

revista de

**DERECHO
MIGRATORIO Y
EXTRANJERÍA**

editorial

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

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

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 2003

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y la protección de las mujeres frente a las violaciones de sus derechos fundamentales**
KAREN MUSALO
- [24] **II. Sujeto legitimado, sujeto interesado y sujeto afectado en el proceso de regularización “normalización” de inmigrantes del 2005**
EDUARD SAGARRA TRÍAS
- [37] **III. Política educativa e inmigración**
PAULA BENITO BALTASAR

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER: XV ENCUENTRO DE ABOGADOS SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA (10 AÑOS DE ENCUENTROS)*

- [61] **I. XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería**
- [83] **II. La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración**
EDUARDO ROJO TORRECILLA E IGNACIO CAMÓS VICTORIA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [109] **Índice analítico de voces**
- [109] **Asilo**
 - [115] **Visado**
 - [118] **Expulsión**
 - [123] **Permiso de residencia**
 - [127] **Permiso de trabajo**
 - [135] **Derecho Penal**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[139] **Homologación de títulos**

[140] **Nacionalidad**

[144] **Régimen comunitario**

[149] **El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería**
Crónica jurisprudencial del año 2004

KATIA FACH GÓMEZ

[183] **Expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Falta de notificación al letrado-representante. Medidas cautelares. Posibles responsabilidades penales**

IÑAKI ALMANDOZ

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

[191] **I. Crónica legislativa de un semestre**

[191] **Fuentes internas**

[192] **Fuentes internacionales**

[193] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[205] **Notas bibliográficas**

[215] **I. La Constitución Europea y ... los extranjeros**

PASCUAL AGUELO NAVARRO y ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[227] **II. Proposición para reconocer el sufragio de los migrantes en España**

SUSANA RODERA RANZ

[231] **III. La política de inmigración adoptada en Canadá con ocasión de las más recientes reformas y su contribución al debate interno en España y en la Unión Europea**

IGNACIO CAMÓS VICTORIA

[261] **IV. Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar**

ELENA ARCE JIMÉNEZ

[271] **V. Última hora. Avanza la ratificación de la convención de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

EDITORIAL

Cuando este número 8 de la REDMEX esté en vuestras manos, el Proceso de normalización laboral estará a punto de finalizar, el 7 de mayo. En el momento de escribir estas líneas, tras pasado ya el meridiano del plazo previsto, se ha hecho público el balance a mes de abril, que ofrece una importante cifra de más de trescientas mil personas regularizadas.

De continuar la tendencia y no procederse a variar los criterios actuales, –a día de hoy todavía se discute sobre la oportunidad de flexibilizarlos–, el número final podría aproximarse a cuatrocientos mil, lo que dejaría a casi medio millón de personas en situación irregular, poniendo a prueba los mecanismos administrativos normalizadores previstos en el recién estrenado Reglamento y desde luego a los Planes de inmigración y empleo de las Comunidades Autónomas.

Confiamos que el Gobierno será sensible a todo ello y abordará con un criterio amplio y generoso la regularización del mayor número de personas susceptibles de permanecer en España, en condiciones de vida dignas y de un trabajo decente.

En este segundo trimestre del año tendrá lugar el 15 Encuentro Intercolegial de Abogados de Derecho de Extranjería, a celebrar en Zaragoza y que contará, entre otros, con la destacada participación de Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la ONU para los Derechos de las Personas Migrantes. Como cada Curso la reunión supone un excelente momento para repasar los temas más importantes del quehacer cotidiano y compartir experiencias y extraer conclusiones para el período más próximo.

Los límites internacionales de las políticas migratorias estatales y la tensión “laboralización vs gubernamentalización” son los dos grandes ejes que servirán de marco a las ocho Mesas de trabajo diseñadas por el Encuentro. Atentos a esta importante reunión la REDMEX dedica el Dossier de este número 8 a recoger el Programa y los Cuestionarios de las Mesas de Trabajo, así como un artículo introductorio a las Ponencias Generales elaborado por Eduardo ROJO e Ignacio CAMÓS.

Además, la REDMEX, en sus diferentes apartados, Artículos, Dossier, Noticias, recoge un buen número de trabajos de diversa índole y extensión que combinan aportaciones doctrinales y de investigación, junto con otras reflexiones de contenido eminentemente práctico.

Las habituales secciones Crónica Jurisprudencial y Legislativa, en las que destacan el trabajo jurisprudencial sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Boletín Europa en Breve, completan este número 8.

Las conclusiones del 15 Encuentro de Abogados de Derecho de Extranjería, el balance definitivo del Proceso de normalización, la puesta en marcha del Reglamento y las anunciadas nuevas reformas legislativas centrarán los trabajos del próximo número.

Mientras tanto, esperamos que este número sirva de aperitivo y nos ayude a sobrevivir hasta la enésima próxima reforma de esta vapuleada materia.

Y como siempre, solo nos resta desearos una buena y provechosa lectura de la REDMEX.

Artículos

KAREN MUSALO

Abogada y profesora del Hastings College of the Law, University of California
(musalo@pacbell.net)

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y la protección de las mujeres frente a las violaciones de sus derechos fundamentales

RESUMEN

LA CONVENCIÓN DE 1951

Este artículo es un análisis comparativo de la jurisprudencia y política sobre casos de asilo basado en persecución relacionada con el género. En los Estados Unidos todavía no se ha resuelto la cuestión de asilo por víctimas de persecución por razones del género. El artículo proporciona una historia de la experiencia en los Estados Unidos, y la discute en comparación a los desarrollos en la Unión Europea. Al fin, el artículo propone algunas recomendaciones dirigidas a España.

ABSTRACT

THE CONVENTION OF 1951

This article is a comparative analysis of the jurisprudence and policy about cases of asylum based on persecution related with gender. In the United States the question about asylum to victims of persecution because the gender is not yet solved. The article gives an story of the experience in the United States and argue it in comparison with the developments in European Union. At the end, this article proposes some suggestions to Spain.

Desearía dar las gracias a la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Instituto Vasco de la Mujer-Emakunde por organizar esta conferencia e invitarme a participar en ella. Es un placer el estar aquí para discutir este tema, puesto que ésta es una cuestión de vida o muerte para tantas mujeres.

Me gustaría empezar formulando una pregunta. ¿Por qué razón en el año 2004 a las mujeres que huyen debido a violaciones de sus derechos humanos fundamentales se les deniega la protección ofrecida por el Estatuto de Persona Refugiada?

Compartiré con Uds. unos pocos casos recientes:

– En una demanda presentada en el Reino Unido, una joven de Kenia presentó un testimonio con toda credibilidad de que su padre se había convertido en miembro de una secta concreta en la cual se realizaba la ablación genital a las mujeres. Él exigió que tanto la joven que presentaba la demanda, como su hermana y su madre se sometieran a esta práctica. La madre fue forzada a someterse a la ablación genital, muriendo poco después a consecuencia de sus heridas. Tanto la solicitante de la demanda como su hermana fueron entonces golpeadas para forzarlas a someterse a esta práctica y la propia solicitante fue violada por ofrecer resistencia. Huyó al Reino Unido, en donde su solicitud para adquirir el estatus de refugiada fue rechazada¹.

– En una solicitud realizada en Suecia, a una mujer de Bangla Desh que fue violada por un grupo de opositores políticos se le denegó la protección porque no se consideraba que la violación fuera una de las razones argüidas para ello en la Convención –raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social concreto– ni fue considerada como algo lo suficientemente serio como para que se le otorgara el estatuto de refugiada².

– En una solicitud presentada en los Estados Unidos una joven albana fue raptada y violada en repetidas ocasiones por un hombre que tenía conexiones con la esfera política y que planeaba traficar con ella con el propósito de prostituirla. Ella se las arregló para escapar a los Estados Unidos en donde supo a través de sus familiares que el hombre había dicho a su propia familia que la mataría si volviera. Se le denegó el estatus de refugiada y su caso se encuentra en este momento en proceso de apelación³.

¿Por qué se deniega dicho estatus en estos casos? Algunas personas responsabilizarían de esto a la propia Convención de 1951 en Relación al Estatuto de Persona Refugiada (Convención del Refugiado), cuyo origen radica en el período de post-guerra tras la Segunda Guerra Mundial. Alegarían que la definición de refugiado de la Convención no incluye el género como causa de persecución y que ésta ha sido la causa de la carencia de esa protección. Hay personas que llegarían

(1) Secretaría del Departamento de Interior (12 de febrero de 2004) (I.A.T.).

(2) Reportaje publicado en Crawley y Trine ACNUR: *Análisis Comparativo de la persecución relacionada con el género en la legislación nacional de asilo y su práctica en Europa*, 153, mayo 2004.

(3) Decisión sin publicar, archivada en el Centro de Estudios de Género y Refugiados.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y las mujeres

incluso más lejos y dirían que sería un uso erróneo del régimen de protección del refugiado el ampliar la protección a mujeres que huyen de la persecución, como en el caso de la ablación genital o la violencia doméstica. Se refieren a estas formas de persecución denominándolas “prácticas culturales” y adoptan la postura de que sería impropio intervenir en otras sociedades para otorgar protección a aquellas mujeres que buscan escapar de tales daños.

Sin embargo y por otra parte, están aquellos que mantienen tajantemente que aquellas mujeres que huyen debido a violaciones de sus derechos humanos fundamentales deberían ser protegidas, tanto si el daño sufrido se engloba dentro de las denominadas “normas culturales” como si no lo está. Estas personas están en desacuerdo con la interpretación de la definición de “refugiado” de la Convención de 1951 según la cual se priva de protección a las mujeres y se muestran de acuerdo con la postura de ACNUR que afirma que “... la definición de refugiado, interpretada en la forma debida ... cubre aquellas solicitudes formuladas relacionadas con el género”⁴. Desde esta perspectiva la falta de protección viene de la forma de interpretar y aplicar la Convención.

Esta controversia acerca de la protección de las mujeres como refugiadas al amparo de lo dispuesto en la Convención del Refugiado de 1951 continúa produciéndose en muchos países del mundo. Es objeto de un intenso y todavía no resuelto debate dentro de los Estados Unidos. Ésta es una cuestión especialmente significativa dentro de la Unión Europea y en relación al contexto de armonización de las políticas de inmigración. Aunque han existido un cierto número de desarrollos dentro de la Unión Europea, no existen directivas ni normas en el ámbito de la Unión Europea sobre el tema de la persecución por razones de género.

Con respecto a las políticas, una cuestión muy significativa sigue en el aire, tanto dentro de la Unión Europea, como más allá de sus fronteras. Tal y como probablemente puede deducirse de lo que he expuesto hasta ahora, yo no soy una observadora neutral de este debate. Mi postura es que aquellas mujeres cuyos derechos fundamentales son violados no están excluidas de la definición de “refugiado” incluida dentro de la Convención de 1951. Creo que esta postura está apoyada claramente por las normas y principios internacionales y que los argumentos a favor de lo contrario se basan en un mal entendimiento de estos principios. La conferencia de hoy proporciona una valiosa oportunidad de examinar los argumentos expuestos por ambas partes con respecto a este tema y contribuyen al diálogo continuo con respecto a la protección de aquellas mujeres que tienen que huir de la persecución llevada a cabo por razón de su género.

El instrumento internacional básico lo constituye en 1951 la Convención de la Persona Refugiada y su protocolo del año 1967. Estos instrumentos definen al refugiado como una persona que “padece un miedo bien fundado de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad,

(4) Directrices sobre Protección Internacional: Persecución relativa al género dentro del contexto del artículo 1.^º (2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo relativo al estatus de la persona refugiada, 6 (de ahora en adelante “Directrices de Género de ACNUR”) HCR /GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

pertenencia a un grupo social concreto o por sustentar una determinada opinión política”⁵. Se entiende que la definición de refugiado precisa pruebas de: (1) Un miedo razonablemente objetivo ante un daño que sea lo suficientemente serio para ser considerado “persecución”, (2) que entrañe algún nivel de responsabilidad estatal, (3) la cual esté ligada o presente un “nexo” con la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social concreto o la defensa de una opinión política.

Las barreras en contra de las mujeres que se percibe que surgen de esta definición son de tres tipos.

En primer lugar, los daños que se infligen a las mujeres a menudo no son considerados como persecución. A veces esto se debe a que dichos daños pueden ser consentidos o requeridos por la cultura o la religión. La ablación de los órganos genitales femeninos, el matrimonio forzado, la violencia doméstica o las normas sociales represivas que son discriminatorias y son impuestas a las mujeres, podrían ser un ejemplo de lo anteriormente expuesto.

En segundo lugar, los perpetradores de dichos daños a menudo son actores no estatales, tales como los esposos, padres o miembros del grupo comunitario extenso al que pertenece la solicitante, o la propia sociedad... Aunque un cierto número de partes implicadas en la Convención aceptan que la persecución ejercida por actores no estatales constituye una base de protección allá donde el gobierno no quiere o no puede controlar a estos actores, este reconocimiento ha tardado en producirse y no es aceptado por todas las partes que ratificaron la Convención del Refugiado.

En tercer lugar y quizá éste sea el aspecto más importante, los daños sufridos por mujeres a menudo no se considera que se hayan producido “por motivo de” o que tengan una relación causal con uno de los cinco fundamentos incluidos en la definición de la Convención. En términos generales, existirían dos tipos de circunstancias en las que aquellas personas que están a cargo de la toma de decisiones no encuentran el nexo causal con alguno de los fundamentos de la Convención.

En primer lugar, ocurre a menudo que el daño sufrido por una mujer solicitante es “específico de su sexo” y por lo tanto es diferente al que pudiera ser sufrido por un hombre. Un hombre puede ser golpeado, mientras que una mujer puede sufrir violencia sexual como, por ejemplo, una violación. Si un hombre es golpeado durante un conflicto político o torturado después de haber practicado su religión abiertamente en un país en el que dicha práctica no está permitida, se presume que la paliza o la tortura es debido a razones de opinión política o a razones de índole religiosa. Sin embargo, si una mujer es violada durante un conflicto político o violada tras haber practicado abiertamente su religión, a menudo no se presumirá que esto es debido a razones de opinión política o índole religiosa. En vez de esto, el hecho será visto como expresión del deseo sexual por parte del perseguidor. Esta caracterización de la violación persiste aunque la propia historia –incluyendo la historia reciente en Ruanda

(5) Convención del Refugiado de 1951, supra, n.º 1, artículo 1.A).2.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y las mujeres

y en la antigua Yugoslavia– nos muestra que la violación se utiliza como estrategia de guerra y como una forma de persecución política, religiosa o étnica.

El segundo reto para el establecimiento de un nexo aparece cuando la persecución no es “*específica de ese sexo*” sino “*basada en el sexo*”. Lo que he descrito han sido casos en los que se persigue a las mujeres por lo que yo denomino los fundamentos “tradicionales” de la Convención –raza, religión, nacionalidad u opinión política– y no se considera que la persecución se realice con base en uno de estos fundamentos, porque la forma de persecución es específica de ese sexo, es decir, existe cierta forma de asalto sexual. Sin embargo en otros casos se persigue a las mujeres no en relación a alguno de estos fundamentos tradicionales, sino diríamos más bien que son perseguidas simplemente debido a su sexo. El tratamiento dado a las mujeres en el régimen talibán en Afganistán, el ritual de la ablación femenina o la práctica de los matrimonios forzados son todos ellos daños impuestos *debido al sexo* de la solicitante. Casos como éste, en los que la principal razón de la persecución es el género, afrontan el reto de encajar dentro de un fundamento de la Convención, ya que el género no constituye uno de los cinco fundamentos de la misma, aunque, tal y como deseo debatir, una solución para estos casos sería analizarlos englobándolos en el fundamento de “pertenencia a un grupo social concreto”.

Además de estos obstáculos contra la protección de las mujeres, que surgen de la definición sustantiva de refugiado, existen también cuestiones de procedimiento que desfavorecen a aquéllas. Una mujer puede encontrar muy difícil el expresar su petición debido a la a menudo humillante y privada naturaleza del daño sufrido –violación, esclavitud sexual, ablación genital femenina–. O cuando una familia solicita protección, el procurador o entrevistador puede asumir que el solicitante masculino es el que presenta los hechos que apoyan la petición y puede que no interrogue o entreviste de forma adecuada a la solicitante femenina. Los procedimientos acelerados de determinación del estatus de refugiado a menudo exacerban la dificultad que las mujeres pueden tener en expresar sus peticiones.

Por lo tanto, resulta evidente que existe un número de obstáculos sustantivos y de procedimiento con respecto a las peticiones de asilo basadas en el género. En respuesta a dichos obstáculos, al principio del año 1988 ACNUR⁶ y otros organismos⁷ de la ONU comenzaron a

(6) *Conclusiones sobre las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional*, Comité Ejecutivo de ACNUR, sesión número 36, n.º 39 (1985), supra n.º 14; *Conclusión sobre Mujeres Refugiadas*, Comité Ejecutivo de ACNUR, sesión n.º 39, número 54 (1988), disponible en http://www.UNHCR.ch/cgi_bin/texis/vtx/home/opendoc.htm?tbl=EXCMO.&id=3ae68c4370&page=exec; *Conclusiones sobre las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional*, Comité Ejecutivo de ACNUR. Sesión 41, n.º 64 (1990) disponible en http://www.UNHCR.ch/cgi_bin/texis/vtx/home/opendoc.htm?tbl=EXCMO.&id=3ae68c441f&page=exec; *Conclusiones sobre la Protección al Refugiado y la Violencia Sexual*, sesión 44, n.º 73 (1993), supra n.º 15; ACNUR 2002 Directrices sobre Género, supra n.º 6.

(7) Se puede consultar, por ejemplo, el informe *Informe Especial sobre la Violencia ejercida contra las mujeres* que recomienda que “deberían ampliarse las leyes de asilo y la legislación aplicada a los refugiados para incluir peticiones basadas en casos de persecución relacionadas con el sexo, incluyendo la violencia doméstica.” *Informe del Informador Especial sobre Violencia contra las mujeres, sus Causas y Consecuencias*, Sra. Radica COOMARASWAMY, ONU, Comité del alto Comisionado de Refugiados, sesión 52, Capítulo Provisional de la Agenda 9.a), punto IV. 142 (o), Documento de las Naciones Unidas E/CN/196/53 (1996).

promulgar recomendaciones y directrices. Las directrices más recientes de ACNUR salieron a la luz en el año 2002 con la promulgación de las directrices tanto de grupos sociales⁸, como de peticiones basadas en el género⁹. Aunque esta directriz cubre una amplia gama de temas, se han centrado en algunas de las barreras clave en lo que respecta a la protección: la definición de persecución, el factor de los agentes de persecución no estatales, el tema del nexo con un fundamento de la Convención y el enfoque con sensibilidad en el proceso de determinación del estatus de refugiado.

En gran medida, las recomendaciones comparten un enfoque común sobre estos temas, puesto que:

- 1) Recomienda la utilización de un marco de derechos humanos que incluya los derechos de las mujeres para estimar si un daño constituye persecución, 2) acepta que la persecución puede incluir daños infligidos en el ámbito privado por actores no estatales; y 3) sugiere que, si se analizan debidamente, las peticiones de las mujeres a menudo encajan dentro de los fundamentos tradicionales de la Convención de la raza, la religión, nacionalidad y opinión política; y
- 4) Recomienda que, bajo las circunstancias apropiadas, las mujeres pueden constituir un grupo social concreto y es posible establecer un nexo entre la persecución y su pertenencia a su grupo social.

Con este tipo de análisis en mente, permítanme compartir con Uds. lo que ha sido la experiencia sobre este tema en los Estados Unidos. En el año 1993, como parte de una directriz global de ACNUR sobre el tema de las peticiones basadas en el género, el Comité Ejecutivo de ACNUR¹⁰ recomendó que los Estados debían desarrollar directrices apropiadas para dichas peticiones. Los Estados Unidos respondieron, promulgando directrices no vinculantes basadas en el género en el año 1995. Unos pocos meses después de que se adoptaran las directrices de 1995, una joven mujer de Togo que respondía al nombre de Fauziya Kassindja llegó pidiendo protección. Ella era miembro de un grupo étnico, el Tchamba Kusuntu, dentro del cual eran comunes las prácticas de ablación genital femenina y la poligamia forzada. Sus padres, que no estaban de acuerdo con ninguna de esas prácticas la habían protegido de ellas, pero cuando su padre murió fue vendida para casarse y ser posteriormente sometida a la MGF (Mutilación Genital Femenina). Huyó de Togo para escapar de este destino.

(8) Se puede consultar ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional: Pertenencia como miembro a un grupo social concreto*, 19 (ACR/GPI/02/01, 7 de mayo de 2002).

(9) *Directrices sobre Protección Internacional: Persecución relacionada con el género dentro del contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 referente al Estatus de Refugiado* (Denominadas a partir de ahora "Directrices de género de ACNUR") ACR/GPI/02/01, 7 de mayo de 2002.

