, durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el Juez instructor según lo establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Por lo demás, cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a los efectos de que valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario. En caso de que ya hubiera sido expulsado, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, todo ello sin perjuicio de que se adopte alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Y en tercer lugar, la regulación expresa del procedimiento simplificado, regulado en los artículos 135, 136 y 137 del Reglamento, que se sigue cuando los hechos denunciados sean infracción de carácter leve, iniciándose de oficio, o por denuncia formulada por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía. El plazo de resolución máximo es de dos meses desde su inicio. El órgano competente, al dictar el acuerdo de iniciación, especifica en el mismo el carácter simplificado del procedimiento, comunicando dicho acuerdo al órgano instructor y simultáneamente es notificado a los interesados. En el plazo de diez días, a partir de la comunicación y notificación del acuerdo de iniciación, el órgano instructor y los interesados pueden aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición y práctica de prueba. Transcurrido dicho plazo, el Instructor formula propuesta de resolución, fijando motivadamente los hechos, especificando los hechos probados y su exacta calificación jurídica, con determinación de la infracción, de la persona o personas responsables y especificando la sanción que propone, así como las medidas provisionales que se hubieren adoptado, o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad. Además, si el instructor aprecia que los hechos pueden ser constitutivos de infracción grave o muy grave, puede acordar la continuación del expediente por los trámites del procedimiento ordinario, lo que se notifica a los interesados para que, en el plazo de cinco días, formulen alegaciones si lo estiman conveniente; y en el plazo de tres días desde que se reciba el expediente, el órgano competente para resolver dicta la resolución en la forma y con los efectos procedentes para las resoluciones de sanción de multa.

Por lo demás, hay una regulación reglamentaria más detallada del plazo de prescripción de las sanciones, manteniendo el plazo de cinco años si la sanción es por infracción muy grave, de dos años si es infracción grave y de un año si es infracción leve. En caso de que la sanción impuesta fuera la expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución, cuyo plazo no podrá exceder de un máximo de diez años; mientras que el plazo de prescripción de la sanción comienza a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución donde se imponga la sanción; declarándose de oficio la prescripción, tanto de la infracción como de la sanción, por los órganos competentes en las diversas fases de tramitación del expediente; requiriendo tanto la prescripción como la caducidad acuerdo expreso de prescripción y caducidad, donde se mencione tal circunstancia como causa de terminación del procedimiento, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables, según lo establecido en el artículo 42.1 LRJAP y PAC 30/1992.

L) Centros de internamiento

La LO 11/2003 ha modificado la normativa sobre los Centros de internamiento (en adelante CIES), que anteriormente venía detallada en el Rex, y ahora legalmente porque así lo ha establecido la STS de 20 de marzo de 2003, lo que se ha llevado a cabo modificando el primer párrafo del artículo 62 LOEXIS; lo que ya ha dado lugar a pronunciamientos judiciales⁹.

El Rex especifica en sus artículos 153, 154 y 155, que el ingreso en un CIES de carácter no penitenciario, tan sólo puede acordarse por el Juez Instructor Penal en el plazo máximo de 72 horas desde su detención, sin que pueda prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o retorno. El plazo máximo es de cuarenta días, y se debe comunicar tal extremo al Consulado competente, facilitando los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento, o a través del Ministerio de Asuntos Exteriores cuando no se haya podido notificar al Consulado o éste no radique en España. Además, si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España.

Por otra parte, los menores extranjeros no pueden ser ingresados en dichos centros, sino que deben ser puestos a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores, salvo que el Juez de Menores lo autorice, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, y sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

(9) Como la STS de 20 de enero de 2005 (Sección II, Pte.: Sr. Saavedra Ruiz), en materia de responsabilidad civil patrimonial subsidiaria del Estado por culpa *in vigilando* conforme al artículo 120.3 CP 1995, por incendio, puesto que en dicha sentencia "llama la atención que, teniendo en cuenta las características del recinto y su mobiliario y el número de internos albergados, se omitiese la intervención de los encendedores de bolsillo con los que se provoca el fuego en las colchonetas de gomaespuma –culpa *in vigilando*—", al ser insuficiente el sistema de prevención y protección contra incendios existente, ya que el informe municipal del Servicio de Licencias de Apertura aconsejaba la introducción de una serie de medidas complementarias para optimizar las instalaciones.

M) Comunicaciones interorgánicas y judiciales. Supuesta agilización administrativa

El Reglamento establece la comunicación interorgánica de las infracciones cometidas por los extranjeros que incumplan los deberes, obligaciones y cargas impuestos por el ordenamiento jurídico general. Dando cuenta la Dirección General de Inmigración, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y las Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales, a la autoridad gubernativa de los supuestos de infracciones, relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en España, de que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus competencias. Igualmente, las autoridades gubernativas y los servicios policiales comunicarán a la Dirección General de Inmigración, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o a las Áreas y Dependencias Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales, los hechos que conozcan y que pudieran constituir infracciones laborales contra lo dispuesto en el presente Reglamento.

Cuando la expulsión hubiera sido autorizada judicialmente, las autoridades gubernativas y los servicios policiales comunicarán de modo inmediato la práctica de la expulsión o las razones que, en su caso, imposibilitan su realización a la autoridad judicial que la hubiese autorizado y al Ministerio Fiscal.

Si el Ministerio Fiscal conoce que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley Orgánica 4/2000 sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión, a los efectos oportunos.

Los Directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la Comisaría Provincial respectiva de su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en procedimiento por delito, a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000. A estos efectos, en los expedientes personales de los extranjeros condenados se hará constar si a los mismos les ha sido incoado expediente de expulsión, así como, en su caso, el estado de tramitación en que se halle. El Registro Central de Penados y Rebeldes comunicará, de oficio o a instancia de la Comisaría Provincial de Policía, los antecedentes penales de los extranjeros que hayan sido condenados por delito doloso que tenga señalada pena superior a un año de prisión, a los efectos de incoación del correspondiente expediente de expulsión, a cuyo fin remitirá certificado de los mismos.

Por último, y de conformidad con la disposición adicional XVII de la LO 19/2003 de modificación de la LOPJ, los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del

correspondiente expediente sancionador. Comunicando igualmente, las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

En cuanto a la supuesta agilización administrativa, los Ministerios que intervienen en la tramitación de los expedientes de extranjería pondrán en funcionamiento en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Reglamento, una aplicación informática para la tramitación de expedientes de extranjería común coordinada por el Ministerio de Administraciones Públicas y con acceso de los demás Ministerios implicados, como se establece en la disposición final II del Reglamento, añadiendo que dicha aplicación deberá permitir:

1. El acceso, en el momento oportuno, del departamento ministerial competente para introducir o modificar aquellas informaciones que sean necesarias para la tramitación de los expedientes de extranjería en curso.
2. La comunicación entre cualquiera de los implicados, al objeto de conocer el estado de tramitación del expediente y posibilitar la continuación del mismo.
3. La consulta del expediente en tiempo real por parte de los organismos competentes de los distintos departamentos ministeriales, incluidas las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares. En la medida que quede garantizada la protección de datos de carácter personal y que las condiciones técnicas lo permitan, se procurará facilitar la consulta por parte del interesado, a través de conexiones de Internet, del estado de tramitación de las solicitudes de autorización de residencia o de trabajo y residencia.
4. La obtención de datos actualizados para el cumplimiento de las funciones de observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno inmigratorio, con el objeto de analizar su impacto en la sociedad española y facilitar información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley Orgánica 4/2000 y el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, por el que se regula el Observatorio Permanente de la Inmigración.

Dentro de dicho contexto, el Reglamento prevé que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales pueda disponer de una red pública de centros de migraciones, que desempeñan tareas de información, atención, acogida, intervención social, formación, y, en su caso, derivación, dirigidas a la población extranjera; pudiendo asimismo desarrollar o impulsar actuaciones de sensibilización relacionadas con la inmigración, a los fines de integración social que tiene encomendados. Además, dicha red de centros de migraciones puede desarrollar programas específicos para extranjeros que hayan solicitado asilo o el estatuto de apátrida, refugiados, apátridas, o de protección a inmigrantes que lleguen a España con el contingente anual de trabajadores extranjeros, y los estén en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social; correspondiendo a la

Dirección General de Integración de los Inmigrantes determinar los programas a desarrollar por los centros de migraciones, así como los destinatarios de los mismos. Concretamente, dicha red de centros de migraciones está integrada por los centros de acogida a refugiados, los centros de estancia temporal de inmigrantes en Ceuta y Melilla, y por los centros de nueva creación. Dichos centros integrados en la red de centros de migraciones se regirán por un estatuto común, sin perjuicio de la posibilidad de que los distintos centros desarrollen programas destinados a colectivos determinados.

II. OTRAS NOVEDADES

A) Nueva competencia judicial de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Las resoluciones dictadas por los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores del Interior, y de Trabajo y Asuntos Sociales, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, y sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, ponen fin a la vía administrativa.

Las únicas resoluciones que no agotan dicha vía administrativa son las solicitudes de prórroga de autorización de residencia, renovación y modificación de autorización de trabajo, y devolución, denegación de entrada, y retorno, contra las que cabe realizar las alegaciones y el resto de los recursos administrativos previstos en la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC).

Contra el resto de los actos que agotan la vía administrativa, cabe interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos, que son:

- a) En vía administrativa cabe interponer recurso potestativo de reposición, e incluso en los supuestos taxativamente legales, el recurso extraordinario de revisión.
- b) Y en vía judicial, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo del lugar donde se dicte la resolución que se recurra, tras la modificación realizada por la disposición adicional XIV de nueva LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, frente a la situación anterior, donde las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ eran la primera instancia de dichos procedimientos contenciosos-administrativos en materia de extranjería, a consecuencia del colapso que supuso el último período extraordinario de regularización de 2001. Ahora son los Juzgados Contencioso-Administrativos los órganos jurisdiccionales que conocen dicha materia en primera instancia.

Por otro lado, destacar la importancia de la nueva competencia de los Juzgados Contencioso-Administrativos para conocer los asuntos de extranjería, lo que supone un importante acer-

camiento de la justicia al ciudadano, que evita peregrinajes judiciales de una provincia a otra (piénsese en las CCAA extensas como Andalucía, Castilla-León, incluso Cataluña..., donde un extranjero de Almería, de León o de Tarragona, tenía que desplazarse a otra provincia para interponer judicialmente cualquier litigio contra la administración, lo que unido al hecho de que normalmente solicitan justicia gratuita, suponía que por ejemplo un extranjero de Almería o de Jaén tenía que solicitar Letrado de Oficio, que se les concedía en Granada, y allí era donde tenía que desplazarse para contactar con el correspondiente Letrado, e interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo).

Ahora, no sólo se evita dicho peregrinaje procesal, sino lo que es más importante, se logra una agilización de la justicia pues frente a la tramitación como procedimiento ordinario en la anterior normativa, ahora se tramita como procedimiento abreviado, convirtiendo un largísimo procedimiento de más de tres años, en un litigio que apenas supera los tres meses. Lo que conlleva una aproximación al ciudadano de la justicia, y a un procedimiento más justo, en defensa del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, y no dilación indebida del procedimiento. Aunque en realidad no ha sido sino la respuesta legal a la lucha competencial entre TSJ y Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, para evitar enjuiciar estos litigios, ante la avalancha de litigios de extranjería.

B) La cuestión de la justicia gratuita

Por último, y en relación a la justicia gratuita, la STC de 27 de enero de 2003 ha anulado parcialmente el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Justicia Gratuita¹⁰, reconociendo el acceso de todos los inmigrantes en los mismos términos que un español, o un nacional de la UE; aunque si el inmigrante no está dentro de nuestro territorio, tan sólo tiene acceso a la jurisdicción social y penal en los términos del apartado d) y e) del artículo 2 de la Ley de Justicia Gratuita; pese a lo cual ni el Reglamento ni la LO 14/2003 han recogido dicho cambio legal impuesto por el TS, manteniendo sin embargo erróneamente, la misma redacción del apartado segundo del artículo 22 LOEXIS, que restringía el derecho a la asistencia jurídica gratuita a “extranjeros residentes”.

De una forma inmediata y especializada, la justicia gratuita tiene especial incidencia en materia de violencia de género, por disposición legal del artículo 20 de la LO 1/2004. Dicha justicia gratuita se presta inmediatamente, y además con carácter especializado en la materia, sin perjuicio de que ulteriormente, a la extranjera se le reconozca definitivamente dicho derecho.

C) La competencia desleal y la extranjería

La contratación irregular de extranjeros por los empresarios, conlleva no sólo responsabilidades penales y administrativas, sino además el resto de las responsabilidades derivadas de la

(10) Publicada en el BOE de 10 de junio de 2003, interpuesto por el Defensor del Pueblo el 12 de abril de 1996.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

defensa de una adecuada competencia empresarial. Es la respuesta normativa del “*dumping social*”, que va más allá del mero fin proteccionista del mercado laboral, y se extiende a la defensa integral de la libre competencia empresarial, desde un punto de vista real y práctico. Se sanciona así económicamente al empresario que se aproveche de la situación irreversible del fenómeno migratorio, con la contratación de inmigrantes irregulares, para impedir legalmente un injusto beneficio económico empresarial, en detrimento de los derechos del inmigrante y de la falta de cotizaciones a la Seguridad Social, abaratando el precio del trabajo, rebajando los costes salariales con la falta de cotizaciones a la Seguridad Social.

Concretamente, el último precepto de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, –modificadora de la LOEXIS–, introduce una novedad en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD), al establecer como nueva responsabilidad empresarial, en su apartado 3.º del artículo 15 LCD:

“Que igualmente en el marco de lo dispuesto en el número 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar, obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería.”

La anterior redacción de dicho artículo 15, en sus apartados 1 y 2, se referiría a la violación de normas, y concretamente establecen:

- “1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”

III. ANEXO. EL PERÍODO DE NORMALIZACIÓN

A) Concepto y requisitos

El proceso de normalización es el último proceso extraordinario de regularización, introducido en la última modificación del Borrador del Reglamento, sistemáticamente ubicado en la disposición transitoria III del texto definitivo del Rex, y con una duración trimestral (del día 7 de febrero de 2005 hasta el día 7 de mayo del mismo año), en el plazo de tres meses tras la entrada en vigor del Reglamento de la LOEXIS.

Los requisitos para conseguir esta normalización son los siguientes. Los empresarios o empleadores que quieran contratar a un extranjero deben presentar bien personalmente, bien a través de personas legitimadas, la correspondiente solicitud en modelo oficial para que se les concediera autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, adjuntando los siguientes documentos:

- a) El empujamiento del trabajador en cualquier municipio español, como mínimo antes del día 8 de agosto de 2004 (es decir con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Rex); y que esté en España en el momento de realizar la solicitud.

b) Que el empresario o empleador firme con el trabajador un contrato de trabajo, condicionado a la concesión de la autorización de trabajo y de residencia, con duración de seis meses, o de tres meses en el sector agrario. En los sectores de la construcción y la hostelería, dicha duración semestral contractual puede materializarse dentro de un período máximo de doce meses.

En caso de ser los contratos de trabajo a tiempo parcial, el período de prestación laboral se incrementa proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dicho contrato, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

c) Y que se cumplan los requisitos del artículo 50 LOEXIS, es decir que se carezca de antecedentes penales en España y en el país de origen.

Durante el mismo período (desde el 7 de febrero al 7 de mayo de 2005), este proceso de normalización también fue aplicable a los extranjeros que trabajan como empleados domésticos, parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar, si realizaban un número de horas de trabajo semanales no inferior a treinta, en el cómputo global, y reunían los requisitos de la legislación aplicable a los efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos, por un período mínimo de actividad de seis meses.

En caso de que el extranjero haga una sola actividad en el servicio del hogar familiar a tiempo completo para un solo empleador, puede obtener la autorización conforme al régimen general (contrato de seis meses).

Seis son sus principales características:

En primer lugar, solicitud dentro del período de normalización, conlleva el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión recaídas sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la orden de expulsión correspondiente esté basada en las causas previstas en el artículo 53.a) y b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La denegación de la autorización implicará la continuación de los expedientes de expulsión y la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas.

En segundo lugar, el carácter preferente que concede la disposición transitoria III a las solicitudes del período de normalización.

En tercer lugar, el archivo de oficio de cualquier otra anterior solicitud de residencia o de residencia y trabajo para el mismo extranjero.

En cuarto lugar, la necesidad de resolver motivadamente la resolución, y su notificación al empresario o empleador, en los casos del apartado del régimen general y al propio trabajador extranjero en el supuesto de empleados domésticos.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

En quinto lugar, si la resolución fuese favorable, para que tenga validez, se condiciona a que en plazo de un mes desde su notificación, se produzca la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social; surtiendo efectos la notificación para proceder al abono de las tasas correspondientes. Una vez cumplida la condición de afiliación y/o alta, la autorización comienza su período de vigencia de un año.

Y en sexto lugar, si transcurre un mes desde la notificación de la autorización, sin dar de alta en la Seguridad Social, la autorización queda sin efecto. En tal caso se requiere al empresario o empleador en los casos del régimen general, y al propio trabajador extranjero si trabaja en el régimen del hogar, para justificar las razones de la falta de inicio de la relación laboral, con la advertencia de que si no alega ninguna justificación, o no son suficientes las razones aducidas, se puede denegar las demás solicitudes de autorización que presente.

En definitiva se elimina la anterior exigencia legal y reglamentaria de “incorporación real al mercado de trabajo”, a cambio de la más objetiva y directa que consiste en tener un “contrato de trabajo en vigor”; por lo que desaparece así las prácticas ficticias de ofertas de empleo inexistentes, como ha ocurrido en las dos últimas regularizaciones, y además se recoge las flexibilizaciones para hostelería y el sector agrario, donde sí puede ser efectiva la flexibilización, a diferencia del sector de la construcción donde difícilmente el empresario, que solo necesita trabajadores por obra determinada, va a poder comprometerse a períodos de seis meses; sin perjuicio de que la exigencia al empresario del compromiso mínimo semestral de duración contractual, que además tienen que renunciar al período de prueba, no sólo puede tener los efectos contrarios, sino que además cabe preguntarse la posible validez de que por vía reglamentaria se pueda imponer dicho compromiso, puesto que afecta al principio de libre contratación y al derecho de fijar los períodos de prueba.

B) El empadronamiento

a) Carácter restrictivo del empadronamiento impuesto por LO 14/2003

Frente al carácter restrictivo del empadronamiento tras la última reforma de la LOEXIS, operada mediante la LO 14/2003, donde se disuadió a muchos extranjeros a empadronarse, para evitar posibles expulsiones; ahora el Rex disposición adicional un giro de ciento ochenta grados, concediendo precisamente al padrón, el estatus pleno de prueba unívoca, para demostrar la estancia en España desde antes del día 8 de agosto de 2004, en el proceso de normalización.

Recordar, que la LO 14/2003, estableció en su disposición adicional VII que: “Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la LOEXIS, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones municipales, preferentemente por vía telemática”. Añadiendo además, que “A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, la fecha y hora en que se realizó, así como los datos consultados”.

Por lo que al no especificarse legalmente cuál era la “exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias de la LOEXIS”, había una obligación legal de ceder a la Policía los datos informáticos del padrón municipal, con el único límite de que quedara mera constancia en la Dirección General de la Policía de los siguientes extremos:

- 1.– De cada acceso.
- 2.– De la identificación exacta del usuario.
- 3.– De la fecha y hora de la consulta.
- 4.– Y de los datos consultados por el usuario.

Lo que quiebra la regla general de exclusividad del tratamiento informático de la Ley Orgánica de Protección de datos (en adelante LOPD), vulnerando los tres principios básicos en dicho tratamiento: el de finalidad, el de idoneidad, y el de proporcionalidad:

– El de finalidad, porque la LO 14/2003 da un fin distinto al inicialmente concedido por la LRBRL, para legitimar la recogida, tratamiento y cesión de datos, al conculcar el principio de finalidad del artículo 4.1 y 4.2 LOPD.

– El de idoneidad, al existir otros medios legales alternativos menos gravosos para el interesado.

– Y el de proporcionalidad, porque este acceso policial a los datos informáticos es un sacrificio excesivo en la protección de datos de extranjeros, al estar dirigida a un sector excepcional de la población (los extranjeros extracomunitarios), que está provocando una desincentivación del empadronamiento, a favor de otros medios de prueba para acreditar el arraigo, y que supone una discriminación en base a la actitud arbitraria de la Administración, porque:

- 1.– La finalidad originaria del padrón municipal era determinar el municipio, la condición de vecino...)
- 2.– La finalidad sobrevenida de dicho padrón es ahora el acceso de la Dirección General de la Policía, para controlar a los irregulares, con el fin de poder localizarlos y en su caso expulsarlos, lo que evidentemente vulnera el principio de proporcionalidad, al conculcar el derecho fundamental a la intimidad, y los más esenciales derechos a la dignidad humana, y el resto de los derechos inherentes de la persona, como es el acceso directo al inicio de un procedimiento de expulsión.

Por lo que como todo esto evidencia una clara vulneración del derecho fundamental del artículo 18.4, sobre protección de la intimidad personal de datos informáticos¹¹, la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía emitió un dictamen en tal sentido¹² solicitando al Defensor del Pueblo que interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la LO 14/2003, que declinó según el comunicado emitido por la Oficina del Defen-

(11) AGUELO NAVARRO, P., “Aspectos inconstitucionalidad de la LO 14/03”. Artículo publicado en el n.º 5 de la *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, p. 104.

(12) Texto íntegro publicado en la web www.cgae.es.

sor, por haberlo ya realizado otra institución legitimada para ello: el Parlamento Vasco, que planteó un recurso de inconstitucionalidad, coincidente en la mayoría de los extremos del Dictamen del CGAE, y que debe prosperar, tal y como ocurrió en Alemania, donde por Sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la Ley del Censo, consideró la finalidad excesiva, al indicar: “Sólo cuando reine la claridad de la finalidad con la cual se reclamen los datos y qué posibilidades de interconexión y de utilización existen, se podrá contestar afirmativamente la interrogante sobre la licitud de las restricciones del derecho de autodeterminación informativa”. En España tal derecho afecta desigualmente a los ciudadanos, al incidir exclusivamente a unos titulares sobre el derecho de protección de datos determinado: los extranjeros no comunitarios, ya que al resto de los titulares no les afecta esta modificación de la LO 14/2003; y al otorgar un tratamiento legal diferenciado del contenido y alcance del derecho fundamental de protección de datos, a los extranjeros extracomunitarios, que incide directamente en el ejercicio de otros derechos, porque en definitiva, la administración debe actuar dentro de las competencias sobre prohibición de cesión de datos personales que puedan vulnerar el artículo 18.4 CE, por tener el padrón municipal, carácter de base de datos actualizada, por la gestión actualizada de todos los datos personales de sus habitantes, donde aparece no sólo su domicilio, sino además todo el resto de sus datos personales, tales como edad, el género, la nacionalidad, el nivel académico.

b) El protagonismo del empadronamiento en la normalización

Sorprende que apenas un año después del carácter persuasivo concedido al padrón por la LO 14/2003 –que no olvidemos fue consensuada por los dos partidos mayoritarios–, ahora se le haya dado el protagonismo exclusivo.

De este modo, las entidades locales han retomado el protagonismo perdido, que otorgaba valor autónomo al empadronamiento en la redacción inicial de la LO 4/2000, y que se hizo desaparecer en la reforma de la LO 8/2000, al derogar el artículo 29.3 LOEXIS, que recordemos, establecía la regularización mediante acreditación de estancia de dos años ininterrumpida en España estando empadronado en un municipio con medios económicos suficientes, y que era un modo ágil de conseguir la “regularización automática”.

El resultado ha sido preocupante, porque durante casi todo el proceso de normalización quedaron excluidos muchísimos extranjeros que llevaban en España mucho antes del día 8 de agosto de 2004. Nos encontrábamos por ejemplo, con extranjeros que llevaban en España desde la última regularización extraordinaria tras el día 23 de enero de 2001, es decir más de tres años en nuestro país, y que jamás se habían empadronado, no sólo porque anteriormente jamás se había otorgado al empadronamiento ningún protagonismo probatorio, sino además porque su propia condición de irregulares, les impedía disponer de un domicilio estable y fijo para empadronarse, y sobre todo tras el carácter disuasorio impuesto después de la última modificación operada por la LO 14/2003 –como ya hemos analizado–. Finalmente, se consiguió subsanar tal extremo, cuando quedaban tres semanas para finalizar el período de normalización –y por tan-

to de un modo demasiado precipitado— con la figura del empadronamiento por omisión, que a continuación analizaremos.

c) La figura del certificado de empadronamiento por omisión

– Antecedentes

El primer antecedente lo encontramos en la Resolución de 1 de abril de 1997 conjunta con la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación territorial, por la que se dictaron instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión y revisión del padrón municipal. Concretamente su capítulo II era relativo a la “Gestión del padrón municipal”, en cuyo punto 2.g), se estableció en cuanto a la “gestión de altas por omisión” lo siguiente:

“2.GESTION DE ALTAS

“c) Altas por omisión

1. Aquellas personas que viviendo habitualmente en el municipio no figuran inscritas en su Padrón municipal deberán solicitar su inscripción en el mismo, por omisión. En la solicitud harán constar que no figuran o desconocen figurar inscritos en el Padrón de ningún otro municipio o en el Padrón de españoles residentes en el extranjero, y asimismo deberá figurar que el interesado manifiesta su conformidad para que se proceda, de oficio, a la anulación de cualquier inscripción padronal, en el caso de que exista, anterior a la fecha de solicitud del alta por omisión. 2. Los Ayuntamientos podrán declarar de oficio la inscripción en el Padrón de su municipio, por omisión, de aquellas personas que viviendo habitualmente en el municipio, no figuran inscritos en su Padrón.

Para decretar un alta de oficio será necesaria previamente la notificación al interesado de la incoación del expediente, que dispondrá del plazo que se señale, no superior a quince días ni inferior a diez, para manifestar si está o no de acuerdo con el alta pudiendo, en este último caso, presentar las justificaciones que estime pertinentes al objeto de acreditar que no reside en el municipio la mayor parte del año y que está empadronado, o procede a empadronarse en el municipio de su residencia o, en su caso, en el Padrón de españoles residentes en el extranjero.

Si el interesado manifiesta de forma expresa su conformidad con el alta, deberá indicar por escrito el municipio en que consta inscrito, o en su caso, si figura en el Padrón de españoles residentes en el extranjero. Si no figura o desconoce figurar empadronado lo hará constar así en la correspondiente declaración. En el caso de figurar empadronado, el Ayuntamiento comunicará, en los diez primeros días del mes siguiente, el alta por cambio de residencia al municipio donde figure inscrito o al Instituto Nacional de Estadística en el caso de que figure en el Padrón de españoles residentes en el extranjero, con objeto de que se proceda a la baja automática por cambio de residencia en el Padrón correspondiente.

En los casos en que el interesado, que esté empadronado en otro municipio o declare que va a empadronarse en su municipio de residencia, manifieste su disconformidad con el alta o no efectúe alegación alguna una vez transcurrido el plazo señalado al efecto, el alta de oficio sólo podrá llevarse a cabo con el informe favorable del Consejo de Empadronamiento.”

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

– *Concepto: Censo patronal antes del 8 de agosto de 2004 y sus problemas.*

La Resolución de 15 de abril de 2005 de la Subsecretaría, dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidencia del INE, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos, para la expedición de certificados padronales acreditativos de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004 (BOE n.º 91 de 16 de abril de 2005).

Podemos definir el “empadronamiento por omisión”, como aquel certificado emitido por los Ayuntamientos, acreditativos de la estancia antes del día 8 de agosto de 2004 del extranjero en nuestro país, mediante la aportación de los documentos aprobados en lista cerrada, y sin perjuicio del alta efectiva en el padrón municipal el día de la solicitud de dicho padrón por omisión.

Esta figura surgió a petición de la Mesa del Diálogo Social, que dentro del período de normalización, solicitó al Consejo de Empadronamiento sobre la posibilidad de establecer un empadronamiento por omisión para los extranjeros que no cumplieran con el requisito de empadronamiento antes del 8 de agosto de 2004, y que pudieran acreditar con documentos públicos la residencia en nuestro país antes de dicha fecha; a lo que accedió el Consejo de Empadronamiento, sirviéndose de la Resolución mencionada anteriormente de fecha 1 de abril de 1997, de manera que la fecha efectiva del alta padronal, sigue siendo el momento de la solicitud, sin perjuicio de la valoración posterior por parte de la Administración de dichas pruebas.

En concreto, la II Instrucción de dicha Resolución de 14 de abril de 2005, estableció una lista cerrada de los documentos públicos tenidos en cuenta para acreditar la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004, que son:

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

También se estableció que el INE resolvería cualquier duda que surgiera respecto a dicha relación de documentos; por lo que finalmente además se realizaron precisiones técnicas en la interpretación de dichos documentos, para su utilización exclusiva en el proceso de normalización, ante incertidumbres surgidas en la interpretación de dichos documentos, y que consistieron en:

En primer lugar, que cualquier documento aportado por la persona inscrita, y marcado en el apartado Observaciones de la certificación de inscripción padronal, tenía que cumplir los requisitos del apartado II de las Instrucciones conjuntas de 14 de abril de 2005, consistentes concretamente en:

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

Y en segundo lugar, que los documentos marcados en el apartado Observaciones de la certificación de inscripción padronal, especificados en el apartado II de la citada Resolución de 14 de abril de 2005, incluían exclusivamente los supuestos:

a) La copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada debidamente registrada en el municipio, podía tratarse de:

- Solicitud de empadronamiento presentada con anterioridad al 8 de agosto de 2004, en el mismo o diferente municipio, y en trámite o denegada, o certificación acreditativa de dicha solicitud (artículos 15 a 17 de la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local).

b) Tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud en el que conste la fecha del alta, o, en su caso, certificación en la que conste la fecha de antigüedad del alta, cuando se tratara de:

- Tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud en la que conste una fecha del alta anterior a 8 de agosto de 2004.
- Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social en el que conste que el trabajador extranjero tiene asignado un número de seguridad social anterior a 8 de agosto de 2004.
- Certificado de un Servicio Público de Salud acreditativo del alta del trabajador extranjero en la asistencia sanitaria anterior al 8 de agosto de 2004.

c) Copia de la solicitud de escolarización de menores, debidamente registrada, como por ejemplo:

- Certificado de la Autoridad competente en materia de educación acreditativo de que el trabajador extranjero bien tiene un menor a su cargo escolarizado antes de 8 de agosto de 2004, bien solicitó dicha escolarización antes de la misma fecha.
- Solicitud de escolarización registrada antes de 8 de agosto de 2004 por el órgano competente de la Administración, formulada por el trabajador extranjero, a favor de un menor a su cargo.
- Igualmente, se entenderán incluidos en este supuesto los casos en que la admisión en el centro docente se ha solicitado, por el trabajador extranjero cuya inscripción padronal se interesa, en su propio favor.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

– En los tres supuestos, la escolarización se entiende referida a aquélla realizada en un centro docente español público o privado oficialmente reconocido.

d) Copia de la solicitud debidamente registrada, certificación del informe de los Servicios Sociales, o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales, cuando se tratara de:

– Solicitud de ayudas sociales formulada por el trabajador extranjero y registrada antes de 8 de agosto de 2004 por el órgano competente de la Administración.

– Certificación acreditativa del informe emitido por los servicios sociales competentes, de la solicitud de ayuda presentada o de la percepción de ayudas sociales por parte del trabajador extranjero, en todos los casos referidas a hechos anteriores a 8 de agosto de 2004.

– Resolución registrada y notificada, emitida por el órgano competente, resolutoria de expediente de ayudas sociales iniciado antes de 8 de agosto de 2004.

e) Documento de alta laboral o certificación de la misma expedida por la Seguridad Social, como por ejemplo:

– Original diligenciado por la Tesorería General de la Seguridad Social de los documentos de afiliación y alta laboral del trabajador extranjero anteriores a 8 de agosto de 2004.

– Certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativo de la afiliación y alta laboral del trabajador extranjero anteriores a 8 de agosto de 2004, con independencia de la situación actual del trabajador extranjero en Seguridad Social.

f) Copia de la solicitud de asilo debidamente registrada, entre las que encontramos:

– Solicitud de asilo presentada antes del 8 de agosto de 2004, con independencia de que haya sido denegada o inadmitida a trámite, o estén en tramitación. Certificación acreditativa de dicha solicitud, o documento de identidad provisional como solicitante de asilo (artículo 4 de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado).

– Se asimilan al supuesto anterior las resoluciones por las que se deniega o inadmite a trámite una solicitud de asilo en España, siempre que en las mismas conste una fecha de presentación de la solicitud, o de resolución de la misma, anterior al 8 de agosto de 2004 (artículos 5.1 y 17 de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado).

g) Notificación de Resoluciones derivadas de la Normativa de Extranjería emitidas por el Ministerio del Interior, entre las que encontramos:

– Notificación de resoluciones de inadmisión a trámite, o de denegación o concesión, en relación con solicitudes de prórroga de estancia, autorización de residencia y/o trabajo, cédula de inscripción, título de viaje, autorización de estancia por estudios, o tarjeta en régimen comunitario, siempre que en las mismas conste una fecha de presentación de la solicitud, o de resolución de la misma, posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (21 de diciembre de 2003), y anterior al 8 de agosto de 2004 (artículos 29 a 35 de dicha Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

- Notificación de resoluciones de expulsión o acuerdos de devolución, siempre que en las mismas conste una fecha de iniciación del procedimiento, o de resolución del expediente sancionador, anterior al 8 de agosto de 2004 (artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000).
- Notificación de resoluciones relativas a una prohibición de salida del territorio español, o a medidas cautelares adoptadas dentro de un procedimiento sancionador en materia de extranjería, siempre que en las mismas conste una fecha de iniciación del procedimiento, o de resolución de la medida, anterior al 8 de agosto de 2004 (artículos 28.2 y 61 de la Ley Orgánica 4/2000).
- Estos supuestos serán tenidos en cuenta con independencia de la adscripción orgánica del Centro directivo del que proceda la resolución, a los Ministerios del Interior, de Trabajo y Asuntos Sociales, o de Administraciones Públicas.

C) Antecedentes penales: su legalización y el supuesto de los certificados positivos

Como hemos visto, la disposición transitoria III Rex, establece como requisito la ausencia de antecedentes penales en el país de origen y en España. Los antecedentes en nuestro país se solicitan de oficio por parte de la Administración, y hay que aportar a la solicitud la legalización de los antecedentes penales del país de origen.

En caso de que el extranjero tenga antecedentes penales en su país o en España (lo que se denomina antecedentes penales positivos) no conlleva automáticamente su inadmisión a trámite, ya que el criterio general debería de ser el admitir inicialmente la solicitud, para posteriormente dejar para la fase de resolución, la resolución de la incidencia de ese antecedente en función del delito, la pena impuesta y cumplimiento de la misma, rehabilitación, indultos, cancelaciones, reciprocidad de la infracción en nuestro derecho, etc.

El problema surge cuando hay distintos países que sólo emiten certificados penales a sus ciudadanos, si lo piden personalmente en su país de origen, provocando así un obstáculo infranqueable. Además existen países africanos que por diferentes razones, tanto bélicas, como de disturbios..., han destruido totalmente parte de los rudimentarios archivos que tenían de los antecedentes.

Otro problema son aquellos países que no tienen Consulado ni Embajada en nuestro país; puesto que se fuerza al extranjero a desplazarse a ciudades de otros países europeos para poder solicitarlos, y como pueden tardar varios meses en remitir el certificado de penales, la no atención a la solicitud puede ocasionar resultados palmariamente injustos.

Todo ello, sin perjuicio de los problemas que plantea el tema de los antecedentes penales, cuando se trata de delitos políticos camuflados técnicamente bajo la apariencia de delitos comunes, como los delitos de opinión, de manifestación, especialmente en países con recientes dictaduras, o con actuales dictaduras; piénsese por ejemplo en los antecedentes penales relativos a dictaduras en Latinoamérica, o en las actuales en África, o en Marruecos en relación con delitos de opinión frente a la monarquía.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

De igual modo, diversos problemas plantea la cancelación de los antecedentes penales, ya que existen países donde no se produce la cancelación de antecedentes, mientras que en España la cancelación, con los requisitos requeridos, puede producirse de oficio o a instancia de parte.

Por otro lado, dicha certificación de los antecedentes penales tiene que venir legalizada y traducida con la apostilla de la Haya. Si bien para países como Argentina, Colombia, Venezuela y Rusia basta con la legalización consular; lo mismo ocurre con Chile, Perú y Paraguay, donde basta igualmente la legalización consular en España al estilo Ecuador.

Tampoco hace falta legalización con la apostilla de La Haya en el caso de los certificados de antecedentes penales y sus traducciones de Marruecos, al haber sido autorizado dicho país para expedir certificados de antecedentes penales en sus Oficinas consulares en España, por lo que tienen que ser expedidos por las Autoridades competentes en su país. Además Marruecos no es país signatario del Convenio de La Haya por lo que los certificados expedidos en Marruecos deben ser debidamente legalizados en España de una de las dos formas siguientes:

En cualquier de sus consulados en Algeciras, Alicante, Almería, Barcelona, Bilbao, Burgos, Las Palmas de Gran Canaria, Madrid, Málaga, Sevilla o Valencia.

O bien por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación español, en el caso de que se realizara antes del día 7 de febrero de 2005.

Además, para que la validez de las traducciones al castellano sean válidas, tienen que reunir los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan efectuado por un Intérprete Jurado español debidamente firmadas y selladas.
- b) Que se hayan realizado, revisado o legalizado en las Misiones diplomáticas u Oficinas consulares de España en Marruecos.
- c) Que se hayan efectuado, revisado o legalizado por las Misiones diplomáticas u Oficinas consulares de Marruecos en España.
- d) Que se hayan elaborado por un Intérprete Jurado extranjero, siempre que estén firmadas y selladas y posteriormente legalizadas por el mismo procedimiento que los certificados de antecedentes penales.

D) El archivo de los expedientes de expulsión

Especial preocupación plantea la existencia de expedientes de expulsión, puesto que aun cuando está previsto el archivo para el caso de concesión de la autorización de residencia y trabajo, no aparece en el n.º 8 de la transitoria tercera ninguna previsión de paralización de los expedientes de expulsión, con lo cual puede ocurrir que los agentes policiales traten de materializar expulsiones de “sin papeles” que se encuentren dentro del proceso de “normalización” y en trámite de sus solicitudes; produciéndose así un peligroso vacío reglamentario para todo el marco temporal anterior a la concesión de la autorización, que puede conducir a situaciones radicalmente injustas.

E) Balance

La incorporación al Reglamento de esta previsión de este período extraordinario de “normalización”, ha sido muy importante, aunque se haya sido introducido en el último momento en el borrador del Rex, y como disposición transitoria III antes de su aprobación definitiva, puesto que ha servido para regularizar su situación a muchísimos extranjeros.

También ha sido muy loable utilizar el criterio del empadronamiento, como prueba unívoca para acreditar la estancia en España desde antes del día 8 de agosto de 2004, es decir antes de los seis meses previos a la aprobación del Rex, puesto que es un dato administrativo, que se puede advenir directamente en los archivos del INE, la realidad de la fecha del alta en el padrón. Sin embargo, el Rex no ha tenido en cuenta que la mayoría de los extranjeros no optaron por la vía del empadronamiento, para acreditar su estancia en nuestro país, sino que lo hicieron abriéndose cuentas corrientes en los bancos, enviando giros postales y dinero desde España a su país, acudiendo a los servicios de urgencias de los Hospitales públicos,...; por lo que hacemos una doble crítica que podría haberse subsanado desde el principio:

a) En primer lugar que el certificado de empadronamiento por omisión tendría que haberse regulado desde el inicio, en el cuerpo reglamentario, y no tan sólo cuando faltaban tres semanas para que terminara la normalización.

b) Y en segundo lugar la lista cerrada de los siete documentos para emitir dicho certificado de empadronamiento por omisión, ya que tendría que haberse incluido por ejemplo cualquier otro documento adverbable públicamente, como las cuentas corrientes abiertas en entidades bancarias, o las escrituras públicas que hubiera formalizado el extranjero, o cualquier otro que acreditase de cualquier otro modo veraz la permanencia en nuestro país desde antes del día 8 de agosto de 2004.

Por último, realizamos las siguientes críticas a este proceso de normalización:

– En primer lugar, la injusta exclusión a los trabajadores por cuenta propia, limitándose tan sólo a considerar el trabajo del régimen del hogar, sin tener en cuenta que hay un gran sector laboral, que lo es por cuenta propia, para todo tipo de negocios de servicios, como teterías, bazares, cafeterías, locutorios de internet y telefonía, tiendas de ropa, zapatería...

– En segundo lugar, se podría haber previsto la regularización de los familiares, con carácter simultáneo a la de los solicitantes, incluso a los menores, Piénsese que por ejemplo, los menores que llevan irregularmente en España más de un año con matrícula en centros educativos, han servido precisamente para emitir el correspondiente certificado de empadronamiento por omisión para los padres, pero se sigue excluyendo a los hijos.

– En tercer lugar, se podría haber arbitrado algún tipo de medida para aquellas personas que tenían circunstancias concretas, como por ejemplo las embarazadas, las personas enfermas, o los parados, que debido a esta situación no han podido formalizar un contrato de trabajo en el plazo fijado, posponiendo su regularización cuando por ejemplo terminaran dicha situación, una vez acreditados tales extremos, con certificados médicos de maternidad, o con otros informes médicos que evidenciaran dicha incapacidad.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

- En cuarto lugar, es criticable que se cierren automáticamente las puertas a aquellos empleadores que no disponga de lo que la administración considera condiciones económicas suficientes, o sencillamente si no están al corriente de pagos en la Seguridad Social, por ser circunstancias que afectan directamente al trabajador extranjero, que ninguna culpa tiene de las deudas que mantenga su empleador con las Administraciones Públicas.
- En quinto lugar, supone un perjuicio para el trabajador extranjero, que el Rex condicione la validez de las autorizaciones de trabajar y residir, a que el empleador formalice el alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes, porque en caso de que incumpla el empleador tal obligación, se excluye de validez a la autorización obtenida por el extranjero, lo que indudablemente puede suponer un perjuicio irreparable para el extranjero.
- Y en sexto lugar, debería haberse prolongado el período de normalización mínimamente, ante la incorporación a última hora del certificado de empadronamiento por omisión, a dos semanas y media de finalizar dicho período, para evitar los colapsos surgidos. De todos modos destacamos el gran esfuerzo de la Administración para absorber todas las solicitudes.

IV. CONCLUSIONES

El período de normalización no cierra ni abre ninguna barrera para la regularización de extranjeros en España, porque tan sólo ha sido un proceso extraordinario de regularización masiva, que ha tenido una vigencia trimestral (desde el 7 de febrero al 7 de mayo de 2005), que fue previsto reglamentariamente en la última modificación que sufrió el borrador del Rex, al introducir la disposición transitoria III.

Simultáneamente al período de normalización, desde la entrada en vigor del Rex el 7 de febrero de 2003, se han presentado –y se sigue haciendo sin límite temporal alguno– solicitudes individuales de regularización extraordinarias, la mayoría por arraigo social, con prueba de tres años, e Informe de Inserción social, solicitando en ocasiones por la propia Administración de oficio.

A todo ello, hemos de añadir, que a partir del 7 de agosto de 2005, podrán presentarse solicitudes de autorizaciones de trabajo y de residencia por razones extraordinarias de arraigo laboral, si el extranjero acredita que en los dos años anteriores ha tenido una relación laboral continua, o bien al menos dos trabajos con una duración mínima de un año por cada uno de ellos.

Sin embargo los poderes públicos han intentado transmitir que terminó el plazo de regularización el pasado 7 de mayo de 2005 –fecha en la que finalizó la normalización–. Ocultando en realidad, que dicho período trimestral, fue tan sólo un período extraordinario de regularización masiva. Actualmente continúa la regularización individual de un modo permanente e individualizado de los extranjeros que se encuentren en nuestro país, y la contratación en origen tanto nominativa como por contingente para los extranjeros que permanecen fuera de España.

Como aspectos positivos, podemos destacar, que en este nuevo marco reglamentario, al menos inicialmente hay que tener en cuenta que la aparición de una nueva regulación ampliamente consensuada, es cuanto menos plausible, no sólo porque ha intentado establecer de un modo coherente un marco normativo más justo e igualitario, sino porque además han sido consultados todos los sectores sociales para su elaboración, entre los que podemos destacar las asociaciones de inmigrantes, organizaciones no gubernamentales e instituciones que trabajan con inmigrantes y refugiados, así como sindicatos, organizaciones empresariales, colegios profesionales, Ayuntamientos, partidos políticos, el Foro para la Integración de los Inmigrantes, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ),...

Ahora bien, este reglamento no ha desarrollado ni ampliado adecuadamente los conceptos jurídicos indeterminados a favor del administrado, causando así interpretaciones restrictivas, y dejando pasar la oportunidad de introducir mejoras sustanciales para el desarrollo y aplicación de la Ley, que desde luego, con todas las previsiones legales abiertas, podría haberse configurado por vía reglamentaria un marco de regulación más flexible, abierto, garantista. Destacamos en concreto los siguientes aspectos negativos:

En primer lugar, el consenso ha provocado que se dicten precipitadamente determinadas cuestiones esenciales, como la normalización prevista en la disposición transitoria III del Rex. Su introducción en el último borrador del Rex, provocó que no se tuviera en cuenta desde el inicio que el unívoco criterio del empadronamiento era un grave error, que sólo se ha podido paliar tres semanas antes de terminar el período de normalización. Estamos de acuerdo que el criterio del empadronamiento es un instrumento adverbable inmediatamente de un modo fehaciente por el INE, pero no es menos cierto que han sido muy pocos los extranjeros que se han empadronado por el efecto persuasor que tenía por la LOEXIS y en especial tras la reforma de la LO 14/2003. Si desde el inicio se hubiera contemplado la figura del empadronamiento por omisión, y se hubieran incluido además de los siete documentos, otras pruebas objetivas, adverbables y públicas –como por ejemplo la apertura de cuentas corrientes–, se hubiera adoptado un proceso mucho más justo, porque carece de sentido y es manifiestamente incomprensible, que personas que tengan abiertas cuentas corrientes, y que nunca hayan tenido problemas con la justicia –sorteando la posibilidad de una expulsión–, queden excluidas, puesto que no hay que olvidar, que el Rex dentro del marco general legislativo debería de tener en cuenta la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, puesto que no se puede olvidar que el artículo 3 LOEXIS, establece que “... Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, para que nuestra política de inmigración sea de libertad, de información, de acogida y de integración.

En segundo lugar, el resultado de este Reglamento se ha traducido de un modo diáfano en la consolidación de la visión de la inmigración como mano de obra, en tanto que tan sólo se legitima la Inmigración exclusivamente como mano de obra por cuenta ajena. Se resalta así la clásica óptica utilitarista de la Inmigración, que no sirve para su integración, ni para la creación de un marco jurídico igualitario de sociabilidad, al dejar excluido de plano al trabajo autónomo; a la que tan sólo se le ha dejado un mero papel residual en el período de normalización, y para el

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

ámbito doméstico; olvidando que la regularización de los inmigrantes no se ciñe tan sólo al trabajo por cuenta ajena, sino a todo tipo de trabajo, incluido por cuenta propia, para conseguir así normalizar todas las situaciones de puesto de trabajo en el amplio marco de la Economía sumergida.

En tercer lugar, se ha desperdiciado la oportunidad de flexibilizar el desarrollo reglamentario del concepto de arraigo del artículo 31.3 LOEXIS, como causa de regularización, al partir en el artículo 45.1 Rex, de una presunción de “mala fe del solicitante”, y cerrar gravemente la vía del denominado “arraigo laboral”, puesto que sólo y exclusivamente se puede acreditar dicho período mínimo de dos años de relación laboral, bien mediante sentencia judicial firme, o bien una resolución administrativa de la Inspección de Trabajo. Así, al penalizar la conducta empresarial, se vaciará por completo esta vía de regularización, que podría haberse abierto y suavizado, por ejemplo con una mera declaración del empleador, averada con pruebas fehacientes de que durante esos dos años, el extranjero ha permanecido en nuestro país...

En cuarto lugar, en cuanto al denominado arraigo socio-familiar o socio-laboral, que requiere acreditar la permanencia continuada en España durante un mínimo de tres años, no se define el concepto de “permanencia continuada”, lo que puede dar lugar a que muchas personas que hayan tenido que salir de España, por razón de circunstancias graves y urgentes, se vean impedidas de obtener la autorización. Además, en cuanto a los vínculos parentales del arraigo familiar, debería de haberse extendido el grado de parentesco como mínimo a los hermanos carnales, así como subsidiariamente a los tíos y primos carnales, como se hizo en el primer borrador del Rex, no sólo a los del primer grado (ascendientes, descendientes y cónyuge). De este modo podemos comprobar que no existe y se cierra total y absolutamente esta vía de arraigo familiar, por la sencilla razón de que si hacemos un somero análisis de los familiares que dan derecho a dicha regularización, comprobamos sorprendentemente que:

- a) En cuanto a los ascendientes, como en todos los casos se trata de solicitantes mayores de edad, sus padres siempre están en su país de origen. En efecto, en caso contrario, si los ascendientes hubieran estado en España, habrían pedido la reagrupación del menor solicitante antes de cumplir la mayoría de edad.
- b) Respecto a los descendientes –hijos–, sólo pueden ser reagrupados *a posteriori*, cuando el extranjero obtiene su regularización, jamás *a priori*. Los dos únicos casos posibles, son que o bien el menor nazca en España mientras sus padres estuvieran en situación irregular, o bien que el menor venga sólo y sin compañía de sus padres a nuestro país, en donde fuera recogido en un Centro de Acogida, y que cuando obtuviera su tarjeta de residencia, sus padres aprovecharan la oportunidad para venir a España y pedir su regularización. Lo que nos parece un completo despropósito, que atenta contra los más elementales derechos del niño.
- c) Y en relación a los cónyuges, carece de sentido hacer ninguna mención a los mismos, puesto que el modo ordinario de regularización es la reagrupación familiar.

En quinto lugar, este nuevo marco reglamentario tampoco ha servido para incluir en nuestro ordenamiento jurídico los numerosos tratados de Derechos Humanos que consagran que las personas migrantes tienen todos los derechos inherentes a los seres humanos. Así, el Pacto In-

ternacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que obliga a los Estados a “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” el disfrute de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos ha manifestado que: “los derechos reconocidos en el Pacto (de Derechos Civiles y Políticos) son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas... la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 también reafirma la obligación de los Estados de velar porque las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, define la discriminación 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 y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública” (artículo 1.1). Tampoco ha sido firmada y ratificada por España, ni ha sido recogida pues en nuestro ordenamiento, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores migrantes y sus familias, que entró en vigor el 1 de junio del 2003; pese a que esta Convención está considerada como uno de los siete principales Tratados de Derechos Humanos, puesto que contempla una amplia protección para los trabajadores y trabajadores migrantes y para los miembros de su familia con independencia de su situación administrativa en el país de acogida.

En sexto lugar, se ha perdido la oportunidad de solucionar definitivamente la creciente bolsa (se calculan 10.000 personas anualmente) de “inmigrantes indocumentados e inexpulsables”, cuya injusta e inútil regulación sólo conducirá a su mantenimiento en la marginalidad y en el semi-esclavismo laboral sumergido, porque no hay que olvidar, que el fuerte control de la inmigración por razones políticas, económicas y sociales está abocado al fracaso, y sólo genera sufrimiento e injusticia.

En séptimo lugar, no hay que olvidar, que se deja en manos de los empresarios el protagonismo de la regularización, lo que puede provocar situaciones de remuneración y de Seguridad Social a la baja –obligando al trabajador a pagar los seguros sociales que deberían correr a cargo del empresario, o que si incluso hay un despido no puede acceder a dicha regularización–; o también se pueden dar casos en los que el empresario se niegue a formalizar contrato alguno, pese a estar trabajando en la economía sumergida con dicho empleador durante meses, incluso años.

Y en octavo y último lugar, en cuanto al deber de motivación, son muy importantes en las resoluciones denegatorias, porque debería conllevar una expresión concreta de sus razones, para dificultar o al menos impedir la arbitrariedad de los agentes públicos. Concretamente dicho deber de motivación de las resoluciones administrativas se encuentra: en el artículo 13.1 sobre denegación de entrada; en el artículo 29.6 sobre la prórroga de estancia; en el artículo 35.5 sobre la solicitud de autorización de residencia temporal; en el artículo 42.4 para las resoluciones denegatorias en caso de reagrupación familiar; en los artículos 51.5 y 53.2 sobre residencia

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

temporal y trabajo por cuenta ajena; y en el artículo 57 sobre residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

Sin embargo en otros casos no se contempla expresamente dicho deber de motivación de resoluciones denegatorias de autorizaciones, como ocurre en el artículo 20 sobre la prohibición de salida, en el artículo 46 sobre residencia temporal en supuestos excepcionales, en el artículo 59 sobre residencia temporal y trabajo por cuenta propia, en el artículo 65 sobre residencia temporal y trabajos transnacionales, en el artículo 69 relativo a la residencia temporal con la excepción de la autorización de trabajo y en el artículo 73 sobre residencia permanente.

Pero nos encontramos, que pese a este deber inicial de motivación de las resoluciones administrativas –que además deberían de serlo por imperativo constitucional del artículo 9.3 CE que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, y por el artículo 54 de la Ley 30/1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y en base a la disposición adicional segunda del Reglamento–, las primeras resoluciones denegatorias del período de normalización siguen sin motivarse en absoluto.

V. ANEXO. LA ACTUAL CARRERA DE OBSTÁCULOS DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA

Para concluir este trabajo, hemos resaltado de un modo sintético los aspectos críticos del Rex, con el fin de poder facilitar más directamente su comprensión. Además hemos desarrollado un cuadro sinóptico del nuevo articulado reglamentario.

En relación al primer aspecto, hay que tener en cuenta que el Reglamento, en vez de desarrollar con criterios razonablemente equilibrados la LOEXIS, se inclina por aumentar innecesariamente una “carrera de obstáculos”. A continuación vamos a detallar las principales contradicciones que hemos podido detectar entre la LOEXIS y el nuevo Reglamento, entre los que destacamos los siguientes:

a) Respecto a la entrada:

– La Ley requiere acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios, sin detallar lo que se puede considerar medio suficiente.

– El Reglamento añade en su artículo 4.d) la necesidad además de acreditar tener medios para el traslado a otro país, o el regreso al de procedencia; de modo que hasta incluso se sellará el pasaporte de aquellas personas a quienes se les niegue la entrada, con las consecuencias que esto pueda tener para viajar a otros países.

b) En relación al visado de estancia:

El Rex exige, además de los anteriores requisitos generales para la entrada, cumplir los siguientes requisitos:

- Un seguro médico que cubra los gastos médicos y la repatriación asociados a un accidente o a una enfermedad repentina.
- La disposición de alojamiento en España.
- El billete con fecha de retorno cerrada.

También puede requerirse adicionalmente:

- Acreditación de la residencia en el lugar de la solicitud, así como vínculos o arraigo en el país de residencia.
- Situación profesional y socioeconómica del solicitante.
- Cumplimiento del retorno en caso de visados anteriores.
- Y entrevista personal (artículo 28).

c) Por lo que se refiere a la reagrupación familiar:

- La Ley establece como familiares reagrupables, los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, si están a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.
- Mientras que el Reglamento establece como supuesto de “estar a cargo” del reagrupante, sólo en aquellos casos donde los ascendientes dependen económicamente de él, por lo que cierra la posibilidad de cualquier otro tipo de circunstancias o dependencias, igual o más importantes, como las dependencias tanto físicas o impeditivas, ya que no hay que olvidar que en algunos casos, aunque no quede acreditada dicha dependencia económica, no pueden valerse por sí mismos, o no pueden estar solos, por necesitar a un tercero que le asista para las tareas más elementales de la vida, tales como alimentarse, vestirse o asearse (artículo 39.4 y 5).

Además en cuanto al alojamiento en la reagrupación:

- La Ley exige aportar prueba de que disponen de un alojamiento adecuado.
- Mientras que el Reglamento establece un modo único de acreditar tal extremo, que es mediante un informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante. Sólo cuando ésta no emite en plazo (de 15 días), también podría hacerse mediante Acta notarial; y exige detalle del n.º de habitaciones, uso que se les va a dar, condiciones de habitabilidad, equipamiento... [Artículo 42.e)].
- En el caso de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arraigo) el Reglamento establece un derecho a reagrupación familiar más restrictivo, limitándolo a cónyuges, ascendientes y descendientes por vía directa. [Artículo 45.b)].

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

d) En relación a la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena:

- En trabajos de duración determinada (artículos 55 y ss.), y en especial la campaña agrícola que termina en el mes de junio, los requisitos y tramitación que exigen dar de alta y contratar trimestralmente al trabajador, coincide en el sector agrícola, precisamente con el único trimestre donde la campaña agrícola de temporada no existe, ya que se reanuda en septiembre.
- También puede traer situaciones muy injustas el artículo 57.10 Rex, ya que exige que si una vez que el trabajador realiza su entrada en España cumpliendo lo establecido en el Rex, si en el plazo de un mes el empleador no le ha afiliado a la Seguridad Social, la autoridad competente podrá resolver la extinción de la autorización, puesto que perjudica muy gravemente al inmigrante.
- Por otro lado, el Rex es arbitrario en cuanto a las causas abiertas de denegación en la concesión de visado (artículo 51.8, 35.3 Rex...), por las dudas que puede conllevar la veracidad de los motivos alegados para solicitarlo, no son taxativas, y se dejan siempre al libre criterio de interpretación de la Administración.

e) En relación al visado de búsqueda de empleo:

- La Ley establece que los visados para búsqueda de empleo, son un nuevo cauce legal en los flujos migratorios, de manera que se autoriza al extranjero a estar tres meses en España para buscar empleo. Concretamente la LOEXIS los destina a favor de los hijos o nietos de español de origen, y también a favor de determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen.
- Mientras que el Reglamento cierra la posibilidad de limitar la búsqueda, tanto para un determinado ámbito territorial (provincial en concreto) como para un sector de actividad (artículo 83.1), por lo que se restringe aún más su viabilidad. Además especifica que la selección de las personas que soliciten este tipo de visado, se hace en los países de origen por el organismo previsto en el Acuerdo de regulación de flujos correspondiente.

g) Por lo que se refiere a la expulsión:

Es criticable que, pese a que la LOEXIS especifique los supuestos en que los infractores extranjeros realicen las conductas tipificadas como muy graves, o conductas graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53, en los que en lugar de la sanción de multa, se puede aplicar la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo; que el Rex no aproveche su desarrollo reglamentario, para matizar y restringir dicha expulsión, en casos de infracciones meramente administrativas, como las a), b) y c) del mencionado artículo 53 LOEXIS.