(10) Comité Ejecutivo de ACNUR, sesión 44, n.º 73.e) (1993), *Conclusiones sobre mujeres Refugiadas y Protección Internacional*.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y las mujeres

De forma inmediata y tras su llegada a los Estados Unidos, fue confinada en un recinto de detención en condiciones muy duras y permaneció allí durante más de año y medio. La Sra. Kassindya solicitó asilo basándose en su bien fundado miedo a la MGF y a la poligamia. El juez de inmigración a cargo de su caso denegó dicha petición, puesto que no consideró que la MGF fuera una persecución, ni estimó que la MGF estuviera relacionada con ninguno de los fundamentos de la Convención. Cuando las directrices de Estados Unidos referentes al género, las cuales mencionan específicamente la mutilación genital como una forma de persecución y sugieren la pertenencia al grupo social como un fundamento posible de la Convención, fueron presentadas a la atención del juez, él hizo constar explícitamente que no tenía por qué adherirse a ellas, puesto que eran no vinculantes y no tenían detrás la fuerza de la ley.

La Sra. Kassindja presentó la apelación de su caso al organismo administrativo de apelación, la Junta de Apelación de Inmigración, ("*BIA*" en su acepción original en inglés) la cual revisa las decisiones de los jueces de inmigración. La BIA expresó su desacuerdo con el juez de inmigración. En una decisión sin precedentes, en el año 1996¹¹, la BIA revocó el veredicto del juez y declaró que la MGF constituía persecución y que la persecución había sido impuesta sobre esa mujer debido a que ella era parte de un grupo social definido por su sexo, así como por su pertenencia a un grupo étnico que requería estas prácticas.

Ésta fue una decisión importante, porque fue la primera vez que un Tribunal de los Estados Unidos dictaminó que la MGF –aunque fuera una norma cultural– era persecución como tal y que el fundamento de pertenencia a un grupo social de la Convención podía ser utilizado en casos de persecución basada en el género.

Al emitir este dictamen, la BIA se basó principalmente en un caso precedente, el denominado "*Matter of Acosta*"¹², caso que no implicaba la cuestión de género, pero en el cual la BIA ya había establecido los principios con los que definir a un grupo social. La BIA había aplicado en *Acosta* el principio interpretativo del "ejusdem generis", el cual significa literalmente "del mismo tipo o clase". La BIA observó que el término "grupo social concreto" debería ser interpretado bajo el prisma de "el mismo tipo o clase" como los otros cuatro fundamentos contemplados en la Convención (raza, religión, nacionalidad y opinión política). Cada uno de estos fundamentos describe una característica acerca de un individuo que, o bien la persona no puede cambiar, o bien no se le debería pedir a esa persona que la cambiara para evitar una persecución. La *raza* de un individuo no es modificable, tal y como tampoco lo es la *nacionalidad* de un individuo, si entendemos el concepto de nacionalidad como indicador del lugar de nacimiento o la pertenencia a un grupo étnico. Y la *religión o las opiniones políticas* de un individuo sí pueden modificarse, pero son tan consustanciales a la identidad o a la conciencia que la persona no debería cambiarlas para evitar la persecución. A partir de este análisis, la Junta concluyó que un *grupo social concreto* debería definirse por características que son inmutables o fundamentales. La Junta proporcionó ejemplos de tales características e incluyó el sexo como

(11) El caso de Kasinga, 21 I & N, Dic. 357 (JAI 1996). Téngase en cuenta que el nombre de la solicitante se deletrea "Kasinga" en el nombre que se dio al caso, aunque se reveló posteriormente que la ortografía correcta de su apellido es "Kassindja".

(12) Caso Acosta, 19 I & N, Dic. 211 (JAI 1985).

el tipo de característica inmutable que podría definir un grupo social. El grupo social en el caso de Fauziya Kassindja fue definido principalmente en razón de su sexo y de su pertenencia a un grupo étnico, siendo ambas características inmutables o fundamentales. La BIA concluyó que la persecución se había realizado en razón de estas características, porque la persecución no hubiera tenido lugar de no haber sido por su sexo y su pertenencia a un grupo étnico.

Poco después de que fuera tomada la decisión de la BIA con respecto al caso *Kasinga*, una mujer de Guatemala llamada Rodi Alvarado Peña solicitó asilo en los Estados Unidos. Su marido, un ex militar, la había golpeado brutalmente durante los diez años de su matrimonio. Rompía ventanas y puertas con su cabeza, la golpeaba violentamente estando embarazada, le tiraba machetes y la amenazaba constantemente con matarla en caso de que intentara dejarle. Ella intentó escapar de él dentro de las fronteras de Guatemala, pero él siempre la encontraba. En una ocasión, cuando él la localizó, la golpeó delante de sus dos hijos hasta dejarla inconsciente. Aquí se produjo un total fracaso de la protección estatal; en respuestas a sus continuas peticiones de ayuda, la policía y los jueces le informaron de que ellos no se implicaban en casos de violencia doméstica.

La Sra. Alvarado decidió finalmente que la única forma de salvar su vida era el huir de Guatemala y viajó hacia el norte para dirigirse a Estados Unidos en donde solicitó asilo. Tomando como base la decisión precedente sobre el caso *Kasinga* un juez de inmigración concedió el asilo a la Sra. Alvarado. El juez concluyó que el abuso físico extremado y constante sufrido era realmente una persecución y encontró la conexión entre la persecución y dos fundamentos de la Convención, el de pertenencia a un grupo social y el de opinión política. El grupo social fue definido por su sexo, nacionalidad y estado marital. El juez concluyó que su marido la acosaba en razón de su sexo y porque estaba casada con él. El juez describió su opinión política como una creencia en su derecho a liberarse de la violencia marital. Debido a que los abusos de su esposo se incrementaron cuando ella intentó oponer resistencia, el juez concluyó así mismo que el abuso se produjo por razones de sus opiniones políticas a favor de esta resistencia.

El Gobierno de los Estado Unidos presentó una apelación contra la concesión de asilo ante la BIA, el mismo tribunal que había otorgado el asilo a Fauziya Kassindja. En 1999 la BIA revocó la concesión de asilo a la Sra. Alvarado. Al revocar esta decisión, la BIA dictó cuatro fallos por separado: en primer lugar que el grupo social descrito, definido por las características de género, nacionalidad y estado marital no estaba reconocido por la ley; en segundo lugar que, incluso habiendo existido maltrato, ella no había sido golpeada en calidad de miembro de un grupo; en tercer lugar que su creencia acerca de que su marido no debía abusar de ella no era una opinión política y finalmente, incluso siendo éste el caso, que la opinión no era la razón por la cual su marido la maltrataba. La conclusión última del Tribunal fue que su marido la golpeaba porque era una persona mezquina y abusiva, pero no por ninguna razón recogida dentro de la competencia de la Convención. Este aspecto del fallo –el que su marido la maltrataba sólo porque era una persona mezquina y no debido a ninguna de las razones incluidas en la Convención– resulta bastante increíble a la luz de la extensa bibliografía que demuestra que la violencia doméstica está motivada por el género y la relación íntima o marital entre las partes.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y las mujeres

Esta decisión sobre el *Caso R-A*¹³ resultó ser extremadamente dañina, puesto que revocó los dos aspectos centrales de la sentencia de Kasinga:

1. Poder definir a un grupo social en razón del género.
2. Concluir que la persecución no hubiera tenido lugar de no haber sido por la pertenencia al grupo social, con lo que se establece la conexión causal requerida.

Se confió en la decisión precedente del *Caso de R-A* para justificar la denegación de protección a muchas otras mujeres que solicitaban el estatuto de refugiado, sobre la base de una persecución en razón de su sexo, incluyendo casos como el tráfico de mujeres y la prostitución forzada, los asesinatos por cuestión de honor, el matrimonio a la fuerza, etc.

Esto impuso un golpe tan fuerte a la protección de las mujeres, que activistas a lo largo de todos los Estados Unidos se organizaron para abogar por un cambio político. Tuvieron éxito en el año 2001 cuando Janet Reno, que era Fiscal General de los Estados Unidos bajo la administración del presidente Bill Clinton, intervino personalmente y declaró nula y sin efecto la decisión negativa. El Departamento de Justicia, que estaba a cargo de promulgar regulaciones sobre inmigración, propuso el establecimiento de nuevas regulaciones para abordar las peticiones basadas en el género de la persona. No voy a profundizar en este momento en los detalles acerca del contenido de las regulaciones propuestas, pero en general puede decirse que fueron positivas.

Sin embargo, estamos a finales del 2004 y el caso de Rodi Alvarado todavía no ha sido decidido y las regulaciones aplicables a este caso siguen sin concluirse. Lo que ha complicado el caso es que el Gobierno de los Estados Unidos ha reorganizado sus funciones relativas a la inmigración en dos agencias: el Departamento de Justicia y el Departamento de Seguridad Nacional. Hace casi un año el Departamento de Seguridad Nacional se manifestó a favor de conceder el asilo a Rodi Alvarado, pero el Departamento de Justicia bajo el mandato de John Ashcroft todavía no ha tomado una decisión. En ausencia de unas directrices claras sobre este tema, existe una falta de consistencia en aquellas decisiones tomadas en casos que se basan en la cuestión de género en los Estados Unidos. En muchos casos se ha otorgado tomando como base el precedente sentado por el caso de *Kasinga*, mientras que en otros casos se ha denegado tomando como base el razonamiento expuesto en el *Caso de R-A*, aunque el veredicto emitido en su día en el *Caso de R-A* haya sido declarado nulo y ya no exista.

Por lo tanto, ¿qué es lo que nos enseña la experiencia recabada en los Estados Unidos? Quizá lo más importante es que muestra lo controvertido que sigue siendo este tema y pone especial relieve en la necesidad de una legislación, de regulaciones o de otra autoridad vinculante que aborde este tema. Por lo tanto ahora me dirigiré a ofrecer una visión de lo que otros países, tanto de fuera como de dentro de la Unión Europea, han hecho con respecto a este tema.

(13) 22 I & N, Dic. 906 (JAI 1999), declarada nula el 22 & N Dic. 1328 (A.G. 2001).

Canadá ha sido claramente el país líder en cuestiones de asilo solicitado por razones de género; promulgó directrices en 1993, hace ya más de diez años y desarrolló un contenido extenso de jurisprudencia, abordando las muchas formas de persecución que se derivan de los casos en los que está presente la cuestión de género. Australia ha promulgado también directrices –en 1996– y su Corte Suprema aceptó en el caso *Khawar*¹⁴ que las mujeres pueden constituir un grupo social. Sin embargo, desafortunadamente, la política de Australia para impedir a los y las solicitantes de asilo que accedan a su territorio, junto con su draconiana política de detención, restringe severamente la práctica de su jurisprudencia positiva. En Nueva Zelanda no existen directrices relativas al género, pero su Autoridad de Apelación del Estatuto de Refugiado ha promulgado numerosas decisiones que están en consonancia con las directrices de ACNUR acerca de este tema. Una decisión tomada en 1999 por la Autoridad de Apelación del Estatuto del Refugiado (“Refugee Status Appeals Authority–RSAA” en inglés)¹⁵ en un caso que implicaba a una solicitante de asilo iraní proporciona un modelo especialmente útil para el análisis sensible de los casos de género¹⁶. Algunos países han abordado inicialmente el tema de las peticiones basadas en el género a través de la legislación, en lugar de las directrices o la jurisprudencia. Sudáfrica constituye un ejemplo de este enfoque: su Acta de Refugiados reconoce expresamente que un grupo social puede ser definido por su sexo y también por su orientación sexual.

Permítanme volver la vista hacia Europa. En 1996 una Resolución del Parlamento Europeo instó a los Estados miembros a adoptar directrices referentes a las mujeres solicitantes de asilo tal y como había recomendado ACNUR (Resolución del Parlamento Europeo de noviembre de 1996); en 1998 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa instó a los Estados miembros a “adoptar criterios y directrices que afronten el tema de las mujeres peticionarias de asilo, para aumentar la sensibilidad del enfoque de las cuestiones de género y asegurar que se satisfagan las necesidades específicas de las mujeres, particularmente en los puertos de entrada”¹⁷; Sin embargo, tal y como he destacado anteriormente, no existen directrices en el ámbito de la UE que aborden las peticiones basadas en el género. La Directiva sobre normas mínimas para el reconocimiento del Consejo de la Unión Europea¹⁸ apenas hace referencia al género; el artículo 10.d) que define “el grupo social concreto” afirma simplemente que “se tomarán en consideración los aspectos de género (...)”. La Directiva también hace referencia a la orientación

(14) Ministerio de Inmigración y Asuntos Multiculturales versus *Khawar* (2003) 76 A.L.J.R. 667.

(15) Nueva Zelanda, Apelación de Refugiados n.º 71427/99 (1999).

(16) La solicitante había sufrido abusos por parte de su marido, quien más tarde se divorció de ella y le impidió tener acceso alguno a sus hijos. La RSSA descubrió que estaba siendo perseguida por razón de su sexo. Adicionalmente y debido a que Irán es una teocracia que impone normas discriminatorias por razón del sexo, se definió la persecución de la que estaba siendo objeto como política, además de religiosa.

(17) Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 198, recomendación 1374, para 6(j).

(18) Directiva 2004/83/CE del consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y las mujeres

sexual, previendo que dentro un grupo social concreto “podría incluirse ... un grupo basado en una característica común de orientación sexual.”¹⁹

Un reciente sondeo realizado por ACNUR²⁰ detalla el ámbito de políticas y prácticas dentro de los 42 países que configuran la Oficina Regional para Europa de ACNUR. Resulta significativo que dentro de estos 42 países, las autoridades gubernamentales de sólo dos de ellos –el Reino Unido²¹ y Suecia²²– hayan elaborado directrices globales sobre las peticiones de asilo relacionadas con el sexo de la persona solicitante²³. Y debería destacarse que, aunque sea laudatorio que Suecia haya promulgado directivas de género, la ley sueca prohíbe los grupos *sociales definidos en razón de su género* y las mujeres que presentan peticiones basadas en el género sólo tienen derecho a protección complementaria.

Sin embargo, el Reino Unido sí que acepta los grupos sociales definidos en razón de su género y además de promulgar directrices, el Reino Unido ha desarrollado un cuerpo de jurisprudencia. Una de las decisiones más significativas referentes al derecho de asilo fue la emitida por la Cámara de los Lores en 1999. La decisión *Islam Versus la Secretaría del Estado*²⁴, abarcó la apelación conjunta de dos mujeres pakistaníes que huyeron de la violencia marital; ambas tenían miedo del daño que podían padecer a manos de sus maridos, en situaciones en las que el Estado fracasaba en proporcionarles protección porque eran mujeres.

La Cámara de los Lores dictaminó que las “mujeres de Pakistán” constituían un grupo social concreto y que esas mujeres habían sido perseguidas por razón de su pertenencia a este grupo social.

Uno de los elementos más significativos acerca de la decisión tomada en este caso es el análisis que los Lores realizaron para determinar que la persecución debía encuadrarse en alguno de los fundamentos de la Convención. Tal y como recordarán de la discusión sobre el caso de Rodi

(19) Es importante reconocer que tanto los casos de hombres como los de mujeres podrían estar basados en el fundamento de “grupo social concreto”. Los casos de persecución por orientación sexual proporcionan un ejemplo de esto.

(20) CRAWLEY y TRINE., *Análisis comparativo de ACNUR sobre persecución relacionada con el género dentro de la legislación nacional de asilo y su práctica en Europa*, mayo de 2004.

(21) La Autoridad de Apelación de Inmigración (AAI) promulgó unas Directrices de Asilo con base en el al Género en noviembre del 2002, sustentadas básicamente en las directrices producidas por el Grupo Legal de Mujeres Refugiadas. El Análisis Comparativo realizado por ACNUR informa que en adición a las Directrices de la AAI, el Ministerio de Interior elaboró unas Instrucciones de Política de Asilo para aquellos que debían tomar decisiones al mas alto nivel y ha publicado recientemente unas Directrices sobre Asuntos de Género en la Petición de Asilo (marzo del 2004).

(22) La Junta de Emigración Sueca, Persecución basada en asuntos de Género: Directrices para la Investigación y Evaluación de las Necesidades de Protección de las Mujeres, disponible en <http://www.migrationsverket.se/english.html>.

(23) Un número de países añadió las peticiones relacionadas con el sexo dentro de su determinación general del estatus de refugiado y además en otros países las organizaciones no gubernamentales han sido las que han producido directrices de género.

(24) All E.R. 546 (1999).

Alvarado, la Junta de Apelación de Inmigración de los Estados Unidos examinó la motivación del esposo para propinar palizas y concluyó simplemente que era mezquino y que por lo tanto no existía conexión alguna con ningún fundamento de la Convención. Tanto si se está de acuerdo con esto como si no, pueden ver que centrar la determinación del nexo exclusivamente en la motivación de un perseguidor individual plantea dificultades.

Los Lores ampliaron el análisis más allá de la motivación de un agente individual de persecución. Lo hicieron fallando que la persecución entrañaba dos elementos –daño grave y fracaso de la protección estatal– y que se establece un nexo si uno o los dos están relacionados causalmente con una razón incluida en la Convención. Los Lores determinaron que aunque las palizas propinadas por los maridos no estaban ligadas a una cuestión de género, el fracaso del Estado en otorgar protección era, sobre esta base, el nexo que podía establecerse entre el fundamento de la Convención y un grupo social concreto.

A menudo se hace referencia al enfoque de establecimiento de nexo como un análisis “bifurcado” puesto que toma en consideración tanto la motivación de un agente de persecución no perteneciente al Estado como el Estado no garante. El enfoque del análisis bifurcado fue adoptado por la Autoridad de Apelación del Estatuto de Refugiado de Nueva Zelanda, así como por el Tribunal Supremo de Australia en las peticiones que he mencionado previamente.

Recomendaciones

Cuando revisamos la evolución que ha tenido lugar desde el año 1988 podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar, que existe un marco claro y un órgano sólido de autoridad al que dirigirse para la formulación de políticas o directrices sobre el tema del asilo basado en persecución por motivos de género. En segundo lugar, que existe una necesidad de sintetizar esta autoridad y abogar por una adopción más amplia y su implementación en los diferentes Estados y regiones, como por ejemplo dentro de la UE. Para la consecución de ese objetivo, concluiré aportando mis recomendaciones sobre los elementos clave de las directrices sobre este tema. Estos puntos han sido extraídos básicamente de las directrices de ACNUR, así como de la jurisprudencia que está desarrollándose en países que han asumido el liderazgo de la interpretación y aplicación de la Convención del Refugiado de 1951 de una forma garantista en los asuntos de género.

– El hecho de que el daño suponga persecución debería ser determinado dentro del marco de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aquellos daños que violan derechos humanos fundamentales deberían ser reconocidos como persecución²⁵.

(25) Los instrumentos relevantes incluyen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Pacto sobre los Derechos del Niño y la Niña, el Pacto sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres y la Declaración de la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de la Persona Refugiada y las mujeres

Dentro de este marco citamos a continuación ejemplos de daños que deberían ser interpretados como persecución: ablación genital femenina, violencia doméstica, matrimonio forzado, violación, tráfico con finalidad de prostitución forzada o explotación sexual, discriminación que lleva a consecuencias de una naturaleza sustancialmente perjudicial, persecución y castigo por trasgresión de costumbres sociales discriminatorias con respecto al sexo.

– Bajo el concepto de agentes de persecución habrá de entenderse que se incluye a actores tanto estatales como no estatales allá donde las autoridades sean incapaces o no quieran ofrecer protección.

– Los fundamentos de la Convención deberán aplicarse de una forma sensible en lo referente al género y donde no pueda encontrarse nexo alguno con la raza, religión, nacionalidad u opinión política, habrá de tomarse en consideración el grupo social en concreto. Debería también reconocerse que una petición puede implicar solapamiento y fundamentos múltiples.

– La pertenencia a un grupo social determinado puede ser a menudo el fundamento apropiado de la Convención cuando se persiga a la solicitante debido a su sexo. Un grupo social concreto es aquel grupo que comparte características comunes o que es percibido como grupo por la sociedad. La característica es aquella que sea inmutable o fundamental con respecto a la “identidad, conciencia o el ejercicio de los derechos humanos de cada uno”²⁶.

– Razones de nexo. La razón o fundamento previsto en la Convención no necesita ser la única razón de persecución, sino que basta con que sea una de las razones. Allá en donde el perseguidor sea un agente no estatal, debería aplicarse un análisis bifurcado, por el que 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.

– El estatus no debería limitarse a una forma menor de protección –tales como la complementaria o subsidiaria- sino que a las mujeres cuyas características hacen que se incluyan dentro de este marco se les debería otorgar el estatus acordado para las personas refugiadas.

– Deberían desarrollarse e implementarse procedimientos que tomaran en consideración el trauma que han sufrido las mujeres solicitantes de asilo y la vergüenza que puede asociarse con las formas de persecución que han sufrido. Esto debería incluir la posibilidad de solicitar que quienes entrevistan o interpretan sean mujeres, así como la oportunidad de ser entrevistadas por separado, sin la presencia de los miembros de su familia.

Para concluir, quisiera establecer la relación entre los avances dentro del movimiento de los derechos humanos de las mujeres y el del movimiento de mujeres refugiadas. En la última década las mujeres se han organizado para superar las desigualdades en la aplicación de normas

(26) Directrices relativas al género de ACNUR.

internacionales sobre derechos humanos. Han realizado un llamamiento a la comunidad internacional para que se reconozca que “los derechos de las mujeres son derechos humanos”. Ha habido una serie de desarrollos positivos incluyendo la Declaración de Viena y el Programa de Acción de 1993 el cual instaba a que los derechos de las mujeres deberían “formar parte integral de las actividades relacionadas con los derechos humanos de las Naciones Unidas, incluyendo la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relativos a las mujeres”. En ese mismo año la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres. La declaración reconocía la violencia basada en el género como un tema englobado dentro de los derechos humanos y afirmaba que tanto si las violaciones eran ejercidas por actores privados o estatales, recaía sobre los gobiernos la responsabilidad de remediar la violencia contra las mujeres y que dichas violaciones no podían ser justificadas por consideraciones como “costumbres, tradición o consideraciones religiosas”. La declaración de Beijing de 1995 y su Plataforma de Acción reforzó esta posición: “Cualquier aspecto dañino de ciertas prácticas tradicionales, consuetudinarias o modernas que violen los derechos de las mujeres deberían ser prohibidas y eliminadas”.

La evolución en el tema de refugio todavía no ha reflejado plenamente el reconocimiento de que los derechos de las mujeres son derechos humanos. Las mujeres refugiadas sufren una doble desventaja: sus derechos son violados en sus países de origen y cuando buscan un puerto seguro se les deniega la protección de la Convención de la persona refugiada de 1951 porque los Estados se siguen negando a adoptar plenamente una perspectiva de derechos humanos o las directrices de ACNUR sobre este tema.

Espero que la conferencia de hoy pueda ser el catalizador de una actividad renovada sobre este tema en España. Esta actividad renovada podría incluir la elaboración de un borrador de Directrices Gubernamentales sobre el Género, así como la implementación de un sistema de seguimiento que permitiría identificar la determinación de la condición de persona refugiada relacionado con las peticiones basadas en el género. Sin un mecanismo de seguimiento e identificación, es imposible lograr la transparencia, rendir cuentas de las diferentes responsabilidades o saber si la implementación de cualquier nueva Directriz puede alcanzar el efecto deseado. Esta formulación e implementación de nuevas Directrices podría estar acompañada por una formación intensiva, tanto por parte de los órganos sentenciadores como por parte de los abogados y abogadas de las personas solicitantes de asilo, para asegurar un mayor conocimiento y sensibilidad sobre este tema.

Si España se comprometiera en tal tarea, se demostraría a sí misma que es un país líder en esta cuestión –adhiriéndose a los otros dos únicos países dentro de la Unión Europea: el Reino Unido y Suecia– que poseen directrices de género. Y si adoptaran el enfoque de ACNUR contribuirían a la consecución de un mayor respeto de las normas internacionales y de los objetivos y principios humanitarios que configuran la base de la Convención de 1951.

EDUARD SAGARRA TRÍAS

Doctor en Derecho. Profesor Titular en la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona; y en la Facultad de Derecho de ESADE de la Universidad Ramón LLull (e.sagarra@rocajunyent.com)

II

Sujeto legitimado, sujeto interesado y sujeto afectado en el proceso de regularización “normalización” de inmigrantes del 2005

RESUMEN

SUJETO LEGITIMADO, SUJETO INTERESADO Y SUJETO AFECTADO EN EL PROCESO DE REGULARIZACIÓN “NORMALIZACIÓN” DE INMIGRANTES DEL 2005

El proceso de normalización” (regularización) abierto por la disposición adicional tercera del Reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004 abre unas expectativas legales de gran alcance y que no se circunscriben al período previsto de 3 meses desde el 7 de febrero hasta el 7 de mayo de 2005. En este proceso el concepto de sujeto legitimado, sujeto interesado y sujeto afectado no coinciden puesto que los empresarios son quienes están legitimados para instar la regularización aun cuando además de ellos los interesados son los sujetos extranjeros irregulares y los afectados son además de todos ellos los familiares de los irregulares. El objeto y fin de la norma es precisamente la regularización de los inmigrantes y por tanto éstos adquieren un derecho a la tutela efectiva de dicho derecho y que podrán ejercitar siempre y cuando les sea comunicada la resolución positiva o negativa del expediente; en otro caso nos podríamos encontrar en una difícil situación de indefensión expresamente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. El artículo examina la situación o *status* creado por la normalización y los previsibles recursos administrativos y contenciosos administrativos que los “interesados irregulares” podrán plantear.

ABSTRACT

LEGITIMATED INDIVIDUAL, CONCERNED INDIVIDUAL AND AFFECTED INDIVIDUAL IN THE PROCESS OF REGULARIZATION “NORMALIZATION” OF IMMIGRANTS IN 2005

The process of normalization (regularization) opened by the third additional disposition of the Reglamento de Extranjería of 30 December 2004 opens some legal expectations of a great scope and that are not circumscribed to the foreseen period of 3 months from 7 February to 7 May 2005. In this process the concept of legitimated individual, concerned individual and affected individual doesn't coincide because the managers are those who are legitimated to urge the regularization even when besides of them those interested are the foreign irregular individuals and also those affected are besides of all of them the relatives of the irregular ones. The object and purpose of the norm is the regularization of immigrants and so these obtain a right to real protection of that right that they will be able to exercise whenever the positive or negative resolution of the dossier be notify to them; in another case we could be in a difficult situation of undefention expressly forbidden by our legal norms. The article examines the situation or status created by the normalization and the probable administrative and contentious administrative appeals that the “irregular interested ones” will be able to carry out.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Vías o procedimientos para llevar a cabo “la normalización” a partir del 7 de febrero de 2005.

III. Sujetos legitimados para la presentación de solicitudes de normalización en 2005.

IV. El concepto de interesado en el vigente procedimiento administrativo.

V. Audiencia a los interesados.

VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En España, desde hace varios años, existía una disfunción entre la población real del Estado y los sujetos titulares de derechos y obligaciones o, por decirlo en otros términos, una disparidad entre el censo real de habitantes y el censo jurídico-político de residentes.

Esta disparidad entre lo real y lo teórico oscila muy seriamente según que la fuente sea una ONG, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o un determinado partido político. Igualmente las cifras ofrecidas a la opinión pública varían cuando el partido político que las declara se halla en el poder o se halle en la oposición¹. A pesar de todo ello, hoy –en el 2005– todos están de acuerdo en que la cifra de los individuos que entran en la categoría de “irregulares” o “sin papeles” no es inferior a 800.000 personas y puede llegar a rondar el millón, sin contar los miles que están entrando en nuestro país por tierra, mar y aire.

Es evidente que, en esta categoría de individuos, se incluye exclusivamente los extranjeros irregulares, no comunitarios, que se encuentran *de facto* en España y que carecen de los preceptivos permisos de residencia y trabajo. No se computan, por lo tanto, quienes gozan del *status* de ciudadanos de la Unión puesto que gozan entre otros derechos, de la libertad de circulación que les otorga el Tratado de la Unión.

La irregularidad del no nacional puede ser voluntaria o sobrevenida, y a su vez podrá ser inicial (por entrada ilegal en territorio español); bien estando en territorio español, producida con posterioridad por no haber renovado, no obtenido los permisos necesarios o, por falta de

(1) Es muy elocuente la valoración que de esta irregularidad y de sus causas que están haciendo los ex ministros del PP responsables en el Gobierno del Estado de la política de inmigración hasta el mes de marzo de 2005.

diligencia o dejadez de la Administración que debía de renovar o denegar dichas prórrogas solicitadas correctamente y en tiempo. Este último supuesto es muy frecuente en especial a partir del desbarajuste acaecido durante todo el año 2004, que el nuevo Gobierno socialista pretendió afrontar *ex novo*, y agudizado por la herencia del anterior Gobierno así como por la larga espera a la publicación de un nuevo Reglamento que contemplara e intentara paliar el caos existente.

El hecho cierto es que –nos guste o no nos guste– la política seguida desde el año 2000 (o para ser más exactos la falta de política de inmigración y de coherencia) ha supuesto un “efecto llamada” que no se ha sabido gestionar ni arreglar a través de las sucesivas e inútiles modificaciones de la Ley Orgánica 4/2000, es decir las Leyes también Orgánicas 8/2000, Reglamento del 2001; más Leyes Orgánicas 11/2003 y 14/2003; y un sinfín de disposiciones de inferior rango que, por su falta de efectividad práctica, no merecen ni ser traídas a colación.

El nuevo Reglamento 2393/2004 de 30 de diciembre (BOE de 7 de enero de 2005) y en concreto la Disposición Adicional tercera pretende “normalizar” lo que no es normal. Si se me permite un símil cinematográfico, se pretende enfocar manualmente (como en el magnífico film *Cinema Paraíso*) la imagen desenfocada de la población real del Estado.

Por población entendemos la integrada todas las personas que vivan en el territorio del Estado con independencia de su calificación jurídica o de la regularidad o irregularidad de su residencia o estancia.

El objeto y fin de la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 2393/2004 tiene un triple plano:

– **Respeto de los Derechos Humanos:** conseguir por la vía de la “normalización” (a mí me gusta más el término regularización) que individuos no nacionales sin aparentes derechos como ciudadanos, en nuestro sistema jurídico-político, se conviertan en personas, sujetos de derechos y titulares de derechos y obligaciones tutelados y garantizados por los mecanismos del Estado de Derecho.

– **Amnistía Fiscal-Laboral:** para aquellos empresarios que se encontraban incurso en un ilícito administrativo (como mínimo) por no tener declarada esta mano de obra y no cotizar a la seguridad social. Prestemos atención a que el concepto de Empresario Empleador es omnicompreensivo y abarca a muchos padres y madres, o cabezas de familia que tenían a su servicio extranjeros irregulares y no tenían la sensación de encontrarse en falso sino que, por el contrario, se consideraban prestadoras de un loable servicio social y humanitario: dar trabajo a quien lo necesita.

– **Sancionadores:** a partir de esta normalización y amnistía fiscal-laboral, el peso de la ley deberá caer sobre el empresario, empleador y extranjero irregular sin concesiones a un humanismo mal entendido. El Estado debe, en 2005, tener otros mecanismos para propiciar la solidaridad entre pueblos, desarrollar la cooperación y proteger los derechos humanos. Es un último “aviso a navegantes” para de quienes se lucran del trabajo sumergido de los irregulares y no

contribuyen a la Tesorería General de la Seguridad Social. (En el año 2004 el 25% de los nuevos cotizantes de la Seguridad Social fueron inmigrantes, por lo que a finales de 2004 el 6% de los cotizantes son extranjeros).

Estas finalidades no deben perderse de vista, y nos sitúan en el contexto socio-político, ámbito territorial, y en el momento histórico en que se producen, pues son realmente los que describen “el argumento y canto de la obra”. Así, pensemos que la regularización (o normalización) se realiza en el año 2005, en un país miembro de la Unión Europea de 25 Estados miembros, en cuyo ámbito territorial rigen los principios de un Estado de Derecho, respeto de los Tratados constitutivos, y por lo tanto en el que todos (ciudadanos, inmigrantes y Administraciones) deben de actuar con respeto escrupuloso a los derechos y libertades que nuestra Constitución, la Unión Europea y los Tratados Internacionales suscritos por España obligan, reconocen y garantizan a todos sin distinción de nacionalidad, origen o creencia.

Entre estos derechos destaca y luce con luz propia, según mi opinión, el derecho a la tutela efectiva de los derechos y libertades por parte de Jueces y Tribunales, consagrados en el rango superior de la jerarquía normativa como es el artículo 24 de la Constitución Española y cuantos instrumentos son llamados a colación en virtud del artículo 96.1 y 10.2 de la propia Constitución.

Es bajo estas dos premisas: existencia de un Estado de Derecho y tutela efectiva de los derechos y libertades públicas, desde donde me planteo algunas cuestiones teóricas y prácticas frente al recién iniciado proceso de normalización, y que someto a la general consideración.

Vaya por delante que considero y afirmo que este proceso tiene una fecha de inicio de 7 de febrero de 2005 pero no tiene fecha de caducidad, ya que, a pesar de que la Disposición Adicional tercera señale que será de tres meses (7 de mayo), lo incuestionable será que jurídicamente la normalización finalizará cuando se hubieren resuelto, por todas las instancias jurisdiccionales, los recursos administrativos y contencioso-administrativos hasta llegar, en su caso, al Constitucional o al Tribunal Europeo de Estrasburgo; es decir, cualquier acción que se puedan iniciar e interponer durante la tramitación del proceso o; como consecuencia del mismo.

A modo de primera conclusión cabe afirmar, sin miedo a equivocarnos, que los abogados y los colegios de abogados –en el ejercicio de la función social y profesional que tienen encomendado por nuestro sistema jurídico– juegan un papel de primer orden en este proceso de “normalización” (regularización). La sociedad (nacionales y extranjeros) y las instituciones deben apoyarse en nuestro trabajo, rigor y eficiencia, de otro modo el fracaso del proceso está servido. El propio Estado social de Derecho, junto a los valores y principios de nuestro orden jurídico político en que se sustenta, nos exigen esta participación escrupulosa y tenaz y el Gobierno debe de cooperar estrechamente con los profesionales del Derecho como ayuda necesaria para el fin perseguido por la norma. De otro modo, si flaqueamos o se nos ningunea, el desastre está servido y lo más grave es que no hay marcha atrás puesto que nadie podrá expulsar a semejante colectivo, ni tampoco hay en los presupuestos generales del Estado ninguna partida que pueda afrontar dicha expulsión.

O el proceso es un éxito, con un resultado positivo para la sociedad y los irregulares o tendremos que ir reinventando cómo nos deshacemos y expulsamos a más de un millón de individuos sin papeles.

II. VÍAS O PROCEDIMIENTOS PARA LLEVAR A CABO “LA NORMALIZACIÓN” A PARTIR DEL 7 DE FEBRERO DE 2005

El Real Decreto 2393/2004 incorpora, en su Disposición Transitoria tercera, la previsión de un proceso de normalización, con una duración de tres meses, para los trabajadores extranjeros que se encontraran en España, en situación irregular y siempre que reúnan determinados requisitos inexcusables.

En este sentido, el mencionado procedimiento de normalización prevé, en principio, dos únicas vías de presentación de solicitudes de autorización de residencia inicial y de trabajo, las cuales corresponderán a:

- a) **Empresarios o empleadores**, o sus representantes legales, que pretendan contratar trabajadores extranjeros en situación irregular²; o que ya los tengan pero sin regularizar.
- b) **Extranjeras empleadas de hogar discontinuas**, que deberán, en este caso, comparecer personalmente ante las oficinas habilitadas de la Administración.

En consecuencia de lo anterior, la mayoría de los casos, los inmigrantes “irregulares” extranjeros que quieran regularizar su situación en España, están a merced de que exista o aparezca un empresario o empleador que esté interesado o esté dispuesto a presentar la solicitud de “normalización” y sobre todo a seguir, con paciencia y tenacidad, la tramitación del procedimiento desde su inicio hasta su conclusión; camino que se aventura proceloso y no exento de riesgos para el propietario y para el propio “irregular invisible”.

Salvo en aquellos supuestos de empleados de hogar discontinuos, quien actúa, en la práctica, como interesado y legitimado jurídicamente ante la Administración es el empresario o empleador; mientras que, no es menos cierto, que quienes son los **mayormente interesados** son los extranjeros que aspiran a pasar de la irregularidad a la condición de ciudadanos extranjeros regulares en España. Si se me apura y utilizando términos deportivos diríamos que ambos son interesados *ex aequo*.

(2) La política de improvisación y parcheo a la que ya estamos acostumbrados queda palmaria si tenemos en cuenta que la Orden de ejecución PRE/140/2005 se publica el 3 de febrero 2005 jueves y la posibilidad de que puedan actuar como legales representantes los abogados y gestores administrativos y graduados sociales no es sino a través de un acuerdo “casi secreto” entre el Decano del Colegio de Abogados de Madrid y la Secretaría de Estado para la emigración, vehiculada a través de correo electrónico entre los abogados y la Administración ya iniciado el proceso.

Para los empresarios la normalización es un trámite administrativo, para los irregulares es un cambio substancial de su vida y la de su familia; sin exagerar, es un hecho existencial. Su regularización les transforma y pasan de ser objeto del Derecho de extranjería, a titulares de derechos, es decir, titular jurídico o actor de determinados actos, libertades y beneficios en la sociedad de acogida España.

Por ello el principal interesado en alcanzar una situación regular en España es el propio trabajador extranjero, razón por la cual cabe plantearse las siguientes interrogantes:

¿Qué sucederá cuando, por los motivos que fueran, el empresario que ha iniciado el expediente pierda interés en proseguir su tramitación; o bien ya no le interese el procedimiento por él iniciado o, no tenga tiempo para desplazarse constantemente ante las oficinas habilitadas por la Administración por las tardes para subsanar anomalías, aportar nueva documentación y ratificarse en sus declaraciones³ o la de sus trabajadores extranjeros irregulares que pretende normalizar?

Todo ello presumiendo que todas las notificaciones y resoluciones acerca de la tramitación del procedimiento de regularización iniciado por el empresario le sean correctamente notificadas –en tiempo y forma– a los efectos de evitar el silencio negativo o la imposibilidad de interposición de recursos.

Como es muy fácil de entender, este desinterés implicaría un grave, radical e irreparable perjuicio para el extranjero interesado/afectado en regularizar su situación. En este supuesto hipotético, pero desgraciadamente previsible, de que el empresario o empleador desista, pierda interés en el seguimiento del procedimiento, o simplemente que ya tenga cubierto el puesto de trabajo inicialmente ofertado, se presentará, repetimos, una anómala situación para el extranjero irregular quien es, *ab initio*, el directamente interesado, perjudicado y afectado.

Es seguro que si ello sucede todo el esquema jurídico administrativo se nos puede venir abajo, si al extranjero interesado irregular en vías de regularización no se le notifica correctamente el estado de la tramitación de su expediente que, no lo olvidemos, él no ha podido legalmente iniciar por no ser el sujeto legitimado, jugándose su derecho a quedarse en España, temporalmente como ciudadano titular de derechos.

Para nosotros, nacionales españoles o ciudadanos de la Unión la pérdida de este derecho a la normalización es un incidente o una anécdota; para ellos es existencial pues se juegan la expulsión y algo mucho más grave, la pena accesoria y de futuro que en caso de expulsión por no haberse regularizado, como es la prohibición de entrada en España y en el espacio Schengen por un período de 3 a 10 años. El tema no es baladí.

(3) Las oficinas habilitadas para este proceso de normalización estaba inicialmente previsto que funcionarían de lunes a jueves de 16 a 19 horas. Un ligero cálculo de días y horas reduce muy significativamente los 3 meses inicialmente previstos puesto que como mínimo tres medios días son inhábiles.

Sujetos legitimados, interesados y afectados en el proceso de regularización del 2005

II

Por otro lado, este irregular afectado es el único que puede aclarar o subsanar los actos de trámite que plantee la Administración tendentes a la aportación de documentos o a subsanar la insuficiencia de aquellos inicialmente adjuntos, bien sean documentos expedidos por la Administración española (certificado de Padrón municipal), o bien por la de sus países (antecedentes penales) o de los de sus últimas residencias (penales), bien sea para desatascar y solventar los problemas que se hayan suscitado en la tramitación de su expediente, o incluso por la paralización o no continuidad administrativa del propio procedimiento.

Esta previsible situación que seguro se planteará, nos conduce a examinar quién o quiénes estarán legitimados, en su caso para iniciar e interponer los recursos administrativos y contencioso-administrativos de cualquier índole que nuestra legislación prevé, ante la Administración o la Jurisdicción ordinaria tendentes a evitar decisiones arbitrarias, discrecionales o, simplemente, una indefensión producida por dejadez de los empleadores y que en su consecuencia se pueda llegar a conculcar, en perjuicio de los inmigrantes en situación irregular, su derecho a la tutela judicial efectiva entre cuyo haz de derechos se encuentra el propio derecho a la defensa.

Este derecho a recurrir cualquiera de las resoluciones o, incluso, la no admisión a trámite inicial considero que es un “derecho expectante” que tiene el extranjero, actualmente en situación irregular, y cuyo derecho (expectante) ha sido diseñado configurado y abierto por la Disposición Adicional tercera del nuevo Reglamento (Real Decreto 2393/2004). A partir de que se inicie –por el empleador empresario,– el preceptivo expediente de “normalización” deja de ser expectante para ser un verdadero derecho. El mismo puede defenderse y ejercitarse por el interesado tantas veces como pueda ponerse en peligro o arriesgarse su final feliz (normalización) o se resuelva de forma desfavorable; o incluso, si se me apura, podrá ejercitarse si puede probarse una incorrecta o injustificada inadmisión a trámite por el funcionario o Administración competente.

Segunda conclusión a la que llego: con independencia de cualquier otro derecho que le conceda la legislación o el Reglamento de Extranjería, en las solicitudes de normalización debería acompañarse un escrito firmado por el extranjero beneficiario y afectado por el expediente indicando lugar y domicilio donde deben notificársele todas las incidencias y resoluciones, y subsidiaria o alternativamente la dirección de su abogado a quien se le notificará. La firma del inmigrante, para evitar equívocos, puede ser reconocida por el propio funcionario que recibe el expediente, con reconocimiento de firma bancaria o cualquier otro medio que garantice, –fehacientemente– la identidad del comunicante.

III. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE NORMALIZACIÓN EN 2005

Como ya se ha señalado, en principio, quienes están legitimados para presentar las solicitudes de “normalización” son los empresarios, empleadores, o sus representantes legales y, en los demás supuestos, extranjeros empleados de hogar discontinuos.

No obstante, cuando el supuesto sea el de presentación de solicitud de autorización de residencia inicial y trabajo por cuenta ajena y lo realice el empresario o empleador, será muy importante determinar y clarificar quiénes, en la práctica, tendrán la legitimación para intervenir a partir de la incoación del expediente y hasta su resolución definitiva, bien sea positiva (concesión) o negativa (denegación):

1. En los casos de empresarios o empleadores que se encuentren constituidos como personas jurídicas en forma de Sociedades Anónimas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, debe entenderse por “representantes legales” a los titulares de los órganos de administración que estén facultados para actuar en nombre de la sociedad. Dichos representantes deberán estar facultados para celebrar con carácter general actos o negocios relativos al objeto social en nombre de la misma, o bien para la realización de actos específicos que incluyan expresamente la presentación de solicitudes de autorización de trabajo y residencia.
2. Se considerarán equiparados a los administradores de la empresa las personas vinculadas a la misma por una relación laboral, y a cuyo favor se haya otorgado un apoderamiento general para todo tipo de actos o bien un apoderamiento para la realización de actos específicos que incluya expresamente la presentación de las solicitudes de autorización de trabajo y residencia. El mencionado apoderamiento deberá encontrarse inscrito en el Registro Mercantil⁴.
3. Por último, se considerarán representantes legales del empleador, empresa o empresario, a:
 - La persona física que tuviera reconocida dicha condición por el Sistema RED de la Tesorería General de la Seguridad Social, a fecha 7 de enero de 2005.
 - La persona física colegiada como abogado, graduado social o gestor administrativo en el correspondiente Colegio profesional, y a cuyo favor el empleador o empresario hubiese otorgado el oportuno apoderamiento general para todo tipo de actos, o bien un apoderamiento para la realización de actos específicos que incluya expresamente la presentación de las solicitudes de autorización de trabajo y residencia.

IV. EL CONCEPTO DE INTERESADO EN EL VIGENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Expuesto cuanto antecede, podemos plantearnos la cuestión sobre quién puede considerarse interesado en el procedimiento de regularización, o en otras palabras quién es el auténtico interesado en el expediente administrativo y en los recursos administrativos o contenciosos que éste pueda originar.

(4) A tenor del Acuerdo llegado en Madrid con el Consejo General de la Abogacía podrán apoderarse también a Abogados, Gestores y Graduados sociales, y verbalmente se ha señalado que no es necesario o que se admitirán poderes no registrados en el Registro Mercantil.

En el caso de las personas extranjeras empleadas de hogar, no cabe ninguna duda de que ellas mismas serán las interesadas en iniciar y llevar adelante el procedimiento de normalización, encargándose asimismo y, en su propio nombre, de cuanto concierna a la tramitación de dicho procedimiento normalización. En consecuencia, serán ellas a quienes la Administración deberá notificar todo cuanto vaya sucediendo en relación a su expediente de regularización, y tanto ante la Autoridad Administrativa, como ante los Tribunales, habrá una identidad de sujeto legitimado, interesado y afectado.

El problema, como se ha mencionado, puede originarse en el caso de los procedimientos de regularización o “normalización” iniciados con la presentación de solicitud hecha por parte del empresario o empleador, en los cuales quienes aparecen como interesados en el procedimiento son los propios empresarios y no los trabajadores extranjeros en situación irregular aun cuando son evidentemente los afectados.

Debemos acudir al Régimen General de Procedimiento Administrativo para poder encontrar la o las respuestas a nuestras preguntas. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Título III hace referencia a quiénes son los “interesados” en el procedimiento administrativo:

Artículo 31. Concepto de interesado

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

Artículo 34. Identificación de interesados

Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

De su simple lectura se desprende que a los efectos de la legislación sobre extranjería y en concreto en este proceso de normalización se consideran interesados en el procedimiento administrativo a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Se consideran asimismo interesados a quienes, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte así como a aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva⁵. Si el extranjero irregular no las tenía todavía, el procedimiento “normalizador o regularización” se orienta a reconocérselos y atribuírselos.

Cuando en una solicitud, escrito o comunicación figuren varios interesados, las actuaciones a que den lugar se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado, y, en su defecto, con el que figure en primer término.

En este mismo ámbito, debe destacarse lo que dice la doctrina, y así el Dr. D. Ramón PARADA⁶ en relación a la figura de los interesados en el procedimiento administrativo afirma que:

“La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo a los efectos de la legitimación para ser parte en un procedimiento administrativo ha sido recogida por el artículo 24 de la Constitución, al regular el derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que se reconoce tanto a los titulares de derechos como de intereses.

Es válido a efectos del procedimiento administrativo el concepto de derecho subjetivo que se formula en la teoría general del Derecho, como el poder de exigencia de una prestación frente a otro sujeto, tenga o no la prestación un contenido patrimonial, y cualquiera que sea el título (legal, contractual o extracontractual) en que tenga su origen. La titularidad de un derecho subjetivo confiere el grado máximo de legitimación y, por ende, los titulares de derechos son siempre interesados necesarios.

El concepto de interés (que la Ley adjetiva como legítimo) es aquel, según concreción de la jurisprudencia, que de llegar a prosperar la acción por el accionante, sin que sea necesario que ese interés encuentre apoyo en precepto expreso legal concreto y declarativo de derechos; o bien aquel interés que deriva del eventual perjuicio que pudiera crear al ciudadano el acto combatido en el proceso. Después de la Constitución, y con mayor amplitud, se ha entendido que el concepto de interés cubre *toda clase de interés moral o material que pueda resultar*

(5) En este sentido, un examen del concepto de interesado y de su interpretación extensiva lo encontramos en las SSTSJ de Asturias de 31 de marzo de 2001 y de Galicia de 25 de abril de 2001. En relación con el concepto de interesado, los órganos judiciales han desarrollado el derecho de acceso de éstos a los expedientes administrativos entre otras, STSJ de Castilla y León de 17 de enero de 2003.

(6) R.: PARADA, *Derecho Administrativo I*, Parte General, duodécima edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 225.

beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés a la legalidad, lo que llevaría a confundir el interés directo con una acción pública.”

Es por ello que consideramos firmemente que unos y otros, los titulares del derecho y los titulares de intereses legítimos, tienen que ser llamados al procedimiento una vez que se conozca su existencia, a fin de evitar que se produzca una incómoda situación de indefensión que pueda conllevar la nulidad de los actos y expediente; indefensión que formalmente veta el artículo 24 de la Constitución que es de indiscutida titularidad y aplicable a los extranjeros irregulares en territorio español. Para evitar esta situación de indefensión el artículo 39.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo obliga a los interesados, en un procedimiento en el que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados y que no hayan comparecido en él, a proporcionar estos datos a la Administración actuante, para que ésta pueda llamarlos al procedimiento y notificarles las incidencias relevantes. Los funcionarios que tramiten los expedientes estarán obligados a comunicar fehacientemente y con garantías las vicisitudes del expediente de “normalización” a todos los interesados, so pena y riesgo de incurrir en una situación no admitida por la Ley, es decir, en una causa de nulidad de pleno derecho, ya que ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido a dicho efecto. Esta causa está prevista expresamente en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

En esta misma línea cabe referenciar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 31 de marzo de 2001, en la cual se dispone en relación al concepto de interés lo siguiente: *“...Y ello es así, dada la amplitud que en la actualidad se da al concepto de interés, determinado tradicionalmente por el interés directo interpretado generosamente por la Jurisprudencia, que venía configurándole como aquel que de prosperar el recurso administrativo o judicial produciría un beneficio económico, moral o de cualquier otra índole, y que hoy día ha de ceder a favor de un interés legítimo de mayor amplitud que el directo, debido a la vigencia de la Constitución.”*

De otra parte se escapa del ámbito de este trabajo examinar la posible y necesaria participación de asociaciones y organizaciones interesadas en la feliz resolución de los expedientes de “normalización” de extranjeros irregulares pues podría ser una actuación conforme con la Ley de Procedimiento-Administrativo que señala:

“31.2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”

Tampoco es objeto de este artículo examinar la tipología de recursos administrativos y contenciosos administrativos que caben interponer por parte de los sujetos legitimados e interesados contra las resoluciones que se dicten durante la tramitación del expediente o que pongan fin al mismo.

V. AUDIENCIA A LOS INTERESADOS

Es importante destacar, a los oportunos efectos, lo establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo en relación a la audiencia de los interesados (artículo 84) pues supone que, instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

De nuevo debemos de señalar que esta figura de interesado, en el proceso de normalización de inmigrantes irregulares del 2005, engloba muy específicamente a un tipo de extranjero: el inmigrante extranjero irregular “normalizable”. El abanico de sujetos afectados o interesados se abre si tenemos en cuenta que, expresamente, la ley le otorga expresamente el título de sujeto pasivo interesado. A mayor abundamiento es público y notorio que el proceso de normalización persigue como fin primordial “regularizar a los extranjeros inmigrantes irregulares”. La finalidad por tanto abre de par en par la puerta a aquellos interesados inmigrantes irregulares. En su consecuencia puede afirmarse que entran en este supuesto o categoría muchos inmigrantes irregulares, siempre que cumplan en España, y puedan probar los requisitos objetivos, temporales y, de arraigo territorial o laboral, y carezcan de antecedentes penales.

Debemos insistir de nuevo en que para evitar que cualquier funcionario adscrito a los Ministerios en quien se ha delegado la admisión de peticiones o la Administración presuma quiénes son y quiénes no son interesados, es recomendable que el extranjero y su empleador indiquen con toda precisión su condición de sujetos interesados, y legitimados para poder recurrir, en su caso, en aquellas resoluciones que consideren más convenientes y por lo tanto que se les notifique –siempre– en el domicilio por ellos declarado cualquier acto o resolución, sea de la índole que sea, para que en su caso puedan rectificar o recurrir.

VI. CONCLUSIONES

El día 7 de febrero de 2005 se ha iniciado en España un proceso necesario e inaplazable de normalización de aquello que es anormal, vergonzoso e indigno de un Estado social y democrático de Derecho integrado en la Unión Europea. El resultado final del proceso afectará directamente a más de 800.000 personas extranjeras e indirectamente a muchas más, nacionales y ciudadanos de la Unión. Afirmamos sin temor a la exageración que esta “normalización” sacudirá prácticamente a todo el país puesto que si se hace bien (que lo deseamos y alentamos) estos 800.000 individuos dejarán de ser invisibles o ciudadanos opacos y temerosos, para pasar a la categoría de ciudadanos normales –aunque no sean nacionales ni

comunitarios– y por tanto titulares de derechos y sin otras restricciones en su ejercicio que los que ley imponga.

A modo de resumen o conclusiones se pueden señalar:

Primera: Partimos de que la acepción de inmigrante irregular residente, utilizada en la disposición Adicional tercera del Reglamento de Extranjería 2005, es un concepto amplio de residencia. Es una clasificación de residencia de hecho, geográfico-territorial; es decir, la real, fáctica y distinta de la residencia legal o jurídica. Este concepto situacional del individuo, aun estando como administrativamente irregular, es al que el ordenamiento español le atribuye, a pesar de todo, unos derechos inalienables atendida su condición de ser humano, y que le son reconocidos expresamente por nuestro ordenamiento constitucional (Constitución, leyes y tratados internacionales) y que ahora ratifica la propia norma normalizadora.

Segunda: La regularización o normalización abre un “derecho expectante” conferido a todos los inmigrantes en situación irregular que intervengan en el proceso; ya sea como actores o ya sea como sujetos pasivos. Este derecho se podrá ejercitar y concretar frente a cualquier anomalía o irregularidad que se produzca en el transcurso del procedimiento individual de normalización. Todo se fundamenta además en el expreso mandato que el artículo 13.1 de la Constitución Española proclama acerca de la titularidad de los derechos a cualquier no nacional; y aun cuando inicialmente el extranjero inmigrante no pueda, por sí solo, abrir su particular proceso de normalización. Esta posición pasiva inicial no obsta a que pueda y deba ejercer el derecho efectivo de los mismos y a solicitar la tutela y garantías que se plasman a partir de la primera presentación de documentos por parte del empleador: este hecho le otorgará automáticamente, además de ser titular, poder ejercitar *por se* cuantos derechos le otorgue la legislación española de inmigración, entre los cuales se encuentra el “derecho a la regularización”. El inmigrante irregular es sin duda alguna el principal interesado-afectado.

En cualquier caso reiteramos que de verdad la verdaderamente “afectada” será la sociedad española y la propia Unión Europea en su conjunto. Nosotros los ciudadanos de a pie y las Instituciones públicas y privadas debemos tener un interés directo en crear un clima y una convivencia normal entre todos los individuos que viven, trabajan y progresan en un ámbito geográfico privilegiado y envidiable como es hoy por hoy España.

Hoy nace una nueva categoría de sujetos a los que va dirigido específicamente y casi exclusivamente destinado el proceso. Me siento halagado y un poco profeta, ya que hace ya años vislumbré y enuncié este *status*, concretamente en el primer número de esta Revista⁷, esta difícil realidad. Cuando entre otras causas en aquella realidad por la concurrencia de una multiplicidad y superposición de Leyes Orgánicas de extranjería y demás disposiciones contradictorias de inferior rango y sin que el Gobierno llevara una política de extranjería seria, real y coherente. Me ratifico en que entre 2000 y 2004 sobraba Ley y faltaba política.

(7) E.: SAGARRA TRÍAS, “Un nuevo status extranjero, inmigrante, irregular empadronado ...” *Derecho migratorio y extranjería*, Lex Nova, n.º 1 de 2002, pp. 123 y siguientes.

El nuevo *status* que hoy nace es y será, hasta que se agote el último recurso jurisdiccional que pueda plantearse, el de “Extranjero, irregular, inmigrante, empadronado, residente, trabajando, con orden de expulsión firme, inmerso en un proceso de “normalización”, y viviendo, legalmente, en España.

Barcelona, 10 de febrero 2005

PAULA BENITO BALTASAR

Experta Jurídica en Migraciones Internacionales y Extranjería
(paulabenito@yahoo.es)

III

Política educativa e inmigración

RESUMEN

POLÍTICA EDUCATIVA E INMIGRACIÓN

El mundo ha cambiado y la educación no puede quedarse atrás. El crecimiento del alumnado inmigrante conlleva la existencia de un contexto normativo donde la atención educativa a la diversidad cultural se desarrolla en diversos ámbitos: internacional, europeo, nacional, autonómico y local.

El alumnado extranjero presenta unas necesidades educativas específicas que reclaman unas medidas concretas con implicaciones en toda la comunidad educativa. Es evidente que la calidad educativa sólo se logrará en la medida en que se consiga un trato de igualdad para todos, superando cualquier mecanismo de segregación y expulsión.

ABSTRACT

EDUCATIONAL POLICY AND IMMIGRATION

World has changed and the education cannot be left behind. The increasing of the immigrant study body involves the existence of a normative context where the educational attention to the cultural diversity is developed in different scopes: international, European, national, autonomic and local.

Foreign pupils have specific educational necessities that demand concrete measures with implications in the whole educational community. Is evident that the educational quality only will be achieved when an igualitary treatment be obtained by everybody, overcoming whichever mechanism of segregation and expulsion.

Paula Benito Baltasar

III

SUMARIO

Introducción.

I. Legislación educativa. A) Ámbito internacional. B) Ámbito europeo. C) Ámbito nacional. D) Ámbito autonómico. E) Ámbito local.

II. Presencia del alumnado extranjero en el sistema educativo español. Datos estadísticos. A) Alumnado extranjero en el Estado Español. B) Alumnado extranjero en las Comunidades Autónomas. C) Alumnado extranjero en la Comunidad de Madrid.

III. El sistema educativo escolar como espacio público. A) Las actuaciones de compensación educativa. B) Plan Regional de Compensación Educativa de la Comunidad de Madrid.

IV. Miscelánea y conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El derecho, que poseen los alumnos que se encuentran en un aula, de recibir una educación igualitaria no por ser incuestionable goza de mayor realidad: especialmente si no se entienden porque hablan idiomas diferentes y/o tienen cosmovisiones procedentes de culturas distintas. Recordemos que el docente se inscribe en un idioma y cultura particulares, y no siempre tiene las aptitudes suficientemente “amplias” para facilitar el desarrollo de las de sus alumnos. Para que un profesor pueda comunicarse satisfactoriamente deberá poseer cierta sabiduría, aquella para la que nada de lo que se le presente en clase le sea extranjero. Independientemente de las lenguas y culturas de origen de los alumnos, lo que les hace diferentes no es tanto su otredad como nuestra mirada.

Sus patrimonios culturales, incluso idiomas, quedan relegados a un plano periférico, no esencial, frente a lo que podríamos considerar central para todos.

De hecho son básicamente iguales, es decir, son niños y adolescentes. ¿Cuál es el mínimo común múltiplo de todos ellos? Sus características psicológicas similares: desarrollo evolutivo, capacidad de aprendizaje, su peculiar naturaleza no construida, en proceso, que puede dirigirse casi en cualquier dirección.

En tiempos de crisis pedagógica, la recuperación de una dimensión afectiva para los aprendizajes se muestra como única vía humanista posible para reconciliar a la infancia y la juventud con el aprendizaje de los saberes.

La escuela procedente de la sociedad industrial y de su finalización en la Guerra Fría se ha caracterizado durante años por una educación bancaria especialmente deshumanizada, tanto desde políticas estatales absolutistas (el individuo se disuelve), como desde iniciativas materialistas y competitivas, apellidadas de “liberales” (el individualismo se endiosa: la colectividad se disuelve). Sea uno u otro el caso, niños y jóvenes del mundo moderno rechazan la comunicación de unos conocimientos almacenados en el transcurso del tiempo que, no solamente les obliga a una rutinaria y fabril asistencia a clase, sometidos la autoridad del profesor, sino que, además, les intenta imbuir de unos contenidos poco atractivos y útiles, decimonónicos, que ellos ya perciben trasnochados en la sociedad de la información.

“Si mirásemos a través de una ventana una escuela de la sociedad industrial y una escuela de hoy no veríamos prácticamente diferencias: filas de mesas, una persona adulta transmitiendo información y una pizarra”¹.

En el caso del alumnado “inmigrante”, la dificultad se agudiza. Si fallan el emisor-docente, el mensaje curricular, el código común y la metodología pedagógica que lo canaliza, y la comunicación se ve entorpecida por numerosos ruidos complejos también en la esfera del receptor (inadaptación del alumnado extranjero, rechazo al sistema educativo, ininteligibilidad del mismo), entonces deberíamos replantearnos y proponer nuevos métodos, nuevas prácticas: *buenas prácticas*. El abordaje de estos “nuevos” problemas (pensemos en las repercusiones educativas del éxodo campo-ciudad en la posguerra), nos insta a abandonar la “cultura de la queja”. El mundo ha cambiado y la educación no puede quedarse atrás. Su nuevo motor lleva siglos descubierto: el propio Informe Delors *La educación encierra un tesoro*, publicado a mediados de los años 90, habla de la necesaria presencia en educación de la utopía.

I. LEGISLACIÓN EDUCATIVA

El contexto normativo de la atención educativa a la diversidad cultural se desarrolla en diversos ámbitos. A continuación se recogen algunos de los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, legislación educativa nacional y la normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos.

A) Ámbito internacional

– **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, de 10 de diciembre de 1948. Proclama el derecho de todos a la educación sin discriminaciones, en su artículo 26.1:

(1) Ramón FLECHA y Sandra RACIONERO, “Interrelaciones sociales en las nuevas ciudades desde el punto de vista de la globalización. La ciudad compartida como sueño de las Comunidades de Aprendizaje”, en *VII Jornadas de Educación de la Red de Ciudades Educadoras: Escuela abierta al barrio*, Alcorcón, 2004, p. 22.

“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental (...)”

– **Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 2 de noviembre de 1990 y en vigor a partir del 27 de noviembre. En su artículo 2 se afirma que:

“a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

– **Declaración y Programa de acción sobre una cultura de paz** de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (A/53/L.79), de 10 de septiembre de 1999. En su artículo 3 afirma la vinculación entre el pleno desarrollo de una cultura de paz y la promoción del entendimiento, la tolerancia y la solidaridad entre todas las civilizaciones, pueblos, culturas, minorías étnicas, religiosas y lingüísticas

– **Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza**, de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, celebrada del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960.

“(…) Consciente de que, en consecuencia, incumbe a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con el debido respeto a la diversidad de sistemas educativos nacionales, no sólo proscribir todas las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, sino también procurar la igualdad de posibilidades y de trato para todas las personas en esa esfera (...)”

– **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en 19 de diciembre de 1966. En el artículo 13 se reconoce el derecho de toda persona a la educación:

“(…) Los Estados partes en el presente pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; (...) d) debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.”

– **Convención sobre los Derechos del Niño** de 1989 en su artículo 28 reconoce el derecho de todos los niños a recibir una educación primaria que será obligatoria y gratuita.