Por otra parte los inexpulsables, que vienen incrementándose anualmente en unos 10.000 desde hace casi cinco años, y que el Rex los denomina en su artículo 107 como “indocumentados”, tienen un tratamiento regulador poco realista. El mecanismo previsto para obtener la Cédula de Inscripción, no tiene posibilidades reales de aplicación, pues precisamente el artículo 107 hace imposible la obtención de dicha Cédula. De este modo, la bolsa de “inexpulsables” se incre-

mentará anualmente, y los problemas de marginalidad, y lucha por la supervivencia, provocarán cada vez más situaciones conflictivas indeseadas, que a su vez contribuirán al incremento indirecto de la xenofobia y la intolerancia.

SINOPSIS DEL ARTICULADO REX CON SUS PRINCIPALES INNOVACIONES

1.-RESPECTO AL DERECHO A LA DOCUMENTACIÓN

Nueva regulación en los artículos 102, 103 y 104. Vid. 105 y 106 respecto al TIE. En referencia a la nueva función del visado, ver además los artículos 4 a 13 del Reglamento, y las disposiciones adicionales V y VI del citado Reglamento sobre normas para resolución de visados, y el procedimiento a seguir en materia de visados. Así como la disposición adicional XI en cuanto al tratamiento preferente en la solicitud del visado.

2.-EXPULSIÓN

Artículo 58.4 LOEXIS, frente al apartado 8.º de la disposición adicional III. Así como la reciente STS de 13 de octubre de 2004 anulando la exigencia del procedimiento penal en curso de la primera regularización extraordinaria de la LOEXIS.

3.- PROCESO DE NORMALIZACIÓN

Se añade la disposición adicional III.

4.- MODIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES

Novedad del título IX del Reglamento, desarrollado en los artículos 95, 96, 97, 98 y 99.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

5.- REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Disposición adicional XI respecto a su tramitación preferente, artículos 38 y 39 en referencia a los familiares reagrupables, artículos 42, 43, 44 en relación al procedimiento de reagrupación, y artículos 40 y 41 relativos a los efectos de la reagrupación.

6.- NUEVAS SITUACIONES EXTRAORDINARIAS DE REGULARIZACIÓN

Artículos 45, 46 y 47 respecto a dichas situaciones extraordinarias, y el artículo 98 en relación a la modificación de la situación extraordinaria de autorización de trabajo y de residencia ordinaria.

7.- DERECHO AL RECURSO. NUEVA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. JUSTICIA GRATUITA

La disposición adicional XIII establece el derecho al recurso. También ver en tal sentido las disposiciones adicionales I, II, III, X. En relación a la nueva competencia en primera instancia en materia de extranjería de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, viene recogida en la modificación última de la LOPJ, en su disposición adicional XIV. Y por último, la STC de 27-I-2003 anuló el artículo en la Ley de Justicia Gratuita.

8.- TRANSPORTISTAS

Se añaden los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento, que desarrollan el artículo 66 LOEXIS. Ver también artículo 156.4 del Reglamento sobre asunción de gastos del transportista en caso de retorno.

9.- VISADO PARA BÚSQUEDA DE EMPLEO

Ver artículos 78.2, 81, 82 y 83 del Reglamento. A los que le son aplicables la nueva función del visado de los artículos 4 a 13 del Reglamento, así como las normas sobre resolución de visados establecidos, y el procedimiento a seguir en materia de visados, detallados respectivamente en la disposición adicional V y en la disposición adicional VI del citado Reglamento. También es aplicable la disposición adicional XI en cuanto al tratamiento preferente en la solicitud del visado.

10.- SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE ESTANCIA

Nueva regulación en el artículo 31 de los casos de documentación defectuosa, y en el artículo 32 del visado de cortesía.

11.- MENORES

Artículos 92, 93 y 94 Rex.

12.- DERECHO A LA EDUCACIÓN

Artículos 85 a 91, 106. La disposición adicional XII que establece que no se cotiza por la contingencia por desempleo, y la disposición adicional XIII extiende tal derecho hasta los estudios preuniversitarios. Además el artículo 91 recoge el supuesto especial de especialización de estudios sanitarios, y el artículo 90 desarrolla el artículo 9.º LOEXIS.

13.- DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Se añade la disposición adicional VII, que desarrolla el artículo 12 LOEXIS. Vid. también normativa internacional y desarrolladora de las CCAA.

14.- CONTINGENTE

Ver artículos 77 a 83 del Reglamento.

15.- DERECHO SANCIONADOR

Ver artículo 117 del Reglamento, así como el artículo 57.5 LOEXIS, y la nueva regulación del procedimiento simplificado en los artículos 135 a 137.

Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería

16.- CENTROS DE INTERNAMIENTO

Artículos 153, 154 y 155, que desarrollan el artículo 62 de la LOEXIS, con sus nuevas y múltiples adiciones, fruto de la LO 14/2003.

17.- COMUNICACIÓN INTERORGÁNICA

Artículos 151 y 152 del Reglamento, así como la disposición adicional XIII del Reglamento.

18.- AGILIZACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE EXTRANJERÍA

Ver disposiciones finales II y X del Reglamento.

19.- NOVEDADES EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

Introducida por el último artículo de la LO 14/2003, añadiendo el nuevo artículo 15.3 a la Ley de Competencia Desleal.

20.- NOVEDADES EN MATERIA DE EMPADRONAMIENTO

Ver la disposición adicional VII de la LO 14/2003 en relación a la disposición transitoria III del Rex, en cuanto al papel vital concedido al visado, en el nuevo proceso de normalización.

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería
(mluisa.trinidad@ual.es)

II

Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social

SUMARIO

Introducción.

I. Cobertura legal para la permanencia en el territorio de los indocumentados y los menores extranjeros no acompañados, o hijos de residente legal.

II. Previsiones para una regularización permanente. A) El arraigo laboral. B) El arraigo social.

III. La residencia temporal inicial por razones socio-políticas. A) Razones de protección internacional. B) Razones humanitarias definidas en nuestra normativa de extranjería. C) Por colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o por interés público o seguridad nacional.

IV. Requisitos concurrentes y previsiones particulares.

V. Procedimiento.

VI. Vigencia de la autorización, renovación y cese.

INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de mayo de 2005 concluyó el mayor proceso de regularización de extranjeros extracomunitarios acometido por un Estado miembro de la Unión Europea. Como bien sabemos, el proceso ha estado ligado a las necesidades del mercado de trabajo español, permitiendo que un alto porcentaje de trabajadores extranjeros de hecho adquirieran, por fin, la anhelada documentación con la que se incorporan a la sociedad como ciudadanos de pleno derecho. El cálculo sobre el número de personas que han quedado fuera de este proceso, se puede considerar razonable si nos basamos en las cifras del Gobierno (alrededor de 100.000), y no justificadas las referidas por el principal partido de la oposición (1.000.000).

En cualquier caso, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre¹, (en adelante LOEXIS) ha previsto unos supuestos de regularización permanente en el artículo 31.3, que son objeto de desarrollo en el reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004², (en adelante Rex) en su artículo 45 y de cuyo contenido nos vamos a ocupar en las siguientes páginas. Como presupuestos comunes cabe apuntar la aplicación individual y el carácter excepcional, siendo de diversa índole las condiciones que el legislador ha considerado susceptibles de ser atendidas a los efectos: razones humanitarias, colaboración relevante, integración en la sociedad... En fin, una pluralidad de circunstancias que, por otro lado, no son ajenas a la normativa de extranjería y el Derecho internacional.

Junto a los casos que el legislador expresamente desarrolla bajo el título *residencia temporal por circunstancias excepcionales*, queremos detenernos también en dos hipótesis de interés como son la residencia temporal de los indocumentados y el nuevo tratamiento de la residencia temporal de los menores no acompañados.

I. COBERTURA LEGAL PARA LA PERMANENCIA EN EL TERRITORIO DE LOS INDOCUMENTADOS Y LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS, O HIJOS DE RESIDENTE LEGAL

En relación con los indocumentados el legislador toma en consideración dos hipótesis temporales: la falta de documentación cuando se intenta la entrada en España o, en cualquier caso, siempre que se reconozca esta situación de la manera más inmediata al momento de producirse. A la primera posibilidad se refiere el artículo 25 LOEXIS que, no obstante, exigir hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad y, cuando sea necesario, el visado para la entrada en territorio español, contempla una excepción para los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo y, al tiempo, en su apartado 4, señala que:

“Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos (...) cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.”

Por su parte, el apartado 2.º del artículo 34 LOEXIS –cuya redacción trae causa de la STS de 20 de marzo de 2003³– dice que:

“En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país, y que desea ser documen-

(1) BOE de 21 de noviembre de 2003.

(2) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, de 7 de enero de 2005. Correc. Err. BOE de 1 de junio de 2005.

(3) Puede verse, MARTÍN MARTÍN, J., “Once novedades de la STS de 30 de marzo de 2003”, *Revista Sala de Togas del Iltr. Colegio de Abogados de Almería*. n.º 46. Octubre de 2003, que destaca la anulación de las medidas de restricción de libre circulación que podían adoptarse durante la instrucción del expediente según el artículo 38 del reglamento derogado, y que quedaron sin efecto por vulneración del derecho fundamental de circulación, en cuanto que sólo pueden ser aplicables

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

tado en España, una vez ratificada la pertinente información y siempre que concurran y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada, cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26, o se haya dictado contra él una orden de expulsión.”

El artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana preconiza que toda persona debe ir acompañada de su documentación identificativa, por lo que es consecuente la previsión de un procedimiento que dé salida a los casos en que una persona carece de la misma. Toda persona tiene, *de facto*, un derecho inherente y básico a ser documentado cuando obra de buena fe, esto es, cuando la causa de su indocumentación responde a una circunstancia insuperable y la persona en cuestión lo puede acreditar de un modo indubitado y fehaciente. El procedimiento se inicia con la presentación personal de la solicitud por escrito en las Comisarías de Policía u Oficinas de Extranjería, lo que debe tener lugar tan pronto como se produzca la indocumentación (artículo 107 Rex). Se prevé que el interesado aporte todo tipo de documentos, –aunque estén caducados– que puedan servir de indicios o prueba de identidad, y los que justifiquen la concurrencia de razones excepcionales humanitarias. Igualmente, se recoge como elemento necesario la presentación de acta notarial que acredite la constancia de haber requerido ser documentado –sin conseguirlo– por Misión Diplomática u Oficina Consular, excepto en caso de solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales en los que se aleguen razones graves que impidan su comparecencia en aquéllas, pudiendo recabarse, a estos efectos, informe de la Oficina de Asilo y Refugio.

El procedimiento distingue dos fases. En una primera, y tras comprobar que no está incurso en ningún supuesto de prohibición de entrada o que se le haya dictado una orden de expulsión, el Subdelegado del Gobierno le otorgará un documento de *identificación provisional* con el que estará habilitado para permanecer en España durante tres meses. Durante ese período, se puede establecer por resolución del Ministro del Interior, a propuesta de la Dirección General de la Policía, alguna de las medidas limitativas previstas en el apartado 2 del artículo 5 de la Ley de Extranjería (artículo 107.8 Rex), aunque debe procederse de forma individualizada, excepcional y motivada por razones de seguridad y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso. Concluida la información relativa a sus antecedentes, –entre otros extremos (artículo 107.9 Rex)–, y dispuesta su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros, se entiende finalizada la segunda fase del procedimiento que da lugar a la entrega de una *Cédula de Inscripción* que deberá renovarse anualmente. Dicha Cédula perderá su vigencia si la persona es finalmente documentada por otro Estado o adquiere una nacionalidad. Mientras permanezca en aquella situación, aunque de manera excepcional, puede incluso recibir un título de viaje (artículo 108 Rex).

en casos de estados de excepción y de sitio por motivos de seguridad pública. Asimismo, se anula también la denegación de la cédula personal a la que aludía el artículo 56.8 Rex si el extranjero estaba “incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión”, por extralimitación, ya que la prohibición de entrada sólo es aplicable mientras dure la citada prohibición (período entre 3 y 10 años de los artículos 57.4 y 58.1 LOEXIS 8/2000). Había que tener en cuenta, además, que si el expediente de expulsión no era ejecutado en seis meses, la denegación carecería de eficacia jurídica.

El extranjero poseedor de una Cédula de Inscripción puede, llegado el caso, solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales si cumple los requisitos de alguno de los supuestos. Posibilidad que puede iniciar al mismo tiempo que se presenta la solicitud para obtener la Cédula de Inscripción. Si la solicitud resulta denegada mediante notificación formal, el reglamento contempla que se proceda, bien a la devolución, bien a la expulsión, aunque no aclara –y tiene trascendencia– cuándo ejecutar la primera medida o la segunda.

El otro supuesto particular que queríamos tratar se refiere a la residencia de los menores no acompañados. La protección jurídica del menor es un principio general que la LOEXIS quiere destacar mediante una regulación que fija un procedimiento de amparo de carácter integral (artículo 35 y desarrollo reglamentario en los artículos 92 a 94). Concretamente, se prevé que la Policía ha de poner a disposición de los Servicios de Protección del Menor a aquellos menores extranjeros indocumentados sobre los que no tenga duda sobre su minoridad. En otro caso, aparte de la atención de dichos servicios, se pondrá el hecho en conocimiento del Juez instructor⁴ y del Ministerio Fiscal el que, a su vez, “dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias”⁵. Emitido el informe pericial y tratándose de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores. Si durante el procedimiento de determinación de la edad, el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo solicitarán a los Servicios competentes de Protección de Menores.

La residencia temporal en España del menor extranjero no acompañado, sólo se adopta cuando no puede ser cumplida la repatriación. El procedimiento a seguir está presidido de forma explícita por el principio superior del interés del menor. Del tenor de los artículos 35 LOEXIS y 92 Rex, se desprende que el inicio se lleva a cabo de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela provisional del menor. El órgano encargado de la misma facilitará a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor. Además, la autoridad gubernativa tiene que poner en conocimiento del Fiscal todas las actuaciones realizadas en este procedimiento.

Como decimos, es la Administración General del Estado, a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero no acompañado. En concreto, solicitarán de la Comisaría

(4) Se modifica la referencia del proyecto al Juzgado de Menores como sugerían tanto el Consejo General del Poder Judicial como del Consejo de Estado. Información obtenida en *El País*, 31 de diciembre de 2004.

(5) Mayoritariamente proceden del Sáhara y el África subsahariana, con edades comprendidas entre los 13 y los 17 años. El hecho de que vengan solos ya evidencia la dificultad de establecer sus lazos familiares. Al respecto, se han mostrado voces críticas por el Acuerdo de repatriación entre España y Marruecos, en la medida en que los menores estaban siendo puestos a disposición de la policía sin excesivas garantías. Denuncia efectuada tanto por el Defensor del Pueblo andaluz como por el de ámbito estatal. *El País*, 31 de octubre de 2003.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los Servicios de Protección de Menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Se concluye, por tanto, que la regla general es la repatriación bien con la familia, bien con los Servicios de Protección del Menor del país de origen⁶. Transcurridos nueve meses sin que haya sido posible la repatriación con su familia o al país de origen, se procederá a otorgarle la autorización de residencia temporal y el ejercicio de la tutela por la entidad pública en España⁷. No obstante, se especifica que “el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio”. Del mismo modo, en otro sentido, que la autorización de residencia no impedirá su repatriación si posteriormente pudiera realizarse (artículo 92.5 Rex). Una salvedad frente a la regla general descrita, lo que se traduce en el mantenimiento de la declaración de desamparo y, en consecuencia, de su tutela por entidad pública se produce si se verificara la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, por motivos de persecución de él o su familia.

Los gastos que comporte la repatriación correrán a cargo de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunica al representante diplomático o consular de su país y, subsidiariamente, la Administración General del Estado es

(6) Hay que recordar que ha quedado derogada la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado “Sobre procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo”, por la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre “Tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados” que parte del principio de interpretación *iuris tantum* de manera que se considere menor toda persona que no tenga 18 años sin perjuicio de la posterior determinación de conformidad con su ley personal (artículo 9.1 del Código civil) y de que toda actuación se lleve a cabo en aplicación del principio superior del interés del menor. La primera Instrucción mereció un juicio crítico por incluir una recomendación de actuación sistemática a favor de la repatriación. Puede verse, CARRIÓ SAMPEDRO, A., “La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003”, *Diario La Ley*, viernes 23 de abril de 2004, pp. 1-6. Asimismo, resulta de interés el estudio de A. RUIZ LEGAZPI que, en particular, analiza el tenor del *Memorandum* de entendimiento entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre repatriación de menores no acompañados firmado el 23 de diciembre de 2003 y el intento por parte de Francia e Italia de adoptar medidas flexibilizadoras a los efectos, aunque finalmente no prosperaron. Vid., RUIZ LEGAZPI, A., “Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros”, *REDMEX*, 5, marzo, 2004, pp. 293-303, en especial, nota 18.

(7) Vid., artículo 9.6 del Código civil. En la práctica, al menos por lo que se refiere a los Servicios de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía en la provincia de Almería, y según consulta amablemente atendida por el actual responsable, Sr. Enrique Campaña, el protocolo de actuación que se sigue consiste en adoptar medidas de acogida inmediata, y si en el plazo de dos o tres meses no ha sido efectiva la repatriación, se declara el desamparo con lo que, desde el primer momento, el menor queda atendido en todas sus necesidades incluidas las formativas. Durante esa permanencia se recaba información de las manifestaciones del menor y se le da el curso oportuno para, en su caso, facilitar la reagrupación familiar aunque, según esa misma consulta, el resultado más frecuente es que se mantenga al menor bajo la tutela de la Administración pública. Lógicamente, si la llegada de menores –fundamentalmente marroquíes– no se consigue controlar, la capacidad de acogida se verá seriamente comprometida, pues, como ha puesto de manifiesto la Consejera de Igualdad y Bienestar social, los recursos tienen un límite.

la que asumirá dicho coste. Si el menor estuviera incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial; y, además, siempre debe constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

En la Dirección General de la Policía, a los exclusivos efectos de identificación, existe un Registro de Menores Extranjeros no acompañados (artículo 111 Rex), en el que figurarán los siguientes datos: nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia, su impresión dactilar, fotografía; centro de acogida donde resida; organismo público bajo cuya dirección se halle; resultado de la prueba médica de determinación de la edad y cualquier otro dato de relevancia a los efectos de identificación). Dichos datos serán comunicados a la mayor brevedad por parte de los servicios de protección de menores cuando declaren una situación de desamparo.

La tutela de la Administración conlleva facilitar su integración mediante el acceso laboral cuando alcancen los 16 años y hasta que cumplan los 18, sin necesidad de obtener la solicitud de autorización para trabajar⁸. Si se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley del Derecho de Asilo; y, en cualquier caso, se le concederá la autorización de residencia inicial por el mero hecho de ser menores de edad.

Por último, subrayar que el reglamento recoge de forma explícita en el artículo 94 Rex, que el hijo del residente legal adquiere automáticamente la misma autorización que sus padres, en los siguientes supuestos:

- Cuando hubiera nacido en España, o
- No habiendo nacido en España, sean menores o incapacitados que, o bien sean hijos de españoles⁹, o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España.

En el primer caso, el padre o la madre deben solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo en el plazo de tres meses desde el nacimiento, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. En el segundo caso, puede obtenerse autorización de residencia si se acredita su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplen los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos reglamentariamente para la reagrupación familiar¹⁰. Además, si los menores están en edad de

(8) El artículo 41 letra k) LOEXIS en concreto dice: “Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social”. Exención, no obstante, cautelosa y restrictiva.

(9) Español de origen de conformidad con el artículo 17.1.a) del Código civil.

(10) Se sobreentiende, pues, que estamos ante una regularización al margen del procedimiento de reagrupación.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

escolarización obligatoria, debe acreditarse adicionalmente su matriculación en un centro de enseñanza, y que asisten regularmente a clase durante su permanencia en España, salvo ausencias justificadas. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, madre o tutor del interesado. Para las renovaciones de las autorizaciones de residencia contempladas en este artículo se seguirán los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

En relación con el aspecto de la escolarización, reseñar que el reglamento recoge en la disposición adicional decimocuarta que las Comunidades Autónomas podrán, en el ejercicio de sus competencias en materia de educación, facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad que se hallen empadronados en un municipio a los niveles de la enseñanza postobligatoria no universitaria, y a la obtención de la titulación correspondiente¹¹.

II. PREVISIONES PARA UNA REGULARIZACIÓN PERMANENTE

Con la Ley 14/2003, la residencia por circunstancias excepcionales ha vuelto a ser objeto de modificación. Así, la diversificación de supuestos repartida en diferentes apartados del artículo 31 en la versión de la Ley 8/2000, relativo a la residencia temporal, se reagrupan en el número 3 del artículo 31 LOEXIS y el desarrollo reglamentario se concreta en la Sección 3.^a del Título IV bajo la rúbrica “Residencia temporal por circunstancias excepcionales”. En dicha Sección se contemplan: los supuestos en el artículo 45; el procedimiento en el artículo 46, y, finalmente, la renovación y cese de la correspondiente autorización en el artículo 47.

El apartado 1 del artículo 45 nos dice que:

“De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley orgánica 4/2000, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en el presente artículo siempre que no haya mala fe por el solicitante.”

Los conceptos sobre los que el legislador ha querido abrir una vía de regularización permanente y ordinaria son:

- Arraigo: laboral o de integración social.
- Por razones de protección internacional.
- Por razones humanitarias: víctimas de determinados delitos; padecimiento de enfermedad grave sobrevenida; peligro para la seguridad o la vida en el país de origen.
- Colaboración con autoridades administrativas o judiciales.
- Razones de interés público o seguridad nacional.

(11) A los efectos, puede verse la Resolución de la Generalitat Valenciana en DOGV n.º 4952 de 13-II-2005.

A) El arraigo laboral

Del arraigo laboral se ocupa el apartado 2.a) del artículo 45 en los siguientes términos:

“(…), podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.”

A estas condiciones debemos añadir las de procedimiento que aparecen recogidas, de manera particular, en el apartado 2.b) del artículo 46:

“... 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.”

En el ámbito laboral, ambos medios constituyen la garantía de la defensa de los derechos de los trabajadores (sean éstos nacionales o extranjeros) y, desde luego, la Inspección de Trabajo cumple así una finalidad que le es consustancial y para la que actúa de oficio (el reglamento dedica los artículos 148 a 152 a las “Infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral”¹²). Por tanto, nada puede objetarse sobre los medios en sí. Lo que encontramos reprochable, en cambio, es que estos medios se hayan previsto de manera taxativa e imperativa (“la documentación a aportar deberá ajustarse” dice el artículo 46.2 Rex). En este sentido, resultaba preferible por su mayor flexibilidad, la redacción aparecida en el texto de borrador presentado por el Gobierno¹³. En él, al referirse a los medios de prueba, se incluía la coletilla “entre otros” –ahora suprimida– y se citaba expresamente también la referencia a un acta de conciliación del Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

Interesa también subrayar que no se indica si el año de prestación laboral debe o no ser inmediatamente anterior a la petición de regularización. La cuestión tiene su interés porque no se recoge la obligación como en el arraigo social de que en el momento de la solicitud se cuente con un contrato firmado. Y, por otro lado, en el apartado 7 del mismo precepto, se señala que:

“La concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo, (...), llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de la misma.”

(12) Puede verse, en general, GÁMEZ OREA, M., “El trabajo de los extranjeros y la sanciones laborales tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero” en *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, coord. M. MOYA ESCUDERO, op. cit., pp. 455-470. GARCÍA RUBIO, M.A., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Doctrina y Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1999; GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Ed. Aranzadi, 1999; *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 1127-1128; ampliamente sobre la normativa sancionadora: TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Las infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de Extranjería: el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de extranjeros sin permiso”, *Tribuna Social*, 2002, n.º 133, pp. 75 y ss.

(13) Consultado en *El País Digital*.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

En consecuencia, el extranjero regularizado por la vía de arraigo –laboral, principalmente¹⁴– se sitúa en pie de igualdad con cualquier nacional, comunitario, asimilado o extranjero residente para responder a cualquier oferta de trabajo o, en su caso, establecerse por cuenta propia. La autorización de residencia temporal se extiende por un año y asimismo la autorización para trabajar. Recordando, finalmente, que esta vía de regularización es la única cuya entrada en vigor está prevista seis meses después de la del reglamento, esto es, que hasta el 7 de agosto de 2005 no pueden presentarse solicitudes de arraigo laboral (disposición final cuarta).

B) El arraigo social

Desde el 7 de febrero del presente año, en cambio, y de forma simultánea al proceso de normalización, se tiene constancia de que aquellas personas que no veían posibilidades de acceder a la regularización por el proceso extraordinario, empezaban a interesarse por la opción del novedoso arraigo social. Al mismo se refiere la letra b) del apartado 2 del artículo 45 en los siguientes términos:

“A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.”

Partiendo de la concurrencia de una estancia de tres años y la tenencia de contrato firmado por un año, los supuestos se diversifican en dos:

A) *Arraigo por vínculos familiares* con extranjeros residentes sólo si son cónyuges, ascendientes o descendientes en línea directa. De nuevo, el texto “consensuado” resulta más restrictivo que el borrador puesto que en éste se incluían en el término familiares: los parientes con relación de consanguinidad en línea colateral hasta el segundo grado, y se aceptaban junto con los cónyuges las personas unidas por una relación de análoga naturaleza suficientemente acreditada¹⁵. Lo que

(14) Aunque en el apartado transcrito no se distingue el tipo de arraigo, sólo podemos hacer la afirmación en referencia al arraigo laboral porque es el que no exige un contrato para que se le conceda la autorización de residencia y ésta es la que le habilita para trabajar. De aquí que durante un año la persona pueda integrarse en la vida laboral, bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena. El arraigo social, en cambio, aparece ligado a la tenencia de un contrato salvo que excepcionalmente no sea así porque la persona disponga de medios económicos suficientes.

(15) Según informaciones de la prensa, el texto de reglamento que tenía preparado el PP –en efecto, coincidió temporalmente la convocatoria de elecciones generales con el período de preparación del desarrollo reglamentario de la Ley 14/2003–, también aceptaba la línea colateral aunque no se aludía a las uniones de hecho. *El País*, 9 de noviembre de 2004. No nos cabe duda, sin embargo, que siempre que la convivencia se pueda acreditar, será aceptada como condición suficiente, bien por parte de la propia Administración o, en su defecto, por los tribunales de justicia.

se ha eliminado del Proyecto de Octubre de 2004 es la referencia al vínculo familiar con español que carecía de sentido puesto que, en tal caso, sería un supuesto subsumible en el RD 178/2003, de 14 de febrero¹⁶, que, tras la Sentencia del TS de 6 de junio de 2004, recordemos, conlleva derecho a obtener tarjeta comunitaria con cinco años de vigencia desde que se establece el vínculo con español por razón de matrimonio o a tarjeta con la misma vigencia que corresponda al extranjero residente cuando éste sea nacional comunitario, de un Estado delEEE o Suiza.

B) *Arraigo por inserción social*¹⁷, que constituye la auténtica novedad y se caracteriza por otorgar un preponderante papel a la Administración más cercana al ciudadano, esto es, a los ayuntamientos que resultan facultados para emitir un informe que acredite la inserción social de los inmigrantes radicados en sus municipios, en concreto, donde se localice el domicilio habitual. La dicción del reglamento [artículo 46.2.c)] precisa los contenidos obligados –“deberá constar”– que han de tenerse en cuenta:

- tiempo de permanencia del interesado en su domicilio;
- medios de vida con los que cuenta;
- grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen;
- inserción en las redes sociales de su entorno;
- programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado;
- y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo.

Merece la pena destacar asimismo que el ayuntamiento correspondiente podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando se acredite que cuenta con medios de vida suficientes. Esta hipótesis abre la puerta a que el extranjero pueda establecerse por cuenta propia con las mismas exigencias de un ciudadano español o comunitario, esto es, sin tener que presentar un proyecto ni su viabilidad económica o su potencialidad para crear empleo, puesto que la autorización de residencia conlleva la de trabajar.

La eficacia de la autorización concedida para el *arraigo social* estará condicionada –según proceda– a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante (artículo 46.7 Rex). En todos los casos surge para el extranjero la obligación de solicitar la TIE en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la concesión de la autorización o, en su caso, desde su entrada en vigor (artículo 46.8 Rex).

(16) En la accidentada vigencia de este Real Decreto hay que apuntar una nueva derogación que afecta al inciso “o de dene-gación de tarjetas” que figuraba en el apartado 2 de su artículo 18, según STS de 9 de febrero de 2005.

(17) Sobre el valor de la integración social y la inmigración puede verse, R. RUBIO MARÍN, *Immigration as a Democratic Challenge. Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Recensión por A. LARA AGUADO en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37 (2003), 411-419.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

Pero son varios los extremos que, en la práctica, suscitan dudas y dificultades de interpretación sobre el procedimiento a seguir. Así, por un lado, no queda claro si la solicitud del informe debe hacerla el propio interesado ante el ayuntamiento del lugar de su domicilio habitual, o si como se desprende de una lectura detenida del artículo 46.1 Rex, la presentación de solicitud personal sólo se prevé ante el órgano competente para tramitar la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no es otro que la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente al lugar de residencia del inmigrante. Por tanto, parece que el procedimiento adecuado pasaría por la petición de oficio de dicho informe al ayuntamiento una vez que la Subdelegación comprueba el cumplimiento de los otros requisitos, puesto que el informe por sí mismo no es suficiente para otorgar la autorización de residencia temporal. De seguirse esta praxis, me parece que se evitarían peticiones sin fundamento que sobrecarguen de trabajo a estos entes, sin que, por otra parte, se recorte el posible beneficio para el administrado puesto que, como decimos, es determinante la apreciación de la concurrencia de los otros requisitos. De hecho, el informe no conlleva un pronunciamiento favorable o desfavorable sobre la inserción social del inmigrante, sino que es una mera descripción de los extremos acreditados por el interesado o aquellos otros que, de oficio, pudiera recabar el ayuntamiento (a lo que no está obligado pero tampoco impedido).

Por ilustrar la situación actual al respecto, doy traslado de la información que de manera genérica y detallada nos hace llegar la responsable del área de inmigración del Ayuntamiento de La Mojonera, Ana García Justicia. Así, en relación con el aspecto que acabamos de comentar, nos manifiesta que, en efecto, fueron bastantes las consultas que diferentes ayuntamientos de la provincia hicieron en el mes de febrero a la Subdelegación para conocer cómo debían actuar. A los efectos, desde dicha Subdelegación, se hace llegar con fecha de 17 de febrero de 2005, unas notas aclaratorias que firma el jefe de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales en las que, a tenor del punto cuarto, se mantienen abiertas las dos vías de petición, esto es, tanto de oficio por la Oficina de Extranjeros como a instancia de parte recomendando, en todo caso, que se actúe con celeridad. También se hace una mención específica a la hipótesis de que las necesidades de la contratación exijan la inmediata incorporación del trabajador, en cuyo caso el informe social debe emitirse incluso antes de que el extranjero presente la solicitud de la autorización ante la Subdelegación. Pero siendo consciente –suponemos– de la autonomía de cada ayuntamiento al respecto, se aclara que en tales casos excepcionales, y en función de la urgencia de la incorporación al puesto de trabajo, la Subdelegación admitiría la presentación de la copia de la solicitud.

A nuestro modo de ver, reiteramos, el criterio general del procedimiento a seguir a tenor del artículo 46 Rex permite deducir que sea la Administración General del Estado la que recabe de oficio el informe de inserción social cuando corresponda; si bien, en la medida en que nada se dice en el procedimiento específico, habrá que tener presente la obligación de resolver a la que alude el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, recordemos, señala “que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación”.

Otra dificultad puede ser –está siendo, de hecho,– la de la determinación del lugar del domicilio habitual y su relación con el ayuntamiento del empadronamiento. Ambos conceptos pueden no siempre coincidir y en esos casos se plantea la duda de cuál es el ayuntamiento que ha de emitir el informe, decantándose éstos, –en lo que conocemos– por el criterio del lugar de empadronamiento. A los efectos, pues, tenemos que llamar la atención sobre la incidencia que tiene la *obligación de renovación periódica cada dos años* de las inscripciones en el Padrón de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente y la consecuencia de la *caducidad* en caso de no llevarse a cabo. Dicha renovación exige un acto expreso personal o mediante representante, aunque los ayuntamientos deben emitir un preaviso de dicha caducidad¹⁸.

Finalmente, decir que esta nueva vía ciertamente se erige en una herramienta que facilita la integración en cuanto que la misma se contempla como un factor positivo coadyuvante de la regularización, pero no olvidemos que el informe no basta por sí mismo.

C) *Arraigo privilegiado*, recogido en la letra c), apartado 2 del artículo 45 y que le denominamos así porque la única condición es ser hijo de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. En realidad, este supuesto no tiene mucho sentido que se incluya dentro del concepto de arraigo sino que tendría que haberse recogido como supuesto independiente, ya que no se ha acompañado de ninguna de las restantes exigencias comunes que en uno o en otro caso de arraigo condicionan la regularización. El único requisito común es la certificación de antecedentes penales de los últimos cinco años como se desprende del artículo 46.2.a) Rex.

III. LA RESIDENCIA TEMPORAL INICIAL POR RAZONES SOCIO-POLÍTICAS

Se trata, en general, de razones humanitarias vinculadas al principio de no devolución y a la situación del país de origen, dentro de las que podrán incluirse los indocumentados, ya que, recordemos, la persona que obtiene la Cédula de Inscripción –para lo que habrá tenido que acreditar la concurrencia de razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o, en su caso, el cumplimiento de compromisos de España–, “podrá solicitar la correspondiente autorización de residencia por circunstancias excepcionales si reúne los requisitos para ello” (artículo 107.10 Rex).

A) Razones de protección internacional

Para comprender el alcance de las distintas situaciones hay que distinguir entre la prevista en el artículo 34.3 LOEXIS (*estatuto de refugiado*) que lleva implícita la autorización para residir

(18) Vid., Resolución de 26 de mayo de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 28 de abril de 2005, del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, 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 que no sean renovados cada dos años. BOE de 30 de mayo de 2005.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

y trabajar, de otras (*estatuto de apátrida*) en el artículo 34.1 LOEXIS, en el que lo que surge es el derecho a residir y trabajar según la normativa de extranjería. Normativa que se ocupa de establecer la autorización de residencia temporal por “razones de protección internacional” (artículo 45.3 Rex) y en el artículo 45.4 de hacerlo “por razones humanitarias”. Por su parte, habrá que tener en cuenta la modificación que la disposición final tercera del Reglamento de Extranjería, contempla en el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero.

Brevemente, entonces, repasaremos el estatuto de apátridas y refugiados para detenernos después en la nueva regulación del reglamento de extranjería.

Cuando el Ministerio del Interior reconoce la condición de apátrida, el propio estatuto de apátrida (artículo 27 de la Convención hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954) contempla la obligación de que se le expida la documentación que le reconoce como tal. Por su parte, el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto del Apátrida¹⁹, regula la tramitación de las solicitudes y su resolución.

El procedimiento se iniciará de oficio o a instancia del interesado, correspondiendo la instrucción a la Oficina de Asilo y Refugio y la resolución al Ministro del Interior. La solicitud se presentará en la Subdelegación del Gobierno correspondiente, o en la Comisaría de Policía, en el plazo de un mes desde su entrada en España, teniéndose que demostrar en todo caso dicha situación, bien constatada judicialmente, o por cualquier otro medio de prueba (Res. DGRN de 14 de julio de 1965). Mientras se resuelve la solicitud, se otorgará una autorización para residir provisionalmente en España. Hay que tener en cuenta, al respecto, que la STS de 20 de marzo de 2003 declaró ilegal la posibilidad que establecía el artículo 38 del Reglamento anterior de restringir la libre circulación durante dicha admisión provisional de la solicitud.

Finalmente, en el caso de que no se conceda el estatuto de apátrida, podrá solicitar que por razones humanitarias, –siempre y cuando quede completamente justificado tal extremo– se le conceda la autorización de residencia temporal por razones excepcionales.

Debemos resaltar que, a diferencia de los refugiados, lo que se proclama es simplemente el deber de ser documentado. No obstante, sí queda expresamente reconocido que el apátrida tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería (artículo 13.1 Reglamento RD 865/2001), e incluso a reagrupar a su familia (artículo 14), cuando hubiera obtenido de la autoridad competente la tarjeta acreditativa de reconocimiento de apátrida (artículo 13.2).

Por su parte, el estatuto más garante, como hemos dicho, lo tiene el refugiado. Así, cuando se dicta resolución favorable sobre una petición de asilo –lo que supone el reconocimiento de la

(19) BOE del 21 de julio de 2001.

condición de refugiado— el propio estatuto lleva implícita la autorización para residir y trabajar en España (artículo 34.1 y 3 LOEXIS), especificando la disposición adicional decimoséptima del reglamento de extranjería que:

“Los solicitantes de asilo estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado. La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de asilo y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la oficina de asilo y refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado.”

De otro lado, con la propia reforma de dicho reglamento de extranjería se han introducido importantes modificaciones al Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por el RD 203/1995, de 10 de febrero, contenidas en la disposición final tercera. Así, de conformidad con el apartado Uno se modifica el párrafo c) del artículo 2.3, que queda redactado como sigue:

“c) Elevar al Ministro del Interior las propuestas de autorización de permanencia en España acordadas en el ámbito del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, de conformidad con lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 31 de este reglamento.”

El apartado Dos modifica el párrafo g) del artículo 3, en los siguientes términos:

“g) Someter a dicha comisión las propuestas de autorización de permanencia en España acordadas en el ámbito del artículo 17.2 (...), de conformidad con lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 31 de este reglamento.”

El apartado Tres modifica el apartado 1 del artículo 15 del Reglamento de Asilo que ahora dice que:

“1. Los solicitantes de asilo, siempre que carezcan de medios económicos, podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones públicas competentes, dentro de sus medios y disponibilidades presupuestarias, para asegurar un nivel de vida adecuado que les permita subsistir. Las prestaciones otorgadas podrán modularse cuando la solicitud de asilo se encuentre pendiente de admisión a trámite, y se garantizará en todo caso la cobertura de las necesidades básicas de los solicitantes de asilo. Con carácter general, el acceso a la educación, a la atención sanitaria, a la Seguridad Social y a los servicios sociales se regirán por lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 9, 12 y 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.”

También se modifica el apartado 3 del artículo 15:

“3. En la prestación de los servicios a los que se refiere el apartado 1 de este artículo se tendrá en cuenta la situación específica de las personas en las que concurra una especial vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales que se ocupan de homologar el tratamiento a estos grupos de población desplazada o refugiada.”

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

Asimismo, se han contemplado dos posibles salidas para las solicitudes de asilo que no se hubieran admitido a trámite, distinguiendo según que la petición se hubiera presentado en frontera en el momento de la entrada (apartado 2 del artículo 22 del citado reglamento de asilo –según su nueva redacción²⁰–), o dentro del mes posterior a haberse producido la misma –que es el plazo máximo previsto para su presentación (apartado 2 del artículo 23)²¹–, y que requieren acudir al artículo 31.3 y 4 del Reglamento de Asilo, cuya nueva redacción veremos seguidamente.

En otro orden, se modifica el artículo 30 relativo a “prestaciones sociales y económicas” que dice:

“Si el refugiado careciese de trabajo o medios económicos para atender a sus necesidades y a las de su familia, podrá beneficiarse de lo previsto en el artículo 15 de este reglamento y de los programas generales o especiales que se establezcan con la finalidad de facilitar su integración. A ellos podrán acogerse igualmente las personas cuya autorización de permanencia en España se haya acordado en virtud de lo dispuesto por el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de este reglamento.”

El meollo de las reformas transcritas se encuentra en la nueva redacción dada a los apartados 3 y 4 del artículo 31 del Reglamento de Asilo que han quedado como sigue:

“3. El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 (...), siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado.

Dicha autorización revestirá la forma de *autorización de estancia*. En el plazo de un mes, contado desde la notificación de la resolución, salvo retrasos por causa justificada, el interesado deberá solicitar la autorización de residencia temporal prevista en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (...). Una vez solicitada esta autorización, la resolución del Ministro del Interior por la que se autoriza la permanencia del interesado surtirá efectos de autorización de trabajo y permitirá, en su caso, el alta del interesado en la Seguridad Social, hasta que recaiga resolución expresa sobre la solicitud formulada. Estas circunstancias se harán constar expresamente en la propia resolución del Ministerio del Interior.” (La cursiva y negrita son nuestras).

(20) “2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, al inadmitir a trámite una solicitud de asilo en frontera, el Ministro del Interior, en aplicación del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, podrá autorizar la entrada del extranjero y su permanencia en España en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 31 de este reglamento.”

(21) “2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el solicitante de asilo inadmitido reuniera los requisitos necesarios para permanecer en España con arreglo a la normativa de extranjería, o si se considerara que existen razones humanitarias conforme al artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar su permanencia en España en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 31 de este reglamento.”

“4. *Por razones humanitarias distintas* de las señaladas en el apartado anterior, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España, y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, (...), siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias queden acreditadas en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de *autorización de estancia*.” (La cursiva es nuestra).

Y de especial interés es el apartado 5 que se añade al artículo 31 que señala que:

“5. Si a la finalización de la autorización de estancia o residencia concedida mantuvieran su vigencia los motivos que la justificaron, el interesado podrá instar, según proceda, la renovación de la autorización de estancia o de residencia temporal. Cuando proceda y, en todo caso, en los supuestos del apartado 3 de este artículo, la autoridad competente para ello solicitará informe a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio sobre dicha vigencia. Transcurridos tres meses desde la fecha de solicitud sin renovación sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá concedida la renovación por silencio positivo.

Alternativamente, y siempre que cumpla los requisitos establecidos a este efecto, a excepción del visado, el interesado podrá obtener una autorización de residencia y trabajo, de la duración que corresponda en función del tiempo que haya residido y, en su caso, trabajado legalmente en España”.

De la lectura de las diversas disposiciones a las que nos referíamos al comienzo del presente epígrafe, se extrae la atribución de competencia al Ministro del Interior para que, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, pueda conceder una *autorización por razones de protección internacional* en los siguientes casos²²:

1.– Si no se ha admitido a trámite²³ o se ha denegado una solicitud de asilo, pero hay motivos fundados para considerar que el retorno al país de origen, o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado.

Por extensión, se pueden beneficiar de la autorización por razones de protección internacional: el cónyuge o pareja estable (salvo separación de hecho, legal o divorcio), ascendientes y descen-

(22) Dice literalmente el artículo 45.3 Rex: “Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su reglamento de aplicación, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los artículos 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado”.

(23) Puede verse la reciente Sentencia del TS, Sala 3.ª, Secc. 5.ª de 5 de octubre de 2004 que considera ajustada a derecho la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo basada en la causa de marginación social en el país de origen por discapacidad auditiva. Publicada en *diario La Ley*, n.º 6136 de 26 de noviembre de 2004.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

dientes en primer grado (excepto si han alcanzado la mayoría de edad o tienen independencia familiar). Las excepciones se valorarán por separado. Y, de otra parte, si el parentesco por vínculo matrimonial o convivencia estable se establece con posterioridad, el interesado sólo podrá solicitar para éstos el trato más favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería²⁴.

En particular, se considerará que existe motivo fundado o riesgo si se procede a la devolución del interesado cuando:

- a) pueda ser condenado a pena de muerte o ser ejecutado;
- b) esté expuesto a sufrir actos de tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes; o
- c) cuando en su país de origen, o en el país de anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se den situaciones de violencia indiscriminada en el contexto de un conflicto armado internacional o interno de las que resulte una amenaza grave e individual para su vida o integridad física.

La propia resolución denegatoria –de la concesión de asilo, se entiende– deberá contener la justificación y especificar el régimen jurídico de la situación de permanencia y su duración de conformidad con la normativa de extranjería vigente²⁵. Así se deriva de la nueva redacción

(24) Hay que tener en cuenta que el artículo 34.1 del RD 203/1995, de 10 de febrero, al que hace mención el apartado 3 del artículo 45 Rex, se refiere al “reconocimiento de la condición de refugiado”, pero vemos que el supuesto objeto de consideración aquí es el del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, esto es, justamente a los que han visto inadmitida o denegada la solicitud de asilo, por lo que hemos de sobrentender que hay que valorar que se trata de otras circunstancias humanitarias.

(25) Hay que decir que la Administración y hasta la jurisprudencia han sido muy restrictivos a la hora de estudiar las solicitudes y los casos de denegación han sido numerosos en los últimos años. A modo de ejemplo puede citarse la STS de 26 de enero de 2002, (FJ 4.º), que en relación a ciudadanos armenios establece una doble denegación: de la solicitud y de la medida cautelar. Así, la solicitud es denegada porque “Los recurrentes, sin embargo, no basaron su solicitud de suspensión cautelar del deber de abandonar el territorio español en circunstancias que puedan entenderse de índole humanitaria, pues sólo en casación han afirmado, sin base probatoria alguna, que son perseguidos en su país por la religión que profesan y que corren peligro de muerte, hechos que, al no ser notorios ni estar probados, no legitiman la suspensión interesada...”. Asimismo, se deniega también la suspensión cautelar de la expulsión, porque “(...) El alejamiento de los recurrentes del proceso [no] puede erigirse en causa determinante de la suspensión de su obligación legal de salir de España, a lo que esta Sala ha dado siempre respuesta negativa, pues, de lo contrario, el mero ejercicio de la acción impugnatoria de una resolución administrativa, que impone o conlleva el deber de abandonar el territorio español, supondría la suspensión automática de éste, lo que no se compadece con nuestro sistema de medidas cautelares, como esta Sala ha declarado en sus Sentencias de 25 de septiembre y 2 de diciembre de 1995, 17 de febrero de 1996 —recurso de casación 4842/93—, 13 de marzo de 1999 —recurso de casación 6337/95— y 13 de noviembre de 2000 —recurso de casación 10009/97—. Tampoco podemos aceptar, como causa determinante de la suspensión cautelar del deber de abandonar el territorio español, la dificultad para la familia de retornar a España si esta Jurisdicción anulase después la resolución administrativa denegatoria de asilo y declarase su condición de refugiados, pues no aparecen datos o indicios ostensibles que permitan considerarlos como tales ni tampoco otros elementos de juicio que aconsejen por razones humanitarias evitar su salida de España, mientras que, al menos en el incidente de medidas cautelares, los recurrentes no han negado ni discutido los hechos por los que la Administración demandada se negó a reconocerles la condición de refugiados, consistente el primero en la falta de constancia de su pertenencia a grupo político, social, religioso o étnico que supusiera discriminación por parte del Gobierno de su país, y el segundo porque, antes de entrar en España, permanecieron en otros países donde podrían haber solicitado la correspondiente protección sin haber justificado los motivos de esa omisión. A esto último no han aludido siquiera los recurrentes y, en cuanto a lo primero, sólo en casación han manifestado haber sido perseguidos en su país «por

otorgada al apartado tercero del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Asilo y que se conecta con la referencia que se hace en el también modificado apartado 2 del artículo 22 del mismo reglamento en relación con la inadmisión a trámite en frontera de una solicitud de asilo. “El Ministro del Interior, en aplicación del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, podrá autorizar la entrada del extranjero y su permanencia en España en los términos previstos en los apartados tres y cuatro del artículo 31 del presente Reglamento”. Muy importante también es la extensión del efecto de la autorización para residir temporalmente como autorización para trabajar —circunstancia que se hará constar expresamente en la propia resolución—. Ambas, a tenor del artículo 45.6 Rex, por un año.

2.— Cuando se evidencian razones humanitarias distintas de las anteriores, en particular las previstas en la propia ley de extranjería para otorgar la residencia temporal por razones excepcionales. En este supuesto, la resolución denegatoria deberá contener igualmente la justificación y especificar el régimen jurídico de la situación de permanencia y su duración pero no surte efectos de autorización para trabajar. Recordemos que los términos del artículo 31.4 del Reglamento de Asilo dicen que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España, y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, (...), siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias queden acreditadas en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de *autorización de estancia*. En consecuencia, la autorización para trabajar dependerá de qué corresponda en función del supuesto del artículo 45 Rex en el que se integre.

3.— Cuando existen extranjeros desplazados en el sentido regulado por el RD 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas²⁶.

razones de índole religiosa», sin otras precisiones, pero ya hemos expresado que esta alegación resulta ineficaz en casación con independencia de la escasa credibilidad que tiene ante la falta de concreción con que se efectúa, razón que, unida a las anteriores, impide acceder a la pretensión de suspender la obligatoria salida del territorio español que comporta la denegación del derecho de asilo solicitado”. En el caso de cubanos, la STS de 14 de abril de 2003 (FJ 2.º), desestimó la condición de refugiados y de derecho de asilo (Recurso de Casación n.º 10441/1998), al afirmar que: “La conclusión a la que se llega es que bajo el ropaje de una solicitud de concesión de refugiado y reconocimiento del derecho de asilo, lo que late —es decir, se esconde, se oculta— es una motivación distinta: el deseo de los peticionarios de mejorar sus condiciones básicas de vida en muy diversos aspectos, posiblemente hasta en el económico. Ello es perfectamente entendible, no censurable y hasta respetable. Pero lo que no hay es un temor fundado de ser perseguido por motivos políticos determinante de la salida de su país de los solicitantes”.

(26) La regulación encuentra su base en el Consejo de Ministros de la Unión Europea que adoptó la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. En la misma también se alude a la adopción de medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. *DOUE* L 212 de 07-VIII-2001, pp. 0012 – 0023.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

B) Razones humanitarias definidas en nuestra normativa de extranjería

A éstas se refiere el apartado 4 del artículo 45 Rex en los siguientes supuestos:

a) A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal (delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros), de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, (tipificada en el artículo 22.4.^a, del Código Penal), o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, siempre que haya recaído sentencia condenatoria por tales delitos.

b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.

c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo²⁷.

La previsión que, en particular, se hace para las víctimas de los delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar está plenamente justificada y, además, es factible porque el procedimiento se tramita por la vía de urgencia. Por eso, desde que se haya dictado una orden judicial de protección, se puede presentar la solicitud de autorización que se concederá una vez que haya recaído sentencia. En cambio, en los otros procedimientos penales se pueden superar fácilmente los tres años, por lo que sería razonable que, en ciertos casos, en función de la gravedad o evidencias, se pudiera solicitar también la autorización de residencia temporal desde que se admite a trámite una denuncia, o desde que exista acta definitiva de infracción por parte de la Inspección de Trabajo. En otro caso, el supuesto puede quedar inoperante porque puede ser más fácil acceder por el arraigo laboral o el de inserción social.

De cualquier modo, habría que entender que la mera solicitud habilita la estancia de la persona e incide en la suspensión de los efectos de una hipotética orden de expulsión²⁸. Es de destacar

(27) Pensamos que este supuesto ha podido inducir a error a Amnistía Internacional interpretando que el Reglamento obliga a los solicitantes de asilo a obtener visado. Como hemos podido ver, esto no es así y el caso del artículo 45.4.c) es para otro tipo de supuestos merecedores de la residencia temporal por razones humanitarias, pero porque la exigencia de visado para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo no puede hacerse efectiva por peligro para su seguridad o la de su familia. Noticia difundida en *El País*, 4 de enero de 2005.

(28) El Tribunal Supremo viene admitiendo por razones humanitarias la suspensión de órdenes de expulsión o salidas obligatorias del territorio español, pero siempre que se hayan acreditado hechos que así lo aconsejan o cuando esos hechos

asimismo que el supuesto de violencia doméstica obtiene un tratamiento aún más favorable en el tenor del artículo 41.2.b) Rex en cuanto que existiendo una orden judicial de protección, se considera como causa suficiente para poder obtener una autorización de residencia temporal independiente del reagrupante. La loable medida nos anima, nuevamente, a insistir en que también otros supuestos se puedan ver favorecidos desde un estudio caso por caso²⁹. El concepto amplio de no discriminación ha sido acogido concretamente en el artículo 23 de la LOEXIS señalando que: “A efectos de esta ley, representa discriminación, todo acto que directa o indirectamente, conlleva una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero, basado en la raza, el color, la ascendencia, o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”³⁰. Asimismo, se deben considerar los supuestos que la doctrina comunitaria configura como nueva categoría de “acoso étnico”³¹. De otra parte, cabe subrayar la ausencia de mención a las víctimas de “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” del nuevo artículo 318 bis introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre³².

El segundo grupo de personas susceptibles de merecer una respuesta particular lo constituyen aquellos extranjeros que estando en España en situación irregular, les sobreviene una enfermedad grave que precisa, bajo informe de la correspondiente autoridad sanitaria, un tratamiento que no podrían recibir en su país de origen sin riesgo para su salud o su vida. Aquí la autorización se contempla, exclusivamente, como autorización para residir.

El último supuesto no es, en realidad, un supuesto de regularización por circunstancias excepcionales, ya que, el interesado debe cumplir “los demás requisitos para obtener una autoriza-

resultan notorios. Así, por ejemplo, Sentencias de 30 de septiembre de 1996, 2 de marzo, 11 y 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000, 17 de abril, 2 de junio y 11 de diciembre de 2001.

(29) En relación con las situaciones excepcionales en el marco de la extranjería, el alto tribunal en sentencias de 4 de octubre de 1994, 8 de abril de 1995 y 26 de marzo de 1999, entre otras, ya indica la necesidad de atender a cada caso concreto valorando las circunstancias concurrentes. El carácter excepcional no tiene un significado meramente temporal, opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que posee un valor cualitativo equivalente a importante, trascendente o de peso en relación con las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzca. Y, en definitiva, de carácter excepcional y de privilegio, contrario a la regla general.

(30) De interés resulta la consulta a la documentación recogida en la web de la Fundación Secretariado General Gitano: www.fsgg.org.

(31) El artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico señala que “el acoso constituirá la discriminación a efecto de lo dispuesto en el apartado I, cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este efecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y las prácticas nacionales de cada Estado miembro”.

(32) De medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE, n.º 234, de 30 de septiembre. Puede verse, GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “Análisis del artículo 318 bis CP”, *Actualidad Penal*, n.º 29, 2002.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

ción temporal de residencia o de residencia y trabajo”. La singularidad de la situación vendría dada por el hecho de eximir del visado –condición necesaria de una autorización de residencia o residencia y trabajo– en la medida en que la persona no lo puede conseguir porque el traslado al país de origen o procedencia para solicitarlo, implica un peligro para su seguridad o la de su familia. De este modo, se evita frustrar la obtención de la autorización “ordinaria” que exigiría el visado, al existir una causa de índole humanitaria (peligro para su seguridad o la de su familia) que justifica su exención y se reconduce a una autorización de residencia temporal por razones excepcionales.

C) Por colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o por interés público o seguridad nacional

El apartado 5 del artículo 45 señala al efecto que:

“Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.”

La única referencia legal directa que se hace a esta situación es la prevista en el artículo 59.1 en relación con el artículo 59.3 LOEXIS. El supuesto de hecho implica una acumulación de situaciones que parte de que la persona hubiera cruzado la frontera fuera de los pasos establecidos, o no hubiera hecho la obligatoria declaración de entrada “y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad”. En esa circunstancia, *puede quedar exento de responsabilidad administrativa, y no será expulsado* si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionándoles datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. Los mismos órganos administrativos competentes de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver. Si, por tanto, quedaran exentos de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y con el fin de facilitarle su integración social:

1. Estancia y residencia, así como autorización para trabajar y facilidades para su integración social, o
2. el retorno a su país de procedencia.

El desarrollo reglamentario de esta facultad que tiene la Administración de ofrecer al extranjero que ejerza su opción se ha materializado en el artículo 117 Rex. Hacemos hincapié, no obstante, que el término legal “se les podrá facilitar a su elección” supone que es potestativo para

la Administración el ofrecimiento de esas dos opciones. Pero, de cualquier manera, la nueva regulación tiene mejor técnica jurídica como se aprecia de su lectura:

“1. Cuando se encuentre en curso un expediente sancionador y el expedientado fuere extranjero, el instructor, antes de efectuar la propuesta definitiva al órgano competente, si tiene conocimiento de la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la Justicia, especialmente las previstas en el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000, podrá proponer la exención de responsabilidad y la no expulsión de las personas a las que se alude en aquél, en consideración a su colaboración o cooperación con las autoridades o sus agentes, proporcionando datos esenciales o declarando en los procesos correspondientes, como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a los autores y cooperadores de los tráficos ilícitos de seres humanos a los que el indicado artículo 59 se refiere.

Si se dictase resolución por la que se declare al expedientado exento de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y con el fin de facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. La concesión de dicha documentación podrá ser revocada si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales.”

Hay que ser cautos en cuanto a pensar que este supuesto desembocará siempre en la opción de la regularización, si bien, en la medida en que se contempla como medio para conseguir o facilitar la integración social, el instructor puede ejercer aquí una importante labor que, sin duda, será estudiada caso por caso. Tengamos en cuenta que habrá que descartar denuncias falsas, y la participación del ciudadano extranjero deber ser relevante para esclarecer los hechos. Además, hay una delimitación estricta sobre el origen de la irregularidad que sólo se prevé para los casos de entrada o permanencia irregular sobrevenida, pero no en supuestos en los que la expulsión sea consecuencia accesoria del delito.