– **Foro Mundial sobre la Educación**, de 26-28 de abril de 2000, representa el compromiso común para actuar en la consecución de una educación para todos, sobre la base de la educación como un derecho humano fundamental y elemento clave para el desarrollo. “(...) La inclusión de los niños con necesidades especiales o pertenecientes a minorías étnicas desfavorecidas, poblaciones migrantes, comunidades remotas y aisladas o tugurios urbanos, así como de otros excluidos de la educación, deberá ser parte integrante de las estrategias.”

B) Ámbito europeo

– El Reglamento 1612 del Consejo de Europa de 1968, sobre la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea, establece en su artículo 12 el deber de los Estados miembros de asegurar que los hijos de los ciudadanos de otros países de la Comunidad residentes en su territorio se incorporen en igualdad de condiciones al sistema educativo. El Programa de acción en materia de educación, de 9 de febrero de 1976, supone el compromiso de organizar una enseñanza de acogida que contemple el aprendizaje acelerado de la lengua del país de acogida sin desatender la enseñanza de la lengua materna y cultura del país de origen.

– Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante de 1977, ratificado por España en 1980, por el cual se establece que los familiares de los trabajadores establecidos *legalmente* “gozarán con el mismo título y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales de la enseñanza general y profesional” (artículo 14.1), se promueve la enseñanza de la sociedad de acogida para trabajadores y familiares (artículo 14.2), así como la enseñanza de la lengua y culturas de origen (artículo 15).

– Directiva 77/486/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1977, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores inmigrantes. Tiene por objeto la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes, la enseñanza de acogida que contemple en las escuelas el aprendizaje acelerado de la lengua del país de acogida y la lengua y cultura maternas y la adaptación del profesorado a través de una formación inicial y continua.

– Resolución del Parlamento Europeo sobre la diversidad cultural y los problemas de la educación escolar de los hijos de inmigrantes en la Comunidad Europea, de 21 de enero de 1993. Recomienda la adopción de aquellas medidas que incluyan a las familias inmigrantes en la educación y promoviendo la inclusión y desarrollo de la educación intercultural en los sistemas educativos.

– Resolución del Consejo de Europa de 9 de diciembre de 1975, por la que se recomienda la puesta en marcha de “clases de recepción” que faciliten la integración de los alumnos a los sistemas educativos nacionales y la promoción de una formación específica para la atención del alumnado extranjero.

– Resolución del Consejo de Europa de 30 de junio de 1977, que hace hincapié en la necesidad de la enseñanza de la lengua y cultura de origen como señas de identidad.

– Resolución del Consejo de Europa de 13 de junio de 1979, que recomienda a los Estados miembros que continúen esforzándose en asegurar la educación de los hijos de los migrantes.

– Recomendación de la Asamblea del Consejo de Europa 1596 (2003), de 31 de enero, por la que se reclama al Consejo la adopción de medidas que aseguren el acceso de los hijos de migrantes a la educación obligatoria, con independencia de cuál sea el estatus legal de los padres, la res-

puesta en los sistemas educativos a sus necesidades especiales, la especialización de los profesionales, el análisis de los programas escolares y libros de texto, (...).

C) **Ámbito nacional**

– La Constitución Española de 1978, en su artículo 27, atribuye a todos los españoles el derecho a la educación, encomendando a los poderes públicos la promoción de las condiciones adecuadas para que este derecho sea disfrutado en igualdad por todos los ciudadanos.

– Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, establece el derecho a la educación y la promoción de su integración en el artículo 9.1 y 9.2.

– Real Decreto 1174/83 por el que se regula la Educación Compensatoria, de 27 de abril, como “atención preferente a los grupos de individuos cuyas condiciones de desigualdad son especialmente acusadas respecto a las prioridades que el sistema escolar les ofrece”.

– Ley Orgánica 8/1985 del Derecho a la Educación (LODE), de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, con la que se produce el reconocimiento del derecho a la educación a todos los españoles y a los extranjeros residentes en España en igualdad de condiciones (Art. 1).

– Real Decreto 2375/1985 por el que se regulan los criterios de admisión de alumnos en los centros docentes sostenidos con fondos públicos, de 18 de diciembre. La referencia al ejercicio del derecho a la escolarización en centros docentes se encuentra en los artículos 1.1 y 14.1.

– Ley Orgánica 1/1990 de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), de 3 de octubre de 1990, supone con respecto a la LODE un paso más en lo que se refiere a la igualdad y no discriminación. En el Título V, artículo 63.1 se establecen los principios básicos de la compensación de las desigualdades y las medidas de discriminación positiva que hacen efectivo el principio de igualdad de oportunidades.

– Real Decreto 696/1995 de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, de 28 de abril.

– Ley Orgánica 9/1995 de la participación, evaluación y el gobierno de centros docentes (LOPEG), de 20 de noviembre, por la que se garantiza la escolarización de alumnos con necesidades especiales, ya sean por trastornos físicos, psíquicos, sensoriales, alteraciones graves de conducta o situación de desventaja social o cultural desfavorecida, en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

– Real Decreto 299/1996, de 28 de febrero, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación, por el que se establece el ámbito, destinatarios, objetivos, principios, actuación y evaluación del programa de Educación Compensatoria. Este Real Decreto desarrolla el Título V de la LOGSE, “De la compensación de las desigualdades en educación” y define a los destinatarios en el artículo 3.

D) Ámbito autonómico

– Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y gobierno de los centros docentes.

– Convenio, de 24 de septiembre de 1997, de Cooperación entre el Ministerio de Educación, Ciencia y Cultura, la Comunidad de Madrid y el Excmo. Ayuntamiento de Madrid.

– Acuerdo, de enero de 1999, para la mejora de la calidad del sistema educativo de la Comunidad de Madrid.

– Orden, de 22 de julio de 1999, por la que se regulan las actuaciones de compensación educativa en centros docentes sostenidos con fondos.

– Orden 2316/1999, de 15 de octubre, del Consejero de Educación, por la que se regula el funcionamiento de las actuaciones de compensación educativa (BOCM de 25 de octubre de 1999).

– Orden 1207/2000, de 19 de abril, de la Consejería de Educación, por la que se regulan los programas de Garantía Social en la Comunidad de Madrid (BOCM de 3 de mayo de 2000).

– Orden 710/2000, de 8 de mayo, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se establece el procedimiento para la aplicación y el desarrollo del Real Decreto 1971/1999 sobre Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía en la Comunidad de Madrid (BOCM de 17 de mayo de 2000).

– Resolución de la Dirección General de Promoción Educativa, de 4 de septiembre, por la que se dictan instrucciones para la organización de las actuaciones de compensación educativa en la etapa de Educación Secundaria Obligatoria en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad de Madrid (BOCM de 12 de septiembre de 2000).

– Plan Regional de Compensación Educativa para la Comunidad de Madrid, de noviembre de 2000.

E) Ámbito local

Las competencias de los Ayuntamientos en materia educativa y aquellas otras actuaciones que son susceptibles de desarrollar por éstos, se encuentran reguladas por la siguiente normativa

– La Ley Orgánica 1/1990 de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), en su Disposición Adicional decimoséptima, indica el procedimiento por el que se establecerá el uso que las autoridades municipales puedan hacer de los centros docentes dependientes de la administración educativa.

La utilización de los centros públicos por los ayuntamientos se presenta en el Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre, de Cooperación de las Corporaciones Locales con el Ministerio de Educación y Ciencia, desarrollado posteriormente en la Orden del 20 de julio de 1995.

– La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su artículo 25.2.n. establece las competencias de las administraciones locales en el ámbito educativo.

– Con respecto a la competencia de *participación en la programación de la enseñanza*, la LOGSE en su artículo 57.5 establece que las Corporaciones Locales pueden colaborar con los centros para impulsar las actividades extraescolares y promover la relación entre la programación de los centros y el entorno socioeconómico en que éstos desarrollan su labor. Esta colaboración se desarrolla en el Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre.

– La competencia de *participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria*, está regulada por la LODE en su Disposición Adicional primera, estableciendo la obligatoriedad de esta vigilancia como responsabilidad compartida. Es de nuevo el Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre, la norma que desarrolla esta competencia estableciendo la colaboración en los siguientes aspectos, entre otros: comunicar a la Administración Educativa las deficiencias detectadas en la escolarización; informar sobre la población en edad escolar y sobre sus características y colaborar en la distribución del alumnado.

– Orden 253/2001, de 26 de enero, de la Comunidad de Madrid, sobre absentismo escolar.

II. PRESENCIA DEL ALUMNADO EXTRANJERO EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL. DATOS ESTADÍSTICOS

A) Alumnado extranjero en el Estado Español

En virtud de su situación geográfica y de los lazos históricos, España acoge anualmente un número progresivo de población originaria, principalmente, de África y Latinoamérica, a las que en los últimos años se han sumado personas procedentes de países de Europa del Este.

Su crecimiento constante se refleja en el mapa de situación que dibuja la configuración de una sociedad plural. El número de extranjeros escolarizados en España inicia un crecimiento notable a partir del curso 1994-1995 hasta el curso 2003-2004 en que se ha multiplicado por 7,4.

Si durante el curso 1994-1995 los alumnos extranjeros son 52.213, en el curso escolar 1999-2000 esta cifra se duplica (107.301). El cambio más relevante se produce a partir del curso 2000-2001, con un aumento de 34.567 alumnos respecto al curso anterior, lo que supone una subida del 32,2%. El incremento continúa en los cursos posteriores (46,1%, curso 2001-2002, de 141.868 a 207.252; 46,6%, 2002-2003, 303.827 matriculados; 30,9%, 2003-04, 397.763).

Respecto al nivel de enseñanza, hasta el curso 1997-1998 la mayor parte cursa niveles de Primaria e Infantil, produciéndose en ese período la significativa inflexión. Ahora, en el curso 2003-2004, el mayor número de alumnos extranjeros está escolarizado en Educación Primaria (172.818), seguido de ESO (107.999) y Educación Infantil (78.401), con una incorporación escasa al Bachillerato. Este dato nos hace pensar en el abandono precoz de la escuela para incorporarse al mercado laboral y en familias migrantes jóvenes con hijos de temprana edad.

B) Alumnado extranjero en las Comunidades Autónomas

Respecto a los aportes a estos incrementos, destaca la comunidad andaluza que incrementa su valor en un 42,1% respecto a la cifra de extranjeros escolarizados durante el curso anterior; Cataluña un 42,3% y la Comunidad Valenciana que alcanza un incremento del 39,6%.

La diversidad cultural es una realidad cotidiana en numerosas escuelas españolas, en mayor o menor grado, dependiendo de su localización geográfica y de la oportunidad laboral que ofrece el entorno. La mayor proporción corresponde a las comunidades de Madrid (96.700 alumnos); Cataluña (76.923); Valencia (52.355) y Andalucía (44.443), lo que supone una distribución porcentual respecto al total del 24,3%, 19,3%, 13,2% y 11,2%, respectivamente.

Según la titularidad del centro, el 75,8% del alumnado extranjero se concentra en centros públicos frente a tan sólo un 24,2% escolarizado en centros privados, entre los que se incluyen los centros concertados que por normativa legal deberían acoger un número de alumnos extranjeros más ajustado a la realidad.

En cuanto a la evolución por área geográfica de nacionalidad, hasta el curso escolar 1999-2000 el grupo mayoritario es el procedente de África, con una diferencia de 10.000 alumnos frente al grupo representado por América del Sur. En el curso 2000-2001 se produce un importante giro, pasando a ser el grupo mayoritario los alumnos procedentes de América del Sur, con 15.658 alumnos más matriculados. El incremento alcanzará en el curso 2003-2004 una diferencia del 57%, aproximadamente, con respecto al alumnado procedente de África. El tercer grupo en importancia procede de Europa del Este, seguido de nacionales de la Unión Europea.

En la distribución del alumnado extranjero en aquellas comunidades autónomas que mayor número acoge en sus centros escolares, podemos destacar la importancia del alumnado procedente de América del Sur en las cuatro comunidades, con respecto a la representación del continente africano. En la Comunidad de Madrid los procedentes de países de América del Sur triplican el procedente de países africanos; en la Comunidad Valenciana el número de aquéllos es cuatro veces superior al de éstos. En Cataluña y Andalucía, las diferencias no son tan nota-

bles: Cataluña cuenta con 24.000 y 32.855 para África y América del Sur respectivamente y la comunidad andaluza con 8.893 y 13.498.

El fenómeno migratorio experimenta a partir del año 2000 un cambio en cuanto a la nacionalidad más numerosa. Ecuador, Marruecos y Colombia aportan el 40% de la población extranjera empadronada en España. Los alumnos extranjeros mayoritarios son los procedentes de Ecuador, Marruecos, Colombia, Argentina y Rumania².

C) Alumnado extranjero en la Comunidad de Madrid

A partir del curso 1999-2000 se produce un despegue que aumenta progresivamente en cursos sucesivos. Así, observamos un incremento del 36,4% en el curso indicado con respecto al anterior, 8.148 alumnos en cifras absolutas; un 34,2% en el curso 2000-2001 respecto del curso 1999-2000, 10.449 en valor absoluto; en el curso 2001-2002 un 40,5% que supone 16.606 alumnos extranjeros que se incorporan a los centros educativos de la comunidad; 23.377 alumnos en el curso 2002-2003 con un incremento del 40,6% y en el último curso 2003-2004, un incremento inferior del 19,5% que supone la entrada de 15.570 nuevos alumnos extranjeros.

En la distribución porcentual atendiendo a la procedencia, en el curso 2003-2004 destacan los procedentes de América, Asia y países europeos no pertenecientes a la UE.

La matriculación por titularidad en este curso escolar es del 74,4% (71.943) del alumnado extranjero escolarizado en centros públicos y del 25,6% (24.757) en privados. Con respecto a la relación con los índices alcanzados en el total del territorio nacional observamos que la relación en la Comunidad de Madrid es de 3/1 y en el total de 4/1. La progresión de valores que cada titularidad ha asumido en el período 1999-2004 en la comunidad se ha mantenido sin grandes alteraciones: 71,3%, 72,2%, 72,8%, 73,9%, y 74,4% de alumnos extranjeros en los centros públicos y frente al 28,7%, 27,8%, 27,2%, 26,1% y 25,6% escolarizado en privados.

Estos datos muestran una realidad demográfica incipiente muy concreta, que debe hacernos reflexionar en términos de DAFO: se nos brinda una ocasión privilegiada para la construcción de una escuela intercultural desde la pluralidad, basada en experiencias de otros países europeos, como ejemplo y espejo que se ha de imitar o rechazar. Sólo ella podrá ser el motor de una sociedad para la ciudadanía, basada en el reconocimiento de la identidad cultural de los distintos grupos humanos, la valoración positiva de la multiculturalidad y la afirmación de la dinámica intercultural.

III. EL SISTEMA EDUCATIVO ESCOLAR COMO ESPACIO PÚBLICO

Eugenio Nasarre refiriéndose a la educación define “espacio público” como *“el lugar al que concurren los diferentes grupos significativos que componen la sociedad pluralista. Es el ágora de las*

(2) Curso escolar 2002-2003. Fuente MECD.

*modernas democracias*³. Así la escuela acoge a *cuantas visiones del hombre y del mundo estén legítimamente presentes en los grupos que integran esa sociedad*, concurriendo cosmovisiones diferentes y a veces encontradas, de donde surgen dos tareas, una de orientación y otra, fundamental: la salvaguarda del derecho a la educación.

A finales de 1990, los ministros de Educación de los países pertenecientes a la OCDE abordaron la necesidad de una educación de calidad para todos, señalando como objetivos centrales de sus políticas educativas, facilitar el acceso a la educación, especialmente a aquellos más desfavorecidos y combatir la exclusión.

En el documento *Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes*⁴ se afirma la necesidad de que los sistemas educativos atiendan con flexibilidad las necesidades de los grupos de población con dificultades de adaptación y acceso, facilitando “contenidos adecuados de manera accesible y atractiva. Los programas de educación han de concebirse de modo que promuevan el pleno desarrollo de la personalidad humana y fortalezcan el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26). Estos programas deben favorecer el entendimiento, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; han de ser sensibles a las identidades culturales y lingüísticas y respetuosos de la diversidad (...)”⁵.

La escuela, como contexto de la realidad, constituye un espacio especialmente sensible al fenómeno de la multiculturalidad, el lugar privilegiado para conformar una sociedad que avance hacia la verdadera interculturalidad⁶, que “no se limita a describir una situación particular sino que define un enfoque, procedimiento, proceso dinámico de naturaleza social en el que los participantes son positivamente impulsados a ser conscientes de su interdependencia y es también, una filosofía política y un pensamiento que sistematiza tal enfoque”⁷.

Siguiendo las pautas de Dakar, el sistema educativo, promoción de un auténtico diálogo de culturas, ha de ser capaz de acoger a lo diferente como diferente, desarrollar el interés y el deseo intelectual por universos culturales distintos del propio, promover una educación que se distancie del patrón de la *cultura hegemónica*.

(3) NASARRE, E.: *¿De cuáles y cuántas religiones tiene necesidad una sociedad multicultural? Punto de vista político*. Ponencia en el IX Fórum Europeo sobre la Enseñanza de la Religión en la Escuela Pública, Bratislava, 2000.

(4) Foro Mundial sobre Educación. Dakar, 2000

(5) *Ibidem*.

(6) “Una relación dinámica entre dos entidades que se dan mutuamente un sentido”. ABDALLAH-PRETEILLE, M.: “Pédagogie interculturelle de la pratique à la théorie”, en REY, M. (ed.): *Une pédagogie interculturelle*, Berne, Comisión Nationale Suisse pour l’UNESCO, 1984.

(7) Aguado, 1991, p.90.

A) Las actuaciones de compensación educativa

Nuestro sistema vela por el cumplimiento efectivo de *una educación para todos* en la que calidad y equidad⁸ no sean objetivos encontrados, manifestándose también la preocupación presente en otros sistemas europeos por resolver las tensiones que subyacen entre la ampliación de la oferta educativa, el mantenimiento de la equidad y accesibilidad.

Este derecho se pone de manifiesto en numerosos convenios, pero lamentablemente no encuentra la deseada correspondencia en la realidad educativa de los centros.

El marco legislativo regulador está conformado por la CE (1978), que establece la educación como uno de los derechos esenciales que los poderes públicos están obligados a garantizar, y por las leyes LODE (1985), LOGSE (1990), LOPEG (1995) y LOU (2001), que desarrollan los principios y derechos establecidos en la Carta Magna. La LOGSE y la LOPEG constituyen la normativa común para el conjunto del Estado en materia de compensación de las desigualdades:

La LOGSE reconoce que el sistema español se configura según los principios y valores de la Constitución: atiende a la compensación de las desigualdades de los alumnos con necesidades especiales, definiendo los factores que contribuyen a la mejora de la calidad de la enseñanza.

La LOPEG aborda la participación de las comunidades educativas en el gobierno de los centros y en actividades complementarias y extraescolares, la autonomía en la gestión de los centros, la elaboración del proyecto educativo y las medidas necesarias para garantizar la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales en los centros sostenidos con fondos públicos.

El desarrollo normativo de las actuaciones de compensación de las desigualdades en las comunidades autónomas es muy reciente y se articula en su marco competencial y administrativo. El traspaso de competencias se produce entre 1980 y 1999 con la transferencia de funciones, servicios y recursos. Al Estado se le reserva vigilar por la homogeneidad del sistema educativo mediante la promulgación de normas.

La vertebración de las distintas líneas de trabajo implica una planificación específica en cada comunidad autónoma, expresada en los programas marco de atención educativa a la diversidad que se concretan en planes de atención al alumnado extranjero, con la finalidad de conseguir una atención de calidad para las necesidades específicas. Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cataluña⁹, Madrid, Navarra, País Vasco son algunas de las comuni-

(8) En sentido estricto el término equidad está ligado a la idea de justicia. Su principal diferencia con el concepto de igualdad consiste en que la equidad implica un juicio acerca del grado de justicia que entraña una desigualdad. En este sentido, la determinación de la equidad de una actuación o política determinada exige un criterio de justicia.

(9) CIDE: *El espejismo intercultural. La escuela de Cataluña ante la diversidad cultural*. Colección Investigación, 155, 2003.

dades que desarrollan propuestas en contextos multiculturales¹⁰. El modelo de intervención educativa de las diversas autonomías coincide en los objetivos fundamentales: promover la igualdad de oportunidades, ofrecer una atención integral y garantizar la plena escolarización.

El alumnado destinatario es el alumnado extranjero que *presenta necesidades educativas específicas*, no obstante el objetivo es que las medidas que se plantean tengan implicaciones en toda la comunidad educativa. Estos alumnos representan en todas las comunidades autónomas un porcentaje minoritario, pero por su peculiar situación en muchos casos de clara desventaja social, son considerados una población escolar de riesgo. Podemos situar en torno al 50% los alumnos extranjeros y de minorías étnicas que presentan necesidades educativas específicas.