En la práctica³³, aunque la iniciativa corresponde al instructor del expediente sancionador, es el Ministerio Fiscal quien tiene que aplicar este estímulo administrativo, pues, en definitiva, es el único que puede conocer la trascendencia de la declaración testifical³⁴. De este modo, se evitaría la proliferación de supuestos en los que el extranjero –víctima de un tráfico ilícito de seres humanos, de un delito de inmigración ilegal, de un tráfico ilícito de mano de obra o víctima de prostitución–, es objeto de expulsión generalizada, pese a colaborar con la justicia en el esclarecimiento de los hechos. No obstante, hay que decir que el artículo 46.6 Rex, introduce mayor garantía al respecto, no sólo en relación al órgano competente para su resolución, que es el Secretario de Estado de Seguridad, –sin perjuicio de delegar su facultad a los Subdelegados del Gobierno–; sino, sobre todo, porque dicha solicitud siempre tiene que venir acompañada del

(33) Vid., FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Extranjería, Derecho Penal y Penitenciario”, *REDMEX*, julio, 3, 2003, p. 114.

(34) Esta reflexión es coincidente con una de las objeciones realizada por el Consejo General del Poder Judicial al emitir su informe sobre el proyecto del reglamento de extranjería. *El País*, 30 de noviembre de 2004.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

informe de la Jefatura, bien de la Policía, bien de la Guardia Civil, o, en su caso, de la autoridad judicial o fiscal, que acredite los motivos en que se basa dicha solicitud.

También debe destacarse que el apartado 2 del mismo precepto (artículo 117) señala que:

“Durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el Juez instructor según lo establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.”

Y, por último, su apartado 3 se refiere a la posibilidad de inejecución de la expulsión o de solicitar el regreso de un extranjero que aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo pero sólo porque el Ministerio Fiscal considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, y a esos solos efectos, mediante la autoridad gubernativa.

IV. REQUISITOS CONCURRENTES Y PREVISIONES PARTICULARES

Las autorizaciones que se conceden tienen vigencia de un año siendo susceptibles de renovación por el mismo plazo. Cuando la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales se concede por los supuestos de arraigo, con excepción de la que se conceda a los menores de edad, llevará aparejada una autorización para trabajar. En la misma situación se hallarán las personas contempladas en el apartado tercero del artículo 31 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En los demás supuestos, se legitima al extranjero para solicitarla de forma personal en los registros de los órganos competentes para su tramitación (inciso segundo del apartado 7 del artículo 45 Rex). Debe repararse en que ésta es una excepción a la regla general salvo –claro– que se trate de autorización para trabajar por cuenta propia, pues la autorización para trabajar por cuenta ajena deben hacerla los empleadores. No obstante, según se desprende del mismo inciso, han de presentarse igualmente los requisitos que avalen la situación de la empresa o empresario que ofrece la contratación. Culmina así el precepto diciendo que la solicitud podrá presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, o bien durante el período de vigencia de la misma y en su concesión será preciso acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras b), c), d), y e) del artículo 50 Rex. No obstante, los requisitos del artículo 50.c) se acreditarán en los términos del artículo 51.3 Rex³⁵:

(35) Que dice: “Recibida la solicitud, la autoridad competente procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación, y se recabará de oficio el informe al respecto de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Tesorería General de la Seguridad Social, de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y del Registro Central de Penados y Rebeldes. Estos informes deberán ser emitidos en el plazo de 10 días”.

- Garantía de actividad continuada.
- Cumplimiento de la empresa de los requisitos de inscripción en el sistema de Seguridad Social, obligaciones tributarias y solvencia empresarial.
- Oferta de trabajo ajustada a la normativa vigente.
- Titulación homologada o capacitación para el ejercicio de profesión cuando proceda.

Finalmente, como ya hemos mencionado con anterioridad, es un presupuesto común la solicitud de la Tarjeta de Identidad de Extranjero en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales o, en su caso, desde su entrada en vigor, es decir, cumplida la obligación de afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social.

V. PROCEDIMIENTO

Se regula pormenorizadamente en el artículo 46 Rex, del cual extraemos las siguientes consideraciones:

1. *Solicitud personal* ante el órgano competente como regla general: Delegados del Gobierno en las comunidades Autónomas uniprovinciales y los Subdelegados del Gobierno en las provincias (disposición adicional primera del reglamento). Salvedad hecha en los menores o incapaces, en los que podrá presentarla su representante legal.

2. Junto con la solicitud se acompañarán, además de los *documentos* que hemos detallado al estudiar cada supuesto específico, los siguientes:

- a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses. Exentos los solicitantes de asilo por resolución del Ministro del Interior.
- b) En los casos en que se exija, contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario con una duración mínima de un año, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada.
- c) Documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones a las que se refiere el artículo 45.

3. La aportación de estos documentos –u otros que el órgano competente podrá requerir del solicitante cuando se consideren necesarios para justificar los motivos de la solicitud–, tendrá que hacerse en el *plazo máximo de un mes* a partir de la fecha de la notificación en la que deberá asimismo constar el apercibimiento de que de no presentar en dicho plazo la documentación requerida, se le tendrá por desistido de la solicitud y se producirá el archivo del procedimiento.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales

II

4. Asimismo, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una *entrevista personal*. Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso necesario, quedando constancia de su contenido mediante un *acta firmada por los presentes*, de la que se entregará copia al interesado (garantía introducida con posterioridad). Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de otras circunstancias en que se ha basado la autorización, se recomendará la denegación de la autorización y se remitirá copia del acta al organismo competente para resolver. En caso de que surgieran dudas sobre el criterio a seguir, el órgano competente deberá elevar la consulta correspondiente a la Dirección General de Inmigración.

5. Cuando la solicitud sea por los *supuestos de colaboración con las autoridades fiscales y judiciales o de seguridad nacional*, el órgano competente para su resolución será la Secretaría de Estado de Seguridad, sin perjuicio de que pueda delegar esta facultad en los Subdelegados del Gobierno, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas Uniprovinciales o en el Comisario General de Extranjería y Documentación.

A la solicitud se acompañará el informe de la Jefatura correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya sean del Estado, ya sean de la Comunidad Autónoma, así como, en su caso, el de la autoridad fiscal o judicial, con el fin de acreditar las razones que la sustentan.

6. Cuando la *solicitud sea por colaboración con las autoridades administrativas o de interés público*, el órgano con competencia para resolver será la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, que también podrá delegar en los Subdelegados o Delegados del Gobierno.

7. La *eficacia de la autorización concedida en los supuestos de arraigo*, salvo en los casos de españoles de origen y sus hijos, así como en el de menores de edad o incapacitados no nacidos en España que, o bien sean hijos de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia.

VI. VIGENCIA DE LA AUTORIZACIÓN, RENOVACIÓN Y CESE

Se han previsto diferentes condiciones según los diferentes supuestos de hecho:

– Si la autorización se ha debido a *colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales o por razones de seguridad nacional*, la renovación se condiciona a que persistan las que justificaron su otorgamiento. Si las autoridades concluyen que han cesado esas

razones, los titulares de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales podrán solicitar una autorización de residencia o de residencia y trabajo si cumplen los requisitos para su obtención con *excepción de visado* (artículo 47.1 Rex).

– Para la renovación en los casos de *protección internacional* se sigue la regla de la comprobación de la persistencia de los motivos que justificaron la concesión. En concreto, de conformidad con la nueva redacción otorgada al apartado quinto del artículo 31 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, se señala que el interesado podrá instar la solicitud de renovación y la autoridad competente solicitará informe a la comisión interministerial de asilo y refugio sobre la vigencia de los motivos de la concesión. “Transcurridos tres meses desde la fecha de solicitud de renovación sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá concedida la *renovación por silencio positivo*”. Es interesante destacar que, alternativamente, el interesado puede obtener una autorización de residencia y trabajo –si cumple los requisitos para ello– de la duración que corresponda en función del tiempo que haya residido y, en su caso, trabajado legalmente en España.

– En todos los demás supuestos, transcurrido el año de vigencia de la autorización por motivos excepcionales se podrá, o bien solicitar la renovación –cuando se haya contemplado–, o bien una autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo –si se cumplen los requisitos al efecto, –excepción hecha del visado– durante los 60 días naturales previos a la fecha de la expiración de su autorización.

– Cuando la solicitud se hace en plazo, se *prorroga la validez de la autorización inicial* hasta que se resuelva el procedimiento en cuestión. No obstante, este beneficio también se extiende a los casos en que la solicitud se presente en el plazo máximo de tres meses a la fecha de su expiración, pero ello no le exime de poder encontrarse con la incoación de procedimiento sancionador por la infracción en la que se incurre.

Hay que tener siempre presente que los sustantivos avances, mejoras técnicas y aumento de garantías en el proceso, no le restan excepcionalidad y, por tanto, no cabe esperar una aplicación automática o flexible. La Administración quiere cerciorarse de la procedencia caso por caso y de ahí la incorporación de la posibilidad adicional de realizar una entrevista personal para verificar los extremos de la solicitud³⁶.

(36) Artículo 46.5 Rex.

Bibliografía

III

Bibliografía

OBRAS

AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, 2001.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. “Régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de sus familiares tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000”.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Consejería de Gobernación y Universidad de Córdoba, 2.ª ed., Córdoba, 2003, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones administrativas para trabajar de los extranjeros*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Ed. Comares, Granada, 2001.

MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R., “Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España”, Ed. La Ley, Madrid, 2002.

– *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Ed. Comares, Granada, 2001.

TRINIDAD GARCÍA, M.L., *Guía jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de La Unión*, Ed. Comares, Granada, 2001 y 2002, ediciones 4.ª y 5.ª.

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

ARTÍCULOS

AGUELO NAVARRO, P., “Reflexiones en torno al contingente de 2003. Situación nacional de empleo y procedimiento”, *REDMEX*, n.º 2, 2003.

– “La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 de noviembre”, *REDMEX*, marzo 2004, n.º 5.

ALARCÓN MOEDANO, I. y VIDAL DE MARTÍN “Centros de extranjeros”, *Otrosí. Aula de Migración*, Suplemento de febrero 1999.

ALONSO GARCÍA, B., “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, *REDT*, n.º 110, 2002.

Bibliografía

III

- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Los beneficiarios del derecho de asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”, *Relaciones Laborales*, n.º 4.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001”, *Entre Culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española*, n.º 41, julio-septiembre 2001.
- APARICIO WILHELMI, M., “La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de la falta de eficacia y de eficiencia”, *REDMEX*, n.º 6, julio 2004.
- AZÓN VILAS, F., “Los movimientos migratorios y los Juzgados Españoles”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, vol. VI, n.º 119.
- “Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes irregulares: la STS (Sala VI) de 29 de septiembre de 2003”, *Revista de Derecho Social (RDS)*, 2003.
- BOU FERNÁNDEZ, G., “Sobre la ilegalidad del Contingente 2002. Comentario a la Sentencia de 18 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 2 de Valencia” en *REDMEX*, marzo 2003, n.º 2.
- CAMÓS VICTORIA, I., “El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, *REDMEX*, marzo 2004, n.º 5.
- CHARRO BAENA, P., “Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros”, *REDMEX*, n.º 4, noviembre 2003.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España”, *Revista de Estudios Financieros*, n.º 251, febrero 2004.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Extranjería, Derecho Penal y Penitenciario”, *REDMEX*, n.º 3, julio 2003.
- FERNÁNDEZ SAGADO, F., “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre” en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001.
- GARCÍA ESPAÑA, E., “Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria”, *REDMEX*, n.º 4, noviembre 2003.
- HIERRO HIERRO, J., “La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia”, *REDT*, 2003, n.º 116.
- LIROLA DELGADO, I., “El Proyecto de Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Un comentario”, *Diario La Ley*, n.º 6144.
- MAESTRO BUELGA, G., “Globalización, inmigración y ciudadanía social”, *REDMEX*, n.º 4, noviembre 2003.
- MARTÍN MARTÍN, J., “Efecto avestruz de la LOEXIS frente a su vivificante art. 36.3: ¿status laboral mínimo?”, trabajo de investigación dirigido por la Profesora Doctora M.M. RUIZ CASTILLO, en el Programa de Doctorado “DERECHO y EMPRESA” de la Universidad de Almería.
- Unidad 10 del Título “E-learning” sobre supuestos extraordinarios de regularización.
- “Las once modificaciones realizadas por la STS de 20 de marzo de 2003, Sala VI de lo Contencioso-Administrativo, en materia de extranjería”, *Revista Sala de Togas del Ilre. Colegio de Abogados de Almería*, n.º 46, octubre de 2003.

Bibliografía

III

- “Novedades del tratamiento legal a los ciudadanos comunitarios”, *Economist&Jurist*, Año XII, noviembre 2003.
 - “La reforma de la Ley de Extranjería y su desarrollo reglamentario. Análisis de contratos”, Curso de doctorado 2002/03, Universidad de Almería, sin publicar.
 - “Las veintiuna principales novedades del actual Reglamento de Extranjería”, *Economist&Jurist*, Año XIV, marzo 2005.
 - “La competencia desleal y el Derecho de Extranjería”, *Economist&Jurist*, Año XIV. Publicación digital en internet, marzo 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros”, *REDMEX*, n.º 6, julio 2004.
- PÉREZ MILLA, J., “De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular”, *REDMEX*, n.º 5.
- PÉREZ VELASCO, M.M., en “El acceso a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón”, *REDMEX*, n.º 5, marzo 2004.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y AGUELO NAVARRO, P., “Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, *REDMEX*, n.º 3, julio de 2003.
- “Algunos aspectos críticos del texto de reforma de la LOEX”, *REDMEX*, n.º 4.
- RUIZ CASTILLO, M.M., “Aspectos jurídico-laborales de la inmigración: Algunas conclusiones para el debate”, II Seminario sobre la investigación de la inmigración de la extranjería en Andalucía. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2002.
- “Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales”, *RDS*, 2003, n.º 21.
- “Los derechos de los trabajadores extranjeros tras la reforma de la Ley 14/2003”. Texto presentado en el curso de formación de Inspectores y Subinspectores de Trabajo, Huelva, junio de 2004.
- SAGARRA I TRÍAS, E., “Un nuevo status de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”, *REDMEX*, 2002, n.º 1.
- “La protección internacional de los derechos de los trabajadores migrantes”, *REDMEX*, n.º 4, noviembre 2003.
- SOLANES CORELLA, A., “La irregularidad que «genera» la Ley de Extranjería”, *REDMEX*, n.º 4, noviembre 2003.
- SOLANS PUYUELO, F., “Informe sobre la situación del Centro de internamiento de Extranjeros de Valencia”, *REDMEX*, n.º 4, 2000.
- TAJADURA TEJADA, J., “Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España”, *REDMEX*, n.º 7.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Las infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de Extranjería: el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de extranjeros sin permiso”, *Tribuna Social*, 2002, n.º 133.

Bibliografía

III

TRINIDAD GARCÍA, M.L., “Trabajar en España como inmigrante legal asalariado: carrera de fondo con salida desigual”, *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 8, 2003-I.

– “El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España”, *Migraciones*, 13, 2003.

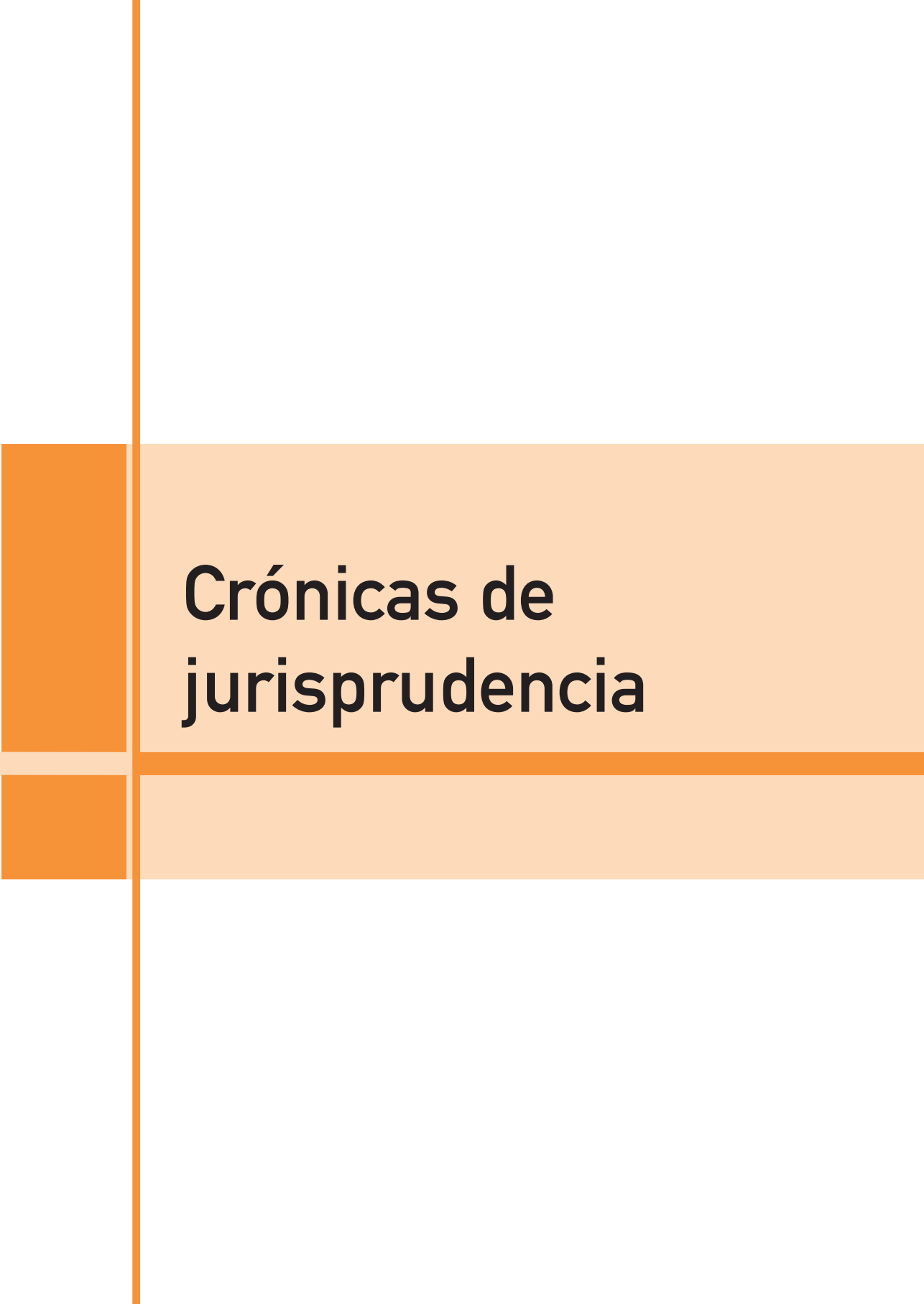
– “Condiciones legales para la integración de los extranjeros mediante el trabajo por cuenta propia”, *Revista especializada en formación y empleo de los colectivos en riesgo de exclusión*. Red Social Interactiva (RSI), n.º 1, marzo 2004.

– “Incidencia del tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI”, *REDMEX*, 2, marzo 2003.

– “Una regularización que no cesa”, *REDMEX*, 2, marzo 2003.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “Problemas actuales de la jurisprudencia” en *REDMEX*, n.º 5, noviembre de 2004.

VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., “Protección de datos personales y padrón municipal”, *Cuadernos de Derecho Local*, 1 de febrero de 2003.

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

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 5 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 3301/2001.

Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez.

Voz: Asilo. Natural de Palestina. Inadmisión a trámite.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don M.Á., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se inadmitió a trámite la solicitud de la concesión del derecho de asilo.

“En la sentencia ahora recurrida en casación se dice que el solicitante de asilo es al parecer natural de Palestina, y que los motivos del recurso se basan, en síntesis, y entre otros extremos, en que su negativa a participar en actividades terroristas o, por el contrario, de colaboración con las autoridades de Israel le hace temer por su vida.

(...).

(...) la Sala de instancia incurrió en la suya en esa desviación de perspectiva, pues no analizó aquello que debía analizar, esto es, si eran o no manifiestamente falsas o inverosímiles las alegaciones del solicitante de asilo, y exigió a éste la acreditación de la realidad de una persecución individualizada, sólo exigible si lo enjuiciado hubiera sido la resolución administrativa que denegara el asilo tras la tramitación del procedimiento.

(...). La crueldad del conflicto que allí se vive y sus concretas características, no hacen de todo punto ilógico que a quien es palestino (nacionalidad, ésta, que no vemos seriamente puesta en duda), habla hebreo muy bien (según afirma), trabaja en Israel (en una sala de fiestas, que identifica con su nom-

bre y dirección), en donde se queda muchos meses, pueda habérsele pedido, como dice el solicitante, ayuda en posibles acciones antihebreas; pueda haber sido coaccionado para ello (punto, éste, en el que cita como grupo autor de la coacción a uno denominado pantera negra-palestina, al que atribuye el carácter de grupo político, con la ideología, finalidad u objetivo de ser contrario a la paz de Arafat, y del que –y esto es aquí importante– nada se nos dice sobre su real existencia o sobre sus características en el expediente administrativo); pueda haber sido acusado de traicionar la causa palestina; de colaborar con los judíos; o pueda haber sido amenazado de muerte. En todo caso, el deber que imponen a la Administración las normas aplicables, tanto la que se contiene en el primer párrafo del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, que exige una resolución motivada, como la que se contiene en el artículo 18 de su Reglamento de aplicación, que exige que el procedimiento de inadmisión a trámite en frontera se aplique exclusivamente cuando concurra de forma manifiesta y terminante alguna de las circunstancias de inadmisión, la obligaba a explicar, de un modo preciso y con referencia a este caso en concreto, y no con una fórmula genérica (ésta sí), en gran parte reproducida en otras muchas resoluciones de inadmisión a trámite, por qué considera que el relato es manifiestamente falso o inverosímil, y por qué entiende que en él hay afirmaciones incongruentes y contradicciones sustanciales (lo cual, no vemos); o la obligaba a traer al expediente (a ella, a la Administración, precisamente) los datos o informes que fueran demostrativos de esa manifiesta falsedad o de esa inverosimilitud. Al dictar la resolución de inadmisión a trámite sin hacer ni lo uno ni lo otro, conculcó los preceptos que acaban de ser citados, siendo ésta la razón por la que debemos anular esa resolución y llegar al pronunciamiento estimatorio que anunciamos al principio.”

Asilo

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 5 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 5072/2001.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Asilo y condición de refugiado. Nacional de Cuba. Verosimilitud de las alegaciones. Reexamen.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña B., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se desestimó la petición de reexamen de la solicitud de asilo presentada y su inadmisión a trámite.

“La demandante de asilo basó su petición en el relato que transcribimos literalmente: «Fue detenida en 1997 durante 24 horas y mal tratada en la Habana; le decían que no podía seguir en el movimiento, si no le iba hacer desaparecer. Participó en el incidente que hubo en Lauto (hace unos años) en una fiesta de la juventud; y se iban a reunir muchos grupos contra el régimen; se había avisado a la prensa internacional para que filmaran lo que ahí ocurría para que el exterior supiera que es lo que ocurre en Cuba; pues la gente está engañada, hubo detenciones..... Desde entonces se ha dedicado a desempeñar su cargo en el partido, con mucha discreción; C.M., que es el (...) de los Derechos Humanos de la reconciliación nacional, hizo declaraciones de que la represión en estos últimos meses ha aumentado mucho, en cuanto a los últimos 10 años y ella, por tener una hija, no puede ir a prisión. Ella no puede regresar al país, por temor a su vida. Ha traído los documentos escondidos. Pide se le dé asilo en España u otra alternativa si la hubiera. Ellos se reunirán (su grupo) y las denuncias se le dan a la prensa independiente que es la encargada de publicarla. Tiene el periódico ‘S.C.’ es donde se reconocen los abusos del país. Ella solicitó visado para Suecia, se lo denegaron y ha conseguido el billete aportando una carta de invitación de un conocido en Budapest».

(...).

Sin embargo, las alegaciones para solicitar el asilo no se pueden tachar de inverosímiles, como hace

la Administración, por ser genéricas e imprecisas, sino que, por el contrario, son concretas, de manera que constituyen una causa que, conforme a los artículos 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 1951 y 3.1 de la Ley de Asilo 5/1984, lleva aparejada la condición de refugiado, razón por la que no es aplicable, en contra de lo resuelto por la Administración, al inadmitir a trámite la petición de asilo, lo dispuesto en el artículo 5.6.d) de dicha Ley de Asilo, y por ello el acuerdo administrativo impugnado debe ser declarado contrario a derecho y anulado, según disponen concordadamente los artículos 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y se debe ordenar a la Administración que admita a trámite dicha solicitud, como pide la recurrente al amparo del artículo 31.2 de esta misma Ley.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 25 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 4259/2001.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacionales de Ghana. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por doña B., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se inadmitió a trámite la solicitud de asilo.

“Comparecida ante dicha Brigada, la Sra. B. solicita asilo para ella y su hijo con base en las siguientes alegaciones: «Primera.–Desde el año 1995, mi país se encuentra en guerra civil y partido en dos facciones contradictorias. Por un lado, está la facción denominada Mongón, con su líder Adu Osei, que está en estos momentos en el poder. Por otro lado, está la otra facción denominada Tmale, a la cual pertenezco y que ostentó el poder hace un tiempo. La situación es del todo insostenible y como prueba las

Asilo

continuas noticias que en la prensa bombardean acerca de la vida en mi país. Las venganzas son continuas y lo saqueos están a la orden del día no pudiendo en consecuencia vivir de una forma digna. Segunda.—Pero lo peor, desde que la facción de Adu Osei, es decir el Mongón, domina gran parte del territorio, la persecución se ha hecho implacable para los que no pertenecemos a su tribu. Mi anterior marido, padre de mi hijo que me acompaña, está perseguido y amenazado de muerte, y a mí por haber sido su esposa, yo estoy también amenazada y en peligro de muerte. Tercera.—Como consecuencia de ello, y temiendo por mi vida y por la de mi hijo M., nacido el 23 de agosto de 1994, en Accra (Ghana) y con pasaporte n.º (...), en octubre de 1997 conseguí huir de mi país de origen viajando por la noche y llegar a Mauritania, donde y gracias a un misionero me ayudó para conseguir un visado para España».

La recurrente, por tanto, basó su petición de asilo no solo en que existe una guerra civil en Ghana sino en que la facción Mongon de Adu Osei la tiene amenazada de muerte y la persigue a ella y al padre de su hijo menor por no pertenecer a la tribu de aquél.

El que tales hechos sean o no ciertos habrá que acreditarlo, incluso de forma indiciaria, una vez incoado el oportuno procedimiento, pero lo que no se puede afirmar, sin infringir lo dispuesto en los artículos 3.1 de la Ley de Asilo y 1.A).2 de la Convención de Ginebra, es que tales hechos no constituyen una causa que permita pedir asilo, pues, como establece este último precepto, el término de refugiado se aplicará a toda persona que tenga fundados temores de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que es lo alegado por la recurrente para pedir asilo, sin perjuicio, como hemos indicado, de que durante la tramitación del procedimiento tales hechos deban acreditarse, según establece el artículo 8 de la propia Ley de Asilo, deber que no sólo pesa sobre el solicitante de asilo sino también sobre la Administración, como establece el artículo 9.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo,

aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, al disponer que «la Administración investigará las circunstancias objetivas alegadas».

Por las razones expresadas procede declarar que la resolución administrativa impugnada no es ajustada a derecho, (...).

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 27 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 6087/2001.

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Antiguo soldado ruso destinado en Chechenia.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don J., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

“(…) la parte recurrente alegó como razones para su petición de asilo que dos años antes había sido destinado como soldado a Chechenia. Que los terroristas chechenos han amenazado de muerte a todos cuantos hayan intervenido en misiones militares en ese país sin que Rusia sea capaz de proporcionarles la protección adecuada hasta el punto que en el edificio donde vivía explotó una bomba colocada por esos terroristas.

De las alegaciones formuladas se podrá dudar y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada. Pero la Sala no puede compartir el razonamiento de la sentencia recurrida según el cual se denuncia una situación de conflicto bélico generalizado insuficiente para configurar una situación de persecución personal del recurrente. Por el contrario, éste alega que su pertenencia a un grupo social determinado, el de los antiguos soldados destinados en Chechenia, le han convertido en potencial objetivo de los terroristas de ese país, sin que en Rusia pueda obtener la debida protección.

Tales alegaciones son suficientes para que se admita a trámite la solicitud presentada y se conceda oportunidad al recurrente de probar sus afirmaciones.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª

Fecha: 31 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 5832/2001.

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Peticionario que entra en España con pasaporte de Nigeria y carta de identidad de Sierra Leona. Dudas sobre su nacionalidad.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don G. contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

“(…) el recurrente entró en España con un pasaporte de Nigeria y acompañó una carta de identidad de Sierra Leona en la que aparecía una firma que no coincidía con la suya, a lo que añadió, rebatiendo las alegaciones formuladas en tal sentido en la demanda, que tampoco las razones aducidas como fundamento de su petición podían encuadrarse en el supuesto previsto en el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984, al no basarse en el temor a sufrir persecución por su pertenencia a un grupo social, político, étnico o religioso determinado.

Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (LJ), alega la parte recurrente como primer motivo de casación que el Tribunal de instancia ha infringido las normas que rigen las garantías procesales al no haber reiterado la remisión de unos documentos que dentro del período de prueba fueron reclamados sin éxito al ACNUR y a Amnistía Internacional. Este motivo de casación no puede prosperar, entre otras razones, porque tales documentos, de los cuales el emitido por el ACNUR fue recibido después de la fase de conclusiones, tenían como finalidad acreditar la situación de guerra

civil existente en Sierra Leona, y no ha sido la falta de prueba de esta situación lo que ha determinado la desestimación del recurso interpuesto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^ª

Fecha: 1 de febrero de 2005.

Recurso de Casación: 4250/2001.

Ponente: D. Rafael Fernández Valverde.

Voz: Asilo. Narración de hechos con verosimilitud. Natural del Congo.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don F., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

“Estimado el motivo de casación, debemos resolver lo que corresponda dentro de los términos en que venía planteado el debate en la instancia, de conformidad con el artículo 95.2.d) de la LRJCA, dejando constancia de que la resolución administrativa inadmitió a trámite la solicitud de asilo con base en la siguiente y única razón: «La solicitud está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles, habida cuenta que el relato del solicitante resulta carente de datos sustanciales, así como genérico e impreciso en la explicación de aspectos esenciales de la propia persecución, detectándose al mismo tiempo contradicciones sustanciales que no quedan resueltas por las respuestas del interesado, quien, a su vez, desconoce datos fundamentales sobre el grupo al que dice pertenecer, por lo que no puede considerarse que el solicitante haya sufrido tal persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifique un temor fundado a sufrirla».

(…) el recurrente relata haber estado implicado en un incidente específico y determinado, del que expresa día y lugar, del cual se derivó su detención. Igualmente relata su ingreso en una concreta prisión, los interrogatorios y torturas a que fue some-

Asilo

tido, dada su condición de representante comercial opuesto al régimen de Kabila.

La alegación de esta causa impide que la petición pueda ser inadmitida a trámite. La causa alegada resulta, en principio, verosímil e incluíble en el citado artículo 1.A.2) de la Convención de Ginebra de 1951, por lo que la Administración debió instruir el correspondiente expediente con el fin de incorporar a él todos los datos que pudieran confirmar o desmentir el relato formulado por el solicitante y así poder adoptar la decisión que resultase pertinente.

No resulta, pues, correcta la fundamentación de la Sala de instancia por cuanto no se trata ahora, en el momento de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, de acreditar los indicios a que se refiere el artículo 8 de la LRDAR, a los que se refiere la sentencia en el último de sus fundamentos, sino, simplemente, de comprobar si se ha producido la alegación de una de las causas previstas para la posterior concesión de la situación de asilado y el relato fáctico en que se fundamenta no es manifiestamente inverosímil, como no es el de autos. La situación de confrontación, con el resultado aquí expuesto, constituye base suficiente para dar origen al temor de la persecución alegada por el recurrente, pues supone un marco de realidad en el que la narración de persecución realizada por la recurrente cuenta con un alto grado de concreción, concurrencia y credibilidad. Esto es, ante tal situación, de contrastable realidad, resulta fácilmente deducible la idea de persecución tomando en consideración la detención del recurrente, su ingreso en prisión y su sometimiento a torturas y trabajos forzados, en el ámbito de la expresada situación de conflicto.

En consecuencia, debemos llegar a la conclusión y deducir de tal situación que la idea o sensación de temor, derivada de una persecución de carácter social, era una realidad concurrente en el momento de la solicitud de asilo y de inadmisión por parte de la Administración. Por ello el recurso debió, desde la perspectiva de inadmisión a que el mismo se li-

mita, ser estimado, sin perjuicio todo ello que, tras la admisión a trámite de la solicitud de asilo y tras la tramitación del correspondiente procedimiento pudiera llegar a denegarse la concesión de la condición de refugiado, ante la ausencia de la aportación, entonces, de los indicios suficientes que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 1 de febrero de 2005.

Recurso de Casación: 4074/2001.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Denegación del reconocimiento de la condición de refugiada y el derecho de asilo. Nacional de Sierra Leona. Permanencia por razones humanitarias.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña E., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación del reconocimiento de la condición de refugiada y derecho de asilo.

“En contra de lo declarado por la Administración en la resolución impugnada, procede autorizar a la recurrente la permanencia en España por razones humanitarias, según lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, modificada por Ley 9/1994, por las razones que expresó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el informe que oportunamente emitió a instancia de la propia Administración.

Dicho Alto Comisionado (folio 4 del expediente administrativo) propuso en su informe que se aplicase a la demandante, ahora recurrente en casación, lo dispuesto en el referido precepto de la Ley de Asilo porque la situación de Sierra Leona no permite su devolución con las debidas garantías de seguridad, dadas las circunstancias, antes apuntadas, de ese país.

Se trata, por tanto, de un supuesto plenamente subsimble en lo previsto por el citado artículo 17.2 de la

Ley de Asilo, modificada por Ley 9/1994, en que se debe autorizar la permanencia en España de la recurrente dentro del marco de la legislación de extranjería, razón por lo que la decisión de la Administración denegando tal autorización es contraria a derecho y debe ser anulada, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 70.2 de la Ley de esta Jurisdicción, de manera que procede acceder a la pretensión formulada por la recurrente para que se ordene a la Administración autorizarle su permanencia en España en el marco de la legislación de extranjería, según lo establecido concordadamente en los artículos 33.1 y 71.1.a) y b) de la propia Ley Jurisdiccional, y de acuerdo con las disposiciones transitorias segunda y tercera de esta misma Ley 29/1998, de 13 de julio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 2 de febrero de 2005.

Recurso de Casación: 5762/2001.

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Armenio que alega persecución por haber pertenecido al cuerpo de seguridad del anterior presidente.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don C. y su esposa doña A., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

“Este motivo de casación debe ser estimado. El recurrente fundó su solicitud en el temor a sufrir persecución en su país de origen por haber formado parte del servicio de seguridad del anterior presidente Petrosian y haber estado a las órdenes del General Roman Kazarian, al que se le ha acusado de intervenir en actividades ilegales y criminales. Por estas razones afirma que tanto él como su esposa han sido acosados por las autoridades de su país, hasta el punto de tener que haber huido del mis-

mo. El recurrente ha formulado un extenso relato que deberá ser acreditado para que se le reconozca la condición de refugiado. Pero ello debería producirse en el expediente. Si fuera cierto lo alegado merecería la protección pretendida, pero en el trámite de admisión no puede exigirse prueba alguna al respecto. Basta que lo alegado resulte encuadrable en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 3 LDA y lo manifestado por el recurrente representa una situación de persecución por razones políticas inculcables en la previsión contenida en ese precepto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 1 de marzo de 2005.

Recurso de Casación: 5690/2001.

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Cuba.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don J., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de solicitud de asilo.

“La sentencia de instancia, desestimatoria del recurso, basa su pronunciamiento en 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, expuesto anteriormente, no están apoyados en prueba, al menos indiciaria, que permita concluir que existe una particular y concreta persecución del demandante por razones de su pertenencia a un determinado grupo social u opciones políticas. Por otra parte, no existe indefensión deducida de la falta o insuficiencia de motivación del acto impugnado, pues éste constituye una respuesta razonada a la petición que la actora formula, basada en hechos no acreditados ni siquiera por la vía de indicios».

(...).

Asilo

(...) que la parte recurrente (...) insiste en que para la concesión de la condición de refugiado basta que existan indicios suficientes de que el solicitante se encuentra en alguno de los supuestos de la Convención de Ginebra de 1951, aunque no haya prueba plena sobre ellos. Lo cierto es, sin embargo, que la Sala de instancia no desconoce ni infringe esta doctrina. La sentencia recurrida no exige esa prueba plena del temor a sufrir persecución por parte del recurrente, al contrario, la asume y, partiendo de ella, dice que ni siquiera hay prueba indiciaria de la persecución invocada. Consiguientemente, no existe la infracción denunciada en el motivo casacional.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 3 de marzo de 2005.

Recurso de Casación: 88/2002.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Denegación indebida de pruebas. Razones humanitarias. Nacional de Armenia.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don M.A., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se inadmitió a trámite la solicitud de asilo.

“En su primer motivo de casación, esgrimido al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, la representación procesal del recurrente alega que la Sala de instancia ha incurrido en quebrantamiento de las formas del juicio, produciéndole indefensión, al no haber accedido a la práctica de dos pruebas documentales oportunamente solicitadas, con las que trataba de acreditar la situación de conflicto interno existente en Armenia.

La Sala de Instancia denegó la práctica de esta prueba por innecesaria, y este criterio podría ser acertado desde el punto de vista del reconocimiento al recurrente de su condición de refugiado, habida

cuenta de que es reiterada doctrina de esta Sala que la situación de conflicto interno no es suficiente para la concesión del derecho de asilo si no va acompañada de una persecución hacia el solicitante por alguna de las causas legalmente establecidas, y, además, porque la Administración había declarado la inadmisión de la solicitud presentada por el recurrente por dos causas distintas, de las que en la demanda sólo se combatió una, pero en dicha demanda también se pidió, con carácter subsidiario, que se autorizase al recurrente su permanencia en España por razones humanitarias, según lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y para pronunciarse sobre esta petición la Sala sentenciadora hubiera debido disponer de los elementos de juicio que la prueba denegada intentaba aportar.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 29 de marzo de 2005.

Recurso de Casación: 6629/2001.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Verosimilitud de las alegaciones. Petición de reexamen.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó la petición de reexamen contra la resolución que inadmitió a trámite las solicitudes de asilo.

“(…), el dato definitivo para considerar inverosímil el relato de los solicitantes fue que éstos no hablaran árabe ni turco e insistieran en hablar únicamente en kurdo. Pues bien, tal conclusión, lejos de presentarse como razonable, parece claramente ilógica, pues el hecho de que unos solicitantes de asilo, que dicen ser kurdos, insistan en hablar únicamente en kurdo, lejos de restar credibilidad a sus alegaciones, no hace sino reforzar la verosimilitud de su alegada condición étnica, pues si afirman manejar ese idioma, tal dato, de confirmarse, constituiría el mejor indicio de la veracidad de su relato, sin que esta apreciación quede necesariamente desvir-

Asilo

tuada por el hecho de que dijeran no hablar árabe o se negaran a hablar en dicho idioma, más aún dada su condición de analfabetos, pues en todo caso subsiste el dato de que decían hablar kurdo, y puede colegirse razonablemente que si una persona habla y se expresa en un idioma localizado y minoritario como el kurdo, es porque tiene dicha condición o al menos es verosímil que la tenga.

(...).

Los recurrentes alegaron que la represión turca contra los kurdos es muy fuerte, la mujer abortó como consecuencia de un registro de los soldados que le pedían luchase contra el PKK o les avisasen si sabían algo de ellos. Les amenazaron con quemar las casas. El solicitante no quiso tomar las armas y fue torturado dos veces, hace años decidió abandonar Turquía y se estableció en Siria donde ha permanecido hasta ahora. Insisten en que son kurdos.

Aunque la Administración inadmitió a trámite la solicitud de asilo de los recurrentes y desestimó su petición de reexamen, lo cierto es que siete días después, el 20 de octubre de 1999, autorizó por razones humanitarias (artículo 17.2 de la Ley 5/1984) su permanencia en España conforme a lo previsto en la legislación general de extranjería, sin explicar las razones de tal proceder.

Pues bien, no cabe duda que las causas alegadas por los recurrentes, para pedir el asilo, son de las que confieren la condición de refugiado, sin que quepa afirmar, en contra del parecer de la Administración, que resulten manifiestamente inverosímiles, pues es cierta la existencia en Turquía de un conflicto con los kurdos, determinante de enfrentamientos entre activistas kurdos y el ejército, que provocan detenciones e interrogatorios de presuntos colaboradores de esos grupos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a

Fecha: 19 de abril de 2005.

Recurso de Casación: 6983/2001.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Razones humanitarias. Nacional de Bangladesh.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don G., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

“(…) la solicitud de asilo presentada por el interesado no exponía ninguna persecución encuadrable en esa institución, sino una pura y simple emigración por razones económicas, que no puede dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado. Sentado esto, no hubo en la actuación de la Administración contradicción alguna, pues aun siendo cierto que se inadmitió a trámite su petición de asilo [en impecable observancia y aplicación del artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo], fue la propia Administración la que, de forma expresa, decidió no expedir una orden de salida del territorio nacional, justamente porque a aquél se le había concedido permiso de residencia y trabajo. Pudiera haberse reprochado a la Administración una actuación contraria a sus propios actos si, a pesar de la concesión de esos permisos, se hubiera ordenado al interesado abandonar el territorio nacional, con base en la inadmisión de la petición de asilo, pero no fue así, porque no obstante dicha inadmisión se decidió, de forma expresa, no extender orden de salida, por respeto a las resoluciones por las que se había concedido a aquel los permisos de residencia y trabajo. Consiguientemente, el interesado no debía albergar ningún temor a que la inadmisión de la solicitud de asilo conllevara el abandono del territorio o su expulsión del mismo, lo que priva de base a sus alegaciones.

Situados en esta perspectiva, acierta la sentencia de instancia al razonar que la institución del asilo reviste una naturaleza, fundamento, finalidad y contenido substancialmente diferente de la concesión de permisos de residencia y trabajo en el marco de

Visado

la legislación general de extranjería; ya que el asilo busca únicamente conceder una protección a quienes son perseguidos en sus lugares de procedencia por los bien conocidos motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; y es claro que el caso del recurrente no encajaba en ninguno de esos motivos. El hecho de que se le haya concedido permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, de acuerdo con la legislación de extranjería, no significa que hubiera de dársele necesariamente asilo o que hubiera de autorizarse la permanencia del interesado en España por aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo; más bien pudiera decirse que una vez concedidos esos permisos de residencia y trabajo, la petición de aplicación de la posibilidad legal del artículo 17.2 LDA carecía de especial significación o utilidad para el interesado (más aún cuando era tan infundada como en este caso), pues éste ya había adquirido un título válido para su permanencia y ocupación laboral en España.”

VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a

Fecha: 28 de enero de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 169/2003.

Ponente: Dña. M.^a Fátima Arana Azpitarte.

Voz: Denegación de visado de residencia para trabajo.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don S., contra la resolución por la que se deniega la solicitud de visado de residencia para trabajo solicitado por el recurrente.

“En el presente caso, la notificación de la denegación de visado se limita a consignar que se deniega el visado en aplicación de los artículos 8.3, 14.3, 17.5 y

19.3 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, al ser desfavorable el informe preceptivamente emitido por la autoridad laboral competente.

Ahora bien, dicho informe, al que se remite la Resolución impugnada, carece por completo de motivación, haciéndose constar tan solo en el mismo que la solicitud de visado «es informada negativamente» ignorándose la razón, impidiéndose así al recurrente su examen así como la posibilidad de acreditar o demostrar un eventual error del mismo y a la Sala conocer el motivo del informe negativo, lo que conlleva que estimemos que por referencia a un informe inmotivado la resolución impugnada carezca de la necesaria y adecuada motivación, lo que a su vez comportará la estimación del presente recurso en orden a declarar la nulidad del Acuerdo impugnado.

Sin embargo, careciendo la Sala de los imprescindibles elementos de juicio en aras a resolver la solicitud de visado formulada por el recurrente, procede acordar la retroacción de actuaciones administrativas a fin de que por la Administración se proceda a dictar nueva resolución ajustada a derecho previa incorporación al informe de la autoridad laboral la explicación del motivo por el que ha informado negativamente la solicitud, sin que la Sala pueda entrar tampoco en este momento procesal a examinar los hechos ocurridos con posterioridad, tales como que al parecer el recurrente se encuentra ya en España y ha tenido una hija respecto de la cual se ha declarado, con valor de simple presunción, la nacionalidad española de origen.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a

Fecha: 14 de febrero de 2005.

Recurso de Apelación: 170/2004.

Ponente: D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez.

Voz: Exención de visado. Invocación de Tratado de Paz y Amistad por ciudadano ecuatoriano.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución por la que se inadmite a trámite la exención de visado.

“La sentencia apelada señala que la actora no razona en su demanda los motivos por los que la resolución administrativa no se ajusta a derecho, limitándose a sostener que por aplicación de diversos Tratados de Paz y Amistad y Convenios de Doble Nacionalidad debe concederse la exención de visado, lo que rechaza el Juzgador *a quo* en base a un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que los citados Convenios o Tratados no eximen de la necesidad de obtener visado y de pedir la exención del mismo, (...).

Entrando en el fondo del asunto, el recurso contencioso-administrativo no puede ser estimado con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada pues como ya ha entendido la Sala en un supuesto semejante y también para los nacionales de Ecuador, en realidad, la petición de permiso de trabajo y residencia del actor no indicaba siquiera si era para trabajar por cuenta propia o ajena simplemente porque se fundaba no en la aplicación de las normas establecidas al efecto en la Ley y Reglamento de Extranjería, sino en la tesis de que los nacionales de Ecuador, en virtud de los tratados internacionales en vigor, tienen derecho a la obtención de tales permisos y de la exención de visado sin sujeción a la normativa de extranjería mencionada.

(...).

(...) el presente caso afecta a un ciudadano ecuatoriano, y resulta que aunque el recurrente invoca el Tratado de Paz y Amistad entre España y Ecuador de 14 de noviembre de 1841 y el Convenio de Doble Nacionalidad con Ecuador de 4 de marzo de 1964, no tiene en cuenta que el Protocolo de 25 de agosto

de 1995 modificó el artículo 8 del mencionado Convenio de Doble Nacionalidad, y estableció, como requisito previo para la aplicación a los ecuatorianos de las facilidades laborales a que se refiere, la obtención de los permisos de residencia y trabajo necesarios. Tampoco tiene en cuenta la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios de 29 de mayo de 2001 (con acuerdo de aplicación provisional del mismo a partir del 28 de junio de 2001, publicado en el BOE de 10 de julio de 2001), que regula justamente esta cuestión y que establece la forma en que los flujos migratorios procedentes de este país iberoamericano deben canalizarse, con evidente exclusión de vías alternativas.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 28 de febrero de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 93/2005.

Ponente: D. Luis Helmuth Moya Meyer.

Voz: Exención de visado. Inadmisión a trámite. Nacional de Cuba.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto contra la resolución por la que se inadmite a trámite la solicitud de exención de visado.

“Como en reiteradas ocasiones ha manifestado esta Sala, en el caso de ciudadanos cubanos, por ser originarios de un país en el que no se respetan los derechos civiles de libre circulación sí concurren las circunstancias excepcionales que justifican la exención de visado.

En efecto, el apartado segundo, letra c), se refiere a aquellos «extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden para obtener visado, o por carecer de vínculos personales con dicho país» para exceptuarlos de la exigencia de visado.

Visado

En esta situación se encontrará el recurrente si es obligado a regresar a su país con la única finalidad de solicitar el visado, pues con mucha probabilidad no podrá volver a salir del mismo por haber infringido las leyes de aquel país sobre salida del territorio nacional y ser previsiblemente objeto de represalias por haber solicitado en España asilo político. La perspectiva de ser objeto de sanciones injustas, por violar un derecho fundamental como es la libertad de circulación, y de ser sometido a un sistema legal sin las debidas garantías, debe considerarse que afecta a la seguridad del extranjero, y es una situación que tiene acomodo en el supuesto reglamentario citado.

Como tiene derecho a la exención de visado, la Administración deberá, por tanto, resolver sobre su solicitud de permiso de residencia y de trabajo sin exigir el correspondiente visado de residencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a

Fecha: 1 de marzo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1372/2002.

Ponente: D. Miguel Ángel García Alonso.

Voz: Visado de residencia para reagrupación familiar. Matrimonio reciente.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don J.P., contra la resolución por la que se denegó el visado de residencia por reagrupación familiar.

“En el caso que nos ocupa, para la esposa de un residente legal se solicita el visado de residencia para reagrupación familiar en España. La Administración deniega el visado por entender «que el vínculo familiar no está suficientemente garantizado. Matrimonio reciente».

Sin embargo debemos apreciar que hay falta de motivación suficiente, pues se ha aportado un acta de matrimonio, que fue celebrado en el país de origen de los contrayentes tres meses antes de

presentar la solicitud. La resolución impugnada no niega la validez formal del acta de matrimonio aportada.

El matrimonio reciente no es causa legal de denegación. Si entendemos que la resolución impugnada supone que estamos ante un matrimonio de conveniencia, por ser reciente: Como ha declarado el Tribunal Constitucional en STC 169/1986, de 22 de diciembre, que aunque referido a la prueba de presunciones en lo judicial también es de aplicación al ámbito administrativo, «si se cumplen los requisitos, no hay obstáculo, pese a sus inconvenientes para considerar la presunción judicial como una prueba de cargo suficiente para desvirtuar, en principio, la presunción constitucional de inocencia reconocida en el artículo de la CE»; «Hay sin embargo en la prueba de presunciones –llamada impropia indiciaria– un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base (propia el indicio) en cuanto que éste ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la operación que lleva al hecho consecuencia, a la presunción rectamente entendida, que será tanto más correcta cuanto más llano y coherente sea el camino del hecho base a la conclusión. Se habla en este sentido, negativamente, del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba. Se considera que no existe tal prueba si no se exterioriza –razonándolo– el nexo causal, es decir, si aparece sólo como una apreciación en conciencia pero inmotivada o, mejor dicho, no explicada o no explicitada por el juzgador». Y ello es lo que olvida la resolución, no basta con constatar los hechos, debe determinar el proceso deductivo que le ha llevado a la conclusión indicada. Tal falta en la resolución no lleva a una traslación de la carga de la prueba a la parte recurrente de la que hay que presumir que su matrimonio se basó en un vínculo preexistente y real. Por tanto la Sala no puede atender los criterios sustentados en la resolución para denegar el

Expulsión

visado y, en su consecuencia, reuniendo los requisitos debe declarar el derecho de la recurrente a su obtención, tiene derecho a obtener el visado por reagrupación familiar que solicitó.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a

Fecha: 19 de mayo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 904/2002.

Ponente: D. Enrique Gabaldón Codesido.

Voz: Exención de visado. Argentino hijo de padre español residente en Argentina. Dependencia económica. Realización de estudios.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por el recurrente contra las resoluciones por las que se deniega la exención de visado y se reconoce el derecho del actor a obtener la exención de visado y el permiso de familiar de residente comunitario.

“El actor es mayor de 21 años, de nacionalidad argentina, hijo de padre español residente en Argentina del que dependen económicamente, encontrándose en España para la realización de estudios. El 26 de febrero de 2002, solicitó exención de visado para la obtención de tarjeta comunitaria. La solicitud fue denegada por la resolución que aquí se recurre, con fundamento en que la exención de visado tiene un carácter excepcional y está condicionada a la acreditación de la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 49.2 del RD 429/2001, concurrencia no acreditada.

El actor alega, en esencia, que estas resoluciones son contrarias a los artículos 14 y 19 de la Constitución. El primero de ellos por atentar a la igualdad en el trato jurídico, en relación a la solicitud de otro supuesto idéntico y resulta favorablemente. El segundo por atentar contra la libertad de circulación de los extranjeros en España. Entiende que le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 del RD 766/1992.

(...).

En el caso presente la existencia de las “razones excepcionales” que sirven a justificar la exención interesada (hijo de español, con arraigo en este territorio donde cursa estudios) se ha apreciado por la Administración en el supuesto del ciudadano argentino.

Pues bien, en los términos exigidos en el artículo 10 el actor acreditó, con la documentación acompañada a su solicitud, su identidad, parentesco con español, que depende económicamente de su padre, que cursa estudios en Córdoba, de donde se concluye el cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión de la tarjeta interesada, teniendo en cuenta que, como señalamos precedentemente, en el supuesto que nos ocupa procedía la exención de visado.

Ni el expediente, ni la resolución recurrida recogen dato alguno del que concluir óbice, con base a las indicadas razones, para denegar la expedición de la tarjeta interesada, por lo que, reunidos los requisitos precisos, procede su expedición.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 4 de marzo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 93/2003.

Ponente: D. Francisco de la Peña Elías.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada. Principio de proporcionalidad. Falta de caducidad del procedimiento.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don J.E. contra la resolución que decretó la expulsión del recurrente.

Expulsión

“El análisis del expediente pone de manifiesto, sin embargo, que la tramitación del procedimiento ha respetado escrupulosamente los principios de audiencia y contradicción que se denuncian como infringidos. Basta, al respecto, con reproducir aquí los datos expresados en el fundamento anterior, de los que se desprende que el actor estuvo en todo momento asistido de Letrado, tuvo conocimiento puntual de la existencia del procedimiento y de los motivos en que se fundaba su incoación y pudo realizar, en fin, las alegaciones que tuvo por convenientes frente a la propuesta de expulsión. El respeto al derecho de defensa se manifiesta, por último, en la interposición del presente recurso, en el que ha podido aducir cuantos motivos de impugnación ha tenido por conveniente.

(...).

En el supuesto de autos, la descripción de hechos realizada por la Administración demandada debe considerarse suficiente y completa. Se expresan, en efecto, los hechos determinantes del acto administrativo, los preceptos legales que resultan de aplicación y la consecuencia sancionadora que deriva de los mismos; además, se notifican tales circunstancias al interesado (desde el inicio mismo del expediente) y se le da ocasión, con la correspondiente asistencia de Letrado, a alegar frente a ellas cuanto ha tenido por conveniente, expresándole los recursos procedentes contra la decisión final. Es más, del simple examen de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución se desprende que ha tenido un total y completo conocimiento de los hechos que se le imputan y de las consecuencias sancionadoras que de los mismos se siguen.

(...).

Como ha señalado esta Sala (Sección 1.^a) en anteriores pronunciamientos, es claro que existen límites sociales y económicos a la capacidad de absorción de extranjeros en la Unión Europea, y que en consecuencia la decisión de posibilitar la expulsión de

quienes no estén legalmente habilitados para residir en los países de la Unión constituye una opción legítima del Legislador.

Presupuesto, pues, que la sanción de expulsión establecida por el Legislador con carácter general para estos supuestos respeta el principio de proporcionalidad, la alegación del recurrente ha de ceñirse a la infracción de tal principio en la concreta imposición de esta sanción. Sin embargo, el recurrente no acredita circunstancia excepcional alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevista con carácter general por el Legislador como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y que, correlativamente, únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero es indiscutible que resulta ser, también, menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el Legislador.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 7 de marzo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 695/2003.

Ponente: D. Juan Ignacio Pérez Alférez.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada. Principio de proporcionalidad. Falta de acreditación de circunstancias excepcionales.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don R., contra la resolución por la que se decretó la expulsión del territorio nacional del recurrente.

“Partiendo, en consecuencia, de que la sanción de expulsión establecida por el Legislador con carácter general para estos supuestos respeta el principio de proporcionalidad, la impugnación del recurrente debe ceñirse a la falta de proporcionalidad de la imposición de esta sanción en su caso específico. Pero lo cierto es que el recurrente no acredita cir-

Expulsión

cunstancia excepcional alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida con carácter general por el Legislador como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el Legislador.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, ya que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte actora, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que concurran en su caso concreto y que puedan determinar excepcionalmente tal desproporción. No habiéndolo hecho en el caso actual, procede desestimar el recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 8 de marzo de 2005.

Recurso de Apelación: 20/2005.

Ponente: Dña. Raquel Iranzo Prades.

Voz: Suspensión de la expulsión. Situación de arraigo. Matrimonio con residente legal en España.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don H., contra el auto por el que se denegó la suspensión de la resolución que acordó su expulsión.

“El apelante se apoya también en las manifestaciones vertidas ante Notario el 20 de enero de 2004,

por don M.T., Presidente de la Asociación Mezquita Al-Hyra que está reconocida como entidad de carácter social e inscrita en el Registro de Asociaciones de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, según dichas manifestaciones, la citada asociación tiene contratado al recurrente (al que identifica por su nombre señalado que es mayor de edad, casado y marroquí) desde noviembre de 2002 como Imán, residiendo el mismo en el domicilio de la Mezquita de Ciudad Real (...), por lo que se le satisface la cantidad mensual de 900 euros. De acuerdo con ello se estaban poniendo de manifiesto unas circunstancias que indicarían un arraigo social del Sr. A., en la medida que desempeñaría una función religiosa para la comunidad musulmana, y económica, al reconocérsele retribuciones periódicas y fijas. Ahora bien, la credibilidad de ese testimonio, en cuanto a las afirmaciones que contiene, no es absoluta, precisamente porque se vierten datos que chocan abiertamente con otros que también constan en las actuaciones. Así en enero de 2004 se dice que el Sr. A. reside en un domicilio que no es el mismo que el que figura en el empadronamiento hecho dos meses antes. Igualmente asevera que el Sr. A. está casado, cuando de la propia documentación aportada por el interesado se evidencia que el matrimonio tuvo lugar siete meses más tarde.

(...).

En definitiva, se vierten en el testimonio del Sr. M.T. afirmaciones que se contradicen con otros datos fehacientes, lo que nos lleva a no considerarlo determinante para entender acreditado, por sí solo y en ausencia de otra prueba que lo avalara, que el Sr. A.D. tiene un arraigo religioso y económico en España.

Sin embargo la Sala discrepa de la conclusión a la que se llega en el auto impugnado en orden a rechazar que las circunstancias del matrimonio del recurrente y embarazo posterior de su esposa, pudieran ser demostrativas de arraigo en España, por el hecho de ser posteriores a la hora de la expulsión.

Expulsión

No se puede discutir que la máxima manifestación de arraigo familiar en un lugar determinado, viene dada por la formalización de un matrimonio (el Tribunal Supremo ha equiparado a esos efectos la convivencia de hecho) y el nacimiento de un hijo. Aunque esas circunstancias se produzcan con posterioridad a la orden de expulsión, existen cuando se ha de decidir la medida cautelar de suspensión de esa orden, y si la finalidad de dicha medida es evitar perjuicios de reparación imposible o difícil, la finalidad quebraría con la inmediata expulsión de un extranjero que dejaría cónyuge (residente legal) e hijo en España con el consiguiente quebranto para la convivencia y la vida familiar. Además con los antecedentes con los que se cuenta no se aprecia, ni ha sido objetado por la Administración demandada, que haya existido fraude de Ley en cuanto que los hechos del matrimonio y del nacimiento del hijo del recurrente se hayan producido para eludir la ejecución de la orden de expulsión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 11 de marzo de 2005.

Recurso de Apelación: 453/2004.

Ponente: Dña. Francisca María de Flores Rosas Carrión.

Voz: Expulsión y medidas cautelares. Solicitud de trabajo y residencia. Situación de arraigo.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto y revoca el auto dictado en pieza separada de medidas cautelares de suspensión de la resolución que decretó la expulsión del apelante del territorio nacional.

“En el caso presente, cuando el 12 de septiembre de 2003 se inició el expediente de expulsión, el recurrente tenía una legítima expectativa derivada de la solicitud de trabajo y residencia formulada anteriormente y existía potencialidad de regularizar su situación en tanto que la Administración no dictara la correspondiente resolución. Resultando, por tanto, aplicable al supuesto litigioso la doctrina jurisprudencial precitada, es claro que procede la

estimación del presente recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución recurrida, por el motivo de impugnación indicado, en aplicación de la doctrina del *fumus bonis iuris*.

Alegó también el recurrente en la instancia su situación de arraigo derivada de la convivencia con ciudadana española, que se encontraba esperando el nacimiento de un hijo común. Esta no fue una alegación genérica, sino más que concreta pues su compañera quedaba plenamente identificada, como también lo estuvo en vía administrativa, en la que se efectuaron alegaciones subsiguientes tanto a la incoación como a la propuesta de resolución. Dicho hijo nació finalmente, como ha quedado justificado por la documentación aportada en esta instancia. De ello se deriva que en el caso presente la ejecución del acto administrativo era susceptible de causar perjuicios irreparables al apelante, cuya inicial pretensión cautelar debió ser acogida en aplicación de la doctrina jurisprudencial que, en materia de suspensión de la ejecución de determinaciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, declara que la adopción de la medida cautelar resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal, familiar o profesional, circunstancias que hacen prevalecer el interés particular en que se suspenda la ejecutividad del acuerdo de expulsión frente al general en ejecutar inmediatamente ésta.

Por todo lo expuesto, no siendo conforme a Derecho el auto recurrido, es procedente su revocación, al ser de estimar el recurso de apelación deducido contra el mismo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 14 de marzo de 2005.

Expulsión

Recurso de Apelación: 125/2004.

Ponente: D. Jaime Lozano Ibáñez.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada. Obligación de asistencia letrada.

Resumen: El Tribunal estima el recurso y anula la resolución por la que se decidió la expulsión del territorio nacional de don J.Á.

“(…), resulta claro que la Administración, aunque cumplió con la obligación legal de proporcionar Letrado para el acto de la detención, no cumplió con la de proporcionarlo, pese a que se había ofrecido y aceptado la oferta, para el trámite administrativo de alegaciones, con lo cual no se ocasionó efectiva indefensión al encartado en el procedimiento (debe señalarse que éste no llegó a formular alegaciones). Esta situación pudo deberse a una deficiente coordinación de la Administración con el Colegio de Abogados, o al peculiar sistema de establecimiento de turnos de asistencia por parte de dicho Colegio, o a la causa que sea; evidentemente, no se trata de imputar culpas a una u otra Administración, sino de determinar objetivamente si el grado de defensa que se procuró al encartado fue el legalmente exigible, o no.

Debe señalarse que el procedimiento de expulsión del artículo 63 de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España posee caracteres de expeditividad y fugacidad en las posibilidades alegatorias y probatorias sin parangón en el resto de procedimientos sancionadores existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pese a la trascendencia, para quien está encausado en el mismo, de lo que en él se decide. Siendo así, no cabe rebajar todavía más el nivel de garantías, y es preciso exigir el cumplimiento riguroso de las mínimas que el interesado tenga legalmente reconocidas, entre ellas la de que se le proporcione el Letrado de oficio para la tramitación del expediente administrativo, si lo pide al serle ofrecido.

En suma, pues, el recurso de apelación debe ser estimado, la sentencia revocada, y el recurso conten-

cioso-administrativo, también estimado, con anulación de la resolución administrativa; sin perjuicio de la retroacción de actuaciones que la Administración pudiera emprender, en su caso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.^a

Fecha: 4 de abril de 2005.

Recurso de Amparo: 5291/2001.

Ponente: D. Javier Delgado Barrio.

Voz: Supuesta vulneración de los derechos a la libre circulación y residencia: denegación de entrada en frontera a extranjero.

Resumen: El Tribunal deniega el amparo solicitado por don Y.R., que interpuso el recurso contra el Jefe de servicio del puesto fronterizo de Almería, por la denegación de la entrada en el territorio nacional.

“El Sr. R., ciudadano marroquí, pretendió entrar en España por el puesto fronterizo del puerto de Almería, procedente de Nador (Marruecos), el 26 de agosto de 2000. Era aplicable en ese momento la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre). El artículo 23.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 exigía, en síntesis, como requisito para entrar en España, la presentación de pasaporte y de visado, aunque el visado podía ser sustituido por una autorización de residencia o documento análogo.

El Sr. R., recurrente en amparo, presentó su pasaporte y un permiso de trabajo y residencia en su favor otorgado por la Subdelegación del Gobierno en Tarragona el 5 de junio de 2000, (...).

El Sr. R. reconoció en el puesto fronterizo, en las diligencias administrativas practicadas con asistencia de intérprete y Abogada del turno de oficio, que él no había estado nunca en España (y eso se deducía, además, de su pasaporte), pero que un familiar ha-

Expulsión

bía tramitado la regularización para él en España y se la había mandado por correo a Marruecos. En consecuencia, consideraron los funcionarios que el permiso de residencia no era válido y, por tanto, se denegó la entrada en territorio nacional y se ordenó el retorno a Marruecos que tendría lugar a las 24:00 horas del mismo día 26 de agosto de 2000.

La Letrada del turno de oficio que asistió al recurrente en las actuaciones administrativas interpuso recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, en el que se invocaban los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el de «protección frente a las sanciones de orden público» (*sic*) y la libertad de residencia, que fue desestimado en primera y en segunda instancia con el argumento, en síntesis, de que la cuestión determinante en el caso sería la consideración del permiso de residencia (obtenido por el procedimiento de la «regularización») como válido o inválido, lo que constituye una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que los órganos judiciales no pueden pronunciarse en el procedimiento especial promovido.

(...).

El extranjero que –como el ahora recurrente en amparo– no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia –el derecho a elegir el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en el territorio español– para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto: el de entrar en el territorio nacional. Para ese extranjero la circunstancia de *encontrarse ya* en España constituye un presupuesto lógico –y, en este caso, también cronológico– para que pueda entrar en juego la libertad de residencia en el territorio nacional. Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia ni, por tanto, cabe aceptar que los eventuales impedimentos u obstáculos del poder público a las pretensiones del

extranjero constituyan vulneraciones de la libertad de residencia garantizada por el artículo 19 CE. En su caso, serán otros los derechos vulnerados. Cuestión distinta sería la derivada de la hipotética obtención, por un extranjero, porque el ordenamiento lo haya así previsto, de un permiso de residencia antes de entrar en España por no exigirse, en tal caso, como requisito para esa obtención, el encontrarse previamente en el territorio español. Esa hipótesis no cabe descartarla por completo, pero, de un lado, no es la del caso que nos ocupa, de otro, no se estaría entonces en presencia de un derecho de libertad de residencia *ex* artículo 19 CE, sino de una simple autorización administrativa o, todo lo más, de ejercicio de un derecho legal y no constitucional y, finalmente, cuando se intentase ingresar en España no se estaría ejercitando ese derecho a residir, sino exactamente el derecho a entrar, aunque aquél, en ese supuesto, sirviese de apoyo a éste. De todos modos, como antes se dijo, el caso objeto del presente recurso de amparo es otro bien distinto: el de un extranjero que, habiendo reconocido que no ha estado nunca en España, no puede alegar, para amparar un pretendido derecho a entrar en ella, la libertad de residencia cuando, en su caso, como se desprende con nitidez de los antecedentes de este asunto, a tal residencia sólo podría aspirar si se hubiese encontrado previamente en territorio español.

(...).

Procede, pues, declarar, que el derecho a entrar en España –«sólo reconocido constitucionalmente a los españoles» (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4), como ha expuesto este Tribunal en una afirmación incidental– no es derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 CE, aunque, obviamente, quien esté de hecho en España puede solicitar la protección de ese derecho por los Jueces y Tribunales españoles, que deberán tutelarlos de acuerdo con las exigencias impuestas por el artículo 24 CE, que sí recoge un derecho del que son titulares los extranjeros.”

Expulsión

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 8 de abril de 2005.

Recurso de Apelación: 8/2005.

Ponente: Dña. M.ª Teresa Marijuan Arias.

Voz: Sustitución de la sanción de expulsión por la de multa.

Resumen: El Tribunal estima el recurso promovido por la Delegación del Gobierno en Cantabria contra la sentencia que estimó el recurso interpuesto contra la resolución impugnada en lo relativo a la sanción de expulsión impuesta.

“La resolución sancionadora fundamenta la orden de expulsión en la estancia irregular del recurrente en nuestro país, pero no contiene motivación alguna acerca de la opción por dicha medida en lugar de la de multa, salvo una referencia genérica al artículo 57.1 de la LO 8/2000 irrelevante a los efectos que nos ocupan, por lo que procede confirmar la Sentencia apelada en lo que a la revocación de la orden de expulsión se refiere.

Sin embargo, la Sentencia de instancia no sólo anula la orden de expulsión, sino que prescindiendo del contenido de la resolución administrativa que se limita exclusivamente a ordenar aquella, impone directamente la sanción de multa en cuantía de 301 euros, realizando la opción entre expulsión y multa que motivadamente corresponde realizar a la Delegación de Gobierno.

Con ello se ha producido una extralimitación del alcance revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que debe limitarse a confirmar o revocar el acto administrativo recurrido, pero no a dictar un acto distinto en sustitución de la no expresada voluntad administrativa al respecto, porque los Tribunales no ostentan la potestad sancionadora ni pueden ejercer la que corresponde a la Administración. Será ésta la que, en su caso, pueda decidir motivadamente si opta por la sanción de expulsión o por la de multa en el seno de un nuevo procedimiento sancionador, sin que en el presente proce-

so pueda el Magistrado de instancia inclinarse por una de las dos posibles sanciones previstas para la conducta infractora, ya que ello supondría la directa imposición de una sanción de multa por el órgano jurisdiccional, cuando tan sólo se está cuestionando la conformidad o no a Derecho de la orden de expulsión.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 8 de abril de 2005.

Recurso de Apelación: 89/2005.

Ponente: D. Miguel Ángel García Alonso.

Voz: Denegación de entrada. Ausencia de fines exclusivamente turísticos.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto contra la resolución por la que se procedió a denegarle la entrada al recurrente en territorio español.

“El hoy apelante manifestó ante funcionarios del puesto fronterizo que venía a España para hacer turismo, solo 15 días, que era su deseo conocer exclusivamente la ciudad de Totana, sólo gana 500 dólares al mes, está casado y tiene dos hijos.

Por estos datos ya existen indicios de que el fin no es meramente turístico sino de trabajo, con entrada en España al margen de las vías adecuadas establecidas en la legislación, ya que por las circunstancias reseñadas al recurrente le supondría un enorme esfuerzo económico el realizar un viaje trasatlántico para el mero hecho de permanecer sólo los días reseñados, para un fin turístico. Si tenemos en cuenta además que alegó venir invitado por una persona de la que no sabe nada de su vida profesional ni personal, resulta evidente, valorando conjuntamente todos los datos referidos, que en este caso concreto el motivo de su entrada no se limita a mera visita turística, por lo que la denegación de su entrada en territorio nacional por la Administración resultó ser conforme con la normativa reseñada.”

Permiso de residencia

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 29 de abril de 2005.

Recurso de Apelación: 69/2005.

Ponente: D. Javier Rodríguez Moral.

Voz: Sanción de expulsión. Principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don M., contra la sentencia que acordó expulsar del territorio nacional al ciudadano extranjero demandante.

“La parte apelante construye su recurso principalmente sobre la vulneración del principio de proporcionalidad –artículo 55.3 de la Ley 4/2000, de 8 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España: «Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia»– a la hora de imponer la sanción de expulsión en lugar de la de multa, dando lugar a un problema jurídico que en este particular supuesto se manifiesta con singular intensidad, puesto que, además del control de la ponderación llevada a cabo por la Administración sancionante, hay que tener en cuenta que queda en pie la indefensión padecida por el demandante a la hora de pretender acreditar que su situación, en comparación con otros nacionales de su país también expedientados por los mismos hechos, era merecedora de la sanción económica. Nos referimos a la petición de prueba del resultado de otros expedientes sancionadores desatendida de plano por la instrucción del expediente. Una irregularidad de este calibre adquiere en este caso sustantividad propia, en la medida en que su resultado podría condicionar el contenido de la sanción elegida. De este modo, sí cabe reprochar a la sanción impuesta que adolece de un déficit motivador, en cuanto se apoya en una valoración incompleta de los elementos de juicio que necesariamente tuvieron que ser ponderados, y que no lo fueron por la negativa a acreditar hechos cuya toma en cuestión era necesaria, de haberse querido salvaguardar las

exigencias del principio de proporcionalidad, que imponían tener en cuenta la interpretación del mismo sostenida por la Administración en ocasiones precedentes.”

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 9 de febrero de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1620/2001.

Ponente: D. Jesús Nicolás Martí Sánchez.

Voz: Permiso de residencia temporal inicial y exención de visado. Nacional de Colombia. Denegaciones presuntas por silencio.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don R., contra las resoluciones denegatorias presuntas de su solicitud de permiso de residencia.

“El peticionario no ha probado la existencia en su país de origen (Colombia) de «un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza», situación que no es notoria ni de conocimiento general, además de no concretar la clase de conflicto, ni acreditar que sea de una magnitud que impida la obtención del visado, como tampoco ha probado que el conseguir dicho visado implicara un peligro para su seguridad o la de su familia, sin que igualmente conste que carezca de vínculos familiares con el citado país (Colombia), en el que se le expidió el pasaporte un mes y medio antes de solicitar en España la exención de visado, lo cual indica que hasta entonces residía en Colombia, y se empadrona en una ciudad española (Las Palmas de Gran Canaria) once días antes de presentar la mencionada petición (folios 14 y 3 del expediente administrativo), siendo así que a su padre se le expidió

Permiso de residencia

pasaporte en Colombia dos meses antes (el día 30 de mayo de 2001) de que solicitara permiso de trabajo y residencia (el día 31 de julio de 2001, abriendo una libreta en la Caja Insular de Ahorros el día 17 de julio de 2001, de donde se desprende que al menos hasta dos meses y medio antes de que el recurrente solicitara la exención de visado, su padre residía en Colombia.

En cuanto a la primera de las peticiones que, con carácter subsidiario, realiza el actor («declarar la nulidad de pleno derecho respecto a la resolución que deniega la petición de exención de visado y permiso de residencia de fecha 6 de junio de 2002»), aparte de que el recurso no fue ampliado a las citadas resoluciones expresas, que figuran en los folios del 24 al 26, y en el 27 del expediente administrativo, las mismas son conformes a Derecho con base en los fundamentos en que se apoyan, motivación por remisión admitida según un constante criterio tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que, por conocido exime de citar sentencias concretas.

Finalmente, respecto a la segunda petición formulada también con carácter subsidiario (que se declaren «justificadas las omisiones alegadas y, en consecuencia, haber lugar a la obtención del correspondiente permiso de residencia»), carece igualmente de viabilidad. Al no reunir el solicitante los requisitos para obtener permiso de residencia temporal inicial resulta obvio que no pueda legalmente concedérsele dicho permiso. Los actos de la Administración han de basarse en normas del ordenamiento jurídico, no en deseos ni en criterios contrarios a las normas jurídicas reguladoras de la materia de que se trate, mucho menos cuando, como ocurre en este caso (exención de visado o permiso de residencia a extranjeros), las normas son de Derecho imperativo o *ius cogens*.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 30 de marzo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 995/2003.

Ponente: Dña. Inmaculada Rodríguez Falcón.

Voz: Denegación de permiso de residencia. Desestimación presunta.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don P., contra la resolución desfavorable presunta a su solicitud de permiso de residencia.

“El acto objeto del recurso es la Resolución denegando la solicitud de exención de visado para obtener permiso residencia y trabajo que la actora solicitó por «estimar encontrarse en lo dispuesto en el artículo 49.a) del RD 864/2001, 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre».

En cuanto a la imposibilidad de obtener visado como hemos dicho en reiteradas ocasiones, «la concurrencia de las causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista de la posibilidad de obtener el visado, es decir, en palabras del precepto antes mencionado, de que esas circunstancias tengan una ‘magnitud (que) impida la obtención del correspondiente visado’; y en cuanto que el mismo se obtiene, en la Oficinas Diplomáticas españolas en el País de procedencia, en este caso Nigeria, no cabe entender que esas circunstancias impidan acceder a esas misiones diplomáticas españolas en las que no cabe presumir que existan esas circunstancias y, por ello, obtener el correspondiente visado de entrada».

En otro orden de cosas, la resolución de la Administración es ajustada a derecho, y los efectos del silencio eran desestimatorios. Sin que ello exima a la Administración de su obligación de resolver como realizó en la resolución desestimatoria posterior.

La disposición adicional primera de la LO 4/2000, de 11 de enero de 2000, establece que «El plazo

Permiso de residencia

general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas».

En consonancia con el artículo 43.2 de la LRJyPAC, Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, «Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a
Fecha: 1 de abril de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1225/2002.

Ponente: D. Juan Ignacio Pérez Alférez.

Voz: Solicitud de permiso de residencia. Nacionalidad ecuatoriana. Insuficiencia de pruebas acreditativas de la estancia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña M., contra la resolución que denegó a la recurrente el permiso de residencia solicitado.

“La pretensión de la parte actora no puede ser atendida, lo que supone la desestimación de este recurso, por las razones que se exponen a continuación.

Los supuestos de autorización de residencia temporal para extranjeros están recogidos en los artículos 31 y 32 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, en relación con el artículo 41 del Reglamento de dicha Ley, RD 864/2001. Se trata, por tanto, de acreditar la concurrencia de los supuestos y circunstancias a que dichos preceptos se refieren.

La parte actora ha aportado como pruebas certificaciones de empadronamiento referidas a los años 2000 y 2001 y una tarjeta de Abono Transporte para el año 2000, así como un certificado de matriculación en un centro de Educación Infantil en el curso 2000/2001. Dichas pruebas son absolutamente insuficientes para acreditar los antes mencionados requisitos y supuestos autorizantes del permiso de residencia, por lo que la resolución impugnada debe ser confirmada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a
Fecha: 5 de abril de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 199/2003.

Ponente: Dña. María Fátima Arana Azpitarte.

Voz: Solicitud de permiso de residencia temporal. Situación de arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don M., contra la resolución que denegó la solicitud de permiso de residencia temporal.

“En el supuesto presente, para acreditar la existencia de arraigo el recurrente aportó al expediente administrativo un volante de inscripción patronal del que resulta de alta en un domicilio sito en Madrid en fecha 3 de julio de 2000, una Resolución de la Dirección General de la Policía acordando la iniciación de procedimiento de expulsión contra el recurrente de fecha 22 de enero de 2001, un formulario para la emisión de la tarjeta sanitaria de fecha 3 de julio de 2000, certificación de una sociedad de cambios de que realizó desde España transferencias monetarias a Armenia los días 4, 18 y 28 de agosto de 2000, copia de solicitud de permiso de trabajo y residencia de fecha 31 de julio de 2000, copia de tarjetas de abono transporte de los meses de septiembre de 2000 y junio de 2001 y oferta de trabajo sin fecha.

(...).

Permiso de residencia

El recurrente tampoco tendría derecho a obtener el permiso de residencia al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, (...).

(...) resulta evidente que el recurrente no reunía los requisitos para obtener la regularización a través de tal Real Decreto ya que si bien es cierto que presentó en fecha 31 de julio de 2000 solicitud de regularización en aplicación del procedimiento establecido mediante el 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, no consta qué ocurrió con dicha solicitud, ni se ha acreditado el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el Real Decreto 239/2000, en concreto el exigido en el artículo 1.1.2.⁹ que exigía «Haber sido titulares de permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000, inclusive».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 13 de abril de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1291/2003.

Ponente: Dña. Elena Concepción Méndez Canseco.

Voz: Permiso de residencia temporal. Actividad de venta ambulante.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don A., contra la resolución por la que se le denegaba el permiso de residencia y trabajo temporal en nuestro país.

“Es lo cierto que las pruebas practicadas en orden a demostrar la residencia continuada en nuestro país durante tres años, son insuficientes por cuanto la certificación aportada sólo alude a visitas habituales a la localidad de Usagre del sujeto que dice ser el actor, pero esas visitas habituales en ejercicio

de la actividad de venta ambulante, no pueden ser equiparables a la residencia continuada que exige la Ley. Pero es que tampoco demuestra a los efectos del apartado d) del artículo 42.2 del RD 864/2001 la existencia de vínculo familiar alguno con español o residente en nuestro País, por cuanto aduce el vínculo familiar con nacionales y con familiares residentes, no aportando prueba alguna de ello. No hay una sola prueba que acredite ese vínculo de parentesco, ni situación de arraigo, por lo que la decisión administrativa debe ser confirmada con desestimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 20 de abril de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 367/2003.

Ponente: Dña. María Fátima Arana Azpitarte.

Voz: Solicitud de permiso de residencia temporal. Situación de arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.E., contra la resolución sobre denegación de solicitud de permiso de residencia temporal.

“(…), tal como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000, se han considerado supuestos de arraigo en territorio español, el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (sentencias de 13 de mayo de 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 8 de abril de 1995, 19 de diciembre de 1995 y 20 de enero de 1996, entre otras). En el supuesto presente, para acreditar la existencia de arraigo el recurrente aportó al expediente administrativo un volante de inscripción padronal del que resulta de alta en un domicilio sito en Alcobendas en fecha 13 de julio de 2001 y una oferta de trabajo que lleva fecha 25 de febrero de 2001, en el presente recurso contencio-

Derecho al trabajo

so ha aportado además fotocopia de una supuesta nota de cita para asistencia en el hospital de la Paz de fecha 28 de noviembre de 2000 a la que la Sala no puede otorgar validez por tratarse de una simple fotocopia fácilmente manipulable y permiso de residencia de un supuesto hermano del recurrente mayor de edad.

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al caso presente resulta que ninguna de tales circunstancias es constitutiva ni acreditativa de la existencia de arraigo, ya que no es supuesto de reagrupación familiar en la Ley 4/2000 modificada por la Ley 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 17), la de los hermanos mayores de edad, no constituyendo tampoco supuesto de arraigo la simple estancia ilegal en territorio español antes de solicitar el permiso de residencia por arraigo, en el caso presente además, durante poco tiempo ya que el único documento de los aportados por el recurrente para acreditar su estancia en territorio español que tiene fecha fehaciente es el empadronamiento en Alcobendas en fecha 13 de julio de 2001, ya que como se dijo no la tiene la fotocopia de una supuesta nota de cita para asistencia en el hospital de la Paz de fecha 28 de noviembre de 2000 y tampoco siquiera la de 25 de febrero de 2001 que figura en la oferta de trabajo que no deja de ser un documento privado, razones por las que procede confirmar la Resolución impugnada. Debiendo de decirse tan solo finalmente que no nos encontramos ante un supuesto del artículo 71.1 de la Ley 30/1992 en que si la solicitud de iniciación del expediente no reunía los requisitos exigibles debía de requerirse al interesado de subsanación, sino en un supuesto en que el recurrente con su solicitud debía de aportar toda la documentación acreditativa del arraigo que alegaba, ya que se trata de documentación probatoria.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Cataluña.

Fecha: 30 de enero de 2004.

Recurso de suplicación: 791/2003.

Ponente: D. Jordi Agustí Julia.

Voz: Prestaciones no contributivas. Jubilación. Residencia legal.

Resumen: “QUINTO: Siendo el único de denegación de la prestación de jubilación no contributiva en vía administrativa, el incumplimiento del requisito de la residencia legal de diez años en territorio español, que establece el artículo 167.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y el artículo 8.b) del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, siendo incuestionable –según está acreditado– que el demandante ha residido cuando menos diez años en territorio español, concretamente, en la localidad de Viladecans (Barcelona), dado su carácter de extranjero, la cuestión controvertida se centra en determinar si en el período comprendido entre el 16 de junio de 1994 y el 29 de julio de 1996, el demandante residió «legalmente» en territorio español, lo que es negado por el Instituto recurrente aduciendo que en dicho período no gozaba de permiso de residencia legal en territorio español.

Con respecto a esta cuestión, está acreditado que el demandante gozando todavía de permiso de residencia, en fecha 26 de febrero de 1992 renovó la solicitud de permiso no constando administrativamente su concesión, solicitud que de nuevo renovó el 3 de noviembre de 1995, sin que tampoco conste

administrativamente su concesión (hecho probado tercero de la sentencia de instancia). Este hecho probado ha sido construido a partir de las certificaciones expedidas por la Dirección General de Policía y por el Inspector Jefe Local de Policía de Viladecans; y si se examina esta segunda certificación, obrante al folio 6 de los autos, se advierte, que el primero de dichos permisos era de residencia y el segundo de residencia ordinaria. Pues bien, una interpretación integradora de la legislación aplicable en las citadas fechas –artículos 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España y 22, 23 y 25 del Reglamento de ejecución de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, así como del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre regularización de trabajadores extranjeros de 7 de junio de 1991 y de las Instrucciones para la renovación de los permisos de trabajo y residencia aprobadas por la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno de fecha 9 de julio de 1992–, nos lleva a la conclusión de que el demandante en el período controvertido sí residió «legalmente», es decir, por imperio de la Ley, en territorio español, por más que no conste administrativamente la concesión de los permisos solicitados en dicho período.

En efecto, cuando el demandante en fecha 26 de febrero de 1992 solicitó o, mejor dicho, renovó la solicitud de permiso de residencia, pues ya lo había solicitado el 28 de octubre de 1991 –cuya concesión se extendió hasta 17 de junio de 1994– lo fue sin duda en virtud de las regularizaciones de trabajadores extranjeros aprobadas por las norma señaladas; y en virtud de dichas normas y de los preceptos asimismo citados, el demandante tenía derecho a la concesión del permiso, y por ende, a la residencia legal, al tratarse de una renovación de permiso de un permiso inicial –artículos 23.3 y 25.3 de la norma reglamentaria–, con solicitud de permiso posterior el 3 de noviembre de 1995, éste ya ordinario, al que también tenía derecho por idéntica razón, al no estar incurso en ninguno de los supuestos del artículo 14 del mismo reglamento (expulsión, comi-

sión de delitos, etc.), siendo ésta la interpretación que se desprende de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1994. Adviértase, además, que si en 23 de octubre de 1996 se concedió al demandante un permiso de trabajo y residencia –los hechos tienen su propio lenguaje– fue, sin duda porque ya tenía la condición de residente legal, aunque por razones ignoradas, pero explicables por la acumulación de asuntos y la complejidad burocrática de las instrucciones para la regularización de extranjeros, no conste la resolución final de los expedientes iniciados como consecuencia de las solicitudes del demandante, en un determinado período, funcionamiento anormal de la Administración que en cualquier caso no puede perjudicar al demandante.”



NOTA: La presente sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Institut Català d'Assistència i Serveis Socials contra la sentencia de instancia estimatoria de la demanda formulada en reclamación por pensión de jubilación no contributiva. Denunciaba el Instituto recurrente la infracción, por aplicación indebida del artículo 167.1 LGSS y del artículo 8.b) del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla en materia de prestaciones no contributivas la Ley 26/1990, alegando, en síntesis, que uno de los requisitos a cumplir para ser beneficiario de una prestación de jubilación en la modalidad no contributiva es la de haber residido legalmente en territorio español, y haberlo hecho durante diez años entre la edad de 16 años y la fecha de solicitud de la prestación, entendiéndose que el demandante no lo cumplía, pues si bien en la fecha de solicitud de la prestación sí se encontraba en situación de residencial legal, no acredita que desde el 17 de junio de 1994 hasta el 29 de julio de 1996 hubiese sido titular de permiso de residencia legal alguno en territorio español.

Hasta aquí, ninguna novedad relevante que haga singular el presente pronunciamiento judicial.

Derecho al trabajo

Ya hemos tenido ocasión de comentar en números anteriores de esta Revista que el artículo 14 LO 4/2000, en sus párrafos 2 y 3 –precepto que no se ha visto modificado por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003– equipara a los españoles y extranjeros residentes en territorio español en materia de Seguridad Social y servicios sociales; en particular, extiende el reconocimiento de las prestaciones no contributivas a todo extranjero residente en España. El cumplimiento del requisito de la residencia legal no queda limitado al momento de la solicitud, sino que también lo requiere para la totalidad del período computable [así, SSTSJ Madrid de 19 de junio de 2001 (rec. de suplicación n.º 494/2001), 11 julio 2001 (rec. n.º 494/2000) y 22 de enero de 2004 (rec. de suplicación n.º 6251/2003)].

La particularidad estriba en que en este caso, el Tribunal, pese a la ausencia de resolución final de los expedientes iniciados por el extranjero (se acoge al proceso de regularización que sobre la base de la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991, se inició por Acuerdo de 7 de junio de 1991), y que no fue comunicada la concesión de los correspondientes permisos (de residencia y de residencia y trabajo) considera acreditada la residencia legal a partir de las certificaciones expedidas por la Dirección General de Policía y por el Inspector Jefe Local del municipio donde residía el extranjero y advierte de un hecho que no por frecuente deja de resultar lamentable, esto es, la excesiva burocratización y la lentitud de la actividad administrativa. No es extraño que llegado el plazo para instar la renovación de la correspondiente autorización administrativa para trabajo de extranjero, aunque éste haya recibido la resolución favorable a su solicitud inicial, no se encuentre en posesión del documento acreditativo formal de la misma.

Tribunal: Tribunal Superior de Cataluña.

Fecha: 11 de octubre de 2004.

Recurso de suplicación: 4277/2004.

Ponente: D. Ignacio Moreno González-Aller.

Voz: Accidente de trabajo. Prestaciones por muerte y supervivencia. Extranjero sin permiso de residencia o de trabajo.

Resumen: “ÚNICO: [...] La consecuencia de la prestación de un trabajo soslayando la obtención de los permisos referidos viene siendo, jurisprudencialmente, 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. [...] Lleva así razón el recurrente en la primera parte de su alegato cuando afirma que la prestación de servicios laborales por un trabajador no comunitario en territorio español debe producir, cuando no está en posesión de los correspondientes permisos de residencia y trabajo, la nulidad del contrato. Pero yerra, por lo que seguidamente se razonará, cuando defiende que no ha de producir ninguna clase de consecuencia en la esfera de la Seguridad Social. [...].

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. [...].

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 defensora de la producción de efectos, no sólo remuneratorios, sino también 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 servicios.

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 de 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 de sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidente 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 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.

La propia jurisprudencia contenciosa 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 haya 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 conocedora 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 del cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la SS en cuanto a coti-

Derecho al trabajo

zación, 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/74 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la SS 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 un 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 SS, de la afiliación o alta el trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tales afiliaciones o alta, surtirán en todo caso idéntico efecto (en cuanto a cotización); es decir, aun no siendo procedente la afiliación 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.”



NOTA: El resumen de los hechos sería el siguiente: un nacional ecuatoriano falleció el 2 de diciembre de 1999, cuando conducía un camión propiedad de una empresa para la que prestaba servicios, a pesar de carecer de permiso de trabajo y residencia, aunque tres meses antes del fallecimiento había presentado solicitud en tal sentido acompañada de oferta de trabajo suscrita por la citada empresa.

Su viuda solicita prestaciones de supervivencia, que le deniegan por resolución del INSS de 9 de abril de 2003, alegando que el causante no estaba incluido en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social al no tener la condición de trabajador por

cuenta ajena. A resultas de la resolución denegatoria, presenta demanda contra la empresa, INSS, TGSS y la Mutua FREMAP, que aseguraba el riesgo de la empresa referida, en materia de accidente de trabajo. En instancia, se estima la pretensión de la actora, en lo esencial, declarando la responsabilidad directa de la empresa en las prestaciones de viudedad, orfandad e indemnización a tanto alzado derivadas del accidente de trabajo.

La presente sentencia, apoyándose en otros pronunciamientos anteriores, y en cuanto al fondo de asunto, asume la mayoritaria corriente jurisprudencial que durante la vigencia de la LO 7/1985 y sus reglamentos de desarrollo (1986 y 1996) declarara nulo el contrato de trabajo del trabajador extranjero que no estuviera en posesión de los correspondientes permisos de trabajo y residencia.

No obstante lo anterior, y tratándose de contingencias profesionales, en particular las derivadas de accidente de trabajo, la doctrina judicial venía reconociendo la protección a todo extranjero aun sin residencia legal en España, y así lo hace el pronunciamiento que ahora nos ocupa, frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (por todas, SSTSJ Aragón de 9 de septiembre de 2002, Murcia de 4 de octubre de 1999, Madrid de 16 de abril de 1998, Andalucía/Granada de 7 de enero de 1998, Cataluña de 25 de abril de 1997), fundamentando tal decisión no sólo en la normativa internacional (Convenios n.^{os} 19, 97 y 143 de la OIT) sino en disposiciones legales internas, pues respecto de la reciprocidad expresa o tácita que delimita el campo subjetivo de aplicación del sistema de Seguridad Social (artículo 7.5 del Texto Refundido de la Seguridad Social), el artículo 1.4.b) de la Orden 28 de diciembre de 1996, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario de la Ley General de Seguridad Social dispone que “La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”.

Permiso de trabajo

Las singularidades de las contingencias profesionales han justificado una diferencia de tratamiento en el régimen jurídico de la protección dispensada a éstas frente a las llamadas contingencias comunes que, en realidad, originan similares consecuencias. Sin embargo, la clara y racional posibilidad de prevenir el riesgo, la verosímil suposición de que la reparación del daño causado por el accidente debe conllevar la recuperación hasta donde sea posible del accidentado y la posibilidad de existencia de culpa de otra persona –señaladamente el empleador– pueden explicar este tratamiento especial para los accidentes de trabajo.

Similar conclusión alcanza también la jurisprudencia vertida en aplicación de la LO 4/2000 (también en su modificación operada por la LO 8/2000), pues del artículo 33.3, primero y del artículo 36.3, después, se infería que los contratos celebrados sin permiso o autorización no podían ser ya considerados como nulos en términos absolutos. La ausencia de referencia expresa a los derechos de Seguridad Social induce a la jurisprudencia a invocar la normativa interna e internacional antes referida (véanse las SSTs de 9 de junio de 2003, rec. unificación de doctrina n.º 4217/2003 y 7 de octubre de 2003, rec. unificación de doctrina n.º 2153/2002).

La STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2004 que ahora comentamos aplica, asimismo, la doctrina jurisprudencial contenida en la controvertida STS (Sala 3.ª) de 2 de diciembre de 1998, que considera que la obligación de cotizar se desvincula del cumplimiento previo de otras obligaciones formales y, de acuerdo con el artículo 106 LGSS, nace con el mismo comienzo de la prestación de trabajo y se mantiene en tanto el trabajador preste servicios, con independencia de que se haya o no cursado el alta. Sin embargo, consideramos que esa autonomía es formal y que sólo procede la cotización, aunque no haya alta, si debe haber alta; para ello, el trabajador ha de estar comprendido en el campo de aplicación de los distintos Regímenes del Sistema, cosa que no

ocurre cuando el trabajador es extranjero y carece de las preceptivas autorizaciones administrativas para trabajar y residir.

Al margen de ello, pues como decimos se trata de un pronunciamiento controvertido y discutido, la virtualidad de la sentencia que comentamos es que declara la responsabilidad directa de la empresa no sólo de la indemnización a tanto alzado derivada del accidente de trabajo, sino también, de las prestaciones de viudedad y orfandad, sin perjuicio del anticipo de la Mutua y de la responsabilidad del INSS para el caso de insolvencia de aquélla.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de marzo de 2004.

Recurso de casación: 5697/2001.

Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo.

Voces: Permiso de trabajo. Servicio del hogar familiar.

Resumen: “TERCERO: Los otros dos motivos de casación se formulan al amparo del artículo 88.1.d) LJCA, por infracción de normas del ordenamiento jurídico, citándose, en el segundo la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (LODLE, en adelante) y su Reglamento ejecutivo aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (RDLE, en adelante), en concreto, el artículo 77.2.b) de éste; y en el tercero el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y Procedimiento Administrativo Común (LRJ) y PAC,

Permiso de trabajo

en adelante). El referido segundo motivo se argumenta señalando que la sentencia de instancia estima el recurso contencioso-administrativo porque considera que en el expediente constan documentos y datos que revelan la solvencia del empleador, los motivos de la oferta, cuyo carácter especial debe prevalecer sobre los 1.187 demandantes de empleo de la misma categoría (empleados del hogar), y en fin que la Administración no ha acreditado la cobertura del número máximo de autorizaciones fijadas para la provincia de Cádiz, y frente a dicha argumentación, debe recordarse que el artículo 77.2.b) RDLE no se refiere a ofertas de empleo sino a los permisos de trabajo que es un acto diferente y posterior. Y ni en dicho precepto ni en ningún otro se atribuye, *ipso iure*, un determinado valor «a las características de los deseos del empleador en punto a la categoría laboral de que se trate».

El tercer motivo se argumenta señalando que la sentencia de instancia traslada a la Administración una tarea poco menos que imposible, cual es la de admitir una petición que carecía *ab initio* de los requisitos legales. «Con ello, por ende, la sentencia ha producido una alteración total de la carga de la prueba en el proceso de instancia y ha desplazado dicha carga a la Administración sin que haya podido hacer otra cosa que denegar una solicitud que adolecía de deficiencias graves en su justificación».

CUARTO: Los expresados motivos tampoco pueden ser acogidos. En efecto, no cabe ignorar que la sentencia de instancia se pronuncia sobre la adecuación a Derecho de una denegación administrativa de oferta nominativa e individualizada de trabajo hecha a una determinada extranjera, que se basaba en «haberse acreditado la cobertura del número máximo de autorizaciones fijadas para esta provincia [Cádiz]»; y la razón de decidir de la sentencia de instancia es, por una parte, que no se había acreditado la indicada cobertura, y, por otra, que había de tenerse en cuenta tanto el carácter especial de la relación laboral de que se trata (empleada del hogar) caracterizada por una singular relación

de confianza –para la que no es indiferente las condiciones propias de la persona a la que se hace la oferta– como la solvencia del empleador (propietario de la vivienda, regente de negocio y con medios suficientes para afrontar las obligaciones derivadas del contrato), lo que no permite dudar de la seriedad de la oferta realizada.

Por último, se vuelve a reiterar, en el tercero de los motivos, una argumentación sobre la que se ha pronunciado esta Sala en anteriores ocasiones. El artículo 54 LRJ y PAC se refiere a la motivación de los actos administrativos y con la exigencia de motivación ni se pone a la Administración una tarea imposible, ni se la impone una carga de prueba que no deba asumir, ni, desde luego, se la obliga a admitir una petición carente de los requisitos legales, sino simplemente se la exige que haga explícita la razón de la denegación, señalando de qué requisito legal carece la solicitud. Esto está al alcance de la Administración y es una exigencia que le impone la Ley.

Por otra parte, no debe olvidarse que no es la falta de motivación del acto administrativo la decisiva razón del fallo, ya que la Sala del Tribunal Superior de Justicia entra a conocer de la cuestión de fondo y, como ha quedado expuesto, razona en el sentido adecuado la falta de prueba de la cobertura del número máximo de autorizaciones y la falta de consistencia de los motivos por los que la Administración denegó la oferta nominativa de empleo, ya que debía atenderse a la singularidad de la relación laboral, en que se valora muy especialmente la confianza que merece una determinada persona, y no podían abrigarse dudas sobre la solvencia del empleador.

QUINTO: Las razones expuestas justifican el rechazo de los motivos de casación formulados y la consecuente desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de las costas, ya que no ha comparecido parte alguna como recurrida.”



Permiso de trabajo

NOTA: La inercia en la que cae, en más de una ocasión, la Administración denegando el permiso de trabajo ante la constatación de demandantes de empleo de la misma categoría y ámbito geográfico para el que se solicita la autorización ha sido denunciada en otras ocasiones. Nos hemos decantado también a favor de la oportunidad de aplicar criterios más flexibles cuando se trata de una actividad como es la del servicio doméstico. Razona adecuadamente el Tribunal Supremo que se trata de una relación laboral de carácter especial basada en la mutua confianza, “para la que no es indiferente las condiciones propias de la persona a la que se le hace la oferta”, y es esa característica la que induce al legislador a otorgarle un régimen jurídico-laboral peculiar, RD 1424/1985, de 1 de agosto, donde se incluyen reglas específicas que se apartan del régimen común contenido en el Estatuto de los Trabajadores (un buen ejemplo de ello es la regulación del desistimiento del empleador –artículo 10 del mencionado RD– como peculiar causa de extinción contractual).

Esta especialidad de la relación ha sido recogida en la regulación del contingente de trabajadores de los últimos años, en la que se establece un procedimiento particular para el servicio doméstico, para el que no resulta adecuada la oferta genérica y la contratación en origen. Asimismo, la reforma operada en la Ley de Extranjería por la LO 14/2003 incluyó la posibilidad de que el contingente de trabajadores extranjeros estableciera un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a determinados sectores de actividad durante un período de estancia de tres meses (artículo 39.4 y 5), desarrollado por los artículos 81 a 83 del RD 2393/2004.

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 29 de noviembre de 2004.

Recurso de casación: 2986/2001.

Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina.

Voces: Permiso de trabajo. Denegación por existir demandantes de empleo en la “zona geográfica”.

Resumen: “PRIMERO: El motivo único de casación se formula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción por infracción del artículo 76.1.a) del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, alegando que los datos que facilita la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo no se ajustan a las circunstancias propias de la localidad donde se oferta el empleo, Collado-Villalba, pues tan solo hace referencia a la situación laboral que existe en la Comunidad de Madrid, invocando la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1994.

Se opone al recurso la representación de la Administración demandada, señalando que no consta probado en la sentencia ni se alude a que el solicitante de trabajo lo hubiere ofertado para la localidad de Collado-Villalba, introduciendo una circunstancia extraña al debate jurídico, y aun en la hipótesis de admitir como hecho cierto que aquel ámbito territorial hubiera debido ser el referente de la decisión administrativa, habría adolecido el recurrente de la prueba en la instancia sobre el hecho de la inexistencia de ofertas para empleo doméstico en Collado-Villalba, por lo que no puede beneficiarse de la presunción de su inexistencia, perdiendo el único argumento que ha procurado, *a posteriori* y en sede inadecuada para ello. [...].

TERCERO: En este caso se ha denegado el permiso solicitado en aplicación de dichos preceptos, a la vista del informe emitido el 31 de octubre de 1996 por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, en el que se hace constar la existencia de 1.374 demandantes inscritos en las Oficinas de Empleo para la actividad y profesión que pretende desarrollar el recurrente, cuestionándose en este recurso de casación el alcance del concepto de «zona geográfica» a que se refiere el artículo 76.1.a).

Permiso de trabajo

Pues bien, tal cuestión ha sido contemplada por esta Sala y Sección en sentencia de 1 de abril de 2003, dictada en el recurso n.º 2478/98, señalando que «estos preceptos deben ser interpretados en el sentido de que, salvo que concurran especiales razones dignas de ser tenidas en cuenta –como las preferencias que la propia Ley establece o circunstancias de especialización en el trabajo o arraigo del trabajador para el que se solicita el permiso– la existencia de trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad para el que se solicita aquél en la zona geográfica correspondiente dispuestos a aceptar la ocupación ofrecida faculta a la Administración para denegar el permiso de trabajo solicitado a favor de un extranjero».

QUINTO: Para comprobar dicha circunstancia la Administración laboral, si carece de los datos necesarios, debe solicitar los informes oportunos de los organismos oficiales encargados de gestionar la oferta de empleo y dispone de la facultad de exigir del empleador solicitante justificación de que acudió a ellos o realizó su oferta con publicidad si resulta necesario para demostrar la inexistencia de trabajadores en paro que, aun cuando puedan no estar obligados a aceptarla, estén dispuestos a cubrir el puesto de trabajo ofrecido.

Esta facultad de la Administración supone implícitamente el deber del empleador de asegurarse de que los trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad y zona geográfica afectada aptos para desempeñar el trabajo ofrecido no están dispuestos a aceptar su oferta.

Por zona geográfica no debe entenderse solamente el municipio en que radique la ocupación ofrecida, puesto que los habitantes de otros municipios, aun no estrictamente obligados a aceptar la oferta de empleo, pueden estar dispuestos a cubrirla, por lo que es menester asegurarse de que esta circunstancia no concurre respecto de los trabajadores desocupados en la zona geográfica a la que se refiera su inscripción.

Tal criterio interpretativo es de plena aplicación a este caso en que, el propio solicitante reside en Madrid y está dispuesto a desplazarse hasta la localidad de Collado-Villalba para desempeñar el puesto de trabajo ofertado, sin que se justifique por el mismo o por el empleador que otros trabajadores inscritos en las Oficinas de Empleo, a los que se refiere el informe de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, no estén dispuestos a efectuar tal desplazamiento y aceptar el empleo.

En consecuencia ha de entenderse que la sentencia impugnada al desestimar el recurso efectuó una correcta interpretación de los preceptos aplicados, por lo que debe desestimarse el motivo de casación invocado, que se funda en una interpretación distinta y contraria a la que aquí se mantiene.

Debe añadirse que en nada se opone a lo hasta aquí apreciado la doctrina de la sentencia de 7 de diciembre de 1994, invocada por el recurrente, que se refiere a la no aceptación del ejercicio indiscriminado de las potestades discrecionales, que llevaría a denegar de plano a los extranjeros todos los permisos de trabajo que solicitasen, en razón de haber prescindido la Administración de los límites y trámites que establece el ordenamiento jurídico, situación distinta a la que es objeto de este recurso, en el que, como se ha visto, la resolución administrativa se funda en la situación de empleo resultante de la correspondiente certificación del Instituto Nacional de Empleo.”



NOTA: El comentario de la presente sentencia recomienda un ejercicio de abstracción de los criterios jurisprudenciales de aplicación de una normativa que ha sufrido innumerables cambios como para que resulte ociosa cualquiera referencia en este momento a la normativa vigente cuando acaecen los hechos sometidos a valoración del Tribunal (LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su reglamento de desarrollo aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero).

Permiso de trabajo

La lectura de la sentencia referida invita a una reflexión de la que sí cabe consecuencias que hoy, en el año 2005, pueden tener virtualidad práctica. En efecto, el espíritu informador de las dos últimas reformas operadas en materia de desempleo, viene a confirmar la necesidad de matizar el concepto de “zona geográfica”, a la vista de las exigencias que se derivan de la noción de “colocación adecuada”.

Por una parte, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, contempla supuestos en los que, desde la perspectiva territorial, se considera injustificada la negativa a aceptar el empleo, con la consiguiente pérdida de la prestación por desempleo: el trabajo se ha desarrollado en la localidad de residencia habitual del trabajador o en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de residencia; en ningún caso se considerará oferta adecuada si en el desplazamiento de ida y vuelta el trabajador invierte más del 25% de su jornada ordinaria de trabajo, o el gasto del desplazamiento supera el 20% del salario (respetando en todo caso, tras la deducción del coste del desplazamiento, la cuantía del salario mínimo interprofesional).

Por otra, la Ley 56/2004, de 16 de diciembre, de Empleo, que viene a sustituir a la obsoleta Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, reconoce entre sus fines el incentivar la movilidad geográfica de los trabajadores [artículo 2.f)], por lo que entre las medidas y acciones que integran las políticas activas de empleo se incluirán actuaciones que la faciliten [artículo 25.g)].

Sin duda, esta nueva concepción habrá de influir también en la articulación del criterio de la situación nacional de empleo, principio sobre el que se erige mayoritariamente la regulación del trabajo de extranjeros, y, en particular, en el novedoso catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que el artículo 50.a) del RD 2393/2004 prevé junto a la tradicional certificación negativa del Servicio Público de Empleo. Es más, esta perspectiva menos

restrictiva del concepto de “zona geográfica” habrá de tenerse en cuenta en la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, pues el artículo 54.4 del citado RD impone cuando el trabajador haya tenido un período de actividad de al menos tres meses por año siempre que acredite, entre otros, el requisito de haber “buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo”, a fin de alcanzar una colocación “adecuada”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 22 de marzo de 2005.

Recurso de Apelación: 208/2004.

Ponente: D. Pablo Delfont Maza.

Voz: Condena a la Administración al pago de las costas de la apelación. Denegación de permiso de trabajo por cuenta ajena inicial y residencia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Palma de Mallorca por la que se denegaba la solicitud de permiso de trabajo y residencia.

“En la Memoria del puesto de trabajo acompañada con la solicitud –folio 24 del expediente– se especificaba que se trata de cubrir, en el restaurante (...) de Felanitx, puesto como el antes ya señalado, esto es, en concreto, «...de cocinera experta en cocina rusa y bielorrusa...», y ello se aducía que era debido ni más ni menos que a que esa cocina era «... a la que el restaurante quiere dedicarse».

Cabría caso sospechar que nos encontramos ante una oferta «teledirigida», pero la certificación individual no despeja esa posible incógnita ni tampoco la saca a relucir, limitándose a señalar que el resultado de la gestión de la oferta fue el que él reflejaba, esto es, que no existían demandantes.

Del mismo modo, la resolución que denegó el permiso tampoco hace mención a esa certificación, con lo que ni la acepta ni la rechaza ni la contrapone a

Derecho penal

la anterior –y en general– en que se hace sustentar la denegación.

Así las cosas, aun cuando se considerase que el sondeo equivalía a la certificación requerida –artículo 70.1.1.b) del Real Decreto 864/2001– e incluso aceptando que la autoridad competente se encuentra formativamente habilitada para sustituir el certificado individual por una certificación genérica, que es lo que se quiere en la apelación que sea el sondeo, sin embargo, lo que no es posible es resolver sin más de acuerdo con el sondeo del caso, y ello por cuanto ese sondeo nada sustituye ya que el certificado individual no sólo faltaba sino que, además, contradecía el sondeo tantas veces reiterado y era posterior al mismo, todo lo cual hacía preciso, cuando menos, que la resolución denegatoria viniese apoyada en razones que permitieran conocer cuál era el criterio jurídico esencial que fundamentaba la prevalencia que se daba al sondeo previo frente a la certificación individual posterior.

Llegados a este punto, cumple la desestimación de la apelación.”

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a

Fecha: 31 de enero de 2005.

Procedimiento Abreviado: 199/2004.

Ponente: D. José Luis Goizueta Adame.

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

Resumen: La Audiencia condena a don A., como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“De las circunstancias recogidas en el anterior precepto, entendemos que en el caso de autos concurren dos de las recogidas en el n.º 3, en cuanto que el tráfico ilegal de personas se realiza abusando de la vulnerabilidad de las víctimas, pues se trata de personas que tratan por todos los medios de salir de sus países de origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir, como es sobradamente conocido. En las actuaciones consta que se trataba de una embarcación de unos seis metros de eslora, y el Guardia Civil que declaró en el acto del juicio, manifestó que carecía de cualquier medida de seguridad, tal y como se expone en la Diligencia de Exposición de Hechos (folios 2 y 3), lo que implica que realizar en una embarcación de ese tamaño una travesía desde las costas africanas a las canarias, viajando en la misma nada menos que treinta y dos personas, es poner en peligro la vida e integridad de las mismas, tal y como lamentablemente ha quedado demostrado en varias ocasiones.

El acusado negó que fuera el patrón de la embarcación, afirmando que viajaba en la parte trasera de la patera, que había pagado 1.000 dirhams por el viaje, y que efectivamente una vez tomó el mando de la embarcación. Pues bien, según el Guardia Civil que declaró en el acto del juicio, el acusado, iba a la caña de la patera muy cerca de la costa, pareciendo buscar un lugar en el que desembarcar. El agente de la Guardia Civil mostró gran seguridad a la hora de reconocer al acusado, mostrándose completamente seguro de que era él quien gobernaba la frágil embarcación, toda vez que iba de pie, y separado del resto de los ocupantes por un travesaño de madera y por los bidones de combustible.

(...).

En el caso de autos, es de general conocimiento la ilicitud que supone la entrada clandestina por los lugares no dispuestos para ello, en un país extranjero, y del mismo modo es de general conocimiento el peligro evidente que para la vida conlleva el realizar

una travesía desde las costas africanas a las canarias en una embarcación de seis metros de eslora con 32 personas a bordo, sin una sola de las mínimas medidas de seguridad exigibles, conocimiento que el acusado tenía con seguridad al ser marinero de profesión, tal y como manifestó en su declaración ante la juez de instrucción.

No existen datos que permitan afirmar que el acusado actuaba en la creencia de hacerlo lícitamente, habiendo negado desde un principio que él fuera el patrón de la embarcación, y cuando menos debe afirmarse que debía sospecharse de lo ilícito de su conducta, cuando pretende facilitar la inmigración clandestina a España mediante el traslado de personas indocumentadas, a las que desembarcaría en un lugar oculto de la costa de Fuerteventura, tras un penoso viaje. Es esa clandestinidad desde que se parte de África, lo que revela que cualquier persona debía, cuando menos sospechar, lo ilícito de los hechos realizados por el acusado, no siendo preciso como sostiene la jurisprudencia, que se tenga un conocimiento preciso del tipo delictivo que castiga la conducta concreta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 15 de febrero de 2005.

Recurso de Casación: 122/2004.

Ponente: D. José Antonio Martín Pallín.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Pasajero indocumentado que ocupaba un asiento al lado del conductor. Falta de ilegalidad y clandestinidad.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo condenó por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“El relato de hechos probados atribuye al acusado la pretensión de acceder al ferry que desde el recinto portuario de Ceuta se dirigía a Algeciras.

Añade que en el vehículo llevaba a un ciudadano extranjero indocumentado y de origen marroquí cuyo nombre, finalmente, se identifica. La sentencia, sobre esta base fáctica, induce que el recurrente pretendía introducirle ilegalmente en la península sin que conste que recibiera cantidad alguna. Añade que en el momento de ser interceptado el acusado, Policía Municipal, mostró su placa y carné profesional.

La Sala sentenciadora califica estos hechos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis del Código Penal al que le aplica el tipo básico, atenuado por el apartado 6, que permite bajar la pena en un grado en función de la gravedad del hecho y sus circunstancias y la finalidad perseguida por éste.

(...).

La decisión no se ajusta a las previsiones del legislador al regular este tipo delictivo. No se puede incluir en el mismo la conducta de una persona que de manera ostensible lleva en su automóvil a una persona extranjera que parece inicialmente indocumentada y que después se identifica. El que actúa de esta manera realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que sabe que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos identificativos necesarios para realizar el viaje. En cualquier puerto del mundo las autoridades y los empleados de los transbordadores solicitan los documentos necesarios para acceder a bordo de un barco. No parece por otro lado que la ilegalidad se pueda predicar del que transporta a una persona sin documentos falsificados y sin ni siquiera ponerse de acuerdo con el mismo para burlar los controles policiales. El hecho probado sólo dice que trataba de introducirlo ilegalmente en la Península. Para que exista ilegalidad es necesaria la puesta en marcha de una artificial elaboración previa de documentos o la utilización de artimañas destinadas a burlar los controles policia-

Homologación de títulos

les. Cualquier declaración condenatoria se basa en presunciones contrarias al reo que de ninguna manera pueden ser admitidas y mucho menos cuando ni siquiera constan como hecho probado.

El nivel de antijuricidad formal exigido por el tipo penal aplicado, no alcanza a supuestos como el que estamos examinando.

Otro elemento anudado al anterior, enlaza la ilegalidad con la clandestinidad. Este requisito falta ostensiblemente en el relato de hechos probados pues de su contenido resulta inapelablemente que la operación carece de cualquier matiz de clandestinidad ya que se hace a la luz de los controladores del paso del Estrecho pasando por delante de los puestos policiales y aduaneros.

Con los elementos fácticos que ha manejado la sentencia recurrida para imponer tan grave condena no podemos ni siquiera considerar que nos encontrásemos ante un transportista que pudiera incurrir en sanción penal y ni siquiera en sanción administrativa.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a

Fecha: 17 de marzo de 2005.

Procedimiento Abreviado: 17/2005.

Ponente: D. Juan Rafael Benítez Yébenes.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tránsito clandestino de inmigrantes de origen asiático.

Resumen: La Audiencia condena al acusado indocumentado como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

“El Ministerio Fiscal, al inicio de la sesión del juicio, modificó sus conclusiones en el sentido de man-

tener su calificación de los hechos de autos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis n.º 1 y 3 del Código Penal, (...).

Se declara probado, por conformidad de las partes, que el acusado, indocumentado que dice llamarse C. (y que también usa el nombre de A.), el día 3 febrero de 2005 y desde la vecina ciudad marroquí de Nador, conociendo la carencia de la necesaria documentación de nueve inmigrantes de origen asiático y con la intención de promover, favorecer o facilitar su tránsito a España, los embarcó en una patera, la cual se encontraba en un lamentable estado de conservación con numerosas grietas en su estructura que permitió la entrada de agua en la misma durante el trayecto, sin que, además, se adoptara por el acusado ninguna medida de seguridad que evitara poner en riesgo la vida, salud o integridad de aquellos inmigrantes, algunos de los cuales no sabían nadar y ni tan siquiera fueron provistos de los necesarios chalecos salvavidas.