B) Plan Regional de Compensación Educativa de la Comunidad de Madrid¹¹

Con la finalidad de alcanzar un Acuerdo Social en materia educativa, la Comunidad de Madrid firmó el Acuerdo para la Mejora de la Calidad del Sistema Educativo¹² con diversas organizaciones sociales representativas del sector. Este Acuerdo recoge el compromiso de creación de un *Plan Regional de Compensación Educativa*¹³ que *arbitre un conjunto sistemático de medidas eficaces para paliar y erradicar las deficiencias que se detectan en el conjunto del sistema educativo de nuestra región*.

Aprobado por unanimidad en la Asamblea de Madrid, el 16 de noviembre de 2000 (Resolución de 12 de febrero de 2001, BOCM del 26) los objetivos expresan sus principales líneas de actuación: garantizar la escolarización y adecuación de la respuesta educativa al alumnado en situación de desventaja en las distintas etapas educativas y desarrollar acciones complementarias para apoyar la integración del alumnado inmigrante. En el apartado sobre *Criterios generales de actuación* se establecen como principios,

– *La normalización*. La atención educativa se realizará en los espacios y recursos existentes para toda la población, con adecuaciones específicas.

(10) La Comunidad de Andalucía a través del Programa “Averroes” propone pautas que se han de seguir en la escolarización de los inmigrantes y aprueba, el 9 de enero de 2002, un decreto por el que se regula el I Plan integral para la inmigración en Andalucía, con el objetivo de conseguir la plena integración de los escolares inmigrantes a través de los recursos previstos por la LOGSE y la Ley Andaluza de Solidaridad en la Educación. La Comunidad de Cataluña creó en 1993 el Plan Interdepartamental de Inmigración y posteriormente en el marco de éste, en 1994 se crea la Comisión Interdepartamental de Inmigración. En ambos espacios, con la finalidad de alcanzar una política globalizadora y no excluyente, participan las administraciones y el tejido social. Entre las funciones de esta Comisión están la escolarización de alumnos y la educación lingüística.

(11) CASANOVA, M.A.: *La atención a la diversidad en la Comunidad de Madrid*. Ponencia presentada al Seminario sobre Inmigración y Sistemas educativos, 13-14 junio, Madrid, CIDE, 2002.

(12) La firma del Acuerdo tuvo lugar el 19 de enero de 1999.

(13) Comunidad de Madrid: *Plan Regional de Compensación Educativa*, Madrid, Consejería de Educación de la CM, 2000.

- *La acción positiva.* Las medidas e iniciativas adoptadas deben incidir en las causas y factores que generan la discriminación.
- *La integración e interculturalidad.* La integración debe ir acompañada del respeto a la diferencia.
- *El equilibrio territorial y sectorial.* La distribución del alumnado con necesidades de compensación educativa ha de realizarse de manera equilibrada en centros gestionados con fondos públicos.
- *La participación social.* Ha de promoverse la relación familia/escuela, como condición que facilita la integración.
- *La coordinación* entre las distintas administraciones y agentes sociales, con una mención especial a la intervención de las Corporaciones Locales.

Las actuaciones se estructuran en torno a cinco bloques:

Escolarización:

Objetivo 1.1. *Desarrollar acciones orientadas a garantizar la escolarización de los sectores social y culturalmente desfavorecidos, articulando los servicios complementarios que sean necesarios así como los dispositivos que mejoren la información de las familias en relación con el derecho a la elección de centro y con las posibilidades de acceso a becas y ayudas al estudio.*

Objetivo 1.2. *Arbitrar los mecanismos que posibiliten una escolarización equilibrada del alumnado con necesidades de compensación, para prevenir procesos de dispersión que pueden conducir a la desescolarización de determinados grupos, así como los de concentración que puedan conducir a la consideración social de centros de carácter segregado.*

Objetivo 1.3. *Elaborar un Programa marco de seguimiento escolar que se incluya en el Pacto Local y posibilite su concreción y puesta en marcha a nivel municipal.*

Actuaciones en los centros sostenidos con fondos públicos:

Objetivo 2.1. *Garantizar la escolarización y adecuación de la respuesta educativa en las distintas etapas educativas.*

Objetivo 2.2. *Adecuar la dotación de recursos de apoyo de educación compensatoria en centros públicos.*

Objetivo 2.3. *Impulsar la formación permanente del profesorado para la atención a la desventaja social y a la diversidad cultural, así como la participación en programas europeos y en actividades de innovación.*

Actuaciones complementarias:

Objetivo 3.1. *Desarrollar actuaciones complementarias en el ámbito de la compensación educativa externa, en colaboración con instituciones públicas y entidades privadas sin fines de lucro.*

Objetivo 3.2. *Adecuar las actuaciones complementarias con las acciones de compensación educativa desarrolladas por los centros docentes.*

Desarrollo de la educación intercultural:

Objetivo 4.1. *Potenciar la integración de minorías étnicas y culturales en el sistema educativo, desde los principios de normalización y respeto a la diferencia.*

Objetivo 4.2. *Desarrollar acciones de apoyo y formación de madres y padres pertenecientes a minorías étnicas o culturales.*

Objetivo 4.4. *Desarrollar acciones complementarias para apoyar la acción de alumnado inmigrante.*

Colaboración interinstitucional y participación:

Objetivo 5.1. *Desarrollar planes de actuación integral en aquellas zonas que se determine como de acción prioritaria en función de indicadores territoriales, educativos y socioeconómicos.*

Objetivo 5.2. *Fomentar la participación de las Administraciones y de los agentes sociales en las actuaciones educativas.*

Algunas de los programas y medidas actualmente en funcionamiento sobre la base del Plan Regional y acordes con estos objetivos son: el Servicio de Apoyo Itinerante al Alumnado Inmigrante (S.A.I.), el Programa de Escuelas de Bienvenida, el Programa “Madrid, Encrucijada de Culturas” y el Servicio de Traductores e Intérpretes.

El Servicio de Apoyo Itinerante al Alumnado Inmigrante (S.A.I.)

La finalidad del programa es apoyar la adquisición de competencias lingüísticas y comunicativas básicas del alumnado inmigrante de nueva incorporación que desconoce el idioma, escolarizado en centros públicos que imparten Educación Secundaria Obligatoria y que no cuentan con un profesorado de apoyo del Programa de Educación Compensatoria. Su funcionamiento se desarrolla en coordinación con el Equipo Directivo y con la Jefatura de Estudios y se adecua a las características del alumnado y a las necesidades del centro.

Las Aulas de Enlace

A lo largo del curso 2002-2003 la Consejería de Educación pone en funcionamiento de manera experimental las *Aulas de Enlace*, para Segundo y Tercer Ciclo de Educación Primaria y de Educación Secundaria Obligatoria de centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos, con la finalidad de facilitar la incorporación en el sistema educativo del alumnado inmigrante que presenta un desconocimiento del español como lengua vehicular y un grave desfase curricular, consecuencia de su falta o tardía escolaridad en su país de origen. Los objetivos del programa son: facilitar la incorporación al sistema educativo, posibilitar la atención específica con las adecuadas adaptaciones curriculares y favorecer el desarrollo de la identidad.

VALORACIÓN

- Sólo es posible alcanzar la calidad educativa en la medida en que se consigue un trato de igualdad para todos, superando cualquier mecanismo de segregación y exclusión.
- En el Plan se pone el énfasis en que las actuaciones están encaminadas a evitar modelos de segregación, pero se perpetúa una política en materia de interculturalidad con un carácter más compensador que integrador.
- Los recursos anuales destinados por la Comunidad de Madrid a hacer efectivo el Plan resultan claramente insuficientes. La cuantificación de posibles destinatarios y de los profesores destinados a las actuaciones concretas nos muestra una ratio profesor/alumno de 1/75.
- No se desarrolla una efectiva política que atempere la concentración masiva de inmigrantes en determinadas escuelas, creando “centros gueto”.
- Es necesaria una escuela pública integrada en la comunidad. Se desaprovecha la oportunidad de desarrollar proyectos comunitarios que den coherencia al proyecto educativo. Las escuelas más eficaces en los contextos multiculturales son las que han entendido la necesidad de educar en colaboración con otras instituciones sociales complementarias (familias, otros profesionales socioeducativos, servicios de la Administración local, ONG...) (JORDÁN, 1998).
- En el ámbito de la educación intercultural sería conveniente trabajar el respeto y la tolerancia de la comunidad de acogida, desde la sensibilización dirigida tanto a alumnos como a profesores. Frente a un alumnado diverso no podemos continuar manteniendo la homogeneidad del profesorado.
- Las aulas de diversidad deben convertirse en espacios encaminados al conocimiento y valoración de la diversidad.
- Debe fortalecerse la figura del mediador cultural.

- Se pone el acento en la necesidad de facilitar la integración de los alumnos inmigrantes en la escuela, pero se olvida fomentar la participación *activa* de sus familias.
- No se contempla ofrecer a los alumnos inmigrantes y a sus familias unas pautas educativas para la solución de conflictos entre los valores del país de origen y destino.
- Es preciso un incremento de acciones de traducción en las tutorías con las familias, pues la acción tutorial es de vital importancia para una adecuada integración.
- Es necesario un cambio en las relaciones profesorado del centro/profesorado Aulas Enlace, acompañado de una reflexión sobre qué comunidad educativa estamos construyendo.

IV. MISCELÁNEA Y CONCLUSIONES

El inconsciente colectivo acuña manifestaciones culturales situadas en la órbita del refrán popular, donde a través del ingenio cifra una información que de otra forma quedaría camuflada bajo cuadros, tartas y velas estadísticas que nos impedirían ver la realidad que se oculta tras ellos. Tomemos un caso ejemplar.

Hace falta todo un poblado para educar a un niño.

Proverbio africano.

Estas palabras resumen, en esencia, el espíritu de la educación y su necesidad de una comunidad entera y los largos años que la han formado reposadamente hasta obtener una cosmovisión, una cultura, un lugar en el mundo: *Educar lleva su tiempo*. Todas esas experiencias de generaciones anteriores se destilan gota a gota, como si de un alambique se tratase, en la educación de un solo niño; y no todas pertenecen al sistema educativo escolar o a los propósitos metodológicos conscientes de la pedagogía. Por ello se habla de “sistema educativo escolar”, puesto que la educación no sólo se recibe en la escuela, sino también en otros muchos entornos vitales.

No obstante, como comenta Jaddish S. GUNDARA, “es posible que hoy en día sea todo el poblado el que necesite reeducación” por parte de cada niño nuevo que se incorpora: “la inmigración plantea nuevos retos”; de otra manera, si nuestras comunidades son incapaces de aprender, de crecer y ampliar sus horizontes al mismo ritmo que su población, se convertirán, como el latín, en “pueblos muertos”, fósiles culturales apegados a las lindes de un poblado primigenio y auténtico que nunca existió; porque las identidades nacionales no son genéticas, sino constructos culturales, convencionales. Nadie puede mostrar un “curriculum vitae” que le otorgue derecho de pertenencia a un territorio desde el primer homínido que merodeó por ese terreno que hoy denominamos ciudad, nación, país.

Esto es así precisamente porque tanto los jóvenes como los adultos posiblemente no tengan la suficiente formación para comprender los fundamentos históricos y contemporáneos de la sociedad y las cuestiones relacionadas con su complejidad y el sentimiento de pertenencia en su seno. El carácter cambiante de las identidades es, de modo especial, una cuestión que puede desembocar en conflicto, o en paz y estabilidad¹⁴.

*Aunque Internet no se come, pronto,
sin una economía basada en Internet no se podrá comer.
Conferencia Regional en Bamako,
África, mayo 2002.*

En el mundo eufemístico en que vivimos, hay que tener sumo cuidado con las declaraciones de intenciones y buenos principios, pues suelen agotar sus energías en el acto de su mera formulación. A día de hoy, el aparato burocrático y legitimador de las intervenciones ha crecido exponencialmente mucho más que la práctica que supuestamente interpretan y cuantifican, y, en muchas ocasiones, inflan y falsean.

Proponíamos en la introducción averiguar cuáles son aquellos principios constantes, el imperativo categórico válido para cualquier persona en cualquier circunstancia, que pudiéramos considerar nuclear en términos educativos. Han de ser, por tanto, principios formales, desprovistos de una materia concreta, de no ser la naturaleza de ésta, no ya molecular, sino atómica.

Frente a la cuestión de cuáles son los mínimos irrenunciables, podemos testimoniar lo peligrosos que son los consensos: tan empeñados en dar gusto a todo el mundo que, por el afán de ser omnicomprendidos, acaban por renunciar incluso a los valores esenciales. Para ser irrenunciables han de estar desprovistos de concreciones culturales particulares, han de valer para todas por igual, aun en el caso de enfrentamiento con alguna cosmovisión concreta. Y con el convencimiento de que, llegado el momento de conflicto cultural grave, los valores que se defienden tienen un rango supremo frente a cualquier manifestación geográfica o histórica localista (y la respuesta sobre la pertinencia del intervencionismo del Estado¹⁵, en los casos

(14) "Educación para la diversidad social intercultural y ciudadana en la Unión Europea", en VV.AA.: *Hacia una Europa diferente. Respuestas educativas a la interculturalidad*, Consortium of Institutions of Development and Research in Education in Europe y Centro de Investigación y Documentación Educativa, CIDE/ CIDREE/ SLO, Madrid, 2002, p. 30.

(15) *El País* edición digital (www. el pais.es), 10-V-2004, Entrevista de Antonio Fraguas. Katarina TOMASEVSKI hace una crítica furibunda tanto al papel jugado por el Banco Mundial ("desastrosos, obligando a estados pobres a introducir tasas académicas –lo hizo en Malawi y casi acaba con el sistema educativo en ese país; en cuanto fueron levantadas las medidas del Banco Mundial, la alfabetización comenzó a despegar–; el Banco Mundial no habla de *derecho*, sino de 'acceso' a la educación y, tengo que decir, que algo parecido les pasa a algunos de mis colegas de la ONU"). En su libro dedica unos "antiagradecimientos" a la propia institución internacional que representa: "Sí, porque no está defendiendo el derecho de los niños a la educación. Especialmente la Comisión de Derechos Humanos, que se guían por la doctrina del consenso global. Eso da como resultado unos textos vinculantes de mínimos, para que sean aceptados por todos los países".

en que una cultura entra en conflicto con un valor fundamental, la respuesta es claramente afirmativa¹⁶).

El primer principio es la máxima aristotélica *Ὁ ἄνθρωπος ζῶον πολιτικόν* el hombre es, por naturaleza, un animal político, de polis, ciudad; el hombre es un animal social, por naturaleza. La comunidad de convivencia es sinónimo de las relaciones sociales y políticas que tienen lugar en ella. Esto nos recuerda nuestra necesidad de participar para poder desarrollarnos como personas, socialmente, no digamos ya para ejercer nuestros derechos, o conocer los mecanismos con que éstos son regulados. Este sentido antiguo de “Política”, es decir, “participación ciudadana”, tiene más que ver con pequeñas comunidades de autogestión directa, que con las grandes metrópolis y megalópolis de utópica participación social equitativa. Deberíamos mostrar más interés por la política, por las decisiones que afectan a nuestra convivencia social. Solamente desde la sociedad civil conseguiremos enmendar el rumbo en que parecen empeñados aquellos intermediarios de la voluntad popular denominados “políticos”.

Esto no sólo nos habla de cómo se desarrollan y educan los niños y jóvenes a través de la socialización primaria, de su idioma, su cultura y sus valores en el seno de un grupo, una comunidad, sino también eleva a mandamientos de una ley superior, aquellas cuyo consenso ha costado históricamente un mayor esfuerzo y vidas a la civilización, hasta confirmarlas como definitivas y, por lo tanto, no logradas. Esta es la *Declaración de los Derechos Humanos*. En ella y después de valores tan iniciales como el derecho a la vida, a la salud o al trabajo, aparecen el derecho a no ser perseguido, a la libertad de movimientos y, desde luego, el derecho a la educación. Esto nos debe hacer reflexionar sobre qué es importante y qué accesorio en este mundo en el que el conocimiento y la comunicación recorren todo el planeta, mientras el capital se gestiona veinticuatro horas al día.

La cada día más preocupante ampliación del fracaso escolar, junto con el aumento de rasgos antisociales en una “juventud conflictiva” (insolidaridad, ausencia de empatía, violencia), nos deben hacer cuestionarnos cuáles son las estrellas fijas del sistema educativo y cuáles deben ser objeto de variabilidad.

Los errores de concepto sucedidos durante el Imperio del Estado del Bienestar, por confundir su análisis bienpensante de lo que debe ser con lo que la realidad muestra, no deben arrojarnos en los brazos de otro sistema sospechosamente emparentado con ítems de productividad empresarial, “la calidad”, escoltada por la legítima ambición personal y social de los padres (quién no quiere “la calidad educativa” para sus hijos), trasladando objetivos de mercado a lo que, hasta ese momento constituía un derecho social inscrito en la Declaración de los Derechos Humanos: el derecho a la educación.

(16) Lo que no podemos pretender es que nuestros “prejuicios morales” sobre la ablación o la lapidación por adulterio no sean tan radicales como con la deuda externa, la penuria económica o el hambre: imponer derechos fundamentales de nuestro progreso debería también hacer al Tercer Mundo participe de sus beneficios materiales, no sólo de su reprensión desde nuestra superioridad moral.

No podemos seguir ocultándonos que los trepidantes procesos tecnológicos, económicos y sociales están cambiando la configuración de nuestras ciudades y nuestros barrios, produciendo nuevas interacciones en nuevos contextos. Y que la “globalización neoliberal” es el motor de este proceso de transformación, a cuya feliz ferocidad sólo puede oponerse la también nueva y naciente “globalización social”. Estos procesos y acontecimientos también están transformando nuestras escuelas.

Hemos de hablar de “educación” en lugar de ‘escolarización’. En caso contrario estaríamos ante un caso peculiar de *habeas corpus*, “tenemos el cuerpo”, luego ya podemos aseverar que hemos alcanzado la “plena escolarización”, que la educación es equitativa en su acceso, y podemos comenzar a rellenar cuadros y estadísticas que justifiquen nuestro trabajo. Bien, no es baladí tener los cuerpos: mejor están los alumnos en las aulas que en la calle; ahora es necesario hacer algo con ellos.

No podemos seguir pretendiendo que la reforma educativa no sea, al mismo tiempo, un intento de transformar el mundo. A las respuestas negativas, como el Informe Jenks (*La escuela no es responsable de las desigualdades sociales y no las cambia*) se puede contestar, tanto con los peores momentos de la educación (basten los ejemplos *ex contrario*¹⁷ que nos recordaba Katarina TOMASEVSKY¹⁸, relatora de la ONU en temas educativos –denunciando que existen sistemas que son peores que la ausencia de los mismos: casos de Uganda, donde hace diez años tres ministros fueron procesados por el Tribunal Penal Internacional por incitar a los escolares al genocidio; China, cuya educación pública sigue siendo maoísta-leninista; o ciertas comunidades indígenas latinoamericanas, donde la educación oficial se contempla, claramente, como su genocidio cultural–), como con las nuevas y esperanzadoras “Buenas Prácticas”.

No bastan los discursos reproduccionistas tendentes al mantenimiento del *statu quo*, no bastan los programas que hablan constantemente de *acceso* a la educación y no de *derecho*, como si alguien tuviera la llave o autoridad para permitir su paso a la misma; no basta con anunciar toda una cultura de la compensación educativa, –a lomos del eufemismo– puesto que la vía de la compensación, como nos recordaba Ramón Flecha, comienza a sacar del aula, a segregar, a marcar como diferentes a ciertos alumnos, iniciándoles, esta vez sí, en unos itinerarios específicos para ellos solos: *la vía de la prisión*. Frente a este camino estaría la *vía de Yale*, cuyas máximas serían:

- Una escuela participativa, dialógica y discutidora, donde todos forman parte y toman la palabra.
- Una escuela con altas expectativas para todos y cada uno de sus alumnos, contagiando a los protagonistas y sus familias.

(17) TOMASEVSKI, K.: *El asalto a la educación*. Colección Libros de Encuentro, 14, Barcelona, Intermón Oxfam, 2004. No obstante, cita a Ruanda como ejemplo que se debe seguir por los países del Tercer Mundo: el alivio de gran parte de su deuda externa ha sido invertido fundamentalmente en educación, con el paso de 2 a 5 millones de niños escolarizados.

(18) El País, edición digital (www.elpais.es) 10-V-2004, Entrevista de Antonio Fraguas.

– Una escuela basada en los últimos avances científicos contrastados: si la compensación educativa en ningún lugar del mundo ha logrado acabar con el fracaso escolar, habrá de buscar otras vías.