El acusado, junto a los ya mencionados inmigrantes desembarcaron sobre las 6 de la mañana en la Playa de San Lorenzo de esta ciudad de Melilla, siendo sorprendidos por vigilantes del Puerto Deportivo, los cuales procedieron a su retención hasta la llegada de la Guardia Civil.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a

Fecha: 3 de noviembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2106/2002.

Homologación de títulos

Ponente: Dña. Cristina Concepción Cadenas Cortina.

Voz: Homologación del título de licenciado en medicina y cirugía obtenido en Méjico. Ejercicio profesional mínimo exigible.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don D., contra la resolución que desestima el recurso interpuesto contra la que excluye al recurrente del proceso consistente en la realización de una prueba de conjunto y evaluación de currículo profesional, por no reunir el tiempo mínimo exigido como ejercicio profesional.

“En cuanto al ejercicio profesional mínimo exigible, la resolución admite 4 años, 10 meses y 22 días, es decir el período de prácticas en Méjico, y el período comprendido entre el 21 de septiembre de 1995, y el 26 de septiembre de 1999. Esto es así, porque no puede computarse legalmente el período de tiempo en que el interesado ejerció como médico en España antes de haber obtenido la homologación de su título. Si lo hizo así se benefició de una determinada situación, que sin embargo, no puede argumentar para acreditar un período de ejercicio profesional que tiene que ser absolutamente legal para poder computarse a estos efectos, teniendo en cuenta que el RD establece un procedimiento excepcional que debe ser interpretado con un criterio restrictivo, toda vez que faculta para acceder a un título de Médico Especialista.

Alega el recurrente que la controversia reside en el documento recogido en el folio 123 del expediente, que se refiere al ejercicio como médico en períodos entre 1985 y 1989, sin embargo, este período se desarrolla en España antes de la homologación de su título de Médico, obtenido en Méjico. Legalmente, sólo puede ejercer como médico en España, una vez obtenido el título de Licenciado, o habiendo obtenido la correspondiente homologación, y a ello se refiere con toda claridad el artículo 1 del RD citado que exige: un ejercicio profesional efectivo como médico, dentro del campo propio y específico de una especialidad, durante un período mínimo equivalente al 170 por 100 del período de formación establecido para la misma en España. Y para

ello exige que se trate de personas que hayan obtenido el título de Médico en España o que hayan homologado el conseguido en otro país.

En consecuencia, no hay problema alguno en relación con los servicios retribuidos a que se refiere el recurrente. El problema se centra en el ejercicio legal, que sólo puede computarse desde la fecha de homologación del Título, añadiéndose a este tiempo el período de ejercicio en Méjico, que se ha tomado en consideración por la Administración, sumado al período de ejercicio en España después de la homologación.

Por tanto, no puede estimarse el recurso. El tiempo que se computa en la resolución es correcto, por cuanto comprende el período en que se ejercía en España con legal habilitación, es decir, una vez homologado el Título de Licenciado en Medicina.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a

Fecha: 21 de febrero de 2005.

Recurso de Casación: 9480/1995.

Ponente: D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título de odontólogo expedido en Buenos Aires. Superación de una prueba de conjunto.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del TSJ de Madrid sobre homologación de título.

“La Sra. Carla solicitó la homologación de su título de Odontólogo, expedido por la Universidad de Buenos Aires por el español de Licenciado en Odontología. El Ministerio de Educación y Ciencia accedió a tal solicitud, en resolución de 22 de abril de 1992, pero condicionándola a la superación de una prueba de conjunto sobre la materias que la Comisión Académica del Consejo de Universidades, en el informe que emitió en el expediente, echó en falta en la formación de la recurrente en la instancia de entre las que han de cursarse para obtener el título

Homologación de títulos

español de Licenciado en Odontología (Psicología, Patología General, Patología Médica General, Anestesiología y Reanimación, Pediatría, Otorrinolaringología, Dermatología y Venereología, Fisiopatología de la Oclusión y de la Articulación Temporomandibular, Odontología Preventiva y Comunitaria, Odontología Integral de Adultos, Odontología Infantil y Ortodoncia Integradas).

(...) la Sra. Carla, en su escrito de oposición, recuerda la doctrina favorable a la homologación automática de los títulos argentinos en Odontología con el correspondiente español, citando al efecto diversas Sentencias del Tribunal Supremo y, especialmente, la de 7 de diciembre de 1994 y afirma que la decisión del Ministerio de Educación y Ciencia que combatió en la instancia carece de todo apoyo normativo ya que el precepto aplicable, el artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural de 1971, conduce la homologación automática de su título por el de Licenciado en Odontología. Critica además que el Abogado del Estado postule la homologación por el antiguo título de Odontólogo y subraya que fue la Sala territorial la que, atendiendo lo alegado por la actora y valorando los elementos existentes en las actuaciones y en el expediente, entre ellos el reconocido prestigio de los estudios argentinos sobre la materia, resolvió que procedía la equiparación con el título de Licenciado en Odontología.

(...).

Las carencias señaladas en el Informe del Consejo de Universidades al que se refiere la resolución administrativa que es objeto de controversia en este proceso revelan que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Argentina.

(...).

En consecuencia, (...), debemos acoger el motivo de casación, anular la Sentencia de instancia y, entrando en el fondo del pleito, desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Carla, ya que son conformes a Derecho en lo aquí discutido la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 22 de abril de 1992 y la de 23 de noviembre de 1992 –confirmatoria en alzada de la anterior– que condicionaron la homologación de su título de Odontólogo expedido por la Universidad de Buenos Aires al español de Licenciado en Odontología a la previa superación de una prueba de conjunto sobre las materias que, según la Comisión Académica del Consejo de Universidades, no figuran en la formación seguida por la Sra. C. y, en cambio, se exigen en España para obtener el título de Licenciado en Odontología.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a
Fecha: 2 de marzo de 2005.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1912/2002.

Ponente: Dña. Inés María Huerta Garicano.

Voz: Homologación del título de Abogado. Universidad de La Habana (Cuba). Prueba de conjunto.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña C., contra la desestimación presunta del recurso deducido frente a la resolución que condicionaba la homologación de su título de Abogado expedido en Cuba a la previa superación de una prueba de conjunto.

“La actora considera, sin embargo, que concurren todos los requisitos exigidos para obtener la homologación, que han sido homologados muchos títulos expedidos por la misma Universidad y que, además, las razones que se arguyen para exigir la previa superación de conjunto como son las diferencias en determinadas áreas llevaría igualmente a no reconocer directamente el título obtenido en una Comunidad Autónoma del Estado Español en otra con distinto derecho positivo.

(...).

Como quiera que el plan de estudios, con arreglo al cual la recurrente obtuvo su título de Abogado, adolece de carencias fundamentales en relación con el plan de estudios español—según informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades, emitido en base a lo dispuesto en el artículo 9.º del Real Decreto 86/1987—, carencias, por otra parte, incuestionables en razón de la diversidad de Ordenamientos Jurídicos en ambos países, motivo por el que se le ha exigido la previa superación de una prueba de conjunto, como requisito previo, para la homologación con su homónimo español a fin de acreditar el nivel de conocimientos del Ordenamiento Jurídico español que para el ejercicio de la profesión de Abogado se exige en España a sus nacionales, y lógicamente, a todos los que en la misma pretendan tal ejercicio profesional, sin que, desde luego pueda invocarse como argumento serio la eventual diversidad legislativa autonómica, pues ésta forma parte del Ordenamiento Jurídico Español.”

NACIONALIDAD

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

Fecha: 15 de noviembre de 2004.

Recurso de Casación: 691/2001.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Ciudadano iraní casado con española. Razones de orden público o interés nacional que justifican la denegación de la nacionalidad.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso formalizado por don D., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que le denegó la concesión de la nacionalidad española.

“En el caso de autos, constan informes del Ministerio del Interior y del CESID según los cuales el interesado ha trabajado en la Embajada de Irán en España, siendo figura conocida como informador de dicha Embajada, trasladándose después a Nicaragua, donde tanto su mujer, como Secretaria del embajador iraní, como el interesado, como traductor, prestaron servicios, frecuentando círculos radicales islámicos, en concreto, el Cuerpo de los Guardianes de la Revolución, no habiendo realizado el recurrente actividad probatoria en orden a desvirtuarlo, por lo que procede, en conclusión confirmar la resolución impugnada por concurrir razones de orden público o interés nacional que justifican la denegación.»

(...) hay una reiteración patente en la utilización de los argumentos empleados, y que, en realidad de verdad, lo que se cuestiona por el Tribunal de instancia no es la ausencia de todos y cada uno de los requisitos que se exigen por el recurrente de la adquisición de la nacionalidad por residencia, sino únicamente si se dan en aquél esas circunstancias de orden público que precisa el Código civil y que, conforme a ese precepto justificarían la denegación de lo solicitado.”

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

Fecha: 29 de noviembre de 2004.

Recurso de Casación: 893/2001.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Solicitud de concesión de nacionalidad española. Ciudadano iraquí. Deber de sigilo y de secreto.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional denegatoria de la nacionalidad española.

“(…) el examen del expediente administrativo nos permite poner de manifiesto los siguientes hechos, relativos todos ellos al actor: a) De nacionalidad

Nacionalidad

iraquí, reside en España desde 1988. b) Según certificado del Ayuntamiento de Madrid, está empadronado en esta ciudad desde el 13 de julio de 1994. c) Está casado con española, habiendo contraído matrimonio el 22 de enero de 1992. d) En comparecencia ante el Juez Encargado del Registro el 30 de septiembre de 1994, se constata que habla el castellano y se encuentra adaptado a la cultura y forma de vida y costumbres españolas. El Juez encargado [del Registro civil], el Ministerio Fiscal y la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil han informado favorablemente la petición de nacionalidad. e) Es médico de profesión y presta sus servicios como traumatólogo asociado en el Servicio de Traumatología del Sanatorio «Virgen de Mar» de Madrid. f) Carece de antecedentes penales tanto en España como en Irak.

(...).

Apreciados los extremos examinados conforme a las reglas de la sana crítica, esto es el sentido común, y mediante su valoración conjunta, lo que extraemos es que el actor lleva en nuestro país una vida normal, que habla y entiende correctamente nuestra lengua y que se encuentra integrado en nuestra vida y costumbres. Por contra, y como datos negativos a insertar en los conceptos indeterminados que la Administración alega, encontramos, según el informe de la Dirección General de la Policía, antes descrito, que sus actividades «podrían» poner en grave riesgo las relaciones internacionales que convienen a España y afectar a la seguridad nacional. El juicio que en derecho hacemos de los extremos descritos no nos lleva a considerar que el señor M.I. realice actividades contrarias al orden público o que incidan negativamente en el interés nacional. Por otro lado, tampoco sabemos, porque no nos consta, en qué consisten su «círculo de relaciones y actividades». Por tales podríamos entender múltiples aspectos: morales, políticos, sociales, económicos e incluso lúdicos. Pero nada se nos ha dicho. Tan solo cons-

ta el informe de la Dirección General de la Policía donde se dice que las actividades del actor –no sabemos cuáles– «podrían» afectar a la seguridad nacional; pero el término «podrían» resulta extraordinariamente ambiguo. El recurrente –antes de formular la demanda– solicitó de este Tribunal que se reclamase de la Administración el informe del Centro Superior de Investigación de la Defensa de 7 de abril de 1995. Así lo hicimos. Pero el informe en cuestión había sido declarado «materia clasificada» en la categoría de «secreto» y no se nos ha remitido. Posteriormente, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, la Sala remitió oficio al Consejo de Ministros, a través de la Ministra de Justicia, con la finalidad de que aportase a los autos el documento –con pleno respeto a sus funciones de gobierno claro está–; pero no hemos obtenido respuesta, no obstante haber sido recordado. Sexto.–Las razones expuestas nos llevan a considerar que la Administración no ha basado su decisión en circunstancias ciertas y reales, más bien son perfectamente ambiguas, habiéndose acreditado en el presente caso, precisamente en función de las actuaciones llevadas a cabo en vía administrativa y en esta sede, que el recurrente reúne los requisitos objetivos para hacerse acreedor del derecho que reclama: residencia durante diez años, legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. Las razones examinadas contradicen las señaladas por la Administración como razón para denegarle la nacionalidad española por residencia e impiden considerar que existan los motivos de orden público o de interés nacional contemplados en el citado artículo 21.1 del Código civil.

«(...) el hecho de haber participado en ‘actos pro-Irak’, como se dice, en virtud de un suceso ya lejano como fue la Guerra del Golfo, tampoco puede considerarse en modo alguno que afecten negativamente al orden público o al interés nacional. Además, no sabemos de qué actos se trata –parece ser que todos– y si tales actos si tenían su acomodo o no dentro de la legalidad».

Nacionalidad

Hasta aquí las razones en las que la Sala de instancia se apoya para fundamentar su fallo desestimatorio.”

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

Fecha: 15 de diciembre de 2004.

Recurso de Casación: 1876/2001.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Ciudadano argentino que solicita la nacionalidad española. Residencia continuada. Buena conducta cívica.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don E., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre solicitud de otorgamiento de la nacionalidad española.

“En esencia, la argumentación del recurrente se sustenta sobre dos afirmaciones: a) Que ha acreditado buena conducta, con lo que desplaza su discurso al terreno de la valoración de la prueba hecha por la Sala de instancia; y b) Que es ciudadano argentino –por tanto, iberoamericano– siendo Argentina uno de los países que tiene vigente un Convenio de doble nacionalidad, lo que demuestra que la comunidad hispánica es merecedora de una consideración especial y favorecedora, en principio.

(...).

Porque en el expediente constan perfectamente descritos los hechos que la parte recurrente expone en sus declaraciones ante el Juez encargado del Registro civil al explicar su detención por la Policía y la apertura de diligencias penales. Allí dice que esa detención, que no niega, tuvo su origen en una mera y simple deuda contraída con la Compañía Telefónica Nacional de España y dio lugar a la apertura de diligencias previas (...).

(...).

Importa dejar claro que este sintagma que emplea el artículo 22.4 del Código civil remite a un estándar

medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo. Un estándar que vale para todos y vale para cada uno. En el bien entendido que no se trata de imponer un modo de vida uniforme en la comunidad nacional, ni de que quien utiliza esta vía de adquisición de la nacionalidad tenga que demostrar que durante toda su vida haya observado una conducta intachable, sino de proclamar que, siendo cada sujeto humano libre para organizar su vida como le plazca –la vida se nos da, pero no se nos da hecha: tenemos que hacérnosla–, quienes, no siendo españoles, deseen obtener la nacionalidad española, han de haber llevado y seguir llevando una vida ajustada a ese estándar medio de conducta al que acabamos de referirnos.

Abundando en esta idea –y porque puede contribuir a clarificar qué es lo que queremos decir cuando afirmamos que la adquisición de la nacionalidad aporta al solicitante un plus que no le da la simple adquisición de la residencia, y porqué no podemos llamar buena conducta cívica a cualquier cosa–, importa decir algo acerca de la diferencia entre adquirir la nacionalidad por naturaleza y adquirirla por simple residencia.

Para adquirir la nacionalidad por naturaleza se exige que concurran en el solicitante circunstancias excepcionales (artículo 21.1 Código civil) tales como –entre otras que podrían citarse– el haber demostrado poseer una serie de valores humanos que merecen la más alta consideración conforme a la estimación social del tiempo vigente, y que, por lo mismo, le hacen, sin más acreedor de aquélla; o lo que de ejemplar pueda tener su quehacer habitual para esa comunidad humana políticamente organizada que le recibe y de la que, por ese acto de otorgamiento, entra a formar parte; o el haber compartido con abnegación y entrega, identificándose con ellos, los sufrimientos de esa comunidad nacional; etc.

Para la adquisición de la nacionalidad por residencia, en cambio, basta con acreditar que ésta ha sido

Nacionalidad

legal y continuada durante un cierto tiempo –dos años en el caso que nos ocupa– y que, teniendo suficiente grado de integración en la sociedad española, se es persona de buena conducta cívica.

Ahora bien, como tanto en una como en la otra forma de adquisición de la nacionalidad el adquirente obtiene unas ventajas, un plus, no podemos llamar buena conducta cívica a cualquier cosa, a efectos de poder obtener ese status por la mera residencia legal, sino que ese estándar medio de conducta cobra en este caso, un punto más de intensidad, de modo y manera que ha de exigirse con particular rigor que ese parámetro sea escrupulosamente respetado.

(...).

Por otra parte, y si bien se mira –y la función calificadora consiste precisamente en eso: en mirar bien, sirviéndose de ese instrumento de investigación de la verdad que es el análisis– cuando el Código civil remite al intérprete a la buena conducta cívica como parámetro para resolver si procede o no acceder a la pretensión de que se conceda la nacionalidad española a un extranjero por causa de residencia, está desplazando hacia el solicitante la carga de probar que viene observando una conducta de tales características, con lo que –dicho está asimismo– está imponiendo al juez el deber de averiguar si, a la vista de las pruebas que tiene que aportar el interesado, hay razón suficiente para entender que viene observando esa buena conducta cívica cuya ausencia opera como obstáculo impeditivo de la concesión de la nacionalidad por residencia.”

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

Fecha: 12 de enero de 2005.

Recurso de Casación: 6673/2000.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación de concesión de nacionalidad española. Falta de acreditación de la residencia legal continuada.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don R., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de nacionalidad española.

“En el fundamento cuarto siguiente la Sala de instancia afirma que «no hay duda que durante los períodos que se indican en el informe de la policía que aparece en el expediente administrativo, el ahora recurrente no dispuso de permiso de residencia, ni de otra forma de autorización de residencia en regla, y por aplicación del artículo 59.4 y 5 del Real Decreto 155/1996 (Reglamento de la Ley de Extranjería), resulta que, una vez presentada la solicitud de renovación, el resguardo que se expide surte el mismo efecto que el permiso de residencia, pero sólo desde el momento de la solicitud, no desde la terminación de la validez del anterior permiso. Por tanto, durante el período de diez años de residencia que se exige para tener derecho a la adquisición de la nacionalidad española, ha habido diversos períodos, que suman 144 días, en los que no se ha gozado de dicha residencia legal, por lo que no cabe sino la desestimación de las pretensiones de la parte recurrente; a este período debe añadirse el de más de un año que va desde el 26 de octubre de 1983 (inicio del cómputo de diez años) al 11 de marzo de 1985 (inicio de su residencia legal en España) en que tampoco su residencia reunía los requisitos legales».

Por todo ello entiende la sentencia que, no procediendo a aplicar una interpretación extensiva de los requisitos legales exigibles para la concesión de nacionalidad por residencia, no cabe entender acreditada la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante un período de diez años, por lo que procede la desestimación del recurso y añade que «sin perjuicio de que, en su caso, se pueda volver a efectuar una nueva petición cuando se estime que concurren los requisitos indicados».

(...).

El motivo casacional no puede prosperar porque, como acertadamente pone de relieve el Abogado

del Estado al formular su oposición, en el mismo no se cuestiona la aplicación que la sentencia hace de lo dispuesto en el artículo 59.4 y 5 del Reglamento de Extranjería que conduce a la Sala a afirmar que durante un total de 144 días el solicitante no residió legalmente en España al carecer de permiso administrativo que proporcionara cobertura a su estancia y, por el contrario, admitiendo que ha existido un retraso en la renovación del permiso, se discute la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia que afirma –y ello constituye una cuestión de hecho excluida de control casacional–, que ha existido durante el período a computar de diez años anteriores a la solicitud un período de tiempo que asciende a 144 días en que no se ha acreditado la legal residencia continuada en España.”

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: Denegación de nacionalidad española por residencia. Demora en la petición de renovación del permiso de trabajo y residencia.

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 solicitada por la recurrente, nacional de Camerún.

“A esos preceptos se acoge la recurrente para solicitar la concesión de la nacionalidad española que le deniega la Administración competente el Ministerio de Justicia, negativa que confirma la Sentencia de instancia. La razón que se ofrece para ello es que 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 períodos 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 recu-

rente 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.

(...).

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

Régimen comunitario

permanecer en suelo patrio y su total integración en nuestra sociedad.

En consecuencia el motivo ha de estimarse y por todo ello ha de casarse la Sentencia recurrida y estimarse el recurso contencioso interpuesto ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Nacional anulando la resolución combatida y declarar el derecho de la recurrente a que le sea otorgada la nacionalidad española.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 12 de abril de 2005.

Cuestión Prejudicial: C-145/03.

Ponente: D. K. Lenaerts.

Voz: Seguridad Social. Hospitalización en un Estado miembro distinto del competente. Asistencia urgente de carácter vital.

Resumen: El Tribunal declara que la institución competente no tiene derecho ni a exigir el regreso del interesado al Estado miembro competente para someterle a él a un control médico, ni a hacer que se le examine en el Estado miembro de estancia, ni a supeditar los diagnósticos y las decisiones anteriormente mencionadas a una aprobación por su parte.

“Cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, la Sra. Keller, de nacionalidad alemana, residía en España y estaba afiliada al Régimen General de la Seguridad Social de dicho Estado miembro.

Deseando desplazarse a Alemania por motivos familiares, la Sra. Keller solicitó del INSALUD la expedición de un formulario E 111, que le fue remitido antes de su partida, para el período comprendi-

do entre el 15 de septiembre y el 15 de octubre de 1994.

Durante dicha estancia, la Sra. Keller fue asistida en el hospital del distrito de Gummersbach (Alemania), adscrito a la Clínica Universitaria de Colonia. Se le diagnosticó entonces un tumor maligno de nariz, cavidad nasal, órbita y base craneal, con ramificación al espacio intercraneal de tal gravedad que podía provocar la muerte de la interesada en cualquier momento.

Preocupada por poder seguir disfrutando en Alemania de la asistencia médica necesaria por la enfermedad que le aquejaba, la Sra. Keller solicitó al INSALUD la expedición de un formulario E 112. Como se desprende de una nota interna de dicho organismo de 23 de febrero de 1995, se le remitió dicho formulario debido a que, ante la gravedad de su estado de salud, no era recomendable trasladar a España a la interesada. Prorrogado en repetidas ocasiones, el período de validez del citado formulario se extendió desde el 24 de octubre de 1994 hasta el 21 de junio de 1996.

Tras numerosos exámenes y un profundo análisis de las distintas posibilidades terapéuticas que se ofrecían, los médicos de la Clínica Universitaria de Colonia estimaron que, habida cuenta del cariz tan sumamente delicado que presentaba y de la especial pericia que requería, la intervención quirúrgica que la Sra. Keller necesitaba con carácter vital e inmediato sólo podía realizarse por los servicios de la Clínica Universitaria de Zúrich (Suiza). El informe de un cirujano especializado en otorrinolaringología, presentado ante el órgano jurisdiccional remitente, certifica que dicha clínica privada era la única en Europa en la que se trataba, con reconocida eficacia científica, la patología que aquejaba a la Sra. Keller.

Por consiguiente, los médicos de la Clínica Universitaria de Colonia trasladaron a la Sra. Keller a la Clínica Universitaria de Zúrich, donde a la interesada, hospitalizada del 10 al 25 de noviembre de 1994, se

Régimen comunitario

le practicó una intervención quirúrgica cuyos resultados se consideraron satisfactorios. Tras dicha operación, la Sra. Keller debió someterse a radioterapia entre el 15 de diciembre de 1994 y el 22 de febrero de 1995. El coste global de la asistencia prestada ascendió a 87.030 CHF y fue abonado íntegramente por la Sra. Keller.

El 26 de abril de 1995, la Sra. Keller solicitó el reembolso de la citada suma al INSALUD.

Se denegó dicha solicitud mediante un acuerdo del mencionado organismo de 10 de agosto de 1995. Basándose en el artículo 102 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 18, apartado 1, del Decreto n.º 2766/1967, el INSALUD alegó, en apoyo de su acuerdo, que la cobertura de los gastos ocasionados por la atención médica prestada en un Estado tercero requiere una autorización expresa y previa por su parte.

El 7 de diciembre de 1995, el INSALUD desestimó la reclamación dirigida contra dicho acuerdo por la Sra. Keller.

(...).

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 22, apartado 1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y del artículo 22, apartados 1 y 3, del Reglamento (CEE) n.º 574/1972 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento n.º 1408/1971, en su versión modificada y actualizada mediante el Reglamento (CEE) n.º 2001/1983 del Consejo, de 2 de junio de 1983, han de interpretarse en el sentido de que la institución competente que consintió, mediante la expedición de un formula-

rio E 111 o de un formulario E 112, que uno de sus beneficiarios de la seguridad social recibiera asistencia médica en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente está vinculada por los diagnósticos relativos a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, efectuados durante el período de validez del formulario por médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, así como por la decisión de tales médicos adoptada, durante ese mismo período, basándose en dichos diagnósticos y en los conocimientos médicos del momento, de trasladar al interesado a un establecimiento hospitalario situado en otro Estado, aun en el caso de que éste sea un Estado tercero. No obstante, en tal situación, conforme al artículo 22, apartado 1, letras a), inciso i), y c), inciso i), del Reglamento n.º 1408/1971, el derecho del asegurado a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente está sujeto a la condición de que, según la legislación aplicada por la institución del Estado miembro de estancia, ésta esté obligada a servir a una persona que está afiliada a ella las prestaciones en especie correspondientes a dicha asistencia.

En tales circunstancias, la institución competente no tiene derecho ni a exigir el regreso del interesado al Estado miembro competente para someterle en él a un control médico, ni a hacer que se le examine en el Estado miembro de estancia, ni a supeditar los diagnósticos y las decisiones anteriormente mencionadas a una aprobación por su parte.

(...).

Toda vez que la institución del Estado miembro de estancia no asumió el coste de la asistencia prestada en un establecimiento situado en un Estado tercero, que ha quedado acreditado que la persona afectada tenía derecho a que así fuera y que dicha asistencia figura entre las prestaciones previstas en la legislación del Estado miembro competente, corresponde a la institución competente reembolsar directamente a la referida persona o a sus derecho-

Régimen comunitario

habientes el coste de tal asistencia a fin de garantizarle un nivel de asunción del coste equivalente al que dicha persona habría disfrutado si se hubiera aplicado lo dispuesto en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/1971.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 14 de abril de 2005.

Cuestión Prejudicial: C-157/03.

Ponente: D. J. Makarczyk.

Voz: Incumplimiento de Estado. Plazo de expedición de un permiso de residencia. Nacional de un país tercero que sea miembro de la familia de un nacional comunitario.

Resumen: El Tribunal declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias; de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios; la relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o ajena que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y la prevista para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

“El presente procedimiento por incumplimiento tiene su origen en dos denuncias presentadas ante la Comisión por nacionales comunitarios, que ejercieron el derecho de libre circulación otorgado por el Tratado CE, y a cuyas esposas se les denegó un permiso de residencia en España por no haber solicitado, previamente, un visado de residencia en el consulado español de su último domicilio. Los hechos a los que se refieren las denuncias tuvieron lugar en 1998, en el caso de la Sra. Weber, y en 1999, en el de la Sra. Rotte Ventura.

En relación con esta cuestión, la Comisión envió el 26 de abril de 1999 un escrito a las autoridades es-

pañolas, al que éstas respondieron el 5 de julio de 1999, confirmando que el visado de residencia era necesario para la posterior tramitación de la expedición del permiso de residencia.

Con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 226 CE, párrafo primero, tras haber ofrecido al Reino de España la posibilidad de presentar sus observaciones, la Comisión envió a este Estado miembro, mediante escrito de 3 de abril de 2002, un dictamen motivado en el que le instaba a adoptar las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones con arreglo a las Directivas 68/360, 73/148, 90/365 y 64/221 en un plazo de dos meses a partir de su notificación. Al no quedar satisfecha con la respuesta de las autoridades españolas, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

(...).

el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública:

Régimen comunitario

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

– al no conceder el permiso de residencia en el más breve plazo, y a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud de dicho permiso, en contra de lo dispuesto en la Directiva 64/221.

2) Condenar en costas al Reino de España.”



Crónica legislativa de un semestre

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura regulado en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (*BOE* n.º 47, de 24 de febrero de 2004).
- Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional (*BOE* n.º 68, de 21 de marzo de 2005).
- Resolución de 1 de abril de 2005, de la Secretaría General Técnica, sobre la entrada en vigor de la adhesión de Ecuador al Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (publicado en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 229, de 25 de septiembre de 1978) (*BOE* n.º 84, de 8 de abril de 2005).
- Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones patronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad (*BOE* n.º 91, de 16 de abril de 2005).
- Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (*BOE* n.º 121, de 21 de mayo de 2005).

Crónica legislativa de un semestre

- Orden TAS/1693/2005, de 26 de mayo, por la que se aprueba la delegación del ejercicio de competencias de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y la Subsecretaría en el titular de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes (BOE n.º 136, de 8 de junio de 2005).
- Orden ECI/1712/2005, de 2 de junio, por la que se modifica la Orden ECI/3686/2004, de 3 de noviembre, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos extranjeros de educación superior (BOE n.º 138, de 10 de junio de 2005).
- ORDEN TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (BOE n.º 138, de 10 de junio de 2005).
- Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE n.º 140, de 13 de junio de 2005).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, hecho en Madrid el 7 de octubre de 2002 (BOE n.º 65, de 17 de marzo de 2005).
- Entrada en vigor del Acuerdo Marco de cooperación entre el Reino de España y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, hecho en Ginebra el 9 de diciembre de 2002 (BOE n.º 88, de 13 de abril de 2005).
- Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra parte, y la República de Chile, por otra, hecho en Bruselas el 18 de noviembre de 2002 (BOE n.º 90, de 15 de abril de 2005).
- Entrada en vigor del Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001 (BOE n.º 114, de 13 de mayo de 2005).
- Resolución de 27 de abril de 2005, de la Secretaría General Técnica, relativa a la adhesión de Azerbaiyán al Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE n.º 115, de 14 de mayo de 2005).
- Aplicación Provisional del Protocolo Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, firmado el 28 de enero de 1997, hecho en Buenos Aires el 21 de marzo de 2005 (BOE n.º 122, de 23 de mayo de 2005).

Crónica legislativa de un semestre

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Bulgaria al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (*BOE* n.º 56, de 7 de marzo de 2005).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria sobre transporte internacional de viajeros y mercancías por carretera, hecho en Sofía el 1 de septiembre de 2003 (*BOE* n.º 66, de 18 de marzo de 2005).
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 28 de octubre de 2003 (*BOE* n.º 81, de 5 de abril de 2005).
- Reglamento (CE) n.º 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, por el que se modifican el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 (*DOUE*, L 117, de 4 de mayo de 2005).
- Resolución de 26 de abril de 2005, de la Secretaría General Técnica, relativa al Convenio Europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957. Declaración de la República Francesa (*BOE* n.º 112, de 11 de mayo de 2005).
- Reglamento (CE) n.º 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005, que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 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 en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad (*DOUE*, L 141, de 4 de junio de 2005).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Visado nacionales terceros países residentes zonas fronterizas UE

La Comisión Europea ha aprobado una propuesta de Reglamento con vistas a establecer un visado para el “pequeño tráfico transfronterizo”. Este término designa el cruce regular y frecuente de la frontera exterior de la UE por nacionales de terceros países residentes en zonas fronterizas de un país vecino, con motivos legítimos que no constituyan una amenaza para la seguridad. El visado, que tendrá una validez limitada a la zona fronteriza del Estado que lo expida, permitirá cruzar la frontera con este Estado miembro en múltiples ocasiones y por una estancia máxima de siete días consecutivos y no superior a los tres meses por semestre. El visado tendrá una validez mínima de un año.

(28 de febrero de 2005).

Inmigración. Sistema de información y alerta mutua

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han acogido favorablemente la propuesta de la Presidencia Luxemburguesa de establecer un mecanismo de información mutua y alerta previa entre los responsables de las políticas de inmigración y asilo de los Estados miembros sobre las decisiones importantes adoptadas por uno o más Estados miembros en este ámbito. La propuesta se encuentra relacionada con la decisión adoptada en España sobre la regularización de inmigrantes. La Presidencia y la Comisión han redactado una carta destinada a los miembros del Consejo JAI, que se encuentra disponible en la siguiente dirección de Internet: www.eu2005.lu/en/actualites/communiqués/2005/02/11schmit-jai/index.html.

(28 de febrero de 2005).

Estado responsable examen solicitud asilo. Aplicación Dinamarca

El Consejo de la UE ha aprobado la Decisión relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca los Reglamentos (CE) n.º 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país y (CE) n.º 2725/2000 relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

(7 de marzo de 2005).

(*) 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*.

Seguridad Social de los trabajadores en la UE

El Parlamento Europeo ha aprobado, en segunda lectura de codecisión, la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento (por el que se modifican el Reglamento (CEE) n.º 1408/71) relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Se actualizan los citados Reglamentos comunitarios, a fin de incluir los cambios en las legislaciones nacionales, aclarar la situación jurídica de algunos artículos y tomar en cuenta los cambios recientes en la jurisprudencia del TJCE.

(14 de marzo de 2005).

Red en Internet de información sobre inmigración irregular

El Consejo de la UE ha adoptado la Decisión por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para los Servicios de gestión de la inmigración de los Estados miembros. La red permite el intercambio de información sobre inmigración irregular, la entrada y la inmigración ilegales y la repatriación de residentes ilegales. Los Estados miembros deberán tomar las medidas de seguridad necesarias para impedir que cualquier persona no autorizada tenga acceso a la red, garantizar que, al utilizar la red, las personas autorizadas tengan acceso solamente a los datos que sean de su competencia; y evitar que personas no autorizadas lean, copien, modifiquen o borren la información contenida en la red. Publicada en el *DOUE* (L 83/48 de 1 de abril de 2005).

(21 de marzo de 2005).

Visados para investigadores de terceros países

El Parlamento Europeo ha aprobado, en sesión plenaria, tres resoluciones legislativas relativas a la propuesta de Directiva relativa al procedimiento de admisión específico de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; a la propuesta de Recomendación con miras a facilitar la admisión en la Comunidad Europea de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica y a la propuesta de Recomendación con miras a facilitar la concesión por los Estados miembros de visados uniformes de corta estancia a los investigadores nacionales de terceros países que se desplacen en la Comunidad Europea con fines de investigación científica.

(18 de abril de 2005).

Reciprocidad en la exención de visado

El Parlamento Europeo se ha pronunciado, en el marco del procedimiento de consulta, sobre la propuesta de Reglamento que modifica el mecanismo de reciprocidad. La UE se enfrenta a una serie de casos en los que ciudadanos de determinados Estados miembros deben obtener un visado para poder viajar a ciertos países terceros, en tanto que los ciudadanos de estos países terceros no necesitan un visado para viajar a la UE. A través del nuevo mecanismo, más flexible

Europa en breve

II

y más realista, la Comisión dispone de un período de seis meses durante el que, por medios diplomáticos, puede intentar restablecer la exención de visado.

(2 de mayo de 2005).

Formularios Seguridad Social desplazados a otro Estado miembro

La Decisión n.º 201 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, de 15 de diciembre de 2004, relativa a los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y (CEE) n.º 574/72 del Consejo (serie E 400), se ha publicado en el *DOUE* (L 129/1 de 23-5-2005). Estos Reglamentos contienen disposiciones para la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la UE. Los formularios de la serie E 400 hacen referencia a los formularios de certificación a efectos de la concesión de prestaciones familiares.

(23 de mayo de 2005).

Establecimiento Sistema Schengen segunda generación

La Comisión presentó este día tres propuestas relativas al establecimiento del sistema de información Schengen de segunda generación (SIS II), que sustituirá al SIS actual. El SIS II permitirán a los nuevos Estados miembros participar plenamente en el espacio Schengen, de modo que no someterá a los viajeros ya a controles en las fronteras entre estos Estados y los otros Estados miembros de la UE. El objetivo es afrontar los retos principales a los cuales se enfrenta actualmente a la Unión Europea en cuanto a seguridad, y su marco jurídico garantizará un elevado nivel de protección a las personas cuyos datos se almacenarán en el sistema.

(6 de junio de 2005).

Migraciones económicas

El Consejo procedió a un intercambio de opiniones sobre el Libro Verde sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas, presentado por la Comisión el 14 de enero de 2005, en particular sobre sus implicaciones para el funcionamiento de los mercados laborales nacionales, en el contexto de la Estrategia europea para el empleo.

El Libro Verde se refiere a los procedimientos de admisión para la migración económica de los nacionales de terceros países. Propone una serie de opciones para la instauración progresiva de un marco legislativo comunitario, de acuerdo con un plan de acción que la Comisión debería presentar este año. Este plan de acción debería ser de continuación de la aprobación del programa de La Haya que sentó las bases de proyecciones en el marco de libertad, seguridad y justicia.

(6 de junio de 2005).

Obligación de visado-Mecanismo de reciprocidad

El Consejo adoptó por mayoría cualificada un Reglamento por el que se modifica el mecanismo fijado en el Reglamento 539/2001. Este Reglamento establece la lista de los terceros países cuyos nacionales se someten a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y la lista de cuyos nacionales se eximen por lo que se refiere al mecanismo de reciprocidad.

(6 de junio de 2005).

Integración de los inmigrantes y procesos de regularización

El Parlamento Europeo ha aprobado un informe, en sesión plenaria, sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal y la integración de los emigrantes. El texto aborda los procesos de regularizaciones en masa, señalando que no son la solución para el problema de la inmigración ilegal porque no solucionan los problemas de fondo, aunque especifica que las operaciones de regularización son importantes para combatir el trabajo en negro, integrar a los inmigrantes ilegales en la sociedad y evitar que sean explotados. Los eurodiputados propugnan la obligatoriedad de cursos de lengua del país de acogida y de formación cívica, como por ejemplo sobre la igualdad entre hombres y mujeres. Asimismo, aconsejan el establecimiento de mecanismos adecuados de consulta y representación de los ciudadanos de terceros países sin derecho a voto. La idea de crear campos de acogida o retención de inmigrantes sin papeles fuera de las fronteras de la UE ha recibido el rechazo del Parlamento Europeo.

(13 de junio de 2005).

Avances realizados en 2004 en libertad, seguridad y justicia

El Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre los avances realizados en 2004 hacia la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. El Parlamento recuerda que una política europea de inmigración debe acompañarse con una política europea de integración, que permita, entre otras cosas, una integración regular en el mercado laboral, el derecho a la educación y la formación, el acceso a los servicios sociales y sanitarios, y la participación de los inmigrantes en la vida social, cultural y política. Por otro lado, solicita la supresión del déficit democrático y la promoción de un marco jurídico homogéneo en el espacio de libertad, seguridad y justicia y reitera su convicción de que la puesta en práctica del espacio de libertad, seguridad y justicia exige un compromiso aún más decidido de las instituciones europeas y nacionales para fomentar el mayor nivel de protección de los derechos fundamentales.

(13 de junio de 2005).

Eurodac. Evitar solicitudes de asilo en varios Estados miembros

El segundo informe de evaluación del funcionamiento de Eurodac, la base de datos de la UE que compara las huellas dactilares de los solicitantes de asilo y de los inmigrantes ilegales y que pretende contribuir a determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo, muestra que los controles de personas en situación irregular se han duplicado en 2004

Europa en breve

II

al igual que las solicitudes de asilo múltiples. En el 13 por 100 de los casos, una misma persona había presentado al menos una segunda solicitud de asilo en el mismo país o en otro Estado miembro (solicitudes múltiples). El informe de evaluación muestra un balance muy positivo de las actividades de Eurodac, en términos de eficacia, calidad y costes. Tras dos años de funcionamiento, Eurodac se confirma como instrumento de gestión del asilo en la UE.
(20 de junio de 2005).

Procedimiento de concesión y retirada del estatuto de refugiado

La Comisión de Libertades del Parlamento Europeo ha aprobado el informe sobre la propuesta modificada de Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Determinadas enmiendas apoyan el respeto de los derechos de los refugiados en todas las etapas del procedimiento. Los solicitantes podrán apelar la decisión que rechace su solicitud de asilo y permanecer en el país hasta agotar los procedimientos de recurso. Asimismo, podrán solicitar una entrevista personal con las autoridades, estar jurídicamente representados y recibir información relacionada con el procedimiento de asilo en un idioma que comprendan. A la hora de examinar las solicitudes, los derechos de los menores de 18 años tendrán prioridad. El Parlamento Europeo votará este informe, en procedimiento de consulta, en la sesión plenaria del 4 al 7 de julio de 2005.
(27 de junio de 2005).

Agencia Europea de Fronteras Exteriores

El nuevo director de la Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores, el finlandés Ilkka Laitinen, nombrado el pasado 25 de mayo de 2005, ha declarado que todos los Estados miembros de la UE son igualmente eficaces a la hora de controlar su fronteras, precisando que la legislación en materia de gestión de fronteras de los nuevos Estados miembros ya alcanzó el nivel comunitario durante el proceso de adhesión. Para el nuevo director, los principales retos se encuentran en el mediterráneo, los Balcanes y Europa Central y Oriental. La Agencia, con sede en Polonia y operativa desde el 1 de mayo de 2005, facilitará la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de gestión de las fronteras exteriores, garantizando la coordinación de las acciones de los Estados miembros en la aplicación de estas disposiciones y contribuyendo así a la eficacia, calidad y uniformidad del control de las personas y de la vigilancia de las fronteras exteriores de la UE.
(27 de junio de 2005).

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

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

III

Competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles para conocer de los delitos de mutilación genital femenina aunque se cometan en el extranjero: la nueva redacción del artículo 23.4.g) LOPJ

SUMARIO

I. Motivos de la nueva regulación.

II. Antecedentes inmediatos. A) Ausencia de regulación en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros. B) Ausencia de regulación en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

III. Puesta en marcha de la reforma. A) Texto inicial y aprobación de Enmiendas en el Congreso de los Diputados. B) Texto aprobado por el Senado.

IV. Retos de la LO 3/2005: ¿cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por España?

I. MOTIVOS DE LA NUEVA REGULACIÓN

El pasado día 9 de julio se publicaba en el *BOE* la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina¹. La trascendencia de esta nueva Ley

(1) *BOE*, n.º 163, 9-VII-2005, p. 24457. La LO 3/2005 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*. Es de obligado cumplimiento desde el día 10 de julio de 2005. Desde luego, la redacción actual sobre el inicio de obligatoriedad de la misma no fue tal durante todo el proceso de elaboración de la Ley, si bien en la Proposición inicial se consideraba necesaria su entrada en vigor sin *vacatio legis* (*BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-1, 16 de abril 2004, p. 2), posteriormente por aceptación de la Enmienda n.º 6 del GPS se posponía durante seis meses (*BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-7, de 7 de marzo de 2005, p. 16). Al final en el Senado por la aceptación de la Enmienda n.º 2 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) se vuelve a la redacción de la proposición inicial. Por tanto entrada en vigor al día siguiente de la publicación en el *BOE* [*BOCG, Senado*, VIII Legislatura, Serie II, n.º 7 (b), de 25 de mayo de 2005, p. 4]. Se admite el texto remitido por el Senado en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 23 de junio de 2005.

Orgánica no debe pasar desapercibida, ya que por primera vez se otorga competencia a los jueces y tribunales españoles en el orden penal para conocer de los delitos de mutilación genital femenina aunque no hayan sido cometidos en España.

La aprobación de esta ley responde a una realidad: poner fin a un problema de gran consideración que afecta a más de dos millones de niñas al año, seis mil mujeres y niñas cada día, cinco cada minuto, calculando que 130 millones de mujeres y niñas ya han sufrido estas mutilaciones con el consiguiente trastorno físico y psíquico para todas ellas². Los medios de comunicación han colaborado mucho al conocimiento de este tipo de prácticas. En los últimos años han dado numerosas noticias sobre casos en los que se practican ablaciones entre las hijas de inmigrantes, consiguiendo sensibilizar a la opinión pública sobre un tema de tanta importancia. Las denuncias cursadas en España, por el momento son pocas, con escaso éxito por el silencio de las familias inmigrantes, porque ante el peligro de denuncia en nuestro territorio, los inmigrantes, se llevan a las niñas a sus países de origen a visitar a los abuelos y regresan ya mutiladas, por lo que muchas denuncias han sido archivadas al esgrimir los padres que la extirpación se hizo fuera de España.

La integración social de los extranjeros en España está derivando en nuevas realidades a las que nuestro ordenamiento debe dar respuesta y ésta es una de ellas. El derecho va por detrás de la sociedad, debe amoldarse a los hechos. Por supuesto, que la inexistencia de la norma no ha dejado impasibles a nuestras autoridades. Por ello, ante la necesidad de eliminar estas prácticas, los jueces y tribunales judiciales españoles han impedido o prohibido la salida de España a algunas niñas menores de edad para viajar a su país de origen –los casos que se conocen se refieren a Gambia–. En concreto, podemos ver esta actuación en varias decisiones. Por un lado, en el *Auto de la Audiencia Provincial de Girona n.º 24/2004 (Sección 2.ª) de 11 de febrero* al afirmar que:

“Lo que se plantea a este Tribunal es la situación puntual de inmediata salida del territorio español de las tres menores y su madre con dirección a Gambia, donde es habitual la ablación de órganos genitales a la mujer, para que se prohíba la salida ante el riesgo evidente de mutilación que ello comporta.

Hay circunstancias sobrevenidas que permiten apreciar la situación en sus justos términos; así, el matrimonio ya dejó en el país de origen a las dos hijas mayores, llevándose ahora la madre al resto de las hijas (del sexo femenino), no así a los hijos varones. De las seis hijas del matrimonio, tres ya sufrieron la ablación genital en el país de origen; según los padres, mientras ellos no estaban con las niñas.

Todo lo expuesto conduce a generar el convencimiento de la Sala, de la realidad del riesgo lesivo para las menores (...), y por ello, (...) acordar la prohibición de salida del territorio español de las hermanas menores de edad, como medida urgente promovida por el Ministerio Fiscal.”³.

(2) La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas (vid. Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2005: ibíd., p. 24457).

(3) AC 2004\ 845. En este auto se sigue la misma postura que la ya mantenida por el *Auto Audiencia Provincial Girona n.º 7/2004 (Sección 2.ª), de 26 de enero*, al señalar que: “De las pruebas practicadas, consistentes en las declaraciones efectuadas

Competencia judicial española. Delitos de mutilación genital femenina

III

Por su parte, más recientemente, la misma postura se observa en el *Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza n.º 142/2005, de 13 de mayo* al afirmar que:

“Como consecuencia de diligencias penales abiertas al matrimonio, originario de Gambia, (...) se averiguó que sus dos hijas mayores habían sido sometidas en el país de origen de ambos a un proceso de «ablación genital». Ante la sospecha de que pudieran sufrir idéntico trato las dos hijas menores (...) se acordó, primero por el Juzgado de Instrucción y después por el Juzgado de familia, una medida de protección respecto a las mismas, consistente en ordenar el cierre del territorio nacional para dichas menores, prohibiendo la concesión de pasaporte para las mismas.”⁴.

De la lectura de estas decisiones se pone de manifiesto que se debe impedir la salida de las niñas del territorio español para que no se les practique la ablación genital, pues se trata de evitar la mutilación y que ésta sea impune. Obviamente, se deberá en todo caso prevenir su comisión; ahora bien, con la nueva reglamentación los responsables del delito si se encuentran en España podrán ser juzgados y condenados por la jurisdicción penal española [artículo 23.4.g) LOPJ].

II. ANTECEDENTES INMEDIATOS

A) Ausencia de regulación en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros

Hasta el día 10 de julio de 2005 carecíamos de una norma que permitiera conocer a nuestros jueces y tribunales de un supuesto de mutilación genital practicado en el extranjero. Desde luego, la atribución de dicha competencia estaba totalmente clara cuando se aprobó la reforma de la Ley Orgánica 11/2003⁵, aunque hemos tenido que esperar casi dos años para incor-

tanto por las menores como por sus hermanas mayores, la madre y el compañero de la misma, tío de dichas niñas, así como los distintos informes médicos, todas ellas en el seno del antecedente proceso penal por violencia doméstica. De tales pruebas resulta que las dos hermanas mayores de las niñas respecto de las que se han acordado las medidas recurridas, ya sufrieron la ablación del clitoris en vida de su difunto padre. Igualmente se demuestra que tanto la madre, de forma implícita, como el tío de aquéllas, de manera totalmente abierta y explícita, han puesto de relieve que una vez en su país de origen poco o nada pueden hacer para evitar que, según la costumbre del mismo, se efectúe a aquellas tres la indicada mutilación genital, aun cuando ni la madre (que también la ha padecido) ni él sean partidarios de dicha práctica, habida cuenta de la tradición religiosa que se viene siguiendo. Que existe el riesgo de que a las tres hijas de la recurrente se les practique dicha mutilación caso de que acudan al país de origen de su madre, es algo tan evidente como incuestionable con base a las pruebas practicadas. En consecuencia, las medidas acordadas en el auto impugnado con la única finalidad de que se llegue a practicar la ablación, son adecuadas y proporcionales a la entidad del riesgo y a la naturaleza misma de la mutilación que se pretende evitar” (*JUR*, 2004\90814).

(4) *JUR* 2005\121602.

(5) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros (*BOE*, n.º 234, 30-IX-2003, pp. 35398-35404).

porar esta norma. No obstante, en aquel momento, se reguló específicamente este delito⁶, aunque algunos Grupos parlamentarios pensaban que ya estaba recogido de alguna manera en el Código Penal⁷; pero, se produjo un olvido, respecto a las normas relativas a la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, para el supuesto de que el delito se hubiese cometido fuera del territorio español. Esta laguna, obviamente debida no a un desconocimiento o lapsus sino a la falta de claridad sobre la cuestión básica: la determinación de la jurisdicción española para conocer de dichos delitos es previa a la eventual aplicación de la ley penal española por nuestros jueces o tribunales. Ahora bien, la norma de competencia judicial debería haber sido, en orden de prioridades, la primera en ser introducida en nuestro Ordenamiento. En todo caso, esta evidente necesidad fue puesta de manifiesto durante la elaboración de la mencionada Ley Orgánica tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Esta cuestión se abordó en la Enmienda n.º 39 al señalar que: “con el texto del proyecto no se salvan los problemas de competencia de las mutilaciones realizadas en el extranjero (ver artículo 23 LPOJ), ya que seguirá sin ser aplicable salvo que el autor/a del delito tuviera nacionalidad española”⁸.

La regulación expresa de las normas de competencia se intentó en el seno de la Cámara Baja mediante dos Enmiendas, las n.ºs 162 y 190. En primer lugar, la Enmienda n.º 162 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). De adición, en la que se solicitaba:

“Artículo cuarto. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. El apartado 4 del artículo 23 quedará redactado: 4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...)

g) Los relativos a la mutilación genital, cuando sea cometido *por personas que residen legalmente en España*.”

El texto se justificaba en los siguientes términos:

“En consonancia con el informe del Consejo General del Poder Judicial, y para poder perseguir la práctica de mutilación genital cuando es cometida por personas que residen legalmente en España

(6) La LO 11/2003 introdujo el párrafo 2.º del artículo 149 del Código Penal con la siguiente redacción: “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 4 a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz” (ibíd).

(7) Vid. La justificación de la Enmienda n.º 39 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco que pedía la supresión del delito en el Código Penal y justificaba esta petición con los siguientes argumentos: “Se crea un delito específico de ablación del clítoris, con la misma pena que la forma en que se castiga cualquier delito de lesiones graves del 149 Código Penal. Cumple una función meramente simbólica sin ninguna eficacia práctica, puesto que el delito ya está castigado y con la misma pena” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, n.º 136-8, de 13 de mayo de 2003, p. 39).

(8) Vid. nota anterior.

Competencia judicial española. Delitos de mutilación genital femenina

III

y que se sustraen a la justicia española cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos”⁹.

Por su parte la Enmienda n.º 190 presentada por Grupo Parlamentario Socialista (GPS) sostenía:

“Artículo cuarto. Se propone la introducción en el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de una nueva letra f bis con el contenido siguiente: 4.f) bis. La mutilación genital femenina en todas sus manifestaciones, *siempre que los responsables se encuentren en España.*”

Y, se justificaba diciendo que:

“La sanción penal de la mutilación genital femenina no plantea graves problemas en nuestro derecho ya que es una conducta claramente encuadrada en el artículo 149 del vigente Código Penal. Los problemas actuales de esta práctica delictiva son las dificultades de su persecución por la justicia española que no es competente en la mayoría de los casos ya que dichas prácticas rara vez son realizadas dentro del ámbito de competencia territorial de la justicia española.”¹⁰.

En el Senado, también contamos con tres Enmiendas (n.ºs 123, 155 y 182). Las dos primeras, redactadas por Grupos Parlamentarios diversos, de un lado, la Enmienda n.º 123 presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP)¹¹ y la Enmienda n.º 155 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (GPS)¹². De la lectura de las mismas podemos observar que se trata de una copia literal la Enmienda n.º 190 de este último grupo presentada en el Congreso¹³ y por su parte, la Enmienda n.º 182 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU)¹⁴ reitera el texto de la Enmienda n.º 162 del mismo Grupo en Congreso¹⁵.

En concreto, la Enmienda del Grupo Parlamentario Catalán defendida por el Senador CAPDEVILA I BAS¹⁶ fue rechazada, entre otras, por las siguientes razones:

“... ser contraria al principio general de territorialidad en el ejercicio de la jurisdicción penal, básico en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, comprendemos el fondo de la misma, por lo que estudiaremos la posibilidad de llevar a cabo las actuaciones necesarias. Precisamente porque se rebasa ese principio de territorio, hay que trabajar para efectuar las acciones necesarias en la Unión Europea y en España, con la Fiscalía General del Estado y otras instituciones, con el fin de alcanzar un consenso que permita la modificación de ese principio al que se ha hecho referencia. En cual-

(9) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, n.º 136-8, de 13 de mayo de 2003, pp. 79-80.

(10) *Ibíd.*, p. 92.

(11) *BOCG. Senado*, VII Legislatura, Serie II, n.º 138 (c), de 10 de septiembre de 2003, p. 59.

(12) *Ibíd.*, p. 72.

(13) *Vid.* nota 10.

(14) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie II, n.º 138 (c), de 10 de septiembre de 2003, p. 83.

(15) *Vid.* nota 9.

(16) *BOGG, Senado, Pleno*, VII Legislatura, n.º 148, de 17 de septiembre de 2003, p. 9215.

quier caso, debemos rechazar esta enmienda –se refiere a la n.º 182– porque no podemos abordar estas cuestiones en este proyecto de ley.”¹⁷.

B) Ausencia de regulación en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

También durante los trabajos legislativos previos a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género¹⁸ se planteó incorporar a la misma esta regulación, pero la mayoría parlamentaria decidió posponerlo para un debate posterior. En todo caso, debe recordarse la presentación de sendas Enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado. En concreto, la Enmienda n.º 200 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds propone la adición de un nuevo artículo 64, con la siguiente redacción:

“Artículo 64. Se modifica el apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, que quedará redactado de la siguiente forma: Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: ... c) *Mutilación genital*.”

La incorporación estaba justificada por los siguientes motivos:

“El Proyecto no prevé medida alguna para modificar el principio general de territorialidad de la ley penal en una de las manifestaciones más cruentas de la violencia ejercida sobre las mujeres, siendo la práctica habitual que este tipo de violencia es ejercida sobre las menores aprovechando su estancia en el extranjero, donde muchas veces son llevadas con esa finalidad. El Estado no puede permanecer inactivo ante dicha manifestación de la violencia sexista por el hecho de que el acto delictivo se lleve a cabo fuera del territorio nacional, máxime cuando el bien jurídico protegido es un derecho humano universalmente reconocido, lo que justificaría aquella excepción a la regla general de la territorialidad de la ley penal.”¹⁹.

Por su parte la Enmienda n.º 432 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) señalaba a los efectos de adicionar un artículo 37 bis al referido texto, para añadir una nueva letra g) al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. Redacción que se propone: Artículo 37 bis (nuevo).

“Se adiciona una letra g) nueva al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue: Artículo 23.4 Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:...

g) Los relativos a la mutilación genital, *cuando sea cometido por personas que residen legalmente en España*.”

(17) *Ibíd.*, p. 9218.

(18) *BOE*, 29-XII-2004; corrección de errores (*ibíd.* 12-IV-2005).

(19) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, n.º 2-4, de 24 de septiembre de 2004, p. 103.

Competencia judicial española. Delitos de mutilación genital femenina

III

En su justificación se decía que:

“Entendemos que la mutilación genital es un delito de violencia de género que se comete en el ámbito familiar o afectivo. Se pretende poder perseguir esta práctica cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen. Si se quiere penar la práctica de la mutilación genital forzosamente debe atenderse a una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permita a la jurisdicción española conocer de estos delitos cometidos fuera del territorio nacional.”²⁰.

En el Senado también se presentaron dos Enmiendas, la n.º 35 y la 128. En la primera de ellas se reitera la Enmienda n.º 200 presentada en el Congreso²¹ y por su parte, la Enmienda 128 copia literalmente la Enmienda n.º 432 presentada en el Congreso²².

III. PUESTA EN MARCHA DE LA REFORMA

A) Texto inicial y aprobación de Enmiendas en el Congreso de los Diputados

A pesar de todos estos trabajos y peticiones realizados durante la tramitación de las leyes antes abordadas, finalmente ni en la LO 11/2003 ni en la LO 1/2004 lograron la tan ansiada reforma de la LOPJ. En realidad la modificación se produce con la entrada en vigor de la LO 3/2005, tras su aprobación y publicación²³. Esta ley ha podido ser adoptada gracias a la audacia de un Grupo Parlamentario minoritario que presentó una Proposición no de Ley que ha dado lugar a la incorporación de una nueva letra al artículo 23.4 LOPJ. Ciertamente, en el proceso de elaboración –que ha durado más de un año– en realidad ha pasado sin pena ni gloria. Sin embargo, hoy ya en el BOE y además vigente desde el día 10 de julio de 2005, debemos hacer un repaso por su elaboración y así como por sus objetivos, en definitiva, sobre cuáles son los retos perseguidos por la nueva reglamentación.

(20) *Ibid.*, pp. 190-191.

(21) Enmienda n.º 35 presentada por los Senadores Isabel López Aulestia y Eduardo Cuenca Cañizares, IU (Mixto) [BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II, n.º 1 (c), de 11 de noviembre de 2004, p. 64].

(22) Enmienda n.º 128 del Grupo Parlamentario Catalán en Senado de Convergència i Unió (GPCIU) (*ibid.*, p. 93).

(23) *Vid.* nota 1.

(24) Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-1, 16 de abril 2004, pp. 1-2). Corrección de errores (*ibid.*, n.º 29-2, 26 de abril de 2004, pp. 3-4).

(25) Admisión de la propuesta por 322 votos a favor y una abstención (BOCG, Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, n.º 58, Sesión plenaria n.º 54, de 14 de diciembre de 2004, pp. 2702-2712).

En cuanto a la elaboración, el primer paso lo dio el Grupo de Convergencia i Unió enviando el 16 de abril de 2004 al Congreso de los Diputados una Proposición de Ley²⁴. Dicha proposición no fue aceptada hasta el 14 de diciembre de 2004²⁵ una vez que se toma en consideración llevar a cabo la reforma, en relación al tema que estamos abordando, se parte del texto de la proposición en la que se establecía que serían competentes los jueces y tribunales españoles para conocer de los litigios:

“g) Los relativos a la mutilación genital, cuando sea cometido *por personas que residen legalmente en España.*”

Desde luego, esta redacción tiene como base las Enmiendas que este Grupo Parlamentario presentó en el Congreso y en el Senado tanto a la LO 11/2003 y a la LO 1/2004²⁶. Sin embargo, la redacción propuesta fue objeto de varias Enmiendas, en concreto tres de las seis presentadas tienen por objeto un texto diferente y más amplio²⁷.

Por una parte, la Enmienda n.º 1 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en la que se pedía una redacción con el siguiente tenor literal:

“g) Los relativos a la mutilación genital cuando sean cometidos por *personas que residan legal o ilegalmente en España*, siempre que el delito fuese cometido *durante el período de residencia legal o ilegal en este país.*”

Esta Enmienda se justificaba con los siguientes términos:

“Lo que se pretende con la Ley es evitar el fraude de ley que supondría que un extranjero residente en España aprovechara un viaje ocasional a su país de origen para cometer el delito y luego volviese a España sin que pudiera ser juzgado en este país por el principio de territorialidad de la Ley Penal. No parece que la norma pretenda que sea juzgado en España un extranjero no residente que cometiese este delito en el extranjero. Consideramos, igualmente, que a los efectos de la comisión del delito debe considerarse tanto la residencia legal como la ilegal.”²⁸

Por otra parte, la Enmienda n.º 2 del Grupo Popular propone una nueva redacción:

“g) Los relativos a la mutilación genital, *siempre que los responsables residan en España.*”

Y su justificación se basa en que:

“Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 que declaró inconstitucional el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, por reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita solamente a los extranjeros que residiesen legalmente en España y no a los ilegales.”²⁹

(26) En relación a la LO 11/2003 se trata de la Enmienda 162 presentada por este Grupo en el Congreso, y la Enmienda n.º 182 presentada en el Senado. En cuanto a la LO 1/2004, se trata de la Enmienda n.º 432 en el Congreso y de la Enmienda n.º 128 en el Senado.

(27) *BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-7, de 7 de marzo de 2005, pp. 13-16.

(28) *Ibíd.*, pp. 13-14.

(29) *Ibíd.*, p. 14.

Competencia judicial española. Delitos de mutilación genital femenina

III

Finalmente, la Enmienda n.º 4 Grupo Socialista propone la siguiente redacción:

“g) Los relativos a la mutilación genital femenina, *siempre que los responsables se encuentren en España.*”

Y, ello sobre un argumento:

“El compromiso de erradicar esta forma de violencia contra las mujeres aconseja contemplar la persecución judicial, incluso cuando la práctica de la mutilación genital ritual en niñas y adolescentes se lleve a cabo fuera del territorio español. España tiene que asumir el compromiso y establecer en su legislación interna el principio de jurisdicción universal por el que sus tribunales puedan enjuiciar este delito, cuando sea cometido por personas, no sólo que residan legalmente, sino que puedan ser juzgadas aquí de manera efectiva porque se encuentren en España, aunque sea en tránsito y aunque los hechos hayan ocurrido en el territorio de otro país, pues la finalidad es evitar la impunidad.”³⁰.

Discutidas las tres Enmiendas, en el texto de la Ponencia ratificado por la Comisión de Justicia, se acepta la Enmienda n.º 4 presentada por el Grupo Socialista³¹. En el debate en esta Comisión se pone de manifiesto que para el Pleno del Congreso iban a permanecer vivas dos Enmiendas, la n.º 1 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y la n.º 2 del Grupo Parlamentario Popular³².

En el debate suscitado en dicha Comisión, en relación a la redacción que se debía dar la Diputada Dña. Mercè PIGEM I PALMÉS señalaba que:

“Por lo que se refiere al texto concreto del apartado g) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la redacción que se da en la enmienda del Grupo Socialista es bastante más amplia que la que se había propuesto. Nos gusta más la de la enmienda 1, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, que si bien amplía a que se persiga extraterritorialmente la mutilación genital cuando se cometa por personas que residan no solo legal sino también ilegalmente en España, atendiendo a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, debe circunscribirse a que el delito será cometido durante este período de residencia legal o ilegal en nuestro país. La redacción de la enmienda aceptada en ponencia por el Grupo Socialista abre excesivamente el que se puedan perseguir estos delitos.”³³.

Por su parte, la Diputada del Grupo Popular, la señora CAMARERO BENÍTEZ, en la misma sesión, apuntaba que:

“Al presentar esta enmienda –se refiere a la n.º 2– en la que coincidimos con el Grupo Vasco y, en parte, con el Grupo Socialista. Pedimos que se castigue a los responsables de la mutilación siempre que residan en España. Buscamos evitar la impunidad de los inmigrantes tanto si residen en nues-

(30) *Ibíd.*, p. 15.

(31) *BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-9, de 22 de abril de 2005, pp. 19-20, esp. p. 20. Dictamen de la Comisión y escrito de mantenimiento de Enmiendas para la fase de Pleno (*ibíd.*, n.º 29-10, de 26 de abril de 2005, pp. 21-22, esp. p. 22).

(32) *Cortes Generales. DSCD, Comisiones, Justicia*, VIII Legislatura, n.º 251, Sesión n.º 16, de 19 de abril de 2005, pp. 1-4.

(33) *Ibíd.*, pp. 2-3.

tro país de forma legal como si lo hacen de forma ilegal. Estamos poniendo coto a un hecho que, por desgracia, es muy habitual y es el de llevarse a las niñas a sus países de origen para practicar la mutilación y regresar a España tras haber cometido el delito y sin que se pueda castigar al agresor.”³⁴.

Finalmente, el señor MUÑOZ GONZÁLEZ, Diputado del GPS señalaba que:

“... Es verdad que nuestra enmienda tiene un carácter más expansivo, pero también lo es que, en el caso de la persecución extraterritorial de este delito, tenemos que ir a un carácter expansivo (...) Tal como está redactada e incorporada por la ponencia nuestra enmienda, queremos lanzar a aquellas personas que vienen a España el mensaje de que en el caso de haber cometido este delito en el extranjero pueden ser perseguidas cuando se encuentren en nuestro país. También tenemos que valorar si eso es bueno o malo. Nosotros en principio creemos que es un mensaje positivo. Que aquellos que vengan a España, en tanto no esté prescrita la comisión del delito con arreglo a la ley española, sepan que pueden ser sometidos al enjuiciamiento penal español.”³⁵.

En el debate en el seno del Pleno del Congreso, de nuevo el señor MUÑOZ GONZÁLEZ defendió el texto del Dictamen de la Comisión³⁶ afirmando que:

“Se ha mencionado que el texto del dictamen es extraordinariamente amplio (...) podríamos inculpar también a personas que se encuentran en tránsito en España hacia terceros países. Eso no necesariamente tiene por qué ser así, aunque a algunos puede que nos gustara, porque es verdad que el Tribunal Supremo establece que, junto con otros requisitos, tiene que haber otro, que es el denominado del punto de la conexión con los intereses nacionales. Por tanto, por esa vía sería difícil que alguien pudiera ser encausado cuando simplemente se encuentra en tránsito.”³⁷.

En todo caso, debemos destacar que el texto aprobado por el Pleno del Congreso contiene la redacción íntegra de Enmienda n.º 4 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista³⁸.

(34) *Ibid.*, p. 3.

(35) *Ibid.*, pp. 3-4.

(36) El Diputado, Sr. MUÑOZ GONZÁLEZ hacía estas reflexiones: “¿Por qué hemos mantenido el texto del dictamen y por qué estamos manteniendo la enmienda que propusimos, enmienda que se refiere a que se castiguen por la aplicación del principio de extraterritorialidad aquellas situaciones donde los responsables se encuentren en España? Por una razón, entendemos nosotros, de seguridad jurídica que tiene que ver, más que otra cosa, con la doctrina que viene desarrollando el Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación extraterritorial de la ley penal. Es verdad que tiene que ver más con condenas en relación con genocidios y con crímenes contra la humanidad, y especialmente con las condenas recientes en el caso de Scilingo o anteriormente en relación con el genocidio de Guatemala, el caso denominado Rigoberta Menchú. Ahí es donde encontramos la terminología de nuestra enmienda. En esas sentencias se expresa por el Tribunal Supremo que tiene que indicarse, para que pueda utilizarse la vía y dar entrada al artículo 23, el que se encuentren los responsables en España. Por eso hemos utilizado esa precisión y por eso hemos utilizado esa expresión en nuestra enmienda. Junto a eso hay otro conjunto de requisitos que se tienen que cumplir, pero yo tengo que trasladarles a ustedes que hemos hecho esta iniciativa para que tenga una virtualidad. Nosotros sí creemos que con esta iniciativa es posible la práctica penal en este caso y que podremos conseguir el objetivo de que cada vez sean menos las niñas que estén sujetas a esta práctica absolutamente degradante” (*BOCG, Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, n.º 87, Sesión n.º 81, de 28 de abril de 2005, pp. 4323-4324).

(37) *Ibid.*, p. 4324.

(38) Aprobación del Dictamen de la Comisión por el Pleno del Congreso de los Diputados por un total de 324 votos, 323 a favor y un voto en contra (*BOCG, Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, n.º 87, Sesión n.º 81, de 28 de abril de 2005, pp. 4315-4327, esp. p. 4324); Texto aprobado por el Pleno (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-11, de 9 de mayo de 2005, pp. 23-24, esp. p. 24).

B) Texto aprobado por el Senado

Iniciado el trámite en el Senado³⁹, dicho precepto durante su discusión en la Cámara Alta fue objeto de algunas Enmiendas entre las que destacamos las n.ºs 1, 3 y 5 presentadas respectivamente por los Grupos Parlamentarios Nacionalista Vasco, Grupo Popular y Convergència i Unió⁴⁰.

La Enmienda n.º 1 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) es idéntica a la presentada con el mismo número en el Congreso⁴¹ aunque la justificación a la misma se hace con algunos argumentos diferentes al afirmar que:

“La excepción al principio de territorialidad de la Ley Penal creemos debe referirse a quien residiendo en España, legal o ilegalmente, aprovecha un viaje ocasional para cometer el delito y luego vuelve. No parece que la norma deba pretender que sea juzgado en España un extranjero que simplemente pase por aquí y hubiese cometido ese delito en el extranjero tal y como sugiere la expresión encontrarse. Avala este criterio, además de la lógica de política criminal, el que en Exposición de Motivos se aluda a tener arraigo, que es algo más que encontrarse ocasionalmente.”⁴².

Por su parte, la Enmienda n.º 3 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) copia su propia Enmienda n.º 2 del Congreso⁴³. Y finalmente, la Enmienda n.º 5 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU) que cambia su redacción inicial tomando como base la Enmienda del PNV⁴⁴ y la para la justificación toma los argumentos de la Enmienda del GPP⁴⁵.

(39) Texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado [BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, n.º 7 (a), de 9 de mayo de 2005, pp. 1-2]. Designación de la Ponencia (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisión de Justicia, VIII Legislatura, n.º 156, de 9 de mayo de 2005, p. 19).

(40) BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, n.º 7 (b), de 25 de mayo de 2005, pp. 3-5.

(41) Enmienda n.º 1. Enmienda al artículo único que modifica el artículo 23.4. De modificación. “Artículo 23.4. Igualmente... g) Los relativos a la mutilación genital cuando sean cometidos por personas que residen legal o ilegalmente en España, siempre que el delito fuese cometido durante el período de residencia en este país” (ibíd., p. 3).

(42) Ibíd.

(43) Se propone la siguiente redacción de la letra g) del artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “g) Los relativos a la mutilación genital, siempre que los responsables residan en España”. Y se justifica: “Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 que declaró inconstitucional el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, por reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita solamente a los extranjeros que residiesen legalmente en España y no a los ilegales” (ibíd., pp. 3-4).

(44) Enmienda n.º 5. De modificación. “Artículo 23.4.g) Los relativos a la mutilación genital cuando sean cometidos por personas que residen legal o ilegalmente en España, siempre que el delito fuese cometido durante el período de residencia en este país” (ibíd., p. 5).

(45) La Enmienda n.º 5 se justifica con los siguientes argumentos: “La excepción al principio de territorialidad de la Ley Penal creemos debe referirse a quien residiendo en España, legal o ilegalmente, aprovecha un viaje ocasional para cometer el delito y luego vuelve. No parece que la norma deba pretender que sea juzgado en España un extranjero que simplemente pase por aquí y hubiese cometido ese delito en el extranjero tal y como sugiere la expresión encontrarse. Avala este criterio, además de la lógica de política criminal, el que en Exposición de Motivos se aluda a tener arraigo, que es algo más que encontrarse ocasionalmente” (ibíd., p. 5).

Desde luego la discusión sobre el tenor literal de la letra g) del artículo 23.4 LOPJ fue amplia si bien en la Ponencia se remitieron al debate en la Comisión de Justicia⁴⁶. En el seno de dicha Comisión se llegó a una Enmienda transaccional⁴⁷, aunque el Grupo Parlamentario Socialista mantuvo su texto⁴⁸, que aparece recogida en el texto aprobado en el Dictamen de la Comisión y pasó a ser el siguiente:

“g) Los relativos a la mutilación genital femenina, cuando sean cometidos por personas que residan legal o ilegalmente en España.”⁴⁹.

En todo caso, ya en la Comisión algunos de los senadores se mostraron contrarios a que apareciese el término legal o ilegal con relación a la residencia en España, por lo que se pedía la vuelta a la redacción que había salido del Congreso de los Diputados. Durante el debate en la sesión plenaria celebrada en el Senado el 8 de junio de 2005 se pusieron de acuerdo todos los Grupos Parlamentarios para lograr un cambio en la redacción llegada del Congreso⁵⁰, por lo que el texto final⁵¹ se aprobó el tenor literal de la Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista⁵², y finalmente, al remitir el texto de nuevo al Congreso de los Diputados en el Pleno se aprobó por unanimidad⁵³ con el siguiente tenor literal:

“g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.”⁵⁴.

(46) *BOCG, Senado*, VIII Legislatura, Serie II, n.º 7 (c), de 30 de mayo de 2005, pp. 7-8.

(47) *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisión de Justicia*, VIII Legislatura, n.º 171, de 31 de mayo de 2005, pp. 11-17.

(48) La Senadora del Grupo Socialista, Sra. MARTÍNEZ GARCÍA, en su intervención señalaba: “¿Pero por qué mantengo que es mejor la nomenclatura que viene del Congreso? Porque entiendo que cuanto menos distingamos, más capacidad de actuación tiene un tribunal cuya jurisdicción estamos declarando universal, y me parece que el hecho de que conste en los términos en que se encuentra en la ley, donde dice que se encuentre en España, es más acorde con la capacidad que estamos reconociendo a la jurisdicción española al tiempo que omitimos esa distinción entre residentes legales e ilegales por cuya experiencia de erradicación estamos pasando en este país de una forma muy reciente. A mí tampoco me parece correcto que en un texto legal con rango orgánico aparezca como categoría jurídica la residencia ilegal” (*ibíd.*, p. 16).

(49) *BOCG, Senado*, VIII Legislatura, Serie II, n.º 7 (d), de 3 de junio de 2005, p. 10.

(50) *BOCG, Senado*, VIII Legislatura, n.º 44, de 8 de junio de 2005, pp. 2377-2384.

(51) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie II, n.º 7 (e), de 14 de junio de 2005, pp. 13-14.

(52) Aprobación por el Congreso de las Enmiendas presentadas en el Senado (*BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-12, de 14 de junio de 2005, pp. 25-27). Aprobación definitiva por el Pleno del Congreso (*BOCG, Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, n.º 100, Sesión plenaria n.º 95, de 23 de junio de 2005, pp. 5055-5058).

(53) Aprobación definitiva por el Pleno del Congreso por 326 votos a favor de los 326 votos emitidos (*ibíd.*, p. 5075).

(54) *BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-13, de 6 de julio de 2005, pp. 29-30.

IV. RETOS DE LA LO 3/2005: ¿CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALMENTE ASUMIDAS POR ESPAÑA?

En la Exposición de Motivos de la LO 3/2005 se afirma que:

“La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato «inhumano y degradante» incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”⁵⁵

Con esta Ley se trata de avanzar en la protección de los derechos de las mujeres, y en todo caso, nuestro país intenta dar cumplimiento a normas internacionalmente consagradas. En concreto, se debe aludir a la obligatoriedad para nuestro país de la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. En concreto, su artículo 2.f) prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres⁵⁶. Y, también, debemos tener presentes otros avances realizados en

(55) Con relación a la Exposición de Motivos se debe reseñar que la redacción de la misma se debe a la aceptación de una Enmienda presentada por el GPS en el Congreso, la Enmienda n.º 3 (BOCG. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, n.º 29-7, de 7 de marzo de 2005, pp. 13-14). Ahora bien, el texto que salió de la Ponencia, en el Dictamen de la Comisión y en el Pleno del Congreso fue retocado durante su tramitación en el Senado, pues existía una contradicción entre la Exposición de Motivos donde se incorporaba el término arraigo del responsable del delito de mutilación genital femenina en territorio español para que nuestros jueces y tribunales tuviesen atribuida competencia para su enjuiciamiento y la redacción de la letra g) del artículo 23.4 LOPJ. Finalmente, dadas las críticas recibidas el GPS aceptó la supresión del término arraigo en el Senado. En concreto la Senadora Sra. MARTÍNEZ GARCÍA señalaba en la Comisión de Justicia que “El término «arraigo» empleado en la exposición de motivos sin duda obedece a un lapsus (...) Tal vez podríamos llegar a una enmienda *in voce* eliminando la palabra «arraigo» del preámbulo, que es la que realmente entorpece y no aporta” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisión de Justicia*, VIII Legislatura, n.º 171, de 31 de mayo de 2005, p. 16). En el Pleno del Senado, el Senador, BOFILL ABELLÓ señalaba que: “... consideramos adecuado suprimir en la Exposición de Motivos la referencia «de quienes tienen arraigo en nuestro país» pues genera ambigüedad e inseguridad en la definición del alcance de la persecución del delito de mutilación genital femenina” (*BOCG, Senado*, VIII Legislatura, n.º 44, de 8 de junio de 2005, p. 2383); y, finalmente, se aprobó también dicha eliminación en su vuelta al Pleno del Congreso, como se puede observar de la intervención el Sr. MUÑOZ GONZÁLEZ, en nombre del GPS para manifestar nuestro voto favorable a las enmiendas que provienen del Senado en esta proposición de ley orgánica. La primera de ellas, como antes se ha dicho, tiene que ver especialmente con la exposición de motivos y viene a perfilar la acomodación a la enmienda que en su momento se aprobó” (*BOCG, Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, VIII Legislatura, n.º 100, Sesión plenaria n.º 95, de 23 de junio de 2005, pp. 5055-5058, p. 5057).

(56) El Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de diciembre de 1981, ha sido ratificado por España el 5 de enero de 1984 (*BOE*, 21-III-1984). Este texto convencional es de obligatorio cumplimiento para más de ciento cincuenta Estados. Por lo que se ha convertido en el marco jurídico básico para la erradicación de la discriminación por razón de sexo (Cf. C. BUSTELO GARCÍA DEL REAL, “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, F. MARIÑO MENÉNDEZ, *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Madrid, 1996, p. 31). El Convenio, en su artículo 1, define lo que ha de entenderse por no discriminación, señalando que: “Para los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer,

el ámbito internacional⁵⁷. Entre los mismos se debe destacar la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de violencia contra la mujer, aprobada por su Asamblea General mediante la Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, señala expresamente la responsabilidad de los Estados y de la Comunidad internacional en la protección de los derechos humanos de las mujeres⁵⁸. Dicha Declaración contribuye a precisar el alcance de la noción de violencia, entendiendo por tal “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (artículo 1). Para la determinación de los actos que son constitutivos de violencia, el artículo 3 dispone que: “A tal efecto, se entenderá que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, *la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer*, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación...”.

Finalmente, en la propia Exposición de Motivos, se hace referencia al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994) y al Programa de Pekín (1995). Con respecto a este último se está haciendo alusión a la segunda Conferencia internacional, que con carácter monográfico versó sobre la situación de la mujer, que tuvo lugar en Beijin (China). En ambos Programas se incluyen recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los perjuicios y prácticas lesivos para las personas. En concreto, en el párrafo 232.d) de la Plataforma de acción de Beijin, se instaba a los Estados a “... revocar cualesquiera leyes restantes que discriminen por razón de sexo” y a derogar “toda ley discriminatoria antes del 2005”⁵⁹.

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

(57) Para un examen de la evolución de las normas internacionales, comunitarias y españolas de protección de la mujer (vid. M.^ª D. ADAM MUÑOZ, “Inmigración y violencia doméstica”, *Actualidad Penal*, n.º 34, 2002, pp. 865-900).

(58) Al Estado se le exige la diligencia debida en la erradicación de la violencia que habrá de orientarse hacia la prevención y hacia la difusión de los derechos de las mujeres. Los Estados han de instar a la investigación y represión de los autores de dichos actos con todas las medidas que estén a su alcance (Cf. F. CASTRO-RIAL GARRONE, “Los derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes”, VV. AA., *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2002, p. 313).

(59) En la Declaración de Beijin los Gobiernos reafirman su compromiso de defender los derechos y la dignidad humana e intrínseca de las mujeres y los hombres... (punto 8), están convencidos de que “los derechos de la mujer son derechos humanos” (punto 14) y están decididos a “prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas” (punto 29).

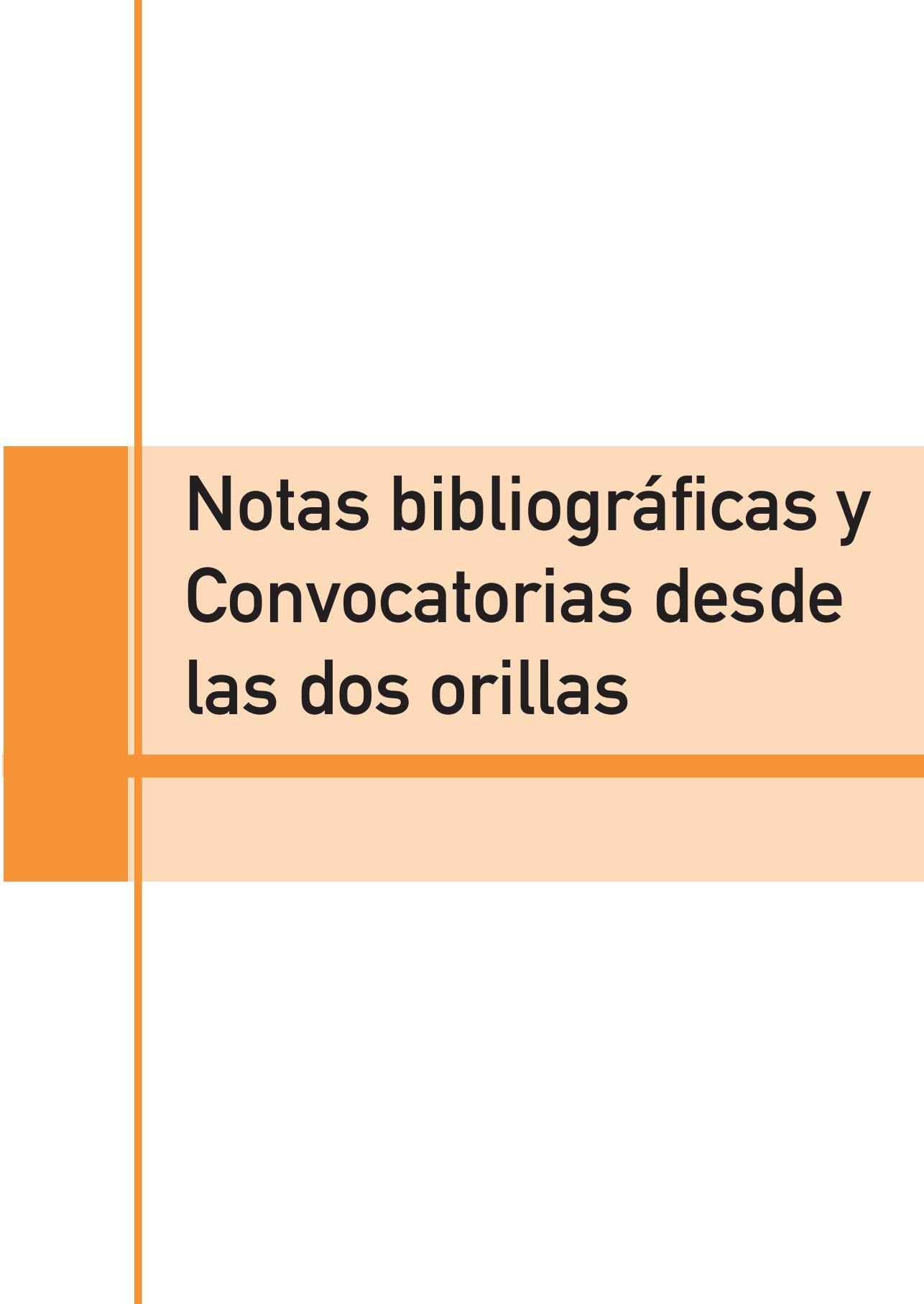
Competencia judicial española. Delitos de mutilación genital femenina

III

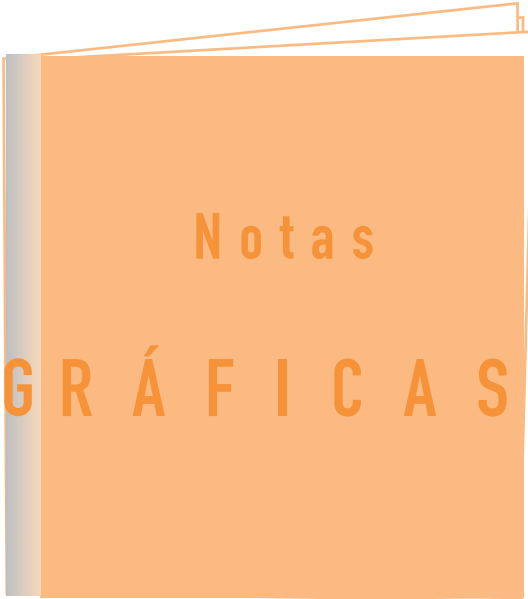
El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes de los países de la Unión Europea, no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. En todo caso, España con la LO 3/2005, como el resto de los Estados miembros de la Unión Europea, cuyas Constituciones reconocen el derecho a la integridad personal, tanto física como mental, como un derecho fundamental, trata de poner fin al fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas, de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor. Por ello, el primer objetivo concreto que pretende la nueva redacción del artículo 23.4.g) LOPJ es que la práctica de la mutilación genital se pueda perseguir por las autoridades judiciales españolas, aun cuando se realiza en el extranjero incluso por extranjeros. Y ello, con la finalidad de lograr una mejor defensa de los derechos humanos de las mujeres y de las niñas.

Por tanto, aquellas personas que vienen a España en el caso de haber cometido este delito en el extranjero, pueden ser perseguidas cuando se encuentren en nuestro país, incluso aunque meramente estén en tránsito hacia otro Estado. Es decir, que aquellos que vengan a España, en tanto no esté prescrita la comisión del delito con arreglo a la ley española, pueden ser sometidos al enjuiciamiento penal español. En definitiva, se trata de perseguir extraterritorialmente a los que cometen este delito, que es absolutamente abominable y no podemos más que definir de práctica de tortura. Frente a otras prácticas clásicas de tortura que se producen con la intervención de las autoridades o sus agentes, aquí resulta –y ello lo hace más dramático– que en su práctica o en su colaboración tienen que ver particulares y allegados a alguien que está en una situación de desamparo, como son las niñas. No perdiendo de esta forma la perspectiva de que hay muchas clases de violencia sobre las mujeres y ésta, la mutilación genital, es una de ellas.

Las buenas prácticas judiciales o de la fiscalía para prevenir la comisión de la mutilación genital femenina, que hemos apuntado al principio de este comentario, se ven respaldadas hoy a nivel legislativo al permitir que nuestros jueces y tribunales no dejen impune dicho delito una vez cometido, incluso en el extranjero. En todo caso, este cambio legal para que pueda representar un papel fundamental, debe ir acompañado de una amplia difusión entre los interesados y los responsables de educación, de sanidad y de inmigración que están en contacto con los colectivos afectados.



Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas



Notas

BIBLIOGRÁFICAS

- P. AGUELO NAVARRO y Á. CHUECA SANCHO, “La Constitución Europea y... los extranjeros”, *Cuadernos Intermigra*, n.º 1, Valladolid 2005, 16 pp.
- R. APARICIO y A. TORNOS, *Las redes sociales de los inmigrantes extranjeros en España: Un estudio sobre el terreno*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005, 210 pp.
- P. ARGEREY VILAR (y otros), *El fenómeno de la inmigración en Europa: perspectivas jurídicas y económicas*, Dykinson, Madrid, 2005, 185 pp.
- G. ARLETTAZ y S. ARLETTAZ, *La Suisse et ses étrangers*, Antipodes, Lausana 2004, 167 pp.
- L. ARNAUD (dir.), *Les minorités ethniques dans l’Union Européenne. Politiques, mobilisations, identités*, La Découverte, París 2005, 254 pp.
- P. BRANDER, C. CARDENAS y otros, *Idées, ressources, méthodes et activités pour l’éducation interculturelle informelle avec des adultes et des jeunes*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2005, 224 pp.
- J.-A. CABALLERO GEA, *Asilo, extranjería, inmigración, homologación de títulos extranjeros, nacionalidad: Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales*, Dykinson, Madrid 2005, 552 pp.
- CONSEIL DE L’EUROPE, *Introduction à la Convention Européenne des Droits de l’Homme- Les Droits garantis et les mécanismes de protection*, Estrasburgo 2005, 120 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, 345 pp.
- COUNCIL OF EUROPE, *Mechanisms for the Implementation of Minority Rights*, Estrasburgo 2005.
- J. DAKHALIA, *Islamicités*, PUF, París 2005, 161 pp.
- A. DEL VALLE y M.A. SÁNCHEZ ACOSTA, *Inmigración irregular y derecho*, Universidad de Cádiz, 2005, 190 pp.
- P. DESHINGKAR y S. GRIMM, *International Migration and Development: A Global Perspective*, IOM, Ginebra 2005, 124 pp.
- A. DÍAZ PÉREZ DE MADRID, *La protección de las minorías en Derecho Internacional*, Universidad de Granada 2005, 370 pp.

Notas bibliográficas

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM), *International Migration Law. Glossary of Migration*, Ginebra 2004, 78 pp.
- *Fertile Fields: Trafficking in Persons in Central Asia*, Ginebra 2005, 122 pp.
- *Labour Migration in Asia*, Ginebra 2005, 358 pp.
- *Millenium Development Goals and Migration*, Ginebra 2005, 44 p.
- *World Migration 2005*, Ginebra 2005, 500 pp.
- D. GOMIEN, *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2005, 200 pp.
- E. LINDE PANIAGUA y M. BACIGALUPO SAGGESE, *Políticas de la Unión Europea*, Editorial Colex, 2.ª edic., 2005, 1.006 pp.
- M. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La nueva Ley de Extranjería: Guía práctica y jurisprudencia*, Colex, 3.ª edic., Madrid 2005, 733 pp.
- E. ORTEGA MARTÍN, *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, prólogo de F.J. HERNANDO SANTIAGO, Europea de Derecho, 3.ª edic., Madrid 2005, 890 pp.
- L. PARADELL, R. NEGRE y T. CARRASCO, “Inmigración y seguridad: una visión desde la policía”, *Documentos CIDOB Migraciones*, n.º 4, abril 2005.
- C. PHUONG, *The Internacional Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge University Press, 2004, 293 pp.
- J.-F. RENUCCI, *Introdution générale à la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2005, 135 pp.
- RESEAU EUROPÉENNE DES EXPERTS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION, *Revue de la législation européenne relativa à l’anti-discrimination*, n.º 1, abril 2005, en <http://www.stop-discrimination.info/index.php?id=177&type=98-20k>.
- P. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y F. LAHBABI, *Migrantes y trabajadoras del sexo*, Edit. Del Blanco, León 2004, 209 pp.
- M.E. RODRÍGUEZ PALOP, I. CAMPOY CERVERA y J.L. REY PÉREZ (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Dykinson, Madrid 2005, 154 pp.
- C. SÁNCHEZ-RODAS (dir.) y C. ALONSO BURÓN (coord.), *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Laborum, Murcia 2005, 250 pp.
- J.M. SERRANO GARCÍA y N. MENDOZA NAVAS, *Estudios sobre extranjería*, Ediciones Bomarzo, Albacete 2005, 227 pp.
- A. SOLANES CORELLA y M.B. CARDONA RUBERT, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Tirant lo Blanch “Colección laboral”.
- VV. AA. (E. AJA y L. Díez coords.), “La regulación de la inmigración en Europa”, *Colección Estudios Sociales*, n.º 17.
- D. VIDAL y K. BOURTEL, *Le mal-être arabe*, Agone, Marsella 2005, 233 pp.
- M. WIEVIORKA, *La tentation antisémite*, Robert Laffont, París 2005, 452 pp.
- C. WIHTOL DE WENDEN, *Réfugiés ou migrants volontaires*, Autrement, París 2005, 81 pp.

Notas bibliográficas

Los derechos de los otros

Extranjeros, residentes y
ciudadanos

SEYLA BENHABIB
Gedisa, 2005

Agradecimientos.

Introducción

1. Sobre la hospitalidad: una relectura del derecho cosmopolita de Kant.

2. “El derecho a tener derechos”: Hannah Arendt y las contradicciones del Estado-nación.

3. El Derecho de Gentes, la justicia distributiva y las migraciones.

4. Transformaciones de la ciudadanía: la Unión Europea.

5. Iteraciones democráticas: lo local, lo nacional y lo global.

Conclusión: el federalismo cosmopolita.

Notas.

Bibliografía.

Índice temático.

Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional

4.ª edición, 2005-2006

Directores: P. Aguelo Navarro y

Á.G. Chueca Sancho

(Abierta reserva de plazas)

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid, homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

Directores: Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

Colaboran: Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Gobierno de Aragón –Consejería de Economía, Fundación Telefónica, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México)– Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Notas bibliográficas

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gentes en movimiento.

Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes

SOLANES CORELLA, A. y
CARDONA RUBERT, M.^a Belén
Tirant lo Blanch
Valencia, 2005

Por:

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

1. Estamos ante una obra de dos profesoras e investigadoras con una larga trayectoria en el análisis riguroso y científico –por ende objetivo– de la problemática jurídica de la población inmigrante. No es mera apreciación mía el partir de esta frase para valorar el trabajo duro y diario y en muchos casos poco reconocido –al menos económicamente– de dos profesionales de la enseñanza que llevan trabajado el tema de esta monografía desde hace mucho tiempo. Y como muestra sólo haré referencia a una obra de cada una de las autoras. Ángeles Solanes no sólo conoce y analiza el Ordenamiento jurídico español, sino que en su primera monografía también se enfrentó con la legislación italiana, en el libro titulado *El espejo italiano*, publicado por la Editorial Dyckinson en el año 2001. En esta obra se aborda exhaustivamente la normativa e interpretación jurisprudencial del ordenamiento jurídico italiano. Por su parte, la trayectoria de M.^a Belén Cardona, en el ámbito laboral, ya desde 1989 se viene dedicando a los temas relativos a la Informática y el contrato de trabajo.

Partiendo de este bagaje, la obra se presenta, indudablemente, como un ensayo crítico que permite demostrar hasta qué punto el fenómeno migratorio refleja las mayores distorsiones dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, al poner de manifiesto la gran contradicción existente entre el derecho a la autodeterminación informativa, y su aplicación práctica en el caso del extranjero inmigrante. Se describe la realidad que viven los inmigrantes al serles conculcados los derechos que se les otorgan a los nacionales. La totalidad de la obra presenta un hilo conductor claro y bien delimitado, pues, como se expone en la introducción del libro, se centra únicamente en el extranjero tomando como punto de referencia el derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa, y la especial dimensión que estos derechos adquieren cuando el titular de los mismos se relaciona con la Administración.

2. La obra se inicia con una aproximación dogmática al derecho de autodeterminación informativa

Notas bibliográficas

y su regulación legal. Partiendo de los arts. 18, 20.4 y 105.b) CE en virtud de los cuales la facultad de información, informatizada o no, tiene como límite la intimidad. Dicha protección alcanza a todo tipo de información personal, incluidos los datos personales públicos; ya que como se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, exhaustivamente recogida en el libro, cabe afirmar que nuestra Carta Magna persigue garantizar a la persona el “poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado” (STC 292/2000). Mediante una reconstrucción minuciosa de la doctrina del Tribunal Constitucional, se delimita dicho derecho como una garantía de la privacidad de la persona frente al peligro de la informatización de los datos personales. Esta noción permite aglutinar una serie de instrumentos y principios jurídicos diseñados por la Ley Orgánica de Protección de Datos (–en adelante LOPD–) para su adecuada defensa. Los principios básicos de protección de datos que se abordan son los siguientes: principio de pertinencia, de finalidad, de legalidad, de cancelación, de accesibilidad a los datos y de consentimiento del afectado. Dichos principios constituyen el marco de protección de los derechos fundamentales afectados por la informatización de datos personales. También se examinan los derechos de la persona frente al tratamiento de sus datos, aludiendo al derecho de información, al derecho de consulta al Registro General de Protección de datos, derecho de rectificación y cancelación, derecho de oposición, y la impugnación de las decisiones basadas exclusivamente en el tratamiento de los datos.

De otro lado, ya en el Capítulo segundo del libro, este análisis teórico se integra con una segunda aproximación a los problemas del tratamiento de datos por parte de la Administración, analizando tanto los ficheros de titularidad pública, como los ficheros policiales. En cuanto a los primeros se refieren las autoras a los principios y obligaciones exigidas por la legislación española para la creación

de ficheros de titularidad pública y las garantías del uso de los datos de esos ficheros por parte de la Administración pública. Se tiene muy en cuenta la exigencia recogida legalmente que prevé el consentimiento del afectado para realizar operaciones de cesión sobre sus datos (art. 11 LOPD). Esta exigencia desde la perspectiva de los extranjeros abre un proceso de diferenciación jurídica. El análisis realizado en los dos últimos capítulos del libro, permite entrever claramente las contradicciones y el régimen de excepciones que se abre para estos sujetos, concretamente en la utilización de los ficheros públicos, tras las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 14/2003. No puede dejar de advertirse, como acertadamente apuntan las autoras, que este marco legal delimita un régimen de excepciones para la protección de datos de los extranjeros inmigrantes y se asienta sobre el acceso a la información y colaboración entre las Administraciones Públicas y la transmisión de datos de compañías privadas –fundamentalmente los transportistas– al ámbito público.

3. El tercer capítulo aborda el tratamiento de la información relativa a los extranjeros inmigrantes por la Administración local, haciendo un análisis de la inscripción en el padrón. Al poner de manifiesto la conexión entre la administración local y los extranjeros inmigrantes, se observa claramente que la actual legislación de extranjería ha colocado a los municipios en una difícil situación, al tener que gestionar un número mayor de población del que consta en sus registros administrativos. Desde luego, se parte de una idea clara: que toda persona que viva en España está obligada a inscribirse (art. 16.1 Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local –en adelante LRBRL–). El padrón es un fichero informatizado, por lo que los datos personales que consten en él, están sujetos al régimen jurídico de la LOPD. Es más se remarca que la inscripción padronal no es un acto administrativo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función. Las altas en el Padrón no pueden ser utilizadas para otros fines que no sean los del ámbito municipal.

Notas bibliográficas

Ahora bien, como se afirma, en la obra objeto de este comentario, tras la reforma llevada a cabo por la LO 14/2003, se modifica la regulación del padrón, transformando el papel que hasta el momento desempeñaba este registro administrativo. Desde luego, con independencia de que los datos contenidos en el padrón puedan ser utilizados con finalidades estadísticas, las previsiones legales podrían permitir la cesión de dichos datos en supuestos que van más allá de la finalidad o de la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o la represión de infracciones penales. Esto significa, en opinión de las autoras, que una vez que los datos de los extranjeros se incluyen en el padrón éste pierde toda capacidad de control sobre los mismos, puesto que el INE puede hacerlos llegar a cualquier administración cuya función o finalidad ya no es la que tenía la administración local cuando recabó dichos datos. De esta manera, se aborda la transformación funcional del padrón en el marco de la política migratoria. El capítulo continúa con un estudio profundo sobre acceso, cesión y comunicación de los datos personales de los extranjeros inmigrantes que consten en el padrón. El acceso de la policía, a los datos de carácter personal de inmigrantes consignados en el padrón, se permite a raíz de la disposición introducida en el art. 3 apartado 5 de la LO 14/2003. Este precepto incorpora una nueva disposición adicional –la número siete– a la LRBRL. Dicho acceso, que preferentemente se hace vía telemática, sólo se puede realizar para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la LOE, es decir sobre control y permanencia de extranjeros en España. Desde luego, el mencionado acceso a los datos se puede hacer sin necesidad de obtener mandamiento judicial ni requerimiento previo del Ministerio fiscal, por lo que se llega a la conclusión de que las garantías, para el cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, son absolutamente irrisorias. En definitiva, mediante la disposición adicional que acabamos de mencionar, se permite que los datos que inicialmente suministraron los extranjeros con una finalidad concreta, común para todos los

administrados, las previstas en los arts. 15 y 16 de LRBRL, se utilicen con una finalidad absolutamente distinta: el control de la inmigración y la persecución de un determinado tipo de inmigración, la inmigración clandestina. En realidad esta medida legal obliga a los ayuntamientos a realizar una función contraria a la que deberían cumplir los entes locales. El carácter funcional y operativo de este registro administrativo, se vincula a las funciones de control policial, que acaban convirtiéndolo más en un registro de extranjeros susceptibles de expulsión que en un registro donde constan los vecinos de un municipio, que es lo que debería de ser. Por ello, las autoras del libro piensan que, esta habilitación a la policía modifica y altera, de forma radical, la finalidad para la que fueron recogidos los datos del padrón por parte de la administración local, lo que resulta constitucionalmente inadmisibles.

4. En el último capítulo del libro, se analizan las obligaciones de los transportistas respecto de los extranjeros inmigrantes. Se inicia el estudio con un examen de las normas impuestas en el espacio Schengen para hacer luego un repaso por las sanciones impuestas a los transportistas, tanto en la legislación comunitaria como en la legislación interna española, para evitar la entrada en territorio Schengen de la inmigración clandestina. Las autoras comienzan el capítulo cuarto centrándose en el SIS como red automatizada que permite información a las comisarías y a los agentes consulares para la supresión de los controles fronterizos internos de los Estados; para luego, referirse al SIS II, que se va a convertir en una herramienta de investigación multifuncional que incorpora las últimas innovaciones tecnológicas con consecuencias considerables sobre funciones vitales para los derechos fundamentales. Se afirma en el libro que el nuevo sistema corre el riesgo de alejarse de los objetivos inicialmente previstos en Tratado de Schengen, al permitir la utilización de los datos incluidos en el sistema entre otros, con fines de información policial en sentido amplio, particularmente a partir de los fatídicos atentados terroristas iniciados el 11

Notas bibliográficas

de septiembre de 2001. Otras de las medidas para poner en marcha la libre circulación eliminando las fronteras internas, se refieren exclusivamente a los transportistas y el papel que representan en el control de la inmigración clandestina. Para ello en el libro se hace especial referencia a la Directiva 2001/51/CE, en palabras de las autoras: “las obligaciones que la Directiva contempla constituyen un catálogo de mínimos, puesto que, no se coarta la libertad de los Estados para establecer obligaciones o sanciones adicionales para los transportistas tal y como ha hecho la legislación española”; y, también la Directiva 2004/82/CE, que completa la anterior y persigue la misma finalidad, incide en la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas cuando lo soliciten las autoridades de control en las fronteras exteriores. Las disposiciones de ambas Directivas fueron incorporadas en la legislación española incluso antes de haber sido aprobadas (vid. art. 66 LOE). Este precepto establece las obligaciones de los transportistas: se les exige comprobar la validez y vigencia de los títulos de viaje y del visado; se les impone la obligación de retorno en caso de ser denegada la entrada; y, en tercer lugar, la novedad más importante, en lo que a tratamiento de datos se refiere, se concreta en la obligación de información, información tanto anterior a la entrada como posterior a la entrada. El desarrollo reglamentario insiste en la obligación de remitir información relativa a los extranjeros transportados, reiterando el deber de comunicar el número de billetes de vuelta no utilizados. Ahora bien, se debe entender que no se establece una comunicación masiva de datos, sino que está sujeta a una decisión concreta para cada caso y referida a un número determinado de rutas. En todo caso, la recogida y tratamiento de datos de carácter personal de los extranjeros estarían amparados por el art. 22.2

LOPD. Y, como señalan las autoras, para “respetar la LOPD es imprescindible que los requerimientos de información sean delimitados de forma concreta en cada caso por la autoridad competente en materia de control y permanencia de extranjeros”. Ahora bien, estas exigencias colocan a los trabajadores del transporte en una situación difícil e inaceptable. Éstos ante el miedo a ser sancionados [arts. 54.2.b) LOEx y 146 RELOEx] ponen en tela de juicio los más elementales derechos humanos, entre ellos la vida. Para finalizar el tema de los transportistas se hace un examen del art. 318 bis del Código Penal que no se refiere al tráfico ilegal, sino sólo a la inmigración clandestina. La amplitud descriptiva del precepto mencionado, en principio haría posible la inclusión de cualquier actividad que favoreciese la inmigración clandestina, también la del transportista, con independencia de la motivación o finalidad del actor (puesto que no se exige el beneficio económico) incluida la ayuda humanitaria.

No puedo concluir esta recesión sin dejar constancia de felicitación a las autoras por el libro que han publicado, pues es un ejemplo de minuciosidad y objetividad en el análisis de la protección de los datos personales de los inmigrantes que se encuentran en nuestro país. Desde luego, la obra debe ser leída por todos los que de una u otra forma nos dedicamos al estudio de la inmigración en cualquiera de sus aspectos: jurídicos, sociológicos y económicos; pues en la monografía comentada, cuya perspectiva es esencialmente jurídica, subyace el conocimiento claro de la realidad diaria. En todo caso, creo necesario reiterar el agradecimiento hecho en el Prólogo del libro por Javier de LUCAS “gracias por esta excelente lección de rigor en el trabajo y de compromiso y coherencia con los principios en los que creéis”.

AMINA BARGACH
Psiquiatra

ELENA ARCE
Abogada

MERCEDES JIMÉNEZ
Antropóloga

El reto de los menores e(in)migrantes

SUMARIO

I. ¿Qué ocurre en Marruecos?

II. ¿Qué sucede cuando llegan a España?

III. ¿Cuál es el reto ante la migración de estos menores?

Parece que nuestros responsables políticos y algún reconocido analista ya encontraron las causas de la emigración en patera de los menores marroquíes: los menores vienen solos en patera enviados por unos padres que ponen en riesgo la vida de sus hijos por razones inconfensables, son transportados a España por “mafias” que, una vez llegados a la península, los introducen en redes delictivas, por eso escapan en masa de los centros de protección, ya que no quieren ser protegidos y no se adaptan a nuestro sistema de protección de menores. Y todo ello, eso sí, con la connivencia del Estado marroquí que echa la vista hacia otro lado (esto último ahora no se dice “porque no es el momento político”, aunque en cualquier conversación de pasillo, termina siendo la guinda a los anteriores irrefutables argumentos).

También han encontrado la solución al problema, responsables políticos nacionales y autonómicos, que han escrito cartas al Gobierno marroquí, recordando que no está haciendo los deberes en el control de las fronteras, y anuncian como un gran avance, fruto del cambio de rumbo en las relaciones entre ambos países, la apertura de centros de protección en Marruecos. España colaborará en su financiación y en la formación de su personal con el fin de que ofrezcan los mismos servicios que cualquier centro de acogida español. Según declaraciones de Consuelo RUMÍ “tendrán apoyos educativos y programas de formación profesional y le buscarán trabajo en su país cuando salgan”.

Ante el contundente análisis del problema anteriormente expuesto y la bondad de la solución propuesta, poco o nada parece quedar por decir. No obstante y a riesgo de ser tachadas de demagogas e irresponsables que alentamos la llegada en masa de menores que colapsarán nuestro sistema de protección, nos atrevemos a reflexionar en voz alta sobre algunas otras posibles causas:

I. ¿QUÉ OCURRE EN MARRUECOS?

Los menores inmigrantes son los nuevos protagonistas de los procesos migratorios en el panorama internacional. Como señala la antropóloga Liliana Suárez, los menores conforman un nuevo sujeto migratorio. Podemos afirmar que a partir de este siglo *xxi* la presencia de menores en los desplazamientos humanos –y nos referimos a menores solos, sin sus familias– será un factor común en las migraciones a nivel mundial. Los niños y las niñas viven de forma estructuralmente diferenciada las condiciones laborales de explotación, las epidemias y pandemias, los efectos de las guerras, los efectos de las catástrofes naturales, la explotación y también las migraciones. Los menores migrantes, son “los más vulnerables de la globalización”.

En Marruecos, la migración de menores es el último eslabón de una compleja realidad social. Está relacionada con la exclusión social generada por los procesos de deslocalización de la producción, la feminización de la pobreza y la ausencia de una política pública de protección social. Los menores que llegan a España proceden de los barrios periféricos de las zonas urbanas del norte y del centro (Tánger, Casablanca, Larache, Tetuán) o de zonas rurales donde existe una larga tradición migratoria (Beni Mellal, Kela Sragna, Er Rachidia).

La migración de los menores en Marruecos es una realidad que comienza a mediados de los años 90. Hasta finales del 2002, los menores emigran principalmente como polizones en los barcos o escondidos en los bajos de los camiones (a excepción de los menores que emigran desde Tarfaya a las Islas Canarias, que sí utilizan la patera). Desde enero del 2003 comienza a aumentar el número de menores que llegan en pateras a las costas andaluzas. Ésta sería una novísima variante, “la paterización” de la migración de menores.

En Marruecos nos encontramos con un sistema escolar deficitario, incapaz de enfrentarse al nivel de absentismo y fracaso escolar en los barrios periféricos de las grandes ciudades y en las paupérrimas zonas rurales. La situación escolar de los menores migrantes y el fracaso en una escolarización completa, integral y de calidad es un elemento central en la comprensión de la realidad migratoria. Una clave básica en la prevención de este fenómeno migratorio es la lucha contra el absentismo escolar y el abandono escolar. El sistema escolar marroquí está en pleno momento de cambio tras la reforma comenzada en el año 1999, con la Carta Nacional de la Educación Nacional. En estos últimos años se ha puesto en marcha un sistema de Educación No Formal que propicia la incorporación al sistema escolar de menores que abandonaron el colegio. Ocurre que tanto en zonas rurales como en la periferia de las grandes ciudades estos cambios en el sistema escolar son aún insuficientes y las prácticas docentes siguen ancladas en un sistema escolar estricto donde la violencia está presente y la ratio por alumnado en clase sigue siendo demasiado alta.

La gestación de un proyecto migratorio pasa por la convicción de que el trabajo en Marruecos no es una manera de promocionar o de ganarse la vida. La idea de “buscarse la vida” en España y encontrar un trabajo para ayudar a la familia es un elemento central en el discurso de estos menores y una motivación para emigrar. Los menores comparten el imaginario colectivo migratorio de sus mayores, y ven en la migración “esa posibilidad de promocionar”, de “buscarse

El reto de los e(in)migrantes

la vida”. Esta idea es afianzada por su grupo de iguales, pero sobre todo por la falta de un horizonte esperanzador.

Se da en Marruecos la ausencia de una política social que potencie una protección de la infancia integral. No hay una asunción de responsabilidad pública ante situaciones de especial desprotección en la que viven los menores: niños y niñas de la calle, menores explotados laboralmente y sexualmente, niñas trabajando en el servicio doméstico en condiciones de semiesclavitud, menores emigrantes retornados sin garantías, hijos e hijas de madres solas, menores en zonas rurales sin acceso a servicios básicos y menores de origen subsahariano que sufren todo tipo de abusos y malos tratos, etc.

Del informe presentado por SOS Racismo y el Colectivo Al Jaima con el apoyo de la Subcomisión de Derecho de extranjería del Consejo General de la Abogacía española, destaca la situación familiar de los menores, la mayor parte de las familias viven en el umbral de la pobreza. La situación en el campo, sobre todo en la región de Kela Sraghna es paupérrima. Las familias viven muchas veces sin luz, ni agua corriente en sus casas. En la muestra entrevistada, la familia está al tanto de que el menor emigra en un 57% de los casos, pero esto no significa que lo apoye. Sólo existe un apoyo en el 35%. Este apoyo puede ser económico, básicamente consiste en pagar la travesía en zodiak (con precios que oscilan entre 800 a 1.300 euros), el 21% de los menores emigraron de esta forma. En otros casos el apoyo es moral. Se “apuesta” por ese menor, que asume un papel precoz –que no le corresponde– de ser el “que saque la familia adelante”. Los relatos de los menores reflejan las situaciones difíciles que viven las familias: violencia intrafamiliar, emigración del padre o de la madre y desamparo de los menores, alcoholismo, menores huérfanos, hijos de madres solas que sufren el rechazo del marido de su madre, precariedad laboral, etc. En ocasiones, el menor quiere emigrar para ayudar a la familia –un 11%–, a veces, el motivo callado de la emigración es una situación de abandono del menor. El perfil mayoritario de las familias no son “familias rotas” con graves problemas afectivos, pero en una mayoría de los casos sí hay una situación económica precaria o muy precaria que hace que la familia viva una grave situación de exclusión social.

II. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO LLEGAN A ESPAÑA?

La única respuesta que nuestro ordenamiento prevé ante esta realidad: menor extranjero en situación de desamparo, es la EFECTIVA E INMEDIATA PROTECCIÓN DE LA ENTIDAD PÚBLICA, que por mandato legal habrá de VELAR por el menor, TENERLO EN SU COMPAÑÍA, ALIMENTARLO Y PROCURARLE UNA FORMACIÓN INTEGRAL. Por tanto las garantías y los procedimientos que deben presidir cualquier procedimiento para la declaración del desamparo y la posterior asunción de tutela de un menor en desamparo son las mismas para un menor extranjero. Aunque por su condición de extranjero existen una particularidad a tener en cuenta: nuestro sistema de protección de menores parte de un principio básico: siempre que sea posible el menor habrá de vivir con su familia. Por lo tanto, la lógica de la protección se enfrenta a la lógica del Derecho de extranjería. Las distintas Administraciones intentan repatriar al menor “en su interés” y éste intenta “zafarse” de ese tipo de protección “en su interés”.

La situación en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados en España es preocupante. Han manifestado al Estado español esa preocupación diversos organismos nacionales e internacionales: Naciones Unidas, Comité de seguimiento de la Convención Internacional de Derechos del Niño, Defensor del Pueblo, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, etc. La preocupación de estos organismos se centra fundamentalmente en las carencias y demoras en la documentación de estos menores y en los retornos al país de origen efectuados sin garantías.

La llegada de estas últimas pateras plantea nuevos interrogantes que los distintos responsables políticos parecen obviar: ¿podría tener relación la llegada de menores en patera con familiares residentes legales en Europa, con la lentitud de los procedimientos de reagrupación familiar y la negativa de los Consulados españoles a considerar la figura jurídica de la kafala como equiparable a la tutela de menores en España? ¿Para cuándo un verdadero plan de choque en la gestión consular de los flujos migratorios? Tampoco parece que las Administraciones autonómicas estén dispuestas a hacer autocrítica alguna de la situación de nuestro sistema de protección de menores, ¿no podrían deberse las supuestas fugas masivas de los centros de protección a un deficiente sistema de acogida y a una carencia de programas con objetivos educativos y laborales adaptados a las necesidades de estos menores?

III. ¿CUÁL ES EL RETO ANTE LA MIGRACIÓN DE ESTOS MENORES?

En el informe, citado ya anteriormente, elaborado por SOS Racismo y el Colectivo Al Jaima con el apoyo de la Subcomisión de Derecho de extranjería del Consejo General de la Abogacía española que lleva por título: “Menores en las fronteras, de los retornos llevados a cabo sin garantías a los menores de origen marroquí y de los malos tratos sufridos”, se constata el fracaso del Memorandum de entendimiento entre Marruecos y España sobre repatriación asistida de menores no acompañados. Dicho acuerdo es un instrumento insuficiente y limitado para afrontar esta realidad. En un 100% de los casos de reagrupación familiar documentados en el informe (se documentaron 28 de los 60 realizados en el 2004) se violaron los derechos fundamentales de estos menores.

Crear centros en Marruecos para atender a estos menores de forma individualizada y especializada será una forma de incrementar la migración de estos chavales, que emigrarán entonces para poder acceder a su vuelta a aquel trabajo educativo y pedagógico al que parecen no tener derecho antes de emigrar. Estos mecanismos de acción rápida premiarán esa migración precoz y potenciarán el papel de la migración como una forma de promocionar.