Un camino que, tal vez, algunos ya hayan comenzado. Por ejemplo, la experiencia de las *Comunidades de Aprendizaje* que nos comunican Ramón Flecha y Sandra Racionero, basadas en las reformas educativas llevadas a cabo por la comunidad afroamericana a finales de los años 60, cuando el sueño de Martin Luther King, de las libertades civiles, concluye con su muerte trunca. Esta propuesta exitosa surge en la escuela estadounidense como respuesta al fracaso escolar de más de un tercio de los alumnos de primaria y secundaria: el *Programa de Desarrollo Escolar*¹⁹, las *Escuelas Aceleradas*²⁰ y *Éxito para Todos*²¹ son las nuevas respuestas en la línea teórica de Habermas, Freire, Butler, Beck, reconocidas en el *Libro Blanco de la Comisión Europea* (1995) como buenas prácticas. Es necesario transformar las escuelas conflictivas y *escuelas ghetto* en escuelas de éxito o *escuelas imán*. Para ello es fundamental la vivencia y la participación de toda la comunidad educativa:

“Hay que escoger una de las dos únicas alternativas posibles: seguir con viejas recetas exclusoras: que me saquen a esos niños de clase, o transformar los métodos: que vengan a ayudarme. A nivel mundial se ha visto como la primera alternativa, dentro de los itinerarios exclusores, incrementa el fracaso escolar y los problemas de convivencia, que pueden derivar más tarde en exclusión social y delincuencia. La vía de la prisión empieza por la separación por niveles. La segunda alternativa, que forma parte de los itinerarios transformadores, colabora significativamente en la superación de todos esos problemas y está basada en teorías educativas y sociales de la actualidad. La inclusión de todas las voces, las altas expectativas hacia todo el alumnado, una educación científica y de calidad para todas las personas forman parte de la vía de Yale”²².

Las *Comunidades de Aprendizaje* abogan por ampliar el ecosistema tradicional profesor-alumnos, en defensa de una gestión compartida del aula. La vieja resistencia gremial que imposibilitaba estas prácticas, hoy en día es víctima de tres factores: la escasa consideración social de la labor docente; la paulatina “desvocacionalización” y el fracaso escolar que portan los nuevos adolescentes, herederos de una infancia preescolar sobreestimulada, aderezada con unos nuevos hogares carentes de una figura de referencia²³. Pocos profesores negarían la entrada en su aula a otras personas que no sólo reducirían la ratio sino que contribuirían a la mejora pedagógica y curricular.

(19) School Development Program (SDP), James Comer Universidad de Yale, cuyos inicios hay que relacionarlos con 1968, la comunidad afroamericana y el Instituto Martin Luther King. <http://info.med.yale.edu/comer>

(20) Accelerated Schools, Henry Levin, Universidad de Stanford; <http://www.acceleratedschools.org>

(21) Success for All, Robert Slavin, Universidad John Hopkins; <http://successforall.net>

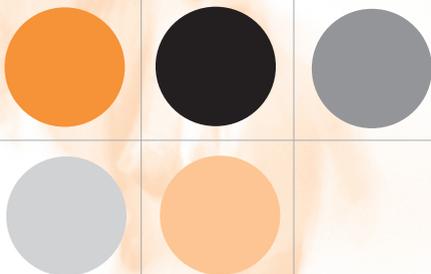
(22) *Supra cit.*, p. 19.

(23) De la misma forma en que para explicar el despegue económico español no ha sido considerada la importancia fundamental de la incorporación de la mujer al trabajo (más o menos la mitad de la población en edad activa, tradicionalmente “no productiva” paulatinamente va formando parte del mercado laboral), tampoco se han medido sus consecuencias educativas en el ámbito familiar (generalización de comedores en las escuelas, actividades extraescolares para completar horarios, ausencia de relevo en la dirección infraestructural de los hogares, etc.).

Notas y colaboraciones

*Dossier: XV Encuentro de Abogados
sobre Derecho de Extranjería
(10 años de encuentros)*

ZARAGOZA 1995-2005
10 AÑOS DE ENCUENTROS



Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

Zaragoza, 28 al 30 de abril



CONSEJO GENERAL DE LA
ABOGACÍA ESPAÑOLA
Subcomisión de Extranjería



REAL E ILUSTRE COLEGIO
DE ABOGADOS DE ZARAGOZA



UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

15 Congreso Abogacía Derecho de Extranjería

PROGRAMA

● JUEVES, 28 DE ABRIL

09.30 h. **Presentación de las jornadas e inauguración.**

11.00 h. Pausa café.

11.30 h. **Ponencia general I**

LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS ESTATALES

Gabriela Rodríguez Pizarro.

Relatora especial de la ONU para los Derechos de las Personas Migrantes.

13.00 h. **Ponencias específicas - Mesas de trabajo**

1.ª MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

Ponente: Fernando Mariño.
Catedrático de Derecho Internacional.
Universidad Carlos III (Madrid).

Moderador: Ángel G. Chueca.
Profesor de Derecho Internacional. Universidad Zaragoza.

Coordinador: Antonio Cerezuela.
Abogado. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

2.ª EL DERECHO DE ASILO Y LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS POLÍTICOS Y DE SUBSISTENCIA. EL RECHAZO EN LA FRONTERA

Ponente: Karen Musalo.
Abogada y profesora del Hastings College of the Law.
University of California.

Moderador 1: Javier Galparsoro.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

Moderador 2: Marcelo Belgrano.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Coordinadora: Beatriz Román.
Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Experta Jurídica en Migraciones Internacionales y Extranjería.

3.ª REAGRUPACIÓN Y VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS MIGRANTES

Ponente: Aurelia Álvarez.
Profesora titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad de León.

Moderadora 1: Margarita Palos.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares.

Moderadora 2: Elena Arce.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba.

Coordinadora: Montserrat Vicens.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

4.ª EL TRABAJADOR MIGRANTE Y EL DERECHO A UN TRABAJO DECENTE

Ponente: Pilar Charro.
Profesora de Derecho del Trabajo.
Universidad Rey Juan Carlos I (Madrid).

Moderadora: Sonia Martínez.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Lérida.

Coordinadora: Marga Blanco.
Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

14.30 h. Almuerzo de trabajo en el Paraninfo.

16.00 h. **Reanudación del Encuentro: Mesas de trabajo.**

17.30 h. Pausa café.

18.00 h. **Mesas de trabajo.**

21.30 h. Recepción del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza y cena en el Restaurante Club Náutico.

24.00 h. Regreso a los diferentes hoteles.

Programa del XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

● **VIERNES, 29 DE ABRIL**10.00 h. **Ponencia general II****LABORALIZACIÓN vs. GUBERNAMENTALIZACIÓN****Eduardo Rojo Torrecilla.**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Gerona.

11.30 h. Pausa café.

12.00 h. **Ponencias específicas - Mesas de trabajo****5.ª LA VÍA NORMALIZADORA DEL ARRAIGO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS****Ponente:** Eric Malabre.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Limoges y Gisti.

Moderadora: M.ª Helena Bedoya.

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Coordinadora: Ana Vilas.

Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

6.ª PLANES DE INMIGRACIÓN: POLÍTICAS SOCIALES Y DE EMPLEO**Ponente:** Ángel Moreno.

Director General de Trabajo e Inmigración del Gobierno de Aragón.

Ponente: Santiago Yerga.

Coordinador de Políticas Migratorias del Campo de Gibraltar.

Moderadora: Patricia Bárcena.

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

Coordinadora: Pilar Andrés.

Experta Jurídica en Migraciones Internacionales y Extranjería. Servicio de Inmigración del Gobierno de Aragón.

7.ª ESPECIALIZACIÓN Y PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PROFESIONAL EN EXTRANJERÍA**Ponente:** Pascual Aguelo.

Abogado. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Moderador 1: Max Adam.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

Moderador 2: Marisol Batalla.

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell. Consell de Catalunya.

Coordinadora: Inmaculada Bolea.

Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

8.ª RÉGIMEN SANCIONADOR, GARANTÍAS Y RÉGIMEN JURÍDICO**Ponentes:** José Luis Rodríguez.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

Francisco Solans.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Iñaki Almandoz.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa.

Coordinadora: Pilar Gimeno.

Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

14.30 h. Almuerzo de trabajo en el Paraninfo.

16.00 h. **Reanudación del Encuentro: Mesas de trabajo.**

17.30 h. Pausa café.

19.00 h. **Clausura.****Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez.**

Presidente del Consejo General de la Abogacía de España.

20.00 h. Recogida en los diferentes hoteles y traslado al Palacio de la Aljafería, sede de las Cortes de Aragón.

22.00 h. Cena en el Restaurante Gayarre.

24.00 h. Regreso a los diferentes hoteles.

● **SÁBADO, 30 DE ABRIL**11.00 h. **Conclusiones del Encuentro**Salón de Actos del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza:
c/ Don Jaime I, 18. 50001 Zaragoza.

Ponente: FERNANDO MARIÑO.
Catedrático de Derecho Internacional.
Universidad Carlos III (Madrid).
Moderador: ÁNGEL G. CHUECA.
Profesor de Derecho Internacional. Universidad de Zaragoza.
Coordinador: ANTONIO CEREZUELA.
Abogado. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Mecanismos de protección internacionales de los derechos humanos de las personas migrantes

MESA DE TRABAJO 1.^a

I. UNIÓN EUROPEA

- 1.^a Defendiendo a un cliente deseamos llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Vías posibles de reclamación.
- 2.^a ¿Se podrá alegar el contenido de la Constitución Europea, recientemente aprobada en referéndum?
- 3.^a Si el cliente es de nacionalidad francesa, ¿lo tendrás más fácil?

II. CONSEJO DE EUROPA

- 4.^a ¿Qué diferencias existen entre el Consejo de Europa y la Unión Europea?
- 5.^a ¿Qué alcance tiene para España el Convenio Europeo de Derechos Humanos? ¿España está obligada por este Convenio?
- 6.^a Contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de extranjeros.
- 7.^a Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia.
- 8.^a Requisitos de presentación de demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 9.^a ¿Qué documentación resulta preciso acompañar a la demanda y otros trámites procedimentales?.

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

10ª Si el TEDH admite la demanda, entonces, ¿el proceso se podrá sustanciar en español?.

11ª Si el extranjero que se defiende está casado con una española y tiene un hijo, ¿tiene más posibilidades de que no sea expulsado?

12ª Si el extranjero ha sido expulsado por España, ¿podrás pedir al TEDH que España lo readmita?

13ª Si logras una sentencia favorable, ¿cómo puedes pedir su ejecución?

14ª La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿es citada con frecuencia por el Tribunal Constitucional español? Repaso a las Jurisprudencia del TC español que cita jurisprudencia del TEDH en esta materia.

III. COMITÉ DE DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

15ª ¿Qué tratado internacional de Derechos Humanos crea este Comité?

16ª ¿Está obligada España por ese tratado internacional?

17ª ¿Qué requisitos exige para la admisión de una reclamación?

IV.- PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

18ª Los turnos de oficio y la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos ante Tribunales internacionales.

Ponente: KAREN MUSALO.

Abogada y profesora del Hastings College of the Law. University of California.

Moderador 1: JAVIER GALPARSORO.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

Moderador 2: Marcelo Belgrano.

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Coordinadora: BEATRIZ ROMÁN.

Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Experta Jurídica en Migraciones Internacionales y Extranjería.

El derecho de asilo y la protección de los refugiados políticos y de subsistencia.

El rechazo en la frontera

MESA DE TRABAJO 2.^a

I. ASILO Y REFUGIO

1. ¿Qué sentido tiene en la actualidad el mantenimiento de la figura del asilo político? ¿Qué derechos se otorgan a sus beneficiarios?
2. ¿Qué cambios se prevén en la determinación y contenido del estatuto de refugiado en la llamada "Convention Plus"? ¿Es eficaz hoy en día el ACNUR tal y como está configurado?
3. Derecho de asilo y refugiados políticos en la Unión Europea: ¿cuáles son las principales orientaciones y regulaciones normativas en el marco de la UE? ¿Qué opinión merecen las excepciones al principio de no devolución contenidas en el artículo 21 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo?
4. ¿Son conciliables las nociones de tercer país seguro, zona interna segura (dentro del territorio del Estado en el que existe la persecución) y ejercicio libre del derecho a solicitar asilo?
5. ¿Se vulneran los derechos humanos cuando se concede el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria y a las prestaciones sociales sólo a las personas que tengan reconocida la condición de refugiados u otro tipo de protección internacional subsidiaria y no a todo solicitante de protección internacional mientras se resuelve su solicitud?
6. ¿Cuáles son las principales dificultades que encuentran los solicitantes de asilo en España: en frontera, en territorio nacional, en las representaciones diplomáticas de España en el exterior?.
7. ¿Cuáles son las prácticas que se han de erradicar en el procedimiento de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo? ¿Qué papel desempeña el abogado en este procedimiento sumario?
8. Persecución por motivos de género: ¿cómo luchar contra la discriminación por motivos de género en personas solicitantes de protección internacional? Nuevas vías de asilo por persecuciones fundadas en el género (ablación, persecución de homosexuales, ...).
9. Menores solicitantes de protección internacional: ¿qué especiales cautelas debe tener el abogado cuando el solicitante es un menor, ya sea acompañado o no?

II. PROTECCIÓN INTERNACIONAL SUBSIDIARIA

10. ¿Cuál es la nueva configuración de la protección internacional subsidiaria en el Derecho español (artículo 17.2 de la Ley 5/1984 y su desarrollo en artículo 31 del Real Decreto 203/1995)? ¿Qué ventajas ofrece sobre la regulación comunitaria de la Directiva 2004/83/CE? Reflexiones respecto a la completa transposición de la Directiva 2003/09/CE de acogida.
11. ¿Cómo articular correctamente la concesión no discriminatoria de prestaciones sociales y medios de subsistencia a los beneficiarios de protección internacional subsidiaria incluidos los desplazados como medio de integración?

III. EL RECHAZO EN FRONTERA

12. ¿Qué garantías jurídicas deben presidir el procedimiento administrativo de “rechazo en frontera”? ¿Cuál es el papel del abogado en el mismo?
13. ¿Quién puede ser rechazado en frontera? ¿Cuáles son los vicios que se deben erradicar en la práctica administrativa?
14. Distinción entre rechazo en frontera y devolución.
15. Prohibición del *non-refoulement* y rechazo en frontera.
16. ¿Cuál ha de ser el protocolo de actuación (autoridades y abogado) en caso de que se constate la existencia de polizones a fin de garantizar que los mismos puedan solicitar asilo si así lo desean?
17. ¿Hacen los Estados dejación de obligaciones internacionales cuando las actuales legislaciones europeas permiten autorizan a las compañías de transportes no admitir a bordo y a obligar a que bajen del vehículo a aquellas personas que no disponen la documentación necesaria para entrar o transitar por países distintos del de su nacionalidad o residencia?

IV. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

18. Protocolo de actuación en materia de asilo y refugio. ¿Turno especializado? Formación específica.
19. Papel del abogado en el procedimiento sumario de inadmisión a trámite.
20. En el supuesto de solicitantes menores de edad, ya sean acompañados o no.
21. Protocolo de actuación (autoridades y abogado) en caso de que se constate la existencia de polizones a fin de garantizar que los mismos puedan solicitar asilo si así lo desea.

Ponente: AURELIA ÁLVAREZ.
Profesora titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad de León.

Moderadora 1: MARGARITA PALOS.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados
de las Islas Baleares.

Moderadora 2: ELENA ARCE.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba.

Coordinadora: MONTSERRAT VICENS.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

Reagrupación y vida familiar de las personas migrantes

MESA DE TRABAJO 3.^a

1) Requisitos exigidos al solicitar un informe de reagrupación familiar; especial referencia a la legalización de documentos en los Consulados españoles en los distintos países; al tema de la vivienda y al de los ingresos económicos del extranjero reagrupante.

– La Ley establece que deben existir razones que justifiquen su residencia en España. ¿Qué se entiende por ello?

– El Reglamento interpreta “estar a cargo” del reagrupante solamente cuando los ascendientes dependan económicamente de él, cerrando la puerta a otro tipo de dependencias físicas o psicológicas (no valerse por sí mismos, estar solos, etc.) ¿puede unirse la dependencia económica a otro tipo de dependencia?

– En cuanto al tema de la vivienda, la Ley exige aportar una prueba de que disponen de un alojamiento adecuado.

– El nuevo Reglamento dispone que esta prueba se justifique SÓLO mediante un informe expedido por la corporación local del lugar de residencia del reagrupante, y si ésta no lo emite en el plazo de 15 días (directamente a la autoridad competente) se puede hacer mediante acta notarial, que se exige el detalle del número de habitaciones, uso que se les va a dar, personas que lo habitan, condiciones de habitabilidad, equipamiento, etc. De este modo, se endurecen aún más los requisitos.

Existencia de gran disparidad de criterios entre las distintas Subdelegaciones.

2) Incumplimiento del plazo de resolución de los informes gubernativos para tramitación de visados por reagrupación familiar. Posible vulneración del derecho a la vida familiar, reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Tema de la cita previa. En aquellos lugares en los que funciona el sistema de cita previa se está dando cita con demasiado tiempo, lo que unido a la emisión del informe gubernativo y la resolución de residencia, deja casi vacío de contenido este derecho.

3) Problemática consular: gestión por los distintos Consulados de España en cuanto a la gestión de los expedientes administrativos de solicitud de visado por reagrupación familiar.

Imposibilidad de contactar con el Ministerio de Asuntos Exteriores y con los Consulados en general.

Dificultad de los reagrupados de acceder a los propios consulados Españoles para legalizar documentos.

¿Sería posible que la Misión diplomática en el país de origen inadmita a trámite una solicitud de visado cuando ha sido dictada una resolución de residencia temporal por reagrupación por el órgano competente en España, basándose en la situación irregular del extranjero en España en el momento de la solicitud de la autorización? Si así ocurriera ¿en qué situación jurídica queda la resolución administrativa de residencia temporal? ¿Qué recurso plantearías y con base en qué lo fundamentarías?

4) Familiares reagrupables: posibilidad de ampliar los familiares enumerados en el artículo 17 de la Ley y en el artículo 39 del Reglamento. Inadmisión a trámite de dicha solicitudes.

5) Desaparición, con la entrada en vigor del nuevo Reglamento, de la posibilidad de obtener permiso de residencia y de trabajo para el familiar susceptible de reagrupación que se encuentra en España. Necesidad de que se desplace a su país en búsqueda del visado de residencia, salvo el supuesto de arraigo de 3 años.

6) Obligación de los menores de estar dos años en situación irregular en España antes de concedérseles el permiso de residencia.

7) Requisitos de las distintas Subdelegaciones de Gobierno.

8) Protocolo de actuación por parte de los servicios del turno de oficio respecto de la situación en la que habiendo sido resuelta favorablemente la residencia temporal por reagrupación familiar por parte del órgano competente en la provincia donde se presentó la solicitud inicial por el reagrupante, es denegada la solicitud de visado al reagrupado en el país de origen, en cuanto a :

– Abogados adscritos a diferentes servicios del turno de oficio correspondientes a distintos colegios profesionales que deberían intervenir.

– La posibilidad de que una persona que no se encuentra en España pueda tener acceso al servicio del turno de oficio y al beneficio de justicia gratuita para recurrir una resolución ante el órgano competente en Madrid.

Ponente: PILAR CHARRO.
Profesora de Derecho del Trabajo.
Universidad Rey Juan Carlos I (Madrid).

Moderadora: SONIA MARTÍNEZ.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Lérida.

Coordinadora: MARGA BLANCO.
Abogada. Real e Ilustre Colegio de
Abogados de Zaragoza.

I El trabajador migrante y el derecho a un trabajo decente

MESA DE TRABAJO 4.^a

I. DERECHOS DE TRABAJADOR MIGRANTE

1. ¿Qué podríamos entender por trabajador migrante? ¿Qué derechos laborales tiene? ¿Y limitaciones? ¿Consideras que todo trabajador migrante tiene el derecho constitucional al trabajo, independientemente de su situación administrativa? ¿Y a las prestaciones de la Seguridad Social?
2. ¿A qué normas o tratados tendríamos que acogernos para fundar no sólo el derecho al trabajo de todas las personas, sino también al trabajo digno y en buenas condiciones, independientemente de la situación administrativa en que se encuentren?
3. ¿Cuáles son las diferencias de hecho y derecho entre las condiciones de trabajo de un extranjero y nacional? ¿Y entre un extranjero en situación de legalidad administrativa y uno en situación irregular?
4. ¿Dónde consideras que estaría el límite entre las condiciones dignas e indignas de trabajo?

II. AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

5. ¿Qué es una autorización administrativa de trabajo? ¿Cuántas clases de autorizaciones existen en nuestra normativa?
6. ¿Todos los extranjeros que quieran desarrollar un trabajo en España tienen que obtener una autorización de residencia laboral? ¿Y para desarrollar una actividad profesional? ¿Puede darse el caso de que algún extranjero que no tenga autorización de trabajo se le permita el desarrollo de un trabajo legalmente?
7. ¿Es posible que la Misión diplomática en el país de origen inadmita 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 la autorización? Si así ocurriera, en qué situación jurídica queda la resolución administrativa de autorización de trabajo? ¿Qué recurso plantearías frente a esta actuación y con base en qué lo fundamentarías?
8. En caso de que exista un contrato laboral, ¿la falta de autorización administrativa de trabajo del trabajador extranjero determina obligatoriamente la ineficacia del mismo?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

9. ¿Cómo debe ser interpretada la “situación nacional de empleo”? ¿Sería equiparable al concepto de “preferencia nacional”? ¿Es compatible con los derechos de los extranjeros reconocidos en el artículo 13 de la Constitución?
10. ¿En qué consiste el arraigo laboral? ¿Qué efectos puede tener la realización de un trabajo sin la preceptiva autorización administrativa para ello? ¿Qué derechos se pueden llegar a adquirir por parte de los trabajadores extranjeros?
11. Una persona que ha obtenido autorización de residencia por arraigo familiar y quiere acceder a un puesto de trabajo, ¿qué tiene que hacer?
12. ¿Un trabajador extranjero irregular puede generar derecho a prestaciones de desempleo? Y ¿si esta persona extranjera se acoge al arraigo laboral y acredita que ha mantenido relaciones laborales por cuenta ajena durante al menos un año y la relación ha cesado por causa no imputable al trabajador?
13. ¿Tienen algún tipo de cobertura los trabajadores extranjeros en situación irregular en caso de accidente laboral?
14. Si un trabajador extranjero irregular en lugar de trabajar por cuenta ajena lo hiciera en régimen de cuenta propia ¿tendría derecho alguna prestación en caso de accidente laboral? ¿Podría acogerse al arraigo laboral?
15. ¿Cómo compatibilizas la idea de reconocimiento del derecho al trabajo de un extranjero con la existencia de una causa de expulsión como es “Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”?