El menor que emigra –que se juega la vida, no lo olvidemos– ha vivido ya una suerte de rupturas difíciles de remendar, para lo que se necesitará toda una vida. Por todo ello la apuesta, con mayúsculas, debe comenzar un paso atrás, es decir, antes de la migración. El reto es crear entre España y Marruecos una LÍNEA DE TRABAJO PREVENTIVO Y DE SENSIBILIZACIÓN SOBRE LOS RIESGOS DE ESTA MIGRACIÓN PRECOZ. Una prevención a largo plazo, que mejore la situación

El reto de los e(in)migrantes

en general de la infancia y la adolescencia en Marruecos, en temas laborales y educativos y que articule un sistema de protección de la infancia y un acceso normalizado a servicios sociales básicos (salud, educación, habitabilidad). Una prevención a medio plazo, interviniendo en las zonas de origen de estos chavales y de sus familias con proyectos integrados e integrales que les permita una vida digna y un futuro esperanzador y una prevención a corto plazo, trabajando con los menores “potenciales” emigrantes para ofrecerles otras opciones posibles y reales, más que los ejes de un camión o una patera. Y con estos menores que ya están entre nosotros, el reto es protegerles, documentarles y crear políticas transnacionales que incorporen la movilidad de estos adolescentes y jóvenes.

Este es el reto, porque construir un centro es la solución más fácil, pero rehacer la vida de un chaval que ha pasado 72 horas en una patera y ha visto morir a sus amigos ahogados es labor de toda una vida.

MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS

Doctora en Derecho. Directo
a del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Veracruzana.
(aivarcar@hotmail.com)

II

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

SUMARIO

Introducción.

I. Migración, Derechos Humanos y Derecho del trabajo. A) Migración. B) Derechos Humanos y Derecho Laboral.

II. Narcotráfico (colaboración bilateral y de conflicto).

III. Sistemas legales (resultados y perspectivas).

IV. Fenómeno cultural: Punto de acercamiento.

V. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende aproximarse a algunas consideraciones que nos permitan entender el momento actual que guardan las relaciones entre México y EU, con atención especial a los aspectos: Migratorios, Derechos Humanos, ámbito laboral, narcotráfico, y el fenómeno cultural, tratando de constatar su impacto y resultados.

Me pareció que para alcanzar un mayor nivel de profundidad, no podríamos dejar de lado el complejo proceso de desarrollo que a nivel mundial se está dando actualmente y en el cual se encuentran insertos los países objeto de este estudio, pues es indudable, nos parece, que tal proceso juega (y jugará) un papel importante en la etapa presente y futura entre México y EE. UU. La relación entre los países citados abarca múltiples aspectos, como hemos dicho en líneas arriba, pero agregaríamos también elementos políticos, sociales e ideológicos. Sin dejar de hacer mención de ellos, en cuanto a los económicos, nos referiremos particularmente al Tratado de Libre Comercio, pues éste es el punto crucial bajo el cual se dan profundas transformaciones e interrelaciones entre ambas naciones.

No existe en la actualidad, en todo el mundo, una relación más compleja y amplia como la que día a día tienen México y los Estados Unidos. Nuestros países se mantienen vinculados por la geografía, el comercio y la inversión, y por un intercambio social en aumento, ya que a través de la historia las relaciones entre México y Estados Unidos cobra mayor importancia en la medida en que las dos naciones apuestan su futuro a una creciente relación bilateral, se trata de países con muchos intereses en común, pero también con grandes diferencias, en una última instancia son las que privan y terminan el curso de la relación.

Factores fundamentales han recalcado el asenso en el conflicto: como las discrepancias ideológicas que existen entre estos países.

México y los Estados Unidos se conformaron con visiones del mundo y de la vida no solo diferentes, sino también de la creciente asimetría de poder entre dos naciones, con desiguales estudios de desarrollo económico; por último la situación de dependencia que guarda nuestro país respecto a los Estados Unidos que conlleva necesariamente un alto grado de vulnerabilidad para el socio más débil de la relación. Así, la vecindad de un país en desarrollo con la mayor potencia en el mundo y ganador indiscutible de varios combates que se han suscitado a lo largo de su historia, es por un lado fuente de oportunidades y, por otro lado, un problema permanente.

La frontera entre México y Estados Unidos es considerada como la más dinámica y compleja en el mundo. En la región confluyen todos los temas de la agenda binacional e interactúan una multiplicidad de actores en los ámbitos federal, estatal y municipal.

Hasta ahora se están realizando 40 proyectos entre uno de ellos se ha incluido el que se refiere a facilitar y reducir el costo del envío de remesas de mexicanos que trabajan en los Estados Unidos a sus familias, el año pasado, las remesas superaron los diez mil millones de dólares.

En el diálogo bilateral, la relación entre México y los Estados Unidos de América cubre una amplia gama de temas de importancia fundamental para los dos países. En la atención de esta compleja y variada agenda intervienen no sólo autoridades del Poder Ejecutivo de cada país, sino representantes de los distintos poderes federales y de los diferentes niveles de gobierno, tratando de llegar a un equilibrio que beneficie a los dos países.

La necesidad de impulsar y administrar un diálogo cada vez más intenso entre México y Estados Unidos ha llevado, a lo largo del tiempo, al establecimiento de diversos mecanismos institucionales y foros de comunicación para poder intercalar ideas y generar un beneficio para estos países.

Cabe resaltar que la economía mexicana ha estado fuertemente influenciada en los últimos años por el desempeño de sus principales socios comerciales: los Estados Unidos y Canadá, por lo que las tendencias en las variables económicas han evolucionado de manera similar a las de ambos países.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

I. MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DEL TRABAJO

A) Migración

Las relaciones Estados Unidos-México en materia de migración¹ se encuentran en una encrucijada. A pesar de la creciente cooperación entre ambos países, Estados Unidos ha sido incapaz de demostrar progresos significativos hacia su objetivo primordial de controlar totalmente la inmigración ilegal. De manera similar, el gobierno mexicano sólo puede atribuirse unos cuantos avances concretos como resultado de su política de acoplamiento a las prioridades de Estados Unidos.

Es cierto que hay algunos progresos evidentes. Entre los principales resultados de la cooperación se incluyen diversas medidas legislativas y de justicia contra los contrabandistas. Éstas han propiciado la detención de ciudadanos de terceros países, interceptados en aguas internacionales y llevados a puertos mexicanos en operaciones parcialmente financiadas por Estados Unidos.

Desde el punto de vista estadounidense, el acoplamiento de las políticas mexicanas² o, para decirlo más amablemente, la colaboración mexicana que se dirige a las prioridades estadounidenses, no sólo ha sido muy útil, sino que ha logrado evitar lo que pudo degenerar fácilmente en una relación bilateral problemática, a pesar del Tratado de Libre Comercio (TLC).

México también ha obtenido algunos beneficios, como la puesta en marcha de mecanismos que han logrado vincular al Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN) y a la Patrulla Fronteriza con los consules, de tal suerte que se ha mejorado la red de información sobre las detenciones de mexicanos, lo que ha derivado en repatriaciones más ordenadas y seguras.

También se han adoptado medidas que, al parecer, han mejorado el trato que los mexicanos reciben en EE. UU. Pero en aspectos más generales, México ha recibido escasas satisfacciones, de no ser por un ocasional gesto de solidaridad y reiteradas explicaciones sobre las prioridades políticas estadounidenses.

Hay, por ejemplo, pocos avances en cuanto a las evidentes diferencias que existen entre los controles en la frontera con México y la frontera con Canadá, o en el hecho de que en las leyes de inmigración los ilegales mexicanos reciben un trato menos generoso que el dado a los provenientes de América Central y el Caribe.

Estados Unidos tampoco ha hecho mucho por mitigar la preocupación de México ante la reciente aprobación de leyes que afectan los beneficios sociales de inmigrantes mexicanos legales y de ciudadanos estadounidenses de origen mexicano. Si bien se puede sentir alguna satisfac-

(1) ALEJO, Francisco Javier, *et al.*, *Movimientos Migratorios de la Fuerza de Trabajo Rural*. Confederación Nacional Campesina, mayo de 1998, pp. 123 y ss.

(2) Ídem.

ción por los logros alcanzados hasta ahora, tanto México como EEUU deben empezar a dirigir su energía y capitales políticos hacia objetivos más ambiciosos. El reto seguirá siendo lograr progresos en la agenda de disuasión, facilidades y derechos humanos” –que ha sido fundamental en las relaciones de los últimos años³–, pero también desarrollar, simultáneamente, una visión conjunta más amplia sobre lo que puede ser una nueva relación fronteriza, así como un plan concreto para alcanzarla.

Todo prospecto para avanzar en la relación entre ambos países en el corto plazo implicará, para ambos gobiernos, emprender campañas públicas de educación que construyan la base de un nuevo tipo de discusión sobre los temas relacionados con la inmigración y la frontera. La reciente apertura que ha experimentado el ámbito político mexicano puede crear el espacio necesario para iniciar una conversación nacional sobre la inmigración.

Esta discusión podría dar al gobierno mexicano la oportunidad de ir más allá de su poco provechosa, aunque constitucionalmente fundamentada, retórica sobre la no interferencia con el derecho de los mexicanos de abandonar el país.

Asimismo, la bonanza económica que hay actualmente en EE. UU. deberá dar a su gobierno el espacio necesario para reconsiderar la línea excesivamente dura respecto de la inmigración ilegal, que adoptó al calor de las campañas políticas de los últimos años.

El objetivo debe ser crear un consenso, independiente de los partidos políticos estadounidenses, en el que se busque hacer una clara distinción entre el tema de las drogas y el de la inmigración, y que esté enfocado a restaurar la equidad en las leyes estadounidenses de inmigración y asistencia social para demostrar, de esta manera, una mayor sabiduría al tratar el tema.

Estados Unidos y México⁴ deben considerar lanzar un esfuerzo conjunto para persuadir a instituciones financieras y de ayuda para el desarrollo, tanto global como regional, a fin de convertir en prioridad el crecimiento económico en México. Finalmente, ambas naciones deben promover un diálogo sobre su relación fronteriza e invitar a participar en él a fuerzas políticas locales y organismos de la sociedad civil.

En México, esto creará la necesidad de promover con más empeño el crecimiento de una clase media estable, así como reconstruir los sectores de la economía formal (seriamente deteriorados como resultado de las dos últimas crisis económicas). También deben redoblar esfuerzos

(3) CARLINER, David, *Los Derechos de los Extranjeros. Manual de la Unión Americana de Derechos Civiles*. The Roger Baldwin Foundation of the ACLU, Chicago, 1977, pp. 123 a 166; BUSTAMANTE, Jorge A., *Cruzar la Línea: la Migración de México a los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, Sección de obras de economía, México, 1997, p. 279; *El Marco Teórico-Metodológico de la Circularidad Migratoria: su validación empírica*, El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, Baja California, 1996, pp. 185 y ss.

(4) CORNELIUS, Wayne A., coordinadores, *Flujos Migratorios Mexicanos Hacia Estados Unidos*; Comisión sobre el Futuro de las Relaciones México-Estados Unidos; Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 643.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

para construir, en México, una modesta red de seguridad social que ofrezca un mínimo de protección a aquellos cuyos medios de subsistencia han sido golpeados por la apertura económica del país.

México también debe dar sustento real a su retórica sobre la protección de los derechos humanos y el derecho al trabajo⁵, tanto en lo que se refiere a los mexicanos residentes en Estados Unidos como a los inmigrantes indocumentados en México provenientes de países vecinos. También debe reconocer el papel que juegan los envíos de dinero provenientes del extranjero en la economía mexicana.

De su lado, el gobierno estadounidense debe resistir firmemente la tentación de utilizar a los inmigrantes como chivos expiatorios cuando ocurra la próxima caída económica. Los dos partidos políticos de Estados Unidos deben comprometerse a eliminar el tema de la inmigración de sus políticas electorales. El no hacerlo equivaldrá a una receta segura para provocar divisiones interpartidarias en cuestiones étnicas y raciales, así como mayores dificultades en las relaciones bilaterales con México.

El gobierno estadounidense también debe esforzarse mucho más en la puesta en marcha de acuerdos ya firmados con México. La condición fundamental para lograr un diálogo abierto con México sobre medidas conjuntas en lo relacionado con la migración es que Estados Unidos suavice su retórica sobre la soberanía y reconsidere la desbocada actitud unilateral que pone de manifiesto cada vez que se trata de asuntos relacionados con la frontera y la inmigración.

Básicamente, México siempre ha visto a la migración como un elemento necesario, si bien complicado, en el marco de su desarrollo económico⁶. En algunas épocas se le ha considerado, incluso, un ingrediente necesario para la paz social. Esta perspectiva sigue alimentando discusiones y especulaciones en todo el país.

México está convencido también de que los trabajadores indocumentados representan una situación en la que ambas naciones salen ganando: los trabajadores mexicanos son necesitados

(5) Cfr. DE OLLOQUI, Juan José, "Convenio de Braceros: creación de un fondo", En *Este País. Tendencias y Opiniones*, Revista mensual, n.º 77, agosto de 1997; ESCOBAR LATAPÍ, Agustín; BEAN, Frank D. y WEINTRAUB, Sidney, *La Dinámica de la Emigración Mexicana*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Miguel Ángel PORRÚA, Grupo Editorial, 1999; p. 26. ESCOBAR LATAPÍ, Agustín, *Migración y Desarrollo en Centro y Norteamérica: Elementos para una Discusión*, Organización Internacional para las Migraciones y Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Documento presentado en México en 1998; pp. 235 y ss. GÓMEZ ARNAU, Remedios, *México y la Protección de sus Nacionales en Estados Unidos*, Centro de Investigaciones sobre Estados Unidos de América, UNAM, 1990, p. 189.

(6) Cfr. MARGULIS, Mario y TUIRÁN, Rodolfo, *Nuevos Patrones de Crecimiento Social en la Frontera Norte: La Emigración*, Documentos de Trabajo, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, El Colegio de México, 2002, p. 181; MORALES, Patricia, *Indocumentados mexicanos*, Ed. Grijalbo, México, 1982, p. 281; NOLASCO, A. Margarita, et al., *Aspectos Sociales de la Migración en México*, SEP, INAH, México, 1979, p. 48. ROZENTAL, Andrés, *La Política Exterior de México en la era de la Modernidad. Una Visión de la Modernización de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 67 y ss.

y valorados por los patrones estadounidenses porque laboran duramente por salarios relativamente bajos, en un proceso en el que se benefician los inmigrantes, sus familias y sus comunidades de origen.

En contraste, y después de décadas de ambivalencias y equívocos, la actual visión estadounidense considera que la inmigración de indocumentados es una afrenta a la soberanía de Estados Unidos, así como una situación políticamente insostenible, cada vez más opuesta a las prioridades económicas y sociales del país.

Finalmente, los gobiernos de México y EE. UU. deben empezar a discutir los criterios con los que ambos definen la nacionalidad y la ciudadanía. En la práctica, las leyes de un país sobre este tema se traslapan, resultan incoherentes o se contradicen con las del otro.

Modificar los términos y las directrices de relaciones complejas nunca ha sido tarea fácil. Aquellos que se involucran continuamente en una problemática así se encuentran, frecuentemente, bajo la presión de solucionar problemas originados en el pasado. Lo que se necesita es una estrategia real que se encargue de enunciar los retos y oportunidades que aparecen día a día, de manera tal que el proceso de diálogo sea visto como una inversión que garantizará un futuro mejor. El crear una visión de ese futuro y sugerir cómo podemos avanzar hacia él de manera efectiva es una empresa prometedora para todos aquellos preocupados por los problemas inmediatos.

B) Derechos Humanos y Derecho Laboral

A pocos años de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) firmado por los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá, los derechos de los trabajadores y trabajadoras presentan un patrón grave de violaciones bajo la mirada complaciente de las autoridades laborales en México.

A la par del convenio comercial, se firmó el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) que establece el compromiso de los países signantes de proteger, intensificar y poner en vigor los derechos básicos de los trabajadores, así como las obligaciones de los gobiernos a cumplir en el marco del tratado comercial. Sin embargo a pesar de que nunca antes habían quedado plasmados tan claramente los derechos de los trabajadores en el marco del trabajo de un acuerdo comercial, los mecanismos, tanto nacionales como internacionales, son ineficaces para garantizar la justiciabilidad de los derechos de los trabajadores en el país.

Los gobiernos de México y de Estados Unidos manejan, como es lógico, agendas distintas en su relación bilateral. Es necesario que se establezca un mecanismo que permita un flujo ordenado de migrantes con pleno respeto a sus derechos humanos, acabando con las cacerías de mexicanos sin papeles migratorios y erradicando las vejaciones y la violencia de la que son objeto.

Al respecto, es necesario exigirles un pronunciamiento claro de rechazo a la recién aprobada iniciativa 200, adoptada por el electorado de Arizona, y que plantea graves violaciones a los

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

derechos humanos de los mexicanos, en tanto que, por otro lado, criminaliza la no denuncia de todo indocumentado a la policía por parte de ciudadanos de ese estado. En el pasado, algunas iniciativas⁷ similares, aprobadas sobre todo en California, han sido neutralizadas mediante una sentencia expresa de algún juez federal reconociendo su inconstitucionalidad.

Por lo general, ni el país receptor ni el país emisor han desarrollado una verdadera política migratoria o peor aún lo hacen de manera unilateral respondiendo a agendas de corto plazo. La consecuencia de una política unilateral desde el país receptor es que tiene efectos no deseados, llegando incluso a poner en riesgo la vida de los migrantes, o al menos se convierte, por la vía de los hechos, en un factor que incrementa los riesgos asociados al desplazamiento migratorio. Por otro lado, la ausencia de una política migratoria que asuma las responsabilidades que tiene el país de salida de los migrantes deja que los flujos migratorios se desarrollen en una especie de “libre mercado” que se convierte en el terreno fértil para abusar de ellos y violar sus derechos humanos.

En el caso de la migración de mexicanos hacia Estados Unidos, la falta de esta política congruente con el resto de la relación entre los dos países, que debemos recordar firmaron un tratado de libre comercio con una visión integradora de largo plazo y la ausencia de una política migratoria mexicana propia que atienda y proteja a sus ciudadanos, ha propiciado que los desplazamientos de los migrantes se realicen en condiciones de extrema vulnerabilidad y riesgo que acompaña prácticamente toda la experiencia migratoria, tanto en México como en Estados Unidos. Así, las violaciones a los derechos humanos de los migrantes se dan por omisión en México y como consecuencia de una política gubernamental en los Estados Unidos.

Los riesgos de los seiscientos mil migrantes que anualmente llegan a localidades fronterizas, para intentar desde ahí el cruce hacia Estados Unidos, y las posibles violaciones de sus derechos humanos, se inician prácticamente desde que el migrante abandona su domicilio. En las estaciones de autobús o aeropuertos es común que los prestadores de servicios, a pesar de estar diseñados prácticamente de manera exclusiva para los migrantes, abusan de ellos al cobrar tarifas excesivas. Durante el trayecto entre sus lugares de origen y las localidades fronterizas, los migrantes son objeto de inspecciones que en la práctica son espacios de extorsión y abuso. En las localidades fronterizas, el migrante se ve expuesto a los abusos de los prestadores de servicios en dichas localidades, a ser desposeídos de sus pertenencias y a ser estafados por los “polleros” o guías.

(7) Véase SOLÍS CÁMARA, Fernando, *México: Una Política Migratoria con Sentido Humanitario*, Secretaría de Gobernación, 2002; p. 38. TUIRÁN, Rodolfo, (coordinador), *Migración México-Estados Unidos. Presente y Futuro*, CONAPO, México, enero de 2000, pp. 79 y ss.; ÍTLOTL RAMÍREZ, Ramón, *Derecho Consular Mexicano*, Porrúa, México, 1989, p. 35; ZEPEDA MIRAMONTES, Eduardo y VERDUZCO, Gustavo Félix, *El empleo y los Servicios en la Frontera Norte*, Universidad Autónoma de Coahuila, Centro de Investigaciones Socioinstitucionales Gubernamentales nacionales e internacionales; Comisión de Asuntos Migratorios; Senado de la República. Memoria del Foro de Análisis de la Política Migratoria en México. México, 1996, p. 59.

Sin embargo, en virtud de la política de control de la frontera instrumentada por Estados Unidos⁸, el riesgo mayor se da al momento de cruce de indocumentado por zonas menos vigiladas pero que se encuentran alejadas de los centros urbanos, de las vías de comunicación y que enfrentan climas extremos en las montañas o el desierto y que provocan, según registros oficiales, más de cuatrocientas muertes por año, provocando así una de las mayores contradicciones entre un proceso de integración como el que viven ambos países, con la creación artificial de una zona de conflicto en la frontera que ambos comparten, sin que ello haya repercutido mayormente en el control de los flujos migratorios.

Baste recordar que en la década en la que la frontera ha sido objeto de una mayor vigilancia es cuando más migrantes mexicanos han entrado de manera indocumentada a Estados Unidos. A este escenario debemos aumentar el desconocimiento de los migrantes acerca de estos riesgos y la percepción que tienen de algunos actores involucrados en el proceso, como por ejemplo los “polleros” que a través de generalizaciones simplistas son satanizados por los gobiernos, pero en algunos casos son bien aceptados y a veces hasta admirados por los migrantes.

El gobierno mexicano ha insistido en una agenda migratoria conjunta que contemple a la frontera como uno de sus espacios neurálgicos. Sin embargo, los sucesos del 11 de septiembre posponen esa agenda e, injustificadamente, devuelven a la frontera el papel de garante de la soberanía y seguridad nacional, y no el de espacio de tránsito de la movilidad poblacional, que sin duda incrementará aún más los riesgos de los migrantes.

La nueva frontera rígida, en ausencia de acuerdos laborales, confunde migrantes y terroristas⁹, y funcionaría como instrumento que obstaculiza la movilidad, con resultados más que dudosos en el terreno de la seguridad nacional.

Desde sus inicios, la política exterior de México tiene entre otros el principio de preservar y fortalecer la soberanía nacional, así como la protección de sus connacionales que por algún motivo se encuentran fuera de territorio nacional.

(8) INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN, *Compilación Histórica de la Legislación Migratoria en México 1909-1996*, México, noviembre de 1996; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a mayo de 2002)*. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1996, p. 29. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajadores Migrantes*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87.^a Reunión, Ginebra, 1999; SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, pp. 125 y ss. *Asuntos Migratorios en México. Opiniones de la sociedad*, México, 1995; SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Convenciones sobre Derechos Humanos*. SRE, Acervo Histórico Diplomático Mexicano, México, 2002, pp. 32 y ss. *La Migración Laboral Mexicana a Estados Unidos de América: Una perspectiva Bilateral desde México*, México, octubre, 2003, pp. 132 y ss.

(9) LUNGO, Mario; EEKHOFF, Kay y BAIRES, Sonia (1998), *Migración internacional y desarrollo local en el Salvador*, p. 36. Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte; SANTILLO, Mario Miguel (2000), pp. 99 y ss., “Las organizaciones de inmigrantes y sus redes en Argentina”, Documento presentado en el *Símpoio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, p. 72. WOO MORALES, Ofelia (2001), *Redes sociales y familiares en las mujeres migrantes* p. 32. ESPERANZA MUÑOZ, Pablos (coord.), *Mujeres en las fronteras: trabajo, salud y migración (Belice, Guatemala, Estados Unidos y México)*, México: ECOSUR, Plaza y Valdés. El Colegio de Sonora y El Colegio de la Frontera Norte, pp. 183 y ss.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

En este sentido, la protección adopta dos esquemas de acción: el primero consiste en la intervención de los funcionarios consulares a través de asistencia y ayuda directa a sus nacionales coadyuvando con las autoridades locales en protección del connacional; y en segundo término, las gestiones ante autoridades para el apoyo a mexicanos en contra de abusos de autoridad en respeto al principio básico de derechos humanos universales. Para poder lograr dichos esquemas, México ha firmado acuerdos internacionales con distintos países a fin de que prevalezcan relaciones con las autoridades locales, estatales y federales, apoyándose en los instrumentos jurídicos como: la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de México-Estados Unidos sobre Relaciones Consulares de 1942, el Memorándum de Entendimiento sobre Protección Consular de Nacionales de México y Estados Unidos de 1996; el Memorándum de Entendimiento sobre Mecanismos de Consulta al Interior, el Protocolo al Tratado de Extradición entre México y los Estados Unidos del 13 noviembre de 1997, el Memorándum de Entendimiento que institucionaliza y amplía las funciones de los Mecanismos de Consulta al interior sobre Funciones del Servicio de Inmigración y Naturalización y Protección Consular y el Memorándum de Entendimiento entre la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos y el Servicio de Inmigración y Naturalización de los Estados Unidos de América para el desarrollo de estudios sobre temas migratorios de interés común del 11 de junio de 1998, entre otros.

Con fundamento en el artículo 16, fracciones I y III, del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, señala los puntos de acuerdo aprobados por la Comisión Permanente el 28 y 29 de julio del año en curso 2004, respecto a diversos temas vinculados al fenómeno migratorio.

Sobre dichos puntos de acuerdo le informo que:

1. En lo referente a la estricta observancia del marco jurídico laboral para todos los trabajadores mexicanos en Estados Unidos, al margen de su estatus migratorio, en la cual se firmaron los siguientes instrumentos jurídicos:

– Declaración Conjunta México-Estados Unidos entre la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América Concerniente a las Leyes y Reglamentos sobre los Lugares de Empleo aplicables a los Trabajadores Mexicanos en los Estados Unidos.

– Carta de Acuerdo entre la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos y la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América en Relación con las Protecciones de Seguridad y Salud Laborales Aplicables a los Trabajadores Mexicanos en los Estados Unidos.

– Carta de Acuerdo entre la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos y la Administración de Estándares Laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América Relativa a las Leyes y Reglamentos sobre Salarios y Horas aplicables a los Trabajadores Mexicanos en los Estados Unidos.

Estos acuerdos están relacionados con la observancia de las leyes y reglamentos laborales cuyo alcance y objetivos son la protección y el bienestar de los trabajadores mexicanos en Estados Unidos, a través del establecimiento de programas y acciones específicas (elaboración y distribución de trípticos y/o panfletos; realización y difusión de vídeos informativos; entre otros) para educar e informar a los trabajadores mexicanos en ese país sobre sus derechos y responsabilidades laborales, así como alentarlos a ejercer los derechos que les proporcionan las leyes sobre seguridad y salud laborales. En este sentido, entre las acciones que realiza la Secretaría de Relaciones Exteriores para avanzar en su adecuada instrumentación, se encuentran las siguientes:

- Un seguimiento puntual y adecuado de la instrumentación de los acuerdos firmados entre el Departamento de Trabajo de EUA (DOL) y la Cancillería.
- La SRE ha instruido a la Embajada en Washington y a la red consular acreditada ante el gobierno de EUA, establecer contacto y diseñar canales institucionales de comunicación con las autoridades y oficinas regionales del DOL (OSHA y WHD), en sus respectivas áreas de jurisdicción, a fin de comentar sobre los mencionados acuerdos y efectuar un balance general sobre las actividades desarrolladas en este sentido y las posibles acciones futuras.
- Hasta el momento, las autoridades estadounidenses han mostrado una actitud positiva para instrumentar los alcances de estos acuerdos, así como para colaborar con los consulados mexicanos.

2. Sobre las gestiones correspondientes para lograr la suspensión de las redadas en contra de los connacionales no documentados, en los estados de California y Texas, insistiendo en que éstas violan los derechos humanos fundamentales, le comentó que después de que la Patrulla Fronteriza de los Estados Unidos iniciara operaciones dirigidas a los migrantes en el sur de California a principios del mes de junio de 2004, el Gobierno de México, vía diplomática, manifestó al de Estados Unidos su preocupación porque estas operaciones pudiesen responder a acciones selectivas con base en un perfil étnico y que pudiesen derivar en la violación de los derechos de los mexicanos¹⁰.

(10) Cfr. PELLEGRINO, Adela (2000), “Éxodo, movilidad y circulación: nuevas modalidades de la migración calificada”, ponencia presentada en el *Simpósio sobre Migración Internacional en las Américas*, del 4 al 6 de septiembre, San José, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, p. 35. DÁVILA, Luis Ricardo (2000), “Fronteras confusas: Impactos sociales de la migración”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, pp. 87 y ss.; DURAND, Jorge (1994), “Patrones culturales y migración”, en DURAND, *Mas allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, p. 89. ERRUCHOUD, Richard (2000), “Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM; CELADE-CEPAL (2000), pp. 52 y ss.; “La migración internacional y la integración en la región: un tema difuso”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM. ALBA, Francisco (2000), “Migración internacional, integración y convergencias económicas”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, pp. 235 y ss.; ARAGONÉS CASTAÑER, Ana María (2000), *Migración internacional de trabajadores. Una perspectiva histórica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés, pp. 265 y ss. ARROYO ALEJANDRE, Jesús (1986), *Teorías referentes a la migración: Migración a centros urbanos*, México: Centro de investigaciones Sociales y Económicas de la Facultad de Economía de la Universidad

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

Por lo anterior, El Gobierno de México solicitó a Estados Unidos información sobre estas operaciones, ya que son contrarias al espíritu de comunicación, entendimiento y cooperación que se ha fomentando entre ambos países. En respuesta a dicha petición el Departamento de Estado afirmó a la Embajada de México en Estados Unidos que la Patrulla Fronteriza está comprometida a aplicar la ley de Estados Unidos, al mismo tiempo que otorga a los ciudadanos mexicanos toda protección a la que tienen derecho. Por otra parte, los Consulados de México en la región han asistido a reuniones comunitarias sobre el tema y han difundido por medios electrónicos e impreso la tarjeta “Mexicano: Conoce tus derechos”.

3. En lo referente al Programa de Repatriación de Inmigrantes resulta pertinente hacer las siguientes observaciones:

– El Memorándum de Entendimiento sobre la Repatriación Segura, Ordenada, Digna y Humana de Nacionales Mexicanos es un instrumento que hace más transparentes y apropiados los procedimientos para la repatriación de nacionales mexicanos atendiendo a las preocupaciones y a los intereses inalterables de México en este sensible tema.

– De conformidad con el artículo 5 del Memorándum, México y Estados Unidos llevan a cabo un programa piloto de repatriaciones al interior que comenzó el 12 de julio de 2004, limitado a la región del desierto Sonora-Arizona.

– Para que se lleve a cabo la repatriación bajo esa modalidad se deberá cumplir el principio de estricta voluntariedad por parte de la persona repatriada, por lo que autoridades consulares mexicanas supervisan el proceso. Las personas que han aceptado el programa en ningún momento han sido esposadas durante su traslado a México.

Algunas conclusiones:

El crecimiento económico y los acuerdos de apertura comercial no son garantía de que las presiones migratorias se vayan a detener. Por el contrario, la reducción de estos flujos depende en gran medida de una profunda transformación de las condiciones estructurales de los países expulsores y receptores de poblaciones migrantes y, por supuesto, de la reducción de las disparidades económicas y sociales entre esos países.

de Guadalajara, pp. 235 y ss.; AUTORES VARIOS (1989), *Consecuencias psicosociales de las migraciones y el exilio*, México: Universidad Autónoma Metropolitana; AUTORES VARIOS (1992), p. 279, *Migración, racismo, xenofobia. El otro yo*, Madrid: Editorial Complutense, p. 165. AUTORES VARIOS (2002), *Migración: México entre sus dos fronteras. Migraciones 2000-2001*, México: Foro Migraciones; CASTILLO, Manuel Ángel (1998), “La política de inmigración en México: un breve recuento”, en Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte; DURAND, Jorge (1994), “Frontera de doble batiente”, en DURAND, *Más allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes; ESCOBAR LATAPÍ, Agustín; BEAN, Frank D. y WEINTRAUB, Sydney (1999), p. 45, *La dinámica de la emigración mexicana*, México: Porrúa y Ciesas; GZESH, Susan (1998), p. 39, “¿Protegerán los tribunales de Estados Unidos a los extranjeros?”, en Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte, pp. 261 y ss.

Por esta y otras razones, no han sido ni serán exitosas las políticas asentadas en el control policial de las fronteras. Más bien, se requieren políticas económicas y sociales que otorguen a hombres y mujeres del continente el llamado “derecho a no migrar”, es decir, suficientes oportunidades (acceso a la educación y al trabajo, condiciones de equidad, etc.) para desarrollarse social y económicamente en sus países de origen.

Debido a la importancia y las consecuencias que generan los flujos migratorios a nivel económico, político y cultural, es imprescindible que los acuerdos hemisféricos incluyan en sus debates y convenios el tema de la migración. Claro que hay que reconocer que la realidad migratoria es diversa en cada uno de los países de las Américas, por lo que no se puede imponer una política única y rígida. Así, abrir completamente las fronteras para la libre circulación de trabajadores y trabajadoras migrantes puede resultar contraproducente en ciertos contextos. Por tanto, resulta imprescindible que cada uno de los países de acogida adopte políticas que combinen en forma adecuada el control de su territorio y el respeto a los derechos humanos universales, entre ellos, el derecho a la libre movilidad de las personas.

De igual manera, las políticas migratorias¹¹ que adopten los países deben reconocer que la migración femenina tiene características particulares, las mismas deben ser tomadas en cuenta al momento de firmar acuerdos comerciales y de intercambio laboral.

Algunas organizaciones sociales han insistido en que es imprescindible que todos los países del continente suscriban y ratifiquen el Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (1990), que, entre otras cosas, protege la equidad de trato entre trabajadores/as migrantes y trabajadores/as nacionales. Así mismo, se ha propuesto que los acuerdos comerciales y de inversión incluyan subsidios internacionales para programas específicos de desarrollo en zonas exportadoras de mano de obra (Alternativa para las Américas).

II. NARCOTRÁFICO (COLABORACIÓN BILATERAL Y DE CONFLICTO)

El narcotráfico y la delincuencia organizada son actividades ilícitas sumamente redituables y por lo tanto atraen a los criminales más agresivos, violentos y sofisticados. Las agencias de procuración de justicia enfrentan enormes retos para proteger a su población y sus fronteras.

(11) Cfr. *Los Primeros Consulados de México 1823-1872*, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, México, 1974, p. 79. SANDOVAL FORERO, Eduardo Andrés (1994), *Migración e identidad. Experiencias del exilio*, México: Universidad Autónoma del Estado de México, serie Problemas Latinoamericanos, pp. 256 y ss. TAPINOS, Georges y DELAUNAY Daniel, (2002), “¿Se puede hablar realmente de la globalización de los flujos migratorios?”, en *Migración Internacional*, CEPAL, Serie Población y Desarrollo, p. 39. CANALES, Alejandro I. y ZLOLNISKI, Christian (2000), “Comunidades transnacionales y migración en la era de la globalización”, ponencia presentada en el *Simposio sobre Migración Internacional en las Américas*, del 4 al 6 de septiembre, San José, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM; VILLA, Miguel y MARTÍNEZ, Jorge, p. 98 (2001), *El mapa migratorio internacional de América Latina y el Caribe: patrones, perfiles, repercusiones e incertidumbres*, Documento del CELADE, Santiago de Chile: CEPAL, p. 25; CARDOSO RUIZ, Patricio (1998), “Análisis de las principales corrientes migratoria cubanas durante el período revolucionario”, Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte, pp. 75 y ss.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

El problema del tráfico de drogas ilícitas trasciende fronteras nacionales¹². Sus efectos llegan a todos los rincones del mundo. Ningún país puede enfrentarlo aislado ni considerarse inmune. México acepta su compromiso internacional y se encuentra comprometido a combatir el problema en todas sus ramificaciones.

México combate al narcotráfico por las siguientes razones principales:

- Defender la seguridad nacional. El crimen organizado y sus consecuencias constituyen una seria amenaza a las instituciones mexicanas y al desarrollo del estado de derecho en México.
- Proteger y promover la salud de los mexicanos. Los países no pueden clasificarse más sólo como productores, distribuidores o consumidores. Así como países de consumo se han convertido en productores, los países de producción y tránsito han visto incrementar su consumo de drogas ilícitas.
- Prevenir la violencia social. El narcotráfico y la delincuencia organizada generan altos índices de violencia, representados en la delincuencia común con amplias repercusiones en la salud, cultura y relaciones familiares de los mexicanos.
- Evitar la corrupción de las estructuras institucionales. El narcotráfico y el crimen organizado cuentan con una gran capacidad corruptora que afecta a todas las instituciones sociales y que mina el estado de derecho. En este sentido es necesario impedir la descomposición institucional que facilita la penetración de organizaciones criminales en los ámbitos de decisión en seguridad pública, procuración y administración de justicia.
- Fortalecer la cooperación internacional. La lucha contra el crimen transnacional, que incluye al narcotráfico, sólo puede ser combatido eficientemente mediante la cooperación internacional. Ningún Estado puede vencer este fenómeno delictivo de manera aislada. En consecuencia, es imperativo que entre las naciones impere la confianza y colaboración con pleno respeto a la soberanía y legislación nacionales.

(12) Cfr. AGUAYO, S. y BAILEY, J. (1997), "Estrategia y seguridad en las relaciones México-Estados Unidos", (coords.), AGUAYO S. y BAILEY, J., *La Seguridad de México y Estados Unidos en un momento de Transición*, México, Siglo XXI editores, 2002, p. 39. ALBA, Francisco (2000), "Diálogo y Cooperación México-Estados Unidos en Materia Migratoria", en: PELLICER, O. y FERNÁNDEZ, R. (coords.), *México y Estados Unidos; las rutas de la cooperación*, México, Instituto Matías Romero (SRE) e Instituto Tecnológico Autónomo de México, pp. 129 y ss.; CASTAÑEDA, J. y PASTOR, R. (1989), *Límites en la amistad México y Estados Unidos*, México, Editorial Joaquín Mortiz/Planeta, 73. CHABAT, Jorge (1993), "El narcotráfico en la relación México-Estados Unidos: lo que se ve es lo que hay". En: *Estados Unidos*, revista trimestral editada por la División de Estudios Internacionales del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), volumen III, otoño de 1993, p. 63. DEL ARENAL, Celestino, "Introducción a las Relaciones Internacionales", *REI*, México, 1996, p. 48. DZIEDZIC, Michael (1997), "México y la gran estrategia de Estados Unidos: eje geoestratégico para la seguridad y prosperidad", en: AGUAYO, S. y BAILEY, J. (coords.), *La seguridad de México y Estados Unidos en un momento de transición*, México, Siglo XXI editores, pp. 169 y ss.

México confronta el problema del narcotráfico desde dos perspectivas.

- En el frente nacional: controlando y erradicando la producción de drogas ilícitas, así como reduciendo su consumo.
- En el frente internacional: mediante esfuerzos de cooperación para la eliminación e intercepción de drogas ilícitas producidas en otras partes y que llegan a transitar por territorio nacional con destino a su mercado de consumo.

Para enfrentar esta amenaza, al inicio de su administración, el Presidente Fox propuso vincular las acciones de la sociedad con las gubernamentales, incluyendo la cooperación internacional, bajo un programa estructurado que asegure un enfoque comprehensivo y coordinado contra las drogas y garantizar la continuidad de las medidas que se instrumenten. Con esta visión se adoptó el Programa Nacional para el Control de Drogas 2001–2006 (PNCD).

El PNCD¹³ es el marco regulatorio para los objetivos, estrategias y líneas de acción para la participación de las agencias gubernamentales y se divide en cuatro grandes áreas:

- Reducción de la demanda de drogas ilícitas.
- Reducción de la oferta de drogas ilícitas.
- Combate a delitos asociados al narcotráfico.
- Cooperación internacional.

Reforma del marco jurídico mexicano

Debido a que un marco jurídico moderno asegura mejores y más efectivas acciones de procuración de justicia, México ha modificado su legislación para estar en condiciones de responder adecuadamente a las tendencias del narcotráfico. En este sentido, el 29 de marzo de 2004 se presentó la iniciativa de Reforma al sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal que propone la fiscalía federal con autonomía constitucional y busca un modelo que garantice la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos. Se trata de un esfuerzo de gran envergadura que implica la reforma de varios artículos constitucionales, la expedición de seis leyes nuevas y la reforma de otras ocho leyes¹⁴.

(13) Programa Nacional para el Control de Drogas 2001–2006.

(14) Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal el 29 de marzo de 2004.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

Cooperación bilateral

México y EUA cuentan con un amplio esquema de cooperación bilateral. Este marco de cooperación abarca:

- Reducción de la demanda.
- Erradicación de cultivos ilícitos.
- Combate a la impunidad
 - Extradición.
 - Expulsión de fugitivos.
 - Procesos internos de delitos cometidos en el exterior.
- Desmantelamiento de organizaciones criminales.
- Lavado de dinero.
- Control de precursores químicos.

Capacitación

México y Estados Unidos tienen una visión común respecto al problema de las drogas, comparten la idea de que es necesario enfrentar simultáneamente el problema desde un enfoque integral que incorpore políticas dirigidas tanto a la reducción de la demanda, como a la oferta de drogas ilícitas.

En los últimos cinco años, ambos países han logrado construir una estructura institucional sólida para llevar a cabo la colaboración bilateral en materia de cooperación antinarcóticos¹⁵. Por primera vez, ambos países han comenzado a instrumentar un plan de colaboración amplio, integral y estructurado que oriente los esfuerzos conjuntos a largo plazo: la Estrategia Bilateral de Control de Drogas.

En este marco, se ha logrado un mayor acercamiento entre agencias competentes de ambos países, lo cual ha repercutido en un mayor entendimiento de las problemáticas particulares que enfrenta cada país y de los mecanismos de control nacionales para enfrentarlas.

El establecimiento de un mecanismo bilateral de consultas de alto nivel especializado en el control de drogas, el GCAN, ha agilizado los procesos de decisión y concertación entre ambos gobiernos, permitiendo dirigir efectivamente los esfuerzos de cooperación bilateral en contra del consumo de drogas, el narcotráfico y los delitos asociados.

(15) RAMOS, José M. (2003), *Las políticas antidrogas y comercial de Estados Unidos en la frontera con México*, Tijuana, B.C.N., México, El Colegio de la Frontera Norte, p. 61.

No es posible para México y Estados Unidos enfrentar el problema de las drogas desde una perspectiva individual. Por lo tanto, se hace imperativa la conservación y el fortalecimiento de los mecanismos cooperativos entre los dos países. El logro más importante ha sido el desarrollo de una alianza antidrogas fuerte y vigorosa que se ha creado a partir de una perspectiva común acerca de las amenazas que ha impuesto el problema a ambos países, así como de un firme acuerdo acerca de los retos que se plantean a futuro. Esto es un logro inédito y valioso para la relación de las dos naciones vecinas, y debe de servir como ejemplo para aquellos países que se deben enfrentar, de igual forma, a amenazas de carácter transnacional o internacional. Reconocemos asimismo, que el problema de las drogas no es una guerra a ganar. Es más bien, un problema de naturaleza compleja y de largo plazo que requerirá necesariamente, de la activa participación y apoyo de nuestras sociedades.

III. SISTEMAS LEGALES (RESULTADOS Y PERSPECTIVAS)

– En septiembre de 2001 el Presidente Bush y el Presidente Fox lanzaron la sociedad para la prosperidad, una alianza pública y privada destinada a aprovechar el poder del sector privado para fomentar un ambiente económico bajo el cual “ningún Mexicano se vea constreñido a dejar su país debido a la falta de empleos y oportunidades”.

– El plan de acción incluye estrategias para el éxito de la sociedad tales como la ampliación del acceso al capital, la transferencia de tecnología, el desarrollo de la capacidad instalada para el futuro y la vinculación de instituciones con objetivos comunes. Algunos ejemplos son:

- La inversión en la infraestructura para el comercio: La sociedad para la prosperidad conducirá los esfuerzos para estimular la participación de empresas norteamericanas en el desarrollo de la infraestructura mexicana en proyectos como puertos, instalaciones para el cargamento aéreo.
- El apoyo a las microempresas: La sociedad para la prosperidad, a través de la agencia norteamericana para la Administración de las Microempresas y otras agencias, proveerá asistencia en el establecimiento de centros de desarrollo orientados a la pequeña empresa en México con el fin de promover la competitividad empresarial.
- La reducción del costo del envío de remesas y su vinculación con proyectos productivos.

– Desde su lanzamiento la sociedad ha logrado un avance importante en la promoción de la competitividad y el desarrollo de nuevos negocios, sus principales logros han sido:

- El establecimiento de una cámara de compensación automatizada que permite reducir el costo y el tiempo de las transacciones financieras transfronterizas entre el Banco de la Reserva Federal de los Estados Unidos (Atlanta) y el Banco de México.
- La promoción de la competencia en la industria de remesas.
- La incorporación de más usuarios al sistema financiero formal.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

- La suscripción de un histórico acuerdo entre el U.S. Peace Corps y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología para desarrollar un programa de colaboración en México, enfocado a prestar apoyo especializado en tecnologías de la información, desarrollo de pequeñas empresas y transferencia de tecnología.
- La U.S. Trade and Development Agency (USTDA), en colaboración con Nacional Financiera (NAFIN) y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) ha comprometido apoyos por 1.4 millones de dólares para financiar estudios de factibilidad en proyectos de infraestructura en México.
- En el marco de un acuerdo de cooperación entre la U.S. Agency for International Development (USAID) y el Banco Nacional de Obras Públicas (BANOBAS), se canalizaron 500.000 dólares para diseñar modelos de financiamiento innovadores que permitan a los gobiernos municipales mexicanos obtener recursos a través de la emisión de bonos¹⁶.

Puntos Sobresalientes del TLCAN

– Con la entrada en vigor del TLCAN hace diez años, se creó el área de libre comercio más grande del mundo. Ésta incluye 406 millones de habitantes que producen más de 11,4 billones de dólares en bienes y servicios. Esto convierte a América del Norte en una de las áreas de libre comercio más grande del mundo con cerca de una tercera parte del PIB mundial. El comercio total entre los países del TLCAN se ha más que duplicado, pasando de 288,55 millones de dólares en 1993 a casi 626 millones de dólares en 2003.

– En la actualidad, México es el segundo socio comercial de Estados Unidos, después de Canadá. Las exportaciones mexicanas a Estados Unidos crecieron 342% durante los 10 primeros años, pasando de 42,85 millones de dólares en 1993 a 146,80 millones de dólares, mejorando las condiciones de vida de la población y reduciendo la pobreza en México.

– En México, el sector exportador es el principal generador de empleos: una de cada cinco personas en México está empleada en este sector, y casi la mitad de los 3,5 millones de nuevos empleos generados en México entre 1995 y el año 2000 fue resultado del TLC y del crecimiento en las exportaciones. Los empleos del sector exportador pagan 37% más que los trabajos del sector manufacturero.

– La producción agrícola mexicana se incrementó 50% entre 1993 y 2001. Los sectores con más crecimiento fueron: el porcino (24%), el ganadero (13%), el avícola (80%), la fruta (27%) y vegetales (36%).

– En la “Evaluación integral de los impactos e instrumentación del capítulo agrícola del TLCAN” en la que participaron la Universidad Autónoma de Chapingo y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se reconoce que no existe una relación directa entre los problemas del sector agropecuario mexicano y la instrumentación del TLC. El estudio refleja que los impactos positivos del TLC al campo son: aumento de las exportaciones, una mayor generación

(16) Fuente: Hoja Informativa del Depto. de Estado / Sociedad Para la Prosperidad.

de empleos en las ramas productivas primarias y agroindustriales; mayor flujo de inversión extranjera directa al país; variedad de insumos para la producción; oferta mayor y más accesible de bienes de consumo en términos de calidad y precio¹⁷.

– En enero 2004 el Presidente Bush propuso un programa de trabajadores temporales que se propone unir a los trabajadores extranjeros que quieran trabajar, con los empleadores estadounidenses dispuestos a aceptarlos en el caso de que éstos no puedan encontrar ningún estadounidense para llenar las vacantes. Esta propuesta ofrece el estatus jurídico de “trabajadores temporales” a los hombres y mujeres indocumentados empleados en los Estados Unidos.

– Todos aquellos que participaran en el propuesto programa de “trabajadores temporales” deberían tener un empleo o contar con una oferta de trabajo acompañada de los documentos legales necesarios. La situación jurídica otorgada por este programa duraría tres años y podría renovarse, pero tendría un fin. Aquellos participantes que no siguieran las reglas del programa o que violaran la ley no tendrían derecho a continuar participando, y tendrían que regresar a su lugar de origen.

– Esta propuesta anticipa que los trabajadores temporales regresarían permanentemente a sus países de origen después de que venciera su período de trabajo en Estados Unidos, y con ese fin, incluye incentivos monetarios.

– Este programa propone trabajar con los gobiernos extranjeros en un plan para darles créditos a los trabajadores temporales en los sistemas de jubilación de sus países de origen por el tiempo que trabajaran en los Estados Unidos. Se pretende facilitar que los trabajadores temporales contribuyan con una porción de sus ingresos a cuentas de ahorros con privilegios tributarios, dinero que podrían cobrar cuando regresaran a sus países de origen.

– Aquellos trabajadores temporales que tomaran la decisión de obtener la ciudadanía podrían hacerlo de acuerdo con los procedimientos jurídicos normales. No se les daría una ventaja injusta sobre las personas que hubieran cumplido con los trámites legales desde el inicio. No es una amnistía, pues ello implicaría poner a los trabajadores indocumentados en un camino automático a la ciudadanía. La postura de la propuesta es que el conceder una amnistía estimularía la violación de las leyes estadounidenses y perpetuaría la migración ilegal.

Migración

– Los Estados Unidos tienen el nivel más alto de inmigración en el mundo. Entre 1970 y 2002 fueron admitidos más de 23 millones de inmigrantes legales. Tan sólo en la última década (1990 a 2000), ingresaron legalmente más de 10,6 millones de inmigrantes (casi el 50% de todo el flujo migratorio desde el inicio de los años 1970). El número de residentes legales admitidos durante

(17) Fuente: El “Programa de Trabajadores Temporales” propuesto por el Presidente Bush en enero de 2004. (Nota: Hacemos énfasis en que esto es sólo una propuesta, que todavía debe ser debatida por el Congreso para que pueda pasar a ser ley.)

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

el año fiscal 2002 fue de 1.063.732 casi la misma cifra del año 2001. (INS, *Anuario Estadístico 2002 del Servicio de Inmigración y Naturalización*, Año Fiscal 2000-02).

– En el año 2002, el país de origen del mayor número de inmigrantes legales fue México, con 219.380 –aproximadamente el 20,6% del flujo total– seguido por India (6,7%) y China (5,8%). (INS, *Anuario Estadístico 2002 del Servicio de Inmigración y Naturalización*, Año Fiscal 2000-02).

– En el año 2002 se estima que residían en Estados Unidos 37.872.475 personas de ascendencia latina (el 13,4% de la población total), de los cuales más del 60% eran de origen mexicano (casi 24 millones –el 11,6% de la población total de Estados Unidos–). (*Census Bureau, Data Profiles 2002*).

– El INS estima que existen 7 millones de indocumentados en los Estados Unidos en el año 2000. Los estados con el mayor aumento en el número de población indocumentada en los años 90 fueron California, Texas, Illinois, Arizona, Georgia y Carolina del Norte. (*Census Bureau, 2003. "Estimates of the unauthorized immigration population residing in the U.S."*)

– La población indocumentada de México que reside en los Estados Unidos se incrementó de cerca de 2 millones en 1990 a 4,8 millones en el año 2000. (*Census Bureau, 2003. "Estimates of the unauthorized immigration population residing in the U.S."*).

– El perfil sociodemográfico de la población migrante a Estados Unidos:

- Son hombres jóvenes procedentes de áreas urbanas en busca de trabajo. Entre los rasgos generales de la población que conforma el flujo migratorio circular hacia los Estados Unidos destaca que:

Son mayoritariamente hombres (95 de cada 100), así como jóvenes y adultos en edades económicamente activas (el 70% del total corresponde a personas que tienen entre 12 y 34 años de edad).

- El nivel de escolaridad promedio de los integrantes del flujo es de alrededor de 6,2 años.
- Una proporción mayoritaria (2 de cada 3) tenía trabajo en el país, y de ellos más de la mitad estaba involucrada en actividades industriales y de servicios antes de emprender su viaje a los Estados Unidos.
- Alrededor del 52% de los integrantes del flujo proviene de las entidades tradicionales de emigración y su procedencia se extiende a algunas entidades del norte (23%), centro (15%) y sur-sureste (10%) del país.
- Los integrantes del flujo han dejado de ser predominantemente rurales y en los últimos años ganó importancia la participación de quienes provienen de las áreas urbanas del país y de algunos centros metropolitanos (alrededor del 55%).
- Tijuana, Ciudad Juárez, Nuevo Laredo y Piedras Negras son las ciudades por donde transita actualmente la gran mayoría de los migrantes y en ellas permanecen entre dos y tres días en promedio antes de cruzar a los Estados Unidos.

- El estado de California es la principal dirección que tienen en mente los integrantes del flujo laboral (alrededor del 50%) cuyas principales entidades de origen son Jalisco, Michoacán y Guanajuato, entre otras. Los datos más recientes indican que Texas ha ganado importancia como destino debido, entre otros aspectos, al reforzamiento de la Patrulla Fronteriza en los principales puntos de la frontera californiana. El flujo a Texas, Arizona y Nuevo México proviene de las entidades más cercanas a los Estados Unidos, como Chihuahua, Coahuila y Nuevo León.
- El peso relativo de los integrantes de la corriente laboral que piensa permanecer “lo que se pueda” o por más de seis meses en ese país es actualmente mayoritario (tres de cada cuatro).
- El flujo está compuesto principalmente por personas que tienen antecedentes de migración hacia los Estados Unidos (dos de cada tres), aunque esta característica ha tendido a perder peso en los años recientes. (CONAPO 2004).

– En las últimas décadas las remesas se han convertido en un flujo de divisas de suma importancia para la mayoría de las naciones no desarrolladas y expulsoras de mano de obra, al punto que en muchos casos las remesas son uno de los principales rubros en el renglón de transferencias corrientes de sus balanzas de pagos. El monto de las remesas en 2002 fue de 9.815 millones de dólares. Durante 2003 esta cifra se elevó a 13.266 millones de dólares, lo cual significa un incremento de 35,2% con respecto al año anterior. (CONAPO, 2004 y Banco de México).

– El monto de las remesas en 2003 superó la entrada estimada de recursos a México por concepto de inversión extranjera directa y a los ingresos aportados por los viajeros internacionales. Las remesas fueron el equivalente al 79% del valor de las exportaciones de petróleo crudo, al 71% del superávit comercial del sector maquilador y a aproximadamente 2,2 puntos porcentuales del PIB del año. (CONAPO, 2004 y Banco de México).

Cooperación Fronteriza

– El programa US-VISIT es una de las prioridades del Departamento de Seguridad Nacional (DHS) pues tiene como meta incrementar la seguridad de los ciudadanos americanos y de los visitantes, agilizando el turismo, el comercio transfronterizo y la integridad del sistema de migración. Esta iniciativa involucra la recopilación de información sobre el viaje e identificadores biométricos de los visitantes para asistir a los oficiales de la guardia fronteriza a tomar decisiones sobre admisiones. La identidad de los visitantes se verificará a su llegada y a su salida. (Department of Homeland Security).

– La mayoría de los mexicanos que viajan hacia y desde los Estados Unidos regularmente pueden solicitar un documento llamado B1/B2 Visa BCC, también conocida como visa láser. Aproximadamente 6,8 millones de mexicanos utilizan la visa láser para realizar aproximadamente 104 millones de cruces por año al usar esta tarjeta. (Department of Homeland Security).

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

– La frontera entre Estados Unidos y México es la más transitada del mundo. Durante el año fiscal 2002, 193.181.314 de personas entraron en los Estados Unidos desde México a través de 25 puertos oficiales de entrada.

– Los gobiernos de México y de los Estados Unidos trabajan conjuntamente para fortalecer la seguridad en la frontera entre ambos países. Los dos países colaboran en programas ambientales, económicos y de seguridad en su respectiva área fronteriza:

- Ambos países acordaron, en noviembre de 1993, la creación de instrumentos para apoyar a las comunidades de ambos lados de la frontera, en la coordinación y la ejecución de proyectos de infraestructura y ecología. El acuerdo reafirma los objetivos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, así como los del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte.
- El Banco de Desarrollo de América del Norte (NADBANK) con sede en San Antonio, Texas, capitalizado en partes iguales por ambos gobiernos, con un total de 3.000 millones de dólares. Canaliza financiamientos para complementar los fondos existentes y promover una mayor participación del capital privado.
- La Comisión de Cooperación Ecológica Fronteriza (COCEF) con sede en Cd. Juárez, Chihuahua, trabaja con las comunidades locales y otros agentes promotores del desarrollo y ejecución de proyectos de infraestructura ambiental, y certifica proyectos para ser presentados al Banco de Desarrollo de América del Norte para su financiamiento.

Servicios Consulares

– El gobierno de E.U.A. tienen nueve consulados en México, más que en ningún otro país (Ciudad Juárez, Guadalajara, Hermosillo, Matamoros, Mérida, Monterrey, Nogales, Nuevo Laredo y Tijuana).

– Existen además diez agencias consulares (Acapulco, Cabo San Lucas, Cozumel, Ixtapa, Mazatlán, Oaxaca, Puerto Vallarta, San Luis Potosí y San Miguel de Allende).

– En 2001, la Embajada y los consulados de E.U.A. en México procesaron 2.650.912 solicitudes de visa de visitante (17,65% más que en 2000 y 62% más que en 1999).

Desde abril de 1998, fecha en que se inició el programa, hasta agosto del 2001 se han expedido más de 4 millones de Visas Láser.

Cooperación bilateral contra el narcotráfico

– Estados Unidos y México alcanzaron niveles sin precedentes de cooperación en la lucha contra el narcotráfico y otros crímenes transnacionales en el 2003. Unidades especiales de investigación en la Agencia Federal de Investigación (AFI) y la Drug Enforcement Administration (DEA)

realizaron investigaciones a nivel bilateral incrementando el nivel de datos de inteligencia compartida. Equipos bilaterales se reúnen regularmente para diseñar operaciones, intercambiar información y realizar investigaciones. Existen muchas oportunidades para intensificar la cooperación bilateral, particularmente en las áreas de erradicación, prohibición y capacidades de implantación.

– México continúa expandiendo y solidificando la profesionalización de sus instituciones de impartición de justicia. El año 2003 fue testigo de un progreso notable en la relación bilateral a nivel federal, estatal y local lo cual se refleja en las constantes peticiones a los Estados Unidos de equipos y donaciones. El Gobierno de los Estados Unidos apoyó los esfuerzos de profesionalización de México en 2003 al patrocinar 140 cursos de entrenamiento para 6.484 policías, acusadores (*prosecutors*) e investigadores a nivel federal, estatal y local.

- Las autoridades mexicanas incautaron en el 2003 alrededor de 20 toneladas métricas (medidas americanas) de cocaína hidroclicada, 165 kilogramos de heroína, 189 kilogramos de goma de opio y 652 kilogramos de metamfetaminas. Igualmente, 1.688 vehículos, 63 botes y 13 aeroplanos fueron confiscados. En marzo y junio del 2003, las autoridades descubrieron cuatro kilogramos de heroína colombiana y un laboratorio de procesamiento de cocaína, todo ello fue resultado de una investigación a traficantes colombianos y mexicanos que operaban en la Ciudad de México. Al final del año, esta investigación resultó en el arresto de 11 sospechosos en la capital de México. (*International Narcotics and Law Enforcement Affairs, 2003. International Narcotics Control Strategy Report*).
- Durante el 2002 se erradicaron 19.157 hectáreas de opio y 30.775 hectáreas de marihuana. (*International Narcotics and Law Enforcement Affairs, 2003. International Narcotics Control Strategy Report*). (*International Narcotics and Law Enforcement Affairs, 2003. International Narcotics Control Strategy Report*).

– Durante el 2003 autoridades mexicanas y norteamericanas desarrollaron un plan común en las reuniones del Grupo Objetivo Bilateral Colectivo del Suroeste (Bilateral Southwest Collective Targeting Group) dirigido contra las grandes organizaciones del narcotráfico. Las unidades de inteligencia sensitiva han servido como mecanismos efectivos para compartir datos de inteligencia sensitiva en ambas direcciones. Líderes importantes de traficantes de drogas fueron arrestados entre 2002 y 2003. Estrategia Nacional para el Control de las Drogas.

– Metas:

- A dos años: reducción de 10% de consumo actual de estupefacientes ilegales entre los estudiantes de octavo, décimo y duodécimo grados. Reducción del 10% de consumo actual por adultos de 18 años de edad o más.
- A cinco años: Reducción de 25% de consumo actual de estupefacientes de octavo, noveno y décimo grado. Reducción del 25% de consumo actual por adultos de 18 años de edad o más.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

– Las metas de la Estrategia Nacional para el Control de las Drogas y sus tres prioridades a nivel nacional, a saber, detener el consumo antes de que éste comience, rehabilitar a los usuarios de drogas en los Estados Unidos y desbaratar el mercado, impulsan el proceso de confección del presupuesto. La eficacia de cada programa que contribuye a estas metas ayuda a determinar su nivel de recursos. Los programas que demuestran su eficacia siguen recibiendo fondos. Los programas que no son eficaces han recibido planes de acción y mejoras y, en algunos casos, menos fondos.

Mediante la integración de objetivos en los programas e información sobre eficacia en la Estrategia Nacional para el Control de las Drogas, el gobierno ha colocado las bases para una mejor rendición de cuentas sobre los fondos federales y un mayor rendimiento de los programas.

IV. FENÓMENO CULTURAL: PUNTO DE ACERCAMIENTO

La tendencia natural de la humanidad al “progreso”¹⁸, en mucho es el resultado de la cultura que se “viva” en determinado tiempo y espacio, no es por tanto un concepto abstracto, pero la esencia de la vida misma es cultura. Es comprensible el debate existente en torno a la cultura entre antropólogos, politólogos, sociólogos, comunicadores, etc. por su influencia en la delimitación de otros conceptos también importantes como lo son soberanía nacional, identidad personal, etc.

La cultura es un factor inseparable de los procesos de desarrollo económico, social y político de la humanidad¹⁹. El desarrollo de los pueblos está relacionado con factores culturales, entre los que pueden incluirse la misma economía de los individuos. El desarrollo cultural puede ser visto como la sucesión de eventos en los que el hombre aprende a hacer uso tanto de los instrumentos materiales como de los culturales, para encontrar solución a sus problemas. Los instrumentos materiales finalmente también son culturales. Del contacto que se tenga con ideas, instrumentos, técnicas, formas de organización y comunicación, etc., esencia misma de la cultura, depende el desarrollo de la humanidad. El factor cultural de cualquier grupo humano es un elemento que puede ser manejable para transformar sus condiciones materiales.

Una de las tendencias de nuestros tiempos es la marcada por la revolución tecnológica, la cual está provocando cambios profundos y radicales en los estilos de vida de los humanos y en los comportamientos y formas de relación existentes en nuestras sociedades, debido al uso de la información y el conocimiento como nuevas estructuras de poder y control.

(18) Cfr. ABOITES, H., *Vientos del Norte. TLC y privatización de la Educación Superior en México*, México, Plaza y Valdés, agosto 2000, pp. 39 y ss.

(19) ANUIES, “Acuerdos y convenios entre instituciones de educación superior contrapartes de los Estados Unidos y Canadá”, México, ANUIES, *Revista de la educación superior*, n.º 87, jul.-sept. 2003: 139-188; ANUIES, “Evaluación y acreditación de la educación superior en México”, México, ANUIES, *Revista de la Educación Superior*, n.º 101, enero-marzo 2002: 57-92.

Así, la cultura es el conjunto de las formas y modos con los cuales una determinada sociedad responde a los retos de su existencia en su propia geografía y tiempo. También la cultura²⁰ es la manera en que un grupo humano ha aprendido a vivir y a transmitir ese estilo de vida, para constituirse en grupos sociales que luego desarrollan su idioma propio para expresar su cultura, es su misma personalidad, sus facciones, el rostro de un pueblo, de una comunidad. Todo hombre por el hecho de serlo es producto de cultura, culto él mismo. El individuo constituye un sistema circundado por un medio o entorno. El hombre vive en sociedad humana que requiere de lenguaje, tecnología, reglas relativas al gobierno, el trabajo, la propiedad, el comercio, etc., sanciones y recompensas, conocimientos científicos y mitología: arte y tradiciones; cuentos y poesía; costumbres, etc. las cuales proporcionan pautas de comportamiento a los mismos individuos.

Las aristas y variantes del fenómeno migratorio de mexicanos hacia los Estados Unidos de América superan, con creces, los aspectos difundidos con mayor amplitud por la opinión pública, que tradicionalmente se han vinculado con la defensa de los derechos humanos de nuestros connacionales. Esta visión parcial y generalizada obedece a una concepción tradicional de las funciones de protección consular que debe ejercer la Cancillería de un país respecto de sus nacionales, y en donde la intervención se justifica exclusivamente ante la violación de los intereses y derechos adquiridos, o para prevenir y proteger de eventuales violaciones.

En años recientes, México ha modificado diametralmente, según se expone en el Plan Nacional de Desarrollo, su posición conceptual respecto de lo que debe considerarse por “Nación Mexicana”. A diferencia de un concepto geográfico, acuñado a partir de los elementos tradicionales del Estado Nación reinantes en los siglos XVIII y XIX²¹, la apreciación que comienza a permear al sistema jurídico vigente, añade argumentos del orden social, cultural, histórico y étnico, y considera fenómenos de integración, movilidad migratoria y globalización, que no estaban presentes en la discusión en el pasado. A partir de esta modificación, se amplía el alcance de este término y, de este modo, de las obligaciones que nuestro país tiene con aquellos considerados como sus nacionales, aun cuando no se encuentren en el territorio nacional. La publicitada reforma constitucional que entró en vigor a partir del 21 de marzo de 1998, y que establece el principio de No Pérdida de Nacionalidad Mexicana y la posibilidad de poseer dos o más nacionalidades, es el sustento normativo que servirá de marco a una serie de programas federales vinculados a la educación en este rubro.

¿Por qué llevar educación al otro lado?

La comunidad mexicana en los Estados Unidos de América ha sido, en buena medida, la principal demandante y destinataria de estas reformas, entre las que se encuentra por supuesto

(20) OJEDA GÓMEZ, M., *Documento sobre identidad y entendimiento mutuo en la región de Norteamérica: la promoción de intercambio académico y la cooperación entre socios desiguales*, Estados Unidos, Racine, Conferencia de Wingspread, 12-15 de septiembre de 2002: p. 19.

(21) Cfr. SOLLEIRO, José Luis, *El Tratado Trilateral de Libre Comercio y el Desarrollo Científico y Tecnológico de México*, Centro para la Innovación Tecnológica, México, UNAM, 2001, p. 45.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

una demanda en el ámbito educativo. Además de enfrentarse a una importante problemática coyuntural y estructural, propia del sistema del país que los recibe, los mexicanos que emigran llevan tras de sí el peso de ser parte de los indicadores negativos que miden la realidad educativa de sus lugares de origen; y a pesar de que la educación no puede considerarse como el factor determinante que incide en el fenómeno migratorio, sí está relacionado de forma indisoluble con otras razones que han motivado históricamente la migración mexicana al vecino país del norte, como son la insuficiencia de oportunidades reales de trabajo y los patrones culturales de determinadas zonas altamente expulsoras del país.

Para estos efectos, resulta ilustrativo saber que el 25% de los mexicanos y México-americanos menores de 25 años que se encuentran en los Estados Unidos, y que habrán de procurar la educación de una primera o segunda generación de paisanos nacidos allá, sufren de analfabetismo funcional, y tendrán serios obstáculos para lograr un grado de adaptabilidad suficiente en la sociedad estadounidense. En otros casos, son los miembros de comunidades indígenas que han emigrado, quienes “aprenden” inglés sin siquiera pasar por el español, y precisan auxilio acorde a sus costumbres, lengua, y condición étnica. Por otro lado, tal vez el aspecto educativo del fenómeno migratorio más importante es el que involucra a los hijos de los migrantes, alumnos y menores de edad, que siguen a sus padres a través de los ciclos productivos en distintas regiones de los Estados Unidos, incluyendo las épocas de descanso cuando regresan temporalmente a México.

A estos problemas que aquejan a las comunidades mexicanas en el extranjero, no corresponden medidas y soluciones equivalentes por parte del sistema educativo de los Estados Unidos, en virtud de razones naturales y obvias de índole migratoria y del idioma y sistema educativo de ese país²². En este sentido, no resultaría extraño que se planteara la duda sobre la idoneidad de exportar una educación en español, si se pretende otorgar medios de adaptación al nuevo entorno. Pero esta observación no resulta del todo exacta, si se toma en cuenta que prevalece la tendencia natural de las comunidades mexicanas a conservar su bagaje cultural y a no perder el contacto con México y que el dominio del idioma original es una herramienta fundamental para la aprehensión de uno nuevo.

Los programas actuales

El reto de llevar educación a aquellos que no la recibieron o no tuvieron acceso a ella en su país, y el de asegurar la continuidad de quienes se encuentran sujetos a los desplazamientos de este tipo parece, a primera vista, una iniciativa que desbordaría la capacidad de nuestro país, en función de las consecuencias operativas que su mera formulación supone, y de las prioridades internas que quedan por solventarse. Pero en la práctica, las líneas de acción han ido encaminadas a resolver problemas muy concretos, que han dotado de viabilidad y logros parciales obtenidos ya a estas fechas.

(22) MILLER, Tom (Tr.), *En la Frontera: Imágenes Desconocidas en la Frontera Norte*, México: Alianza, 2001, p. 285.

La instrumentación ha requerido la articulación de diversas dependencias a distintos niveles de gobierno en México: por un lado, la planeación y coordinación corre a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores a través del Programa para las Comunidades Mexicanas en el Extranjero, los Consulados y las Delegaciones en México; por otro, la Secretaría de Educación Pública hace lo propio desde el sector central y a través del Instituto Nacional de Educación para Adultos en ciertos casos; y por último, los gobiernos estatales con mayores índices de expulsión de migrantes, ejercen acciones concretas por conducto de sus sistemas educativos locales, y cuando existen, por medio de oficinas especializadas en la atención de sus oriundos en el extranjero.

Los programas de apoyo pueden clasificarse en función de sus destinatarios a partir de la edad y el nivel de avance de los educandos en dos rubros: educación para adultos y continuidad educativa para menores migrantes. En el primero, el instrumento primordial ha sido la creación de círculos de estudio promovidos por los consulados mexicanos, con la asesoría del Instituto Nacional de Educación para Adultos, que trabajan en cursos de alfabetización, primaria y secundaria abiertas. En el segundo, las acciones se han diversificado tomando en cuenta la complejidad del problema. A partir de la condición *sui generis* de estos estudiantes, se ha procedido al diseño de un Documento de Transferencia del Estudiante Migrante Binacional, el cual es válido en cualquier época del año, para facilitar el ingreso a las escuelas mexicanas sin requerir trámites adicionales de legalización. Por otra parte, se implementaron programas que están dirigidos a la especialización magisterial en un área que ha permanecido relegada por la ausencia de canales institucionales de desarrollo: la de menores migrantes. En el marco del Programa de Educación Migrante Binacional, instituciones de ambos países, como la Universidad Pedagógica Nacional y la California State University Long Beach, diseñaron el año pasado cursos de capacitación para profesores bilingües, en servicio en los Estados Unidos, que trabajan en escuelas con altas concentraciones de alumnos de origen mexicano. En la misma dirección, se implementó un intercambio anual de profesores, que se encuentra este verano en su segunda edición, entre regiones de alta emigración en México y regiones receptoras del otro lado de la frontera norte. El auxilio de estos maestros mexicanos a escuelas con alta población de niños monolingües en español, deviene en la formulación de programas de estudio con elementos *ad hoc* para los niños mexicanos, y por otro lado, la experiencia de los maestros estadounidenses en México, les permite comprender y conocer de manera directa las condiciones sociales de los lugares de los que proceden sus alumnos.

La cooperación entre las instituciones y autoridades educativas en distintos niveles de ambos países ha sido indispensable para la concreción de resultados y constituye el foro natural para aumentar y perfeccionar el catálogo de estas iniciativas y programas, sin menoscabo del crecimiento y participación que pueda derivarse de la organización comunitaria que los procesos educativos generen al interior de las propias comunidades mexicanas en el extranjero.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABOITES, H., *Vientos del Norte. TLC y privatización de la Educación Superior en México*. México, Plaza y Valdés, agosto 2000.
- ALBA, Francisco, "Migración internacional, integración y convergencias económicas", Documento presentado en el *Simposio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, 2000.
- "Diálogo y Cooperación México-Estados Unidos en Materia Migratoria". En: PELLICER, O. y FERNÁNDEZ R. (coords.), *México y Estados Unidos; las rutas de la cooperación*, México, Instituto Matías Romero (SRE) e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.
- ALEJO, Francisco Javier, *et al.*, *Movimientos Migratorios de la Fuerza de Trabajo Rural*, Confederación Nacional Campesina, mayo de 1998.
- AGUAYO, S. y BAILEY, J., *Estrategia y seguridad en las relaciones México-Estados Unidos*, (coords.), 1997.
- *La Seguridad de México y Estados Unidos en un momento de transición*, México, Siglo XXI editores, 2002.
- ANUIES, "Acuerdos y convenios entre instituciones de educación superior contrapartes de los Estados Unidos y Canadá", México, ANUIES, *Revista de la educación superior*, n.º 87, jul.-sept. 2003.
- "Evaluación y acreditación de la educación superior en México", México, ANUIES, *Revista de la Educación Superior*, n.º 101, enero-marzo 2002.
- ARAGONÉS CASTAÑER, Ana María, *Migración internacional de trabajadores. Una perspectiva histórica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés, 2000.
- ARROYO ALEJANDRE, Jesús, *Teorías referentes a la migración: Migración a centros urbanos*, México: Centro de investigaciones Sociales y Económicas de la Facultad de Economía de la Universidad de Guadalajara, 1986.
- AUTORES VARIOS, *Consecuencias psicosociales de las migraciones y el exilio*, México: Universidad Autónoma Metropolitana, 1989.
- *Migración, racismo, Xenofobia. El otro yo*, Madrid: Editorial Complutense, 1992.
- *Migración: México entre sus dos fronteras. Migraciones 2000-2001*, México: Foro Migraciones, 2002.
- BUSTAMANTE, Jorge A., *Cruzar la Línea: la Migración de México a los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, Sección de obras de economía, México, 1997.
- *El Marco Teórico-Methodológico de la Circularidad Migratoria: su validación empírica*, El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, Baja California, 1996.
- CANALES, Alejandro I. y ZOLNISKI, Christian, "Comunidades transnacionales y migración en la era de la globalización", ponencia presentada en el *Simposio sobre Migración Internacional en las Américas*, del 4 al 6 de septiembre, San José, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, 2002.
- CARDOSO, Patricio, "Análisis de las principales corrientes migratorias cubanas durante el período revolucionario", Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte.
- CARLINER, David, *Los Derechos de los Extranjeros. Manual de la Unión Americana de Derechos Civiles*, The Roger Baldwin Foundation of the ACLU, Chicago, 1977.
- CASTAÑEDA, J. y PASTOR, R., *Límites en la amistad México y Estados Unidos*, México, Editorial Joaquín Mortiz/Planeta, 1989.

- CASTILLO, Manuel Ángel y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México y El Colegio de la Frontera Norte; Santillo, Mario Miguel 2000.
- “La política de inmigración en México: un breve recuento”, en Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte, 1998.
- CHABAT, Jorge, “El narcotráfico en la relación México-Estados Unidos: lo que se ve es lo que hay”, en: *Estados Unidos*, revista trimestral editada por la División de Estudios Internacionales del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), volumen III, otoño de 1993.
- CORNELIUS, Wayne A. (coord.), *Flujos Migratorios Mexicanos Hacia Estados Unidos*; Comisión sobre el Futuro de las Relaciones México-Estados Unidos; Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- DÁVILA, Luis Ricardo, “Fronteras confusas: Impactos sociales de la migración”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, 2000.
- DEL ARENAL, Celestino, “Introducción a las Relaciones Internacionales”, *REI*, México, 1996.
- DE OLLOQUI, Juan José, “Convenio de Braceros: creación de un fondo”, en *Este País. Tendencias y Opiniones*, Revista mensual, n.º 77, agosto de 1997.
- DURAND, Jorge, “Patrones culturales y migración”, *Mas allá de la línea. Patrones migratorios entre México y Estados Unidos*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.
- DZIEDZIC, Michael, “México y la gran estrategia de Estados Unidos: eje geoestratégico para la seguridad y prosperidad”, 1997.
- ERRUCHOUD, Richard, “Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM; CELADE-CEPAL 2000.
- “La migración internacional y la integración en la región: un tema difuso”, Documento presentado en el *Simpósio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM.
- ESCOBAR LATAPÍ, Agustín, *Migración y Desarrollo en Centro y Norteamérica: Elementos para una Discusión*, Organización Internacional para las Migraciones y Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Documento presentado en México en 1998.
- ESCOBAR LATAPÍ, Agustín; BEAN, Frank D. WEINTRAUB y Sidney, *La Dinámica de la Emigración Mexicana*, México. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, 1999.
- GÓMEZ ARNAU, Remedios, *México y la Protección de sus Nacionales en Estados Unidos*, Centro de Investigaciones sobre Estados Unidos de América, UNAM, 1990.
- GZESH, Susan, “¿Protegerán los tribunales de Estados Unidos a los extranjeros?”, en Manuel Ángel CASTILLO y otros (coord.), *Migración y fronteras*, México: Asociación Latinoamericana de Sociología, El Colegio de México, y El Colegio de la Frontera Norte, 1998.
- *Los Primeros Consulados de México 1823-1872*. Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano. México, 1974. MARGULIS, Mario y TUIRÁN, Rodolfo, *Nuevos Patrones de Crecimiento Social en la Frontera Norte: La Emigración*, Documentos de Trabajo, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, El Colegio de México, 2002.
- INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN, *Compilación Histórica de la Legislación Migratoria en México 1909-1996*. México, noviembre de 1996. *Organización de los Estados Americanos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a mayo de 2002)*.
- ITLOTL RAMÍREZ, Ramón, *Derecho Consular Mexicano*, Porrúa, México, 1989.

México y Estados Unidos: puntos de encuentro

II

- LUNGO, Mario; EEKHOFF Kay y BAIRES, Sonia, *Migración internacional y desarrollo local en el Salvador*. 1998.
- MILLER, Tom (Tr.), *En la Frontera: Imágenes Desconocidas en la Frontera Norte*, México: Alianza, 2001.
- MORALES, Patricia, *Indocumentados mexicanos*, Ed. Grijalbo, México, 1982.
- MUÑÓN PABLOS (coord.), “Redes sociales y familiares en las mujeres migrantes”, *Migración (Belice, Guatemala, Estados Unidos y México)*, México: ECOSUR, Plaza y Valdés. El Colegio de Sonora y El Colegio de la Frontera Norte.
- NOLASCO, A. Margarita, et al., *Aspectos Sociales de la Migración en México*. SEP, INAH, México, 1979.
- OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1996.
- OJEDA GÓMEZ, M., *Documento sobre identidad y entendimiento mutuo en la región de Norteamérica: la promoción de intercambio académico y la cooperación entre socios desiguales*. Estados Unidos, Racine, Conferencia de Wingspread, 12-15 de septiembre de 2002.
- OLÍ CÁMARA, Fernando, *México: Una Política Migratoria con Sentido Humanitario*, Secretaría de Gobernación, 2002.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajadores Migrantes*. Conferencia Internacional del Trabajo, 87.^a Reunión, Ginebra, 1999.
- PELLEGRINO, Adela, “Éxodo, movilidad y circulación: nuevas modalidades de la migración calificada”, ponencia presentada en el *Simposio sobre Migración Internacional en las Américas*, del 4 al 6 de septiembre, San José, Costa Rica: CEPAL, CELADE, 2000.
- RAMOS, José M., *Las políticas antidrogas y comercial de Estados Unidos en la frontera con México*, Tijuana, B.C.N., México, El Colegio de la Frontera Norte, 2003.
- ROZENTAL, Andrés, *La Política Exterior de México en la era de la Modernidad. Una Visión de la Modernización de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- SANDOVAL FORERO, Eduardo Andrés, *Migración e identidad. Experiencias del exilio*, México: Universidad Autónoma del Estado de México, serie Problemas Latinoamericanos, 1994.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Asuntos Migratorios en México. Opiniones de la sociedad*. México, 1995.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Convenciones sobre Derechos Humanos*. SRE, Acervo Histórico Diplomático Mexicano. México, 2002.
- *La Migración Laboral Mexicana a Estados Unidos de América: Una perspectiva Bilateral desde México*, México, octubre, 2003.
- SOLLEIRO, José Luis, *El Tratado Trilateral de Libre Comercio y el Desarrollo Científico y Tecnológico de México*, Centro para la Innovación Tecnológica, México, UNAM. 2001.
- TAPINOS, Georges y DELAUNAY, Daniel, “¿Se puede hablar realmente de la globalización de los flujos migratorios?”, en *Migración Internacional*, CEPAL, Serie Población y Desarrollo, 2002.
- TUIRÁN, Rodolfo, (coordinador), *Migración México-Estados Unidos. Presente y Futuro*. CONAPO, México, enero de 2000.
- VILLA, Miguel y MARTÍNEZ, Jorge, “El mapa migratorio internacional de América Latina y el Caribe: patrones, perfiles, repercusiones e incertidumbres”, Documento del CELADE. Santiago de Chile: CEPAL. 2001.
- WOO MORALES, Ofelia, “Las organizaciones de inmigrantes y sus redes en Argentina”, Documento presentado en el *Simposio sobre Migración Internacional*, Costa Rica: CEPAL, CELADE, OIM, 2001.

ZEPEDA MIRAMONTES, Eduardo y VERDUZCO, Gustavo Félix, *El empleo y los Servicios en la Frontera Norte*, Universidad Autónoma de Coahuila, Centro de Investigaciones Socioinstitucionales Gubernamentales nacionales e internacionales; Comisión de Asuntos Migratorios; Senado de la República. Memoria del Foro de Análisis de la Política Migratoria en México. México, 1996.

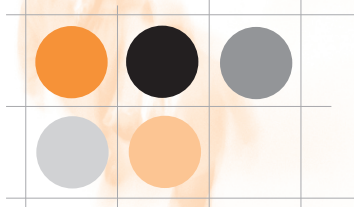
Programa Nacional para el Control de Drogas 2001–2006 (PNCD).

Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal el 29 de marzo de 2004.

Hoja Informativa del Depto. de Estado / Sociedad Para la Prosperidad.

El “Programa de Trabajadores Temporales” propuesto por el Presidente Bush en enero de 2004.

ZARAGOZA 1995-2005
10 AÑOS DE ENCUENTROS



Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

Zaragoza, 28 al 30 de abril

CONCLUSIONES

I. Conclusiones mesa de trabajo 1.^a. Mecanismos de protección internacional de los derechos humanos de las personas migrantes.

II. Conclusiones mesa de trabajo 2.^a. El derecho de asilo y la protección de los refugiados políticos y de subsistencia. El rechazo en frontera.

III. Conclusiones mesa de trabajo 3.^a. Reagrupación y vida familiar de las personas migrantes.

IV. Conclusiones mesa de trabajo 4.^a. El trabajador migrante y el derecho a un trabajo decente.

V. Conclusiones mesa de trabajo 5.^a. La vía normalizadora del arraigo y otras circunstancias.

VI. Conclusiones mesa de trabajo 6.^a. Planes de inmigración: políticas sociales y de empleo.

VII. Conclusiones mesa de trabajo 7.^a. Especialización y protocolos de actuación profesional en extranjería.

VIII. Conclusiones mesa de trabajo 8.^a. Régimen sancionador, garantías y régimen jurídico.

I. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 1.ª MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

1.- Existe un mínimo de Derechos Humanos fundamentales iguales e inderogables para nacionales y extranjeros (cualquiera que sea su situación migratoria).

2.- Las personas migrantes, como grupo en especial situación de vulnerabilidad, son ya una categoría específica en lo relativo a la protección de los derechos humanos. Dentro del conjunto de las personas migrantes existen otros grupos cuya vulnerabilidad es aún mayor (mujeres, menores no acompañados,...) y a los cuales el derecho internacional de los derechos humanos otorga una particular protección.

3.- Los mecanismos de protección internacional de derechos humanos de personas migrantes pueden ser convencionales y extraconvencionales. Es una materia aún poco desarrollada en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas. La eficacia de sus mecanismos es todavía limitada. No ocurre lo mismo en el plano regional europeo, donde resulta posible una defensa más eficaz de los derechos humanos del inmigrante, pero dentro del marco general de protección de los derechos humanos fundamentales.

4.- Se constata el desconocimiento y escasa utilización de los mecanismos internacionales, y en particular europeos, en la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes.

5.- También se constata la necesidad de plena adecuación de la legislación interna española, en materia de extranjería, a los tratados internacionales en los que España es parte, teniendo en cuenta el carácter supranacional (e infraconstitucional) de dichos tratados.

6.- En el marco jurídico de la Unión Europea, las denuncias y quejas ante la Comisión y las peticiones ante el Parlamento pueden ser muy útiles para hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas migrantes.

7.- Ha de utilizarse y aprovecharse, en lo posible, la llamada cuestión prejudicial (del artículo 68 Tratado CEE) en el campo de la política de visados, asilo e inmigración.

8.- El Convenio europeo de derechos humanos (Conv. Roma de 1950) y la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos son instrumentos jurídicos fundamentales y de necesario conocimiento para la defensa de los derechos de los extranjeros (también ante los órganos judiciales españoles, en tanto constituyen criterios interpretativos de los derechos fundamentales de la Constitución española; artículo 10.2 CE).

9.- Se plantea la necesidad urgente de poder acceder a la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, en lengua española y de que se publique sistemáticamente esa jurisprudencia para facilitar su conocimiento, aplicación o invocación por los órganos judiciales, funcionarios, abogados y cualquier persona interesada. Es de sumo interés se haga llegar al

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

Ministerio de Justicia y a los órganos y administraciones competentes esta demanda para su pronta y debida satisfacción.

10.- 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.

11.- Solicitar de la Subcomisión de Extranjería del CGAE el estudio de un Protocolo de actuación profesional ante instancias internacionales regionales jurisdiccionales.

II. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 2ª. EL DERECHO DE ASILO Y LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS POLÍTICOS Y DE SUBSISTENCIA. EL RECHAZO EN FRONTERA

A) Asilo y refugio y protección subsidiaria

a) Coincidimos en la total vigencia y actualidad de la institución del asilo en un contexto internacional en el que se producen persecuciones y violaciones de los derechos humanos por motivo de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social.

b) Coincidimos en la necesidad de profundizar en el análisis e interpretación de los cinco motivos de persecución convencionales, especialmente el de “pertenencia a determinado grupo social” (discapacitados mentales y físicos, enfermos de sida, niños de la calle, etc.) para que pueda ampliarse su aplicación a los nuevos retos del siglo XXI muy diferentes al momento histórico en el que nació la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de Nueva York de 1967.

c) No obstante, expresamos nuestra preocupación por el hecho de que el proyecto “Convention Plus” sea utilizado no para complementar la Convención vigente con la inclusión de nuevos motivos de persecución sino, para restringir su eficacia y aplicación a los ya existentes.

d) Insistimos en la necesidad del mantenimiento de la figura de asilo y del refugio y propugnamos para las legislaciones nacionales y la praxis faciliten el acceso al procedimiento de solicitud.

e) Igualmente creemos necesario un cambio en las políticas tanto de los países destinatarios como de los de origen para atajar algunas de las principales razones de los flujos migratorios: pobreza, abuso de derechos humanos, etc.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

B) ACNUR

a) Consideramos que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tiene un mandato de una vigencia notabilísima en un mundo en el que siguen existiendo numerosos conflictos con desplazados y refugiados, destacando especialmente el papel asignado al mismo por la legislación española de asilo.

b) Trasladamos al Consejo General de la Abogacía Española la preocupación de que en la anunciada reforma de la Ley española de asilo y refugio, con motivo de la transposición de las últimas Directivas europeas, se recorte el papel del ACNUR en el procedimiento.

C) Derecho de asilo y refugiados en la Unión Europea

a) Se constatan las tendencias restrictivas al derecho de asilo en el seno de la Unión Europea, con la elaboración de Directivas que contienen estándares de mínimos.

b) Nos preocupa que se pueda llegar a restringir el principio de *non refoulement*, protección esencial y nuclear del derecho de todo refugiado, con referencia a la posible amenaza a la seguridad del Estado.

D) Tercer país seguro y derecho a solicitar asilo

Discrepamos de la aplicación del concepto de “tercer país seguro” como único criterio para inadmitir a trámite o denegar el asilo sin atender al conjunto de circunstancias que concurren al caso.

E) Principales dificultades de los solicitantes de asilo en España

a) Debido a la celeridad de la fase de inadmisión a trámite, destacamos la importancia que tiene la primera entrevista en toda solicitud de asilo, debiéndose extremar el cuidado en asistencia letrada, de intérprete y resto de operadores jurídicos y administrativos.

b) En ocasiones la asistencia letrada se presta con posterioridad a la cumplimentación del formulario de solicitud de asilo.

c) Se constata la dificultad existente para que el abogado se entreviste con su cliente una vez fuera de las dependencias policiales o administrativas, puesto que la asistencia de intérprete en la práctica no va más allá de la solicitud inicial.

d) Se constata que es habitual que potenciales solicitantes de asilo no han sido debidamente informados de su derecho a solicitar asilo y además, en muchas ocasiones, se encuentran ingresados en centros de internamiento de extranjeros en espera de la ejecución de su expulsión del territorio nacional, con lo que se impediría la admisión a trámite y reconocimiento potencial de su condición de refugiado.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

F) Persecución por motivos de género

a) Aquellos daños que violan derechos humanos fundamentales deberían ser reconocidos como persecución, por ej. la ablación genital femenina, matrimonio forzado, violencia doméstica brutal, esclavitud sexual, etc.

b) Bajo el concepto de “agentes de persecución” habrá de entenderse que se incluye a actores tanto estatales como privados (esposos, padres, miembros de la sociedad, etc.) no estatales allá donde las autoridades sean incapaces o no quieran ofrecer protección.

c) La pertenencia a un grupo social determinado puede ser a veces el fundamento apropiado de la Convención de Ginebra de 1951 cuando se persigue a la solicitante debido a su género.

d) Se establece un nexo si el actor no estatal fue motivado por una de las razones o fundamentos previstos en la Convención, o si la incapacidad o la falta de voluntad del estado para otorgar protección fue debido a una de las razones o fundamentos de la Convención.

e) Respecto al procedimiento, debería tomarse en consideración el posible trauma que han sufrido las mujeres solicitantes de asilo y la vergüenza que puede asociarse con las formas de persecución padecidas.

G) Menores solicitantes de protección internacional: especiales cautelas que competen al abogado

a) Los abogados deben prestar especial atención a las pruebas de determinación de la edad que se utilizan actualmente en los procedimientos de asilo por su poca fiabilidad.

b) Se insta a una mayor colaboración de los abogados con los responsables de las CC.AA. que ejercen la tutela y educadores, debido a la mayor especificidad que comportan las peticiones de asilo de menores no acompañados.

c) Detectamos que, en ocasiones y por conveniencia en la tramitación de los permisos de residencia, las instituciones de acogida de menores y la Fiscalía no favorecen la tramitación del procedimiento de asilo.

H) Rechazo en frontera

a) El derecho de asistencia letrada ha de ser real y efectivo en frontera y no sólo para asistir a la notificación del expediente.

b) Mostramos nuestra preocupación sobre las últimas actuaciones que están teniendo lugar en varios puntos de la frontera entre España y Francia, de rechazos en frontera prescindiendo del procedimiento, y aplicando el Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre readmisión de personas en situación irregular de 26-11-2002 (que entró en vigor el 21-12-2003).

I) Protocolos de actuación

- Turno especializado asilo:

a) Recomendamos la creación de un Turno de oficio especializado en asilo, fundamentalmente en aquellos Colegios en cuya demarcación hay frontera (puertos, aeropuertos) o se constate la necesidad.

b) Consideramos que es fundamental una formación específica en materia de asilo y refugio para aquellos abogados que se encuentren en los Servicios de atención al inmigrante y turnos generales de extranjería.

- Papel del abogado en procedimientos de asilo:

a) Recordamos la utilidad de contactar con la oficina del ACNUR en España para poder acceder a la información que ésta conoce y propiciar entrevistas con los solicitantes para favorecer la admisión y, en su caso, reconocimiento del estatuto.

b) Instamos a que los abogados que asisten a los solicitantes de asilo con admisión a trámite hagan un seguimiento del expediente administrativo, a fin de que llegue a la CIAR con el mayor número de pruebas posible para su concesión.

c) Se recomienda a los abogados que asisten a solicitantes de asilo en territorio español que hagan valer el derecho del extranjero a ser asistidos por intérprete durante todo el procedimiento a fin de que puedan conversar con su cliente cuanto necesiten con posterioridad a la cumplimentación de la solicitud.

d) Realizar las acciones que se precisen en colaboración con organizaciones internacionales y ONG a fin de evitar la tendencia a renunciar a la asistencia letrada que se da entre los solicitantes de asilo en territorio español.

- Polizones:

a) Recomendamos que, desde el momento en que el Colegio de Abogados o el Servicio de Turno de oficio tenga constancia –aunque sea oficiosa– de la existencia de un polizón a bordo de un barco, se persone en el mismo un letrado del turno de oficio si existe autorización del capitán o de la consignataria, a fin de que pueda entrevistarse con él y asesorarle respecto a su situación y necesidades concretas, y en su caso, del derecho a solicitar asilo.

b) Instar a la modificación de la Instrucción de abril de 2002 de la Dirección General de Extranjería e Inmigración en el sentido en que lo ha hecho el Defensor del Pueblo para:

1. Atender a los polizones mientras el buque permanece en aguas jurisdiccionales españolas y no solo cuando entre a puerto.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

2. Garantizar la asistencia letrada al polizón desde el momento de la primera entrevista de la Policía, con independencia de que solicite asilo o manifieste intención de entrar en territorio nacional.

3. No impedir a los letrados y ONG especializadas el acceso al buque previa autorización del capitán o de la consignataria.

4. Modificar el guión de la entrevista inicial para permitir que el polizón pueda expresar claramente su deseo de entrar en España o de acogerse a cualquier modalidad de protección internacional en nuestro país.

c) RECOMENDAMOS el fortalecimiento de las relaciones con los Colegios de Abogados de Marruecos y Francia a fin de poder coordinar y atajar los problemas de aquellas personas potenciales demandantes de asilo que son devueltos a Marruecos y a Francia en virtud de los Acuerdos de Readmisión con ambos países.

d) RECOMENDAMOS una mayor colaboración entre los Colegios de Abogados, Turnos de oficio y servicios de orientación al inmigrante con la oficina del representante de ACNUR en España y resto de ONG que trabajan con solicitantes de asilo.

III. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 3.ª REAGRUPACIÓN Y VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS MIGRANTES

PRIMERA.- Denunciar la violación por el Estado Español del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que protege el derecho a vivir en familia.

El Estado Español no garantiza un procedimiento administrativo preferente que haga efectivo el derecho a la vida en familia del reagrupante. La práctica administrativa más extendida y preocupante es el sistema de CITA PREVIA que se ha instaurado en la mayoría de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Se constata, escasez de personal y demoras de más de un año para iniciar el procedimiento administrativo de Reagrupación Familiar, así como las demoras injustificables y la discrecionalidad por parte de los Consulados en la tramitación de los visados de Reagrupación Familiar.

Propuesta:

Instamos a la Administración a que ponga en marcha un Política de inmigración que tenga en cuenta el Derecho a vivir en Familia como pieza clave de la integración de los extranjeros en España.

Instamos al Consejo General de la Abogacía Española y a los Colegios de Abogados a presentar las pertinentes quejas ante las Subdelegaciones y Delegaciones correspondientes que garanticen el ejercicio efectivo del Derecho a la Reagrupación Familiar.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

SEGUNDA.- Denunciamos la disparidad de criterios existentes en las distintas provincias a la hora de tramitar los procedimientos de Reagrupación Familiar y la inseguridad jurídica (general a todos los procedimientos de extranjería) en la que tenemos que trabajar los Letrados al no existir un procedimiento común aplicable en la práctica.

Propuesta:

Instamos a la Administración al desarrollo inmediato de todas aquellas Órdenes Ministeriales a las que se remite el RD 2393/2004 y, especialmente, la prevista en su artículo 42.2.d).

Además, sugerimos al CGAE la apertura de un Foro en la página web del Consejo con acceso por parte de todos los Letrados donde poder dejar constancia de las distintas prácticas y disfunciones administrativas a fin de que sean puestas en conocimiento de la Administración por parte de la Subcomisión de Extranjería.

TERCERA.- Denunciar la escasez de medios y de personal de los consulados españoles en el extranjero, las dificultades de los Letrados para actuar en los procedimientos consulares (obtención de información, acceso, contacto telefónico o por correo electrónico, obtención de copias selladas etc.), así como la deficiente y en algunos casos errónea información que el Ministerio de Asuntos Exteriores facilita a través de las webs existentes y de los propios consulados. Nos unimos a lo manifestado por el defensor del Pueblo en sus informes anuales, constatando que, si no se ponen los medios para acometer una adaptación sustancial a las nuevas necesidades, la gestión ordenada de los flujos migratorios será inviable.

Propuesta:

Proponer al Consejo General de la Abogacía Española:

1. Que solicite del MAE la puesta en funcionamiento de páginas webs en todos los Consulados, con información actualizada a la legislación de extranjería aplicable y con instrucciones precisas para los solicitantes de visado.
2. La suscripción de un Convenio con el MAE para la puesta en marcha de un sistema de mediación que sirva de interlocutor válido en las gestiones de los Letrados ante los Consulados españoles.
3. Que inste de manera urgente al MAE se forme de manera adecuada al personal administrativo que atiende las oficinas consulares tanto en lo referente a la atención al ciudadano español y extranjero como a la correcta aplicación de los procedimientos administrativos.
4. Que formule una queja ante el MAE por el anormal funcionamiento de los Consulados de España en especial en lo referido a la tramitación de los visados por Reagrupación Familiar.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

CUARTA.- Denunciar la ilegalidad del artículo 94.2o del Real Decreto 2393/2004.

Propuesta:

Proponer al Consejo General de la Abogacía Española que solicite del Gobierno su derogación inmediata por violar la Convención Internacional de los Derechos del Niño al supeditar el derecho a la documentación del menor al plazo de dos años de estancia en España.

QUINTA.- Con carácter general, proponemos a la Subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía para que dé publicidad e informe de sus actividades y gestiones en la página web del Consejo.

IV. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 4.^a. EL TRABAJADOR MIGRANTE Y EL DERECHO A UN TRABAJO DECENTE

1. Exigencia de condiciones idénticas entre nacionales e inmigrantes (en aplicación del artículo 23 de la Ley de Extranjería).

2. Se exige una igualdad de trato en el disfrute pleno de derechos de los trabajadores migrantes regulares.

3. Dado que la Ley 56/2003 de Empleo recoge como nuevo colectivo de especial dificultad de acceso al empleo a los inmigrantes se hace necesario el desarrollo de medidas de fomento de empleo.

4. No está acompasada la legislación laboral con la ley de extranjería. Los derechos laborales y de Seguridad Social están legislados pensando en nacionales, no reconociéndose en los mismos la situación de los extranjeros.

5. A pesar de la nueva redacción del artículo 36.3 de la Ley de Extranjería éste no introduce nada nuevo con respecto a la legislación anterior en cuanto a los derechos de protección social, los cuales siguen siendo los que estaban siendo reconocidos por la jurisprudencia y que sin lugar a dudas son:

- Contingencias profesionales.
- Maternidad.

6. Para una mayor aplicabilidad del Catálogo de actividades de difícil cobertura sería deseable un mayor protagonismo de la Conferencia sectorial de asuntos laborales.

7. La situación nacional de empleo a través del catálogo de actividades de difícil cobertura no soluciona las expectativas del empresario ni del trabajador.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

Se propone que se tengan en cuenta las propuestas de las CC. AA. en ocupación y que los servicios de empleo valoren las ofertas de forma concreta y no de forma global.

8. El actual modelo de acceso al trabajo de extranjeros sigue sin satisfacer las necesidades de empresarios y sin cubrir la demanda de empleo. Lo que en la normativa se desarrolla como extraordinario en la realidad es lo normal.

9. El hecho de que las Misiones diplomáticas en algunos países inadmitan a trámite una solicitud de visado cuando ha sido dictada una resolución de autorización laboral favorable por el órgano competente en España basándose en la situación irregular del extranjero en España en el momento de la solicitud de autorización es considerada como totalmente ilegal y se propone que sea elevada una queja ante la Dirección General de Asuntos Consulares a fin de que por parte de ésta sean realizadas las recomendaciones oportunas para evitar nuevas situaciones de este tipo.

10. Destacar la escasas pruebas que se admiten para demostrar la relación laboral por parte de los trabajadores migrantes en situación irregular que pudieran acogerse al arraigo laboral. Se propone solicitar una interpretación más amplia de las mismas.

11. Que las instrucciones internas de la Administración sean hechas públicas.

V. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 5.^a. LA VÍA NORMALIZADORA DEL ARRAIGO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS

El marco normativo objeto del presente debate es el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades en España y su integración social con sus sucesivas modificaciones así como su desarrollo normativo en el RD 2393/2004 en los artículos 45 a 47, que por mor de la disposición final cuarta del mismo reglamento, ha dispuesto con relación al supuesto de arraigo laboral, una moratoria de su entrada en vigor que tendrá su efectividad a partir del día 8 de agosto de 2005.

El debate que subyace en estas vías normalizadoras es el propio redactado y la interpretación realizada por las Administraciones implicadas, habida cuenta el protagonismo inédito de la Administración local en estos supuestos así como la interpretación que los operadores jurídicos podrán hacer de este concepto arraigo, en su doble formulación social y laboral.

De esta manera, CONCLUIMOS:

1.- Consideramos necesaria que la descripción normativa tanto del arraigo como de los supuestos en los que puedan dar lugar al reconocimiento de las circunstancias previas a la concesión de la autorización de residencia temporal sean considerados como *numerus apertus*.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

2.- Consideramos que se debe tener especial atención a la Jurisprudencia, en concordancia con la propia exposición de motivos de la ley Orgánica donde el legislador definió la ultima ratio en esta materia.

3.- Consideramos fundamental, la aplicación del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que ha delimitado la Jurisprudencia Europea, en cuanto al derecho a la intimidad y la vida familiar.

4.- Queremos poner de manifiesto la preocupante situación jurídica de los menores, tanto los de los menores españoles cuyos padres se encuentran en situación administrativa irregular, como de los menores extranjeros o incapacitados nacidos en España que plantea el artículo 94.2 del RD 2393/2004 en evidente contradicción con el principio de interés superior del menor.

Asimismo destacar la imposible aplicación del arraigo laboral en la franja comprendida entre la minoría de edad y la edad laboral.

5.- Respecto al procedimiento del artículo 46.2.c) del RD 2393/2004 en cuanto al informe emitido por el Ayuntamiento, existe una gran preocupación por parte de éstos, al otorgarle el Reglamento atribuciones ajenas a las que ya les corresponden y se encuentran reguladas por la Ley de Bases Municipales.

6.- Esta integración comienza por una verdadera garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España –cuya elaboración es tarea y responsabilidad exclusiva de la cultura jurídica– comienza sin duda por la remoción de todos los obstáculos de índole jurídico que actualmente enervan cualquier posibilidad de arraigo.

VI. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 6.ª. PLANES DE INMIGRACIÓN: POLÍTICAS SOCIALES Y DE EMPLEO

Partimos de la inexistencia de una política de inmigración por lo que desde la Mesa se hacen las siguientes:

Propuestas:

1. Formalizar una política de inmigración estatal que parta de un conocimiento de la realidad económica y social actual, consecuencia del consenso social, y que contenga los siguientes elementos:

- Una exposición ordenada y coherente del conjunto de actuaciones que se propongan.
- Que tenga en cuenta la organización territorial con sus mecanismos actuales de integración.
- Que tenga un carácter integral y transversal.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

- Que implique la participación de toda la ciudadanía a través de la educación y formación en derechos, valores y principios fundamentales básicos.
- Que regule adecuadamente la coordinación entre administraciones y agentes implicados.

2. En este sentido instamos al Consejo General de la Abogacía a que anime a los Colegios para que participen y promuevan el debate social a fin de lograr ese consenso.

3. La publicación oficial de todas aquellas normas, instrucciones, circulares y cualesquiera disposiciones que afecten a los derechos y obligaciones de las personas extranjeras en España.

4. La definición del derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, recogidos en el artículo 14, de la Ley 4/2000.

5. El reconocimiento y aplicación de todos los derechos reconocidos, para todas las personas, en los Tratados Internacionales ratificados por España.

VII. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 7.^a. ESPECIALIZACIÓN Y PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PROFESIONAL EN EXTRANJERÍA

1. Se insiste, dada la complejidad de la materia, en la conveniencia de promover en cada Colegio la existencia de un Turno Específico de Extranjería, para garantizar una eficaz y correcta labor de defensa. Existen problemas para esta posibilidad en los Colegios más pequeños, donde a veces sigue existiendo un único turno de penal general, y deberían facilitarse los medios financieros para que fuese posible la existencia de un turno Específico, que aún no se ha extendido a todos los colegios.

2. Es necesario que por los Colegios se imparta una formación específica en materia de extranjería, que debe incluir la formación práctica. Debe avanzarse en la posibilidad de realizar algún tipo de pasantía, con abogados que tengan experiencia en la materia, así como, allí donde ya existen, en los Turnos especializados de Extranjería.

3. Respecto a la formación obligatoria para el acceso y permanencia a los Turnos de Extranjería, aquélla debe ser continua, y plantear como necesario para la permanencia en el Turno de un continuo reciclaje de los letrados inscritos en los mismos, bien a través de cursos anuales, como en algunos Colegios, o al menos con cursos específicos cada vez que haya una modificación legislativa importante. Se considera que no es suficiente un curso inicial para acceder al turno de extranjería, y posteriormente no realizar el oportuno reciclaje.

4. Sobre el acceso a través del Turno de oficio a instancias internacionales de defensa de los derechos de la población migrante, se detecta un gran desconocimiento por parte de los letrados de la forma de articular dichos procedimientos, y de la normativa internacional. Se recomienda facilitar mayor formación en esos aspectos, así como establecer cauces de relación con Colegios de Abogados de otros países.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

5. Se menciona especialmente como recomendación, que debe abordarse la realización de cursos de formación de la materia de extranjería para cualquier abogado que vaya a asistir a extranjeros en cualquiera de los Turnos. El curso básico establecido por el Consejo General de la Abogacía debe ser obligatorio y debe impartirse con este carácter en los Cursos de acceso a la profesión y desde luego a los Turnos Penales y Penitenciario. Se plantea estudiar si el curso de 16 horas es suficiente, o si debería ampliarse.

6. Se considera necesario que los letrados que asistan en procedimientos penales tengan en cuenta el elemento de extranjería, para lo que deben tener formación específica. Especialmente se plantea el caso de los juicios rápidos, y las importantes consecuencias de las conformidades, que muchas veces no son tenidas en cuenta por los letrados, por desconocimiento de la materia de extranjería.

7. Se recomienda que desde la Subcomisión de Extranjería se impulse la formación mínima en materia de extranjería en todos los turnos, tanto penal general, como familia, penitenciario... dada la transversalidad de la extranjería, que afecta a todos los casos en que hay un elemento extranjero. Debe evitarse que haya letrados que lleguen a asistir a un extranjero por medio de un turno de oficio, desconociendo totalmente la normativa básica que le afecta.

8. Se destaca el tema de la representación de los extranjeros por parte de los letrados. Es un tema que preocupa mucho, y se recomienda continuar con la aplicación de los protocolos que se fijaron para este tema.

9. Insistir en solicitar la modificación de la Ley 14/2003, especialmente en cuanto al tema de la representación, para volver a la normalidad administrativa. Se constata un retroceso, tanto en el tema de la representación, como de acceso a dependencias administrativas, acceso a expedientes, en definitiva de acceso del administrado al proceso administrativo debido. Se concluye dirigir a la Secretaría de Estado el malestar de los letrados en estos aspectos que afectan a la práctica profesional y al derecho de defensa.

10. Se recomienda seguir insistiendo en el protocolo de cooperación intercolegial fijado en el congreso de Córdoba, y concretamente el tema del auxilio colegial, que prácticamente no se ha desarrollado.

11. Se recomienda que se promuevan dentro de cada Colegio, foros de debate y de intercambio de experiencias entre los letrados, así como de puesta en común de sentencias que afectan a la extranjería. En este sentido se propone trabajar en desarrollar los diversos medios tecnológicos a fin de facilitar esta tarea a través de las Webs existentes y principalmente la Web del CGAE.

12. Debe promoverse la coordinación con los Servicios Sociales autonómicos y locales existentes, dada la importancia actual del papel de los mismos en la elaboración de los informes que deben realizar, tanto en materia de arraigo, como de vivienda. Desde la Subcomisión debe intentarse la unificación de los criterios que vayan a regir para dichos informes.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

13. Unificar criterios en el uso de los medios telemáticos para acceso a expedientes y presentación de los mismos. Debe promoverse la firma de acuerdos con las diferentes Administraciones para que la certificación digital emitida por el Consejo General de la Abogacía sirva para la presentación y gestión de expedientes. Se considera un medio positivo que hay que seguir desarrollando.

14. Se anuncia la apertura de un buzón en el CGAE, para el traslado de quejas y sugerencias, extranjeria@cgae.es, cuyo uso se recomienda para hacer llegar todas las cuestiones que creamos oportunas. En las comunicaciones se deberá expresar: el nombre y apellidos del letrado, Colegio y número de Colegiación.

15. Intentar mejorar la relación del CGAE con la Dirección General de Extranjería del Ministerio de Asuntos Exteriores. Tanto para que mejore el funcionamiento de consulados y otras dependencias, como para el traslado de quejas e informaciones.

16. Por último, se recuerda el tema de la vía para exigir la responsabilidad patrimonial de la administración, en caso de funcionamiento anormal de la misma. Y otros recursos de responsabilidad de los funcionarios por inactividad, demora y otras actuaciones. Vías que se constata son poco utilizadas por los letrados.

VIII. CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 8.ª. RÉGIMEN SANCIONADOR, GARANTÍAS Y RÉGIMEN JURÍDICO

1.- Se valora positivamente las reformas introducidas por el nuevo Reglamento en la previsión del artículo 142 cuando en expulsiones de extranjero encartado en procedimiento judicial por delito o falta se establece la necesaria audiencia del acusado y de las partes, así como la del artículo 131.4 cuando se recupera el derecho de audiencia sobre la propuesta de sanción cuando se ha pedido petición de prueba; y la sustitución por salida voluntaria prevista en el artículo 141.8.

2.- Los procesos de devolución masiva sin expediente en las fronteras de Irán, La Jonquera, Ceuta y Melilla vulneran los artículos 22 y 26 de la LOEX en cuanto al derecho a la asistencia letrada y exigimos el cumplimiento de la Ley, dado que los acuerdos internacionales de readmisión vinculan a los estados entre sí, pero no les exime de aplicar a los particulares los derechos de éstos previstos en las leyes.

3.- El artículo 59 se aplica con arbitrariedad y sin seguridad jurídica, por lo que exigimos una aplicación conforme a Derecho, sin necesidad de sentencia condenatoria previa, y que puedan acogerse a ello todos los que colaboren con la Justicia.

4.- Exigimos la derogación del artículo 89 del Código Penal y en todo caso recordamos que en la aplicación de éste debe respetarse el derecho de audiencia al condenado.

Conclusiones del 15 Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III

5.- Se solicita la derogación de la disposición adicional decimoséptima de la LOPJ.

6.- Recordamos la inconstitucionalidad de la denegación de solicitudes de normalización por causas penales pendientes. Asimismo recordamos que los antecedentes resultantes de los delitos cometidos antes del 1 de octubre de 2004 y cuya pena resulte suspendida deben quedar inscritos en el registro de acceso restringido por Jueces y Tribunales.

7.- Manifestamos la ilegalidad de la preceptividad del procedimiento preferente de expulsión en los casos de estancia irregular, ignorando así el principio de proporcionalidad de todo procedimiento sancionador.

8.- Entendemos que el artículo 57.2 LOEX incumple el principio de legalidad en cuanto a que no concreta el grado de la infracción cometida, y recordamos que su aplicación no resulta necesaria en todo caso.

9.- Reivindicamos la doble notificación de las resoluciones de expulsión, tanto al interesado como al letrado, y exigimos una explicación de por qué ésta se retiró del texto reglamentario en el último momento.

10.- Instamos a las Juntas de Gobierno de los distintos Colegios de Abogados su implicación en la reivindicación de que se cumplan las garantías del derecho de defensa a los inmigrantes.

11.- Es necesario un mayor respeto a las distintas confesiones religiosas y que se evite el maltrato físico, psíquico e institucional a los inmigrantes.

12.- La modificación de las devoluciones en la última reforma legal ha supuesto una transformación de su naturaleza, convirtiéndolas en sanciones, por lo que se exige el debido procedimiento reglado que garantice efectivamente el derecho de defensa.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Inmigración y extranjería: control, empleo e integración social.

(Cursos de verano 2005. Universidad de La Laguna)
18-22 de julio de 2005, Adeje (Tenerife).

A CELEBRAR

- ✓ Migraciones y Refugio.

24-26 de agosto de 2005, Centro Cultural “Bernardino Rivadavia”
Santa Fe (Argentina).

- ✓ Las migraciones internacionales y la extranjería hoy.

(Cursos de verano 2005. Universidad de Zaragoza)
31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 2005. Jaca.

- ✓ Los Conflictos en Oriente Medio.

(Cursos de verano 2005. Universidad Internacional de Andalucía)
12-16 de septiembre de 2005. La Cartuja (Sevilla).

- ✓ La residencia temporal en supuestos excepcionales: el arraigo laboral y sociofamiliar.

22 de septiembre de 2005, Zaragoza (Facultad de Derecho).

- ✓ La movilidad en femenino.

16-19 de noviembre de 2005, Tánger (Marruecos).

- ✓ Extranjería, Derecho Penal y Penitenciario.

15 de diciembre de 2005, Zaragoza (Colegio de Abogados).

ÚLTIMA HORA

Por su trascendencia para el Proceso de Normalización incluimos la contestación ofrecida por el Foro de Normalización a una consulta de la Oficina de Extranjeros de Cantabria en relación con la situación de los expedientes de normalización en el caso de no producirse el alta del trabajador normalizado en Seguridad Social.

NORMALIZACIÓN: NO ALTA DEL TRABAJADOR EN SEGURIDAD SOCIAL

Desde Madrid, el Foro de Normalización nos traslada una modificación que puede ser interesante para aquellos casos en los que no se produce el alta del trabajador normalizado en Seguridad Social:

- Expedientes resueltos favorablemente en los que la empresa o el empleador solicitante no formalizan el alta. Aportado al expediente el desistimiento formal de la empresa o empleador, o constatada la imposibilidad de que el alta se materialice por desaparición del solicitante o causas de fuerza mayor, el trabajador interesado podrá solicitar la continuación del expediente aportando un nuevo contrato de trabajo con empresa o empleador distinto. La unidad de trámite realizará, respecto del nuevo empleador, los mismos trámites y comprobaciones que respecto del original.
- Cuando el expediente hubiera sido denegado exclusivamente por la existencia de deudas de la empresa o empleador con la Seguridad Social o Hacienda, la aportación de nuevo contrato de trabajo con empresa o empleador distinto podrá realizarse por el trabajador interesado en fase de recurso.

Recordamos que no podrá iniciarse ninguna actuación en los casos en los que haya una resolución favorable en vigor, por lo que habrá de esperarse a la expiración del plazo de los 30 días para la producción del alta, salvo que constara desistimiento. En este sentido, y atendiendo a las diferentes consultas planteadas, si el trabajador acudiera manifestando que el empleador no ha normalizado el alta en Seguridad Social, podrá concedérsele un plazo de 1 mes (desde el día siguiente a aquel en que ha quedado agotado el período para dar de alta) para que realice alegaciones y presente nuevo contrato de trabajo. Pasado ese tiempo, cualquier solicitud será inadmitida a trámite por extemporánea.

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.