III. LABORALIZACIÓN

16. El hecho de que la Secretaría de Estado ahora esté adscrita al Ministerio de Trabajo ¿qué implicaciones en cuanto al fondo de la materia? ¿Y en cuánto a la forma? ¿Hay alguna parte de la Ley de Extranjería que entre en discrepancia con la nueva perspectiva?
17. ¿Qué papel tienen las CCAA en la materia laboral de extranjería? ¿Cambia en algo su actuación el hecho de que la inmigración tenga ahora perspectiva desde el Ministerio de Trabajo?
18. ¿Confirma la actual regulación sobre la renovación el principio de incorporación progresiva al mercado de trabajo? ¿Qué alcance ha de darse a la “continuidad en la relación laboral” como circunstancia determinante de la renovación de la autorización de trabajo?

IV. PROTOCOLO

19. ¿La atención específica de las reclamaciones laborales de trabajadores extranjeros requiere de una atención especializada?

Ponente: ERIC MALABRE.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Limoges y Gisti.

Moderadora: M.^a HELENA BEDOYA.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Coordinadora: ANA VILAS.
Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

I La vía normalizadora del arraigo y otras circunstancias

MESA DE TRABAJO 5.^a

1. ¿En qué situación quedan los cónyuges de los residentes legales?
2. Y si el cónyuge de un residente legal, no tiene posibilidad de acceso al trabajo ¿cuál sería la vía normalizadora?
3. ¿Cómo sería la normalización entre parejas de hecho?
4. ¿Qué tratamiento se les da a los padres de un menor de edad de nacionalidad española?
5. ¿A qué se refiere el artículo 45.2.b) párrafo 2.º del Real Decreto 2393/2004 cuando establece que los vínculos familiares se entienden, exclusivamente, a los ascendientes o descendientes en “línea directa”?
- ¿Se refiere a los propios y no a los del cónyuge?
- ¿Se refiere al primer grado en línea recta?
- ¿...?
6. ¿Cómo será la vía normalizadora de un menor de edad en edad no laboral (hasta los 16 años)?
7. ¿Cómo será la vía normalizadora de un menor de edad en edad laboral (entre 16 y 17 años). En este caso,
 - ¿Obtendrían autorización de residencia temporal y autorización administrativa para trabajar? o bien
 - ¿Obtendrían autorización de residencia y trabajo?
8. Si un menor de edad en edad laboral accede la normalización por la vía del artículo 45.2.b) Real Decreto 2393/2004 pero no por vínculos familiares directos sino por su inserción social ¿qué tipo de autorización obtendría?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

– ¿Autorización de residencia temporal y autorización administrativa para trabajar?
o bien

– ¿Autorización de residencia y trabajo?

9. En la normalización por la vía del arraigo laboral [artículo 45.2.a) y 46 2. b) del Real Decreto 2393/2004, las resoluciones, tanto judicial como administrativa,

– ¿Deben ser firmes?

– Y si contra la resolución administrativa se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo con suspensión de la resolución?

10. En el arraigo por la vía del artículo 45.2 b) Real Decreto 2393/2004

– ¿Cabría sustituir el contrato de trabajo por el Informe del Ayuntamiento?

– Son contradictorios el artículo 46.2.c) parrafo 2.º con el artículo 46.7?

11. En el artículo 46.5 Real Decreto 2393/2004 establece que, en la entrevista personal, estarán presentes, al menos, dos representantes de la Administración, ¿qué otros representantes deberá haber?

12. ¿Qué supuestos cabrían en la vía normalizadora de colaboración con las autoridades administrativas? (artículo 45.5 RD 2393/2004)?

– ¿La denuncia a inspección de trabajo, para poder acceder, posteriormente, al arraigo laboral?

13. En el arraigo por la vía laboral, la acreditación de la relación laboral de, al menos un año

– ¿Debe ser con la misma empresa/empleador?

– ¿Puede ser con empresas diversas?

Ponente: ÁNGEL MORENO.
Director General de Trabajo e Inmigración
del Gobierno de Aragón.

Ponente: SANTIAGO YERGA.
Coordinador de Políticas Migratorias
del Campo de Gibraltar.

Moderadora: PATRICIA BÁRCENA.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Vizcaya.

Coordinadora: PILAR ANDRÉS.
Experta Jurídica en Migraciones Internacionales y
Extranjería. Servicio de Inmigración del
Gobierno de Aragón.

Planes de inmigración. Políticas sociales y de empleo

MESA DE TRABAJO 6.^a

1. La Ley 4/2000, de 11 de enero, trata “sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”. De acuerdo con este título ¿considera que la “integración social” ha tenido el desarrollo adecuado?
2. Políticas de extranjería o políticas de inmigración. ¿En que se diferencian? ¿Cuál de ellas refleja la Ley de Extranjería en vigor?
3. Una correcta política de inmigración ¿qué elementos debería contener?
4. ¿Podemos considerar los derechos sociales y económicos como fundamentales? En caso afirmativo ¿considera que tienen estos derechos suficientes mecanismos de protección?
5. ¿Cuáles deberían ser considerados “derechos sociales básicos”? ¿Debería estar incluido en este catálogo el derecho al empleo?
6. ¿Cómo califica la Constitución Española los derechos sociales? ¿Qué consecuencia jurídica tiene esta clasificación?
7. ¿Considera que la Ley de Extranjería marca un límite o los derechos recogidos deben entenderse como un “plus básico” que no tiene porque limitar la acción de las Comunidades Autónomas?
8. ¿Pueden estar las Comunidades Autónomas jurídicamente obligadas a ir más allá de la Ley de Extranjería en el reconocimiento de los derechos sociales? (artículo 96.1 de la CE)
9. En la realidad jurídica española ¿el cambio de Ministerio, de Interior a Asuntos Sociales y Trabajo ha supuesto un cambio de enfoque? Si es así ¿la sustancia de este cambio podría ser un buen argumento en recursos contenciosos? ¿De qué forma?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

10. ¿En qué grado está relacionada la migración irregular con el empleo ilegal de extranjeros?
11. Los Planes de Integración actuales ¿son en realidad un plan estratégico o un catálogo de las actuaciones que ya se están llevando a cabo?
12. El nuevo Reglamento introduce el informe municipal para la obtención de autorización de residencia por arraigo, supone un cambio importante en cuanto a la nueva visión social de la inmigración de cara a valorar el grado de integración de personas extranjeras en nuestro país ¿supone esto una necesidad de coordinación entre distintos profesionales? ¿Y entre éstos y la Administración? ¿En qué aspectos sería necesaria esta colaboración?
13. ¿Qué ítems deberían medir el grado de integración?
14. ¿Es el reagrupamiento un factor de integración? En relación con lo anterior ¿cómo se debería enfocar jurídicamente el matrimonio extranjero con menores?
15. El Tratado para establecer una Constitución Europea recoge la libertad profesional y el derecho a trabajar (artículo II-75) estableciendo diferencias entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países ¿esta diferencia de trato puede afectar a la esencia misma del derecho a trabajar? ¿En qué aspectos?
16. Este documento califica de “principios” a determinados derechos sociales como el derecho a la consulta de los trabajadores o sus representantes, la negociación colectiva, o la protección en caso de despido injustificado ¿qué efectos jurídicos acarrea esta calificación? ¿Están suficientemente garantizados estos derechos fundamentales?
17. ¿De qué forma podría salvar las posibles carencias de la Constitución Europea la reciente Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios?

Ponente: PASCUAL AGUELO.
Abogado. Real e Ilustre Colegio de
Abogados de Zaragoza.

Moderador 1: MAX ADAM.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.

Moderador 2: MARISOL BATALLA.
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell.
Consell de Catalunya.

Coordinadora: INMACULADA BOLEA.
Abogada. Real e Ilustre Colegio de
Abogados de Zaragoza.

I Especialización y protocolos de actuación profesional en extranjería

MESA DE TRABAJO 7.^a

I. TURNOS DE OFICIO

1. ¿Existe o se ha promovido en tu Colegio algún turno específico de extranjería?

2. Dado que los turnos penales en los que se ven involucrados extranjeros no corresponden a letrados especializados en extranjería, ¿se tiene en cuenta suficientemente el elemento de extranjería?

i. En especial: en penal: A) posible expulsión.

B) Consecuencias de la conformidad con la pena solicitada.

En familia; A) nacionalidad.

B) Legislación extranjera aplicable en ocasiones en procedimientos de familia.

3. Poner de manifiesto las situaciones, si las hubiere, en que un extranjero tiene varios letrados, en asuntos similares, y posibles soluciones. Por ejemplo, detención por asunto penal, e incoación de procedimiento sancionador. ¿Se considera negativo que existan varios letrados? ¿genera molestias y confusión en el extranjero? ¿Se perjudica su defensa?

4. ¿Existen en los distintos colegios Servicios Específicos de Asesoramiento en aspectos no judiciales, y que necesiten la tramitación ante los órganos de la Administración?

5. En caso afirmativo, ¿funcionan a través de Convenios con Administración Local, Autonómica, etcétera?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

6. ¿Existe algún tipo de coordinación con los Servicios de Asistencia y Orientación Social para inmigrantes que dependen de las Administraciones Públicas (Redacción de informes de vivienda, actas de invitación, informes de inserción social para autorizaciones por circunstancias excepcionales, etc.)?

7. ¿Se considera importante que exista?

8. ¿Existe coordinación con los Servicios del Turno Penitenciario por parte del turno de extranjería? ¿Y con los servicios que atienden a menores extranjeros, tanto en asuntos penales, como de protección de los mismos?

9. Turno de oficio, y acceso a instancias internacionales de defensa de los derechos de la población migrante. ¿Existe realmente la posibilidad de acceso? ¿Qué normativa lo regula? ¿Existe formación suficiente por parte de los letrados en esas cuestiones?

II. ESPECIALIZACIÓN

10. ¿Considera que el grado de especialización exigido es suficiente?

11. ¿Se exige algún tipo de formación específica para acceder al turno de extranjería (curso de introducción a la práctica del Derecho de extranjería homologado por el CGAE, ... o similar)?

12. Caso de no existir ¿cómo repercute en la calidad del servicio prestado?

13. ¿Se aplica algún tipo de baremo de méritos para la selección de los letrados? ¿Entiende que debería aplicarse o es más correcta la libre inclusión de todos los letrados que lo soliciten?

14. Respecto a los letrados de turno de oficio que no están adscritos al turno de extranjería, diría que el conocimiento de la legislación básica que atañe a los extranjeros es alta, suficiente, insuficiente, o prácticamente nula?

15. ¿Influye esa circunstancia en la calidad general del servicio del turno de oficio?

16. ¿Existe en cada Colegio algún foro de debate e intercambio de experiencias, dudas, sentencias judiciales y actuaciones administrativas, que pueda ayudar al trabajo profesional de los letrados? ¿Sería interesante crear o fomentar algún tipo de encuentro de este tipo?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

III. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

17. ¿Están unificados en los Colegios de Abogados, a través de normas o circulares accesibles a todos los letrados, los criterios de actuación en el turno de extranjería? En especial

- A) Alegaciones en expedientes de expulsión.
- B) Proposición de pruebas en dichos expedientes.
- C) Necesidad de realizar las alegaciones en todo caso.

18. En asuntos del turno penal, en lo relativo a violencia doméstica sufrida por mujeres extranjeras (con un número cada vez más elevado de casos) ¿cómo se articula el asesoramiento a estas mujeres, en relación al artículo 45.4.a) y 46 .3 del Real Decreto 2393/2004? ¿Debe existir coordinación entre el letrado de la acusación particular y el que se haga cargo de la tramitación de la autorización?

19. ¿El letrado de turno de extranjería que asiste a la iniciación del procedimiento sancionador continúa haciéndose cargo de todo el procedimiento? ¿Y expediente judicial de internamiento del caso de existir?

20. ¿Existe acceso por parte de los letrados a circulares y normas internas de funcionamiento de la Administración que faciliten el trámite correcto de los expedientes?

21. ¿Se han incorporado en los respectivos Colegios los borradores sobre protocolos de actuación, y baremos acordados en el encuentro del año 2004? ¿Qué grado de definición existe al respecto?

22. Respecto a letrados, tanto adscritos al turno de extranjería como no, ¿existe algún tipo de asociación, sección, etc. en cada Colegio, integrada por profesionales con dedicación preferente a este campo profesional?

23. Cuestiones relativas a la posibilidad de representación de los letrados. ¿Qué tipos de representación se aceptan? ¿Cómo ha incidido la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, con su exigencia de presentación personal por parte del interesado en los procedimientos administrativos, en la labor profesional de los abogados?

24. ¿Cómo se interpreta que se reconozca por parte de la Administración que los abogados puedan iniciar e intervenir, con la debida representación otorgada por el cliente, los expedientes de normalización de la Disposición Transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004? ¿Se trata de una vía abierta para otro tipo de procedimientos? ¿Está la labor profesional del abogado peor tratada y valorada por la Administración que la de otros profesionales e instituciones como gestores administrativos, sindicatos, etc.?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

25. ¿Qué exigencias se dan en la Administración para el acceso de los letrados a los expedientes? Problemas concretos, (por ejemplo, imposibilidad de otorgar poder notarial a favor del letrado para los extranjeros que incurso en un expediente de expulsión sólo disponen de copia compulsada de su pasaporte, ya que algunos notarios entienden que dicha copia no es identificación suficiente).

Ponentes: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

FRANCISCO SOLANS.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

IÑAKI ALMANDOZ.
Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa.

Coordinadora: PILAR GIMENO.
Abogada. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Régimen sancionador, garantías y régimen jurídico

MESA DE TRABAJO 8.^a

1. ¿Cómo se podría hacer para que cuando se colabora con una red organizada, al amparo del artículo 117 del Real Decreto 2393/2004, se pueda eximir de responsabilidad y no expulsar al colectivo de inmigrantes que colabore con la Justicia?
2. Si conocen algún caso en que se autorice el regreso a España para practicar diligencias judiciales (caso de inmigrante ya expulsado).
3. Aplicación en la práctica de la expulsión como medida sustitutoria de la condena penal; ¿la puede pedir de oficio el Juzgado, la puede pedir el Ministerio Fiscal, la puede pedir la acusación particular?
4. Cuando el inmigrante no se encuentre en España, ¿puede recurrir con poderes notariales o designación *apud acta* o sólo puede a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, artículo 120.4?
5. En la solicitud de suspensión del procedimiento sancionador y/o expulsión de extranjeros que se puedan encontrar dentro de una situación recogida en el Estatuto de testigos protegidos ¿Cómo argumentarlo? Y ¿cómo conseguirlo? Lo puede pedir el Juez, lo puede pedir el Fiscal o alguna de las partes.
6. Posibilidad en la práctica de suspensiones indefinidas del procedimiento sancionador.
7. Posible utilización de los plazos como forma de anular el procedimiento (fuera de plazo).
8. ¿Hay que cancelar los antecedentes penales y policiales para que no se pueda conmutar por expulsión?
9. ¿Cómo puede afectar lo preceptuado en la Ley de Protección de Datos, al artículo 126 del Real Decreto 2393/2004 en lo referente a información de ciudadanos concretos? ¿Cuál es la doctrina del Tribunal Supremo en lo concerniente a traspaso de información de ciudadanos concretos por parte de diferentes administraciones?

XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

10. Si conocen algún caso de condena a transportistas.
11. Posible inconstitucionalidad de las medidas cautelares.
12. Posible suspensión de un procedimiento preferente por la vía de la jurisdicción contenciosa con base en indefensión del artículo 63.2 de la Ley 30/1992 (modificado por la Ley Orgánica 4/2000).
13. Posible práctica de suspensión de la ejecutividad del procedimiento preferente alegando la falta de motivación en la resolución del órgano instructor en la jurisdicción contenciosa y ¿cuál sería la forma más eficaz de poner de manifiesto una falta de motivación?
14. ¿Cómo afecta la falta de notificación al interesado en el plazo de resolución de dos meses del procedimiento simplificado y de ser causa de nulidad ¿qué procedimiento debe seguir la Administración para volver a tramitar el procedimiento?
15. Cuando no hay domicilio fijo qué criterio de notificación se sigue.
16. Posible inconstitucionalidad de las medidas cautelares propuestas en los artículos 131.6 y 140 del Real Decreto 2393/2004.
17. Posible inconstitucionalidad de los supuestos recogidos en el artículo 138 del Real Decreto 2393/2004 por la vulneración del principio *in dubio pro reo*.
18. Supuestos de vigilancia laboral que sirvan para que se cumpla la normativa laboral y no para que sea una posible causa de expulsión.
19. La prevalencia del derecho al trabajo frente a la ejecución de una sanción administrativa en lo referente a lo recogido en el artículo 141.3 del Real Decreto 2393/2004. ¿Hay alguna línea jurisprudencial al respecto?
20. Si es abusivo el procedimiento simplificado de la expulsión.
21. Diferencias legales y prácticas del procedimiento ordinario, preferente y simplificado.
22. Centros de internamiento.

EDUARDO ROJO TORRECILLA
IGNACIO CAMÓS VICTORIA
Catedrático y Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Girona. Director y miembro de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la UDG Universidad del País Vasco
(dtptatej@lg.ehv.es)

II
La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración

SUMARIO

I. Introducción.

II. El proceso de normalización: la Disposición Transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004.

III. El Catálogo de Ocupaciones de difícil cobertura como mecanismo para concretar la definición de la situación nacional de empleo.

IV. Las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral, social y familiar.

V. El contingente de trabajadores extranjeros.

VI. Otras cuestiones del Reglamento que inciden en la política de inmigración vinculadas al mercado de trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Es objeto de estudio en este artículo el Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre (BOE de 7 de enero de 2005), 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 y, especialmente, algunas de las novedades que afectan a la nueva orientación dada a la política de inmigración, vinculando ésta con el mercado de trabajo.

A pesar de las limitaciones existentes a la hora de abordar el análisis de la inmigración desde

su relación con el mercado de trabajo de los países de acogida y la variedad de éstas, por cuanto que pueden ser de índole analítico, teórico y/o político¹, indudablemente, la voluntad ya manifestada desde un primer momento por el nuevo gobierno, al transferir parte de las competencias en esta materia desde el Ministerio de Interior hacia el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales mediante la creación de una Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, se ha visto reflejada, en gran medida, en el nuevo Reglamento de Extranjería. En efecto, éste, si bien mantiene una obligada sujeción con la Ley que desarrolla, ha introducido elementos que ponen de manifiesto este deseo de estrechar los vínculos entre estas dos realidades cada vez más unidas que son la inmigración y el mercado de trabajo. Repárese ahora, y a manera de introducción, en un dato suficientemente significativo: a 31 de enero de este año, el número de afiliados extranjeros a la Seguridad Social era de 1.095.278, un 6,30 % del total de la afiliación, y de esa cifra 840.029 eran ciudadanos extracomunitarios.

En nuestro estudio pretendemos efectuar una primera aproximación a las novedades recogidas en el citado texto reglamentario que, sin duda alguna, tal y como se pondrá de manifiesto en la ponencia *Laboralización versus gubernamentalización* que se presentará en el próximo 15.º Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería que se celebrará en Zaragoza los días 28 y 29 de abril, supone un paso adelante en la defensa de un estatus laboral del extranjero con independencia de que su situación administrativa sea regular o irregular, situación esta ya iniciada con la modificación del artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, donde se establece, recogiendo pronunciamientos judiciales anteriores, que: “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos de los extranjeros, ni será un obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”, suponiendo una superación de la fase precedente centrada en la declaración de nulidad e inexistencia de la relación existente por la falta de un requisito administrativo.

2. El primer borrador del Reglamento fue publicado en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 14 de septiembre de 2004. Después de amplias conversaciones con las organizaciones sindicales y empresariales, y tras recabar el parecer de las administraciones autonómicas y locales y las organizaciones no gubernamentales, se hizo pública una segunda versión el 26 de octubre, texto que fue informado, en el ámbito de sus respectivas competencias, por el Consejo Económico y Social, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de

(1) Pueden consultarse estos límites, su alcance y significado así como la constitución de la España inmigrante y el mercado de trabajo, y los vínculos entre ambos elementos en: CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Inmigración y mercado de trabajo en España”, Sesión de estudio “*Inmigración y mercado de trabajo en Cataluña y España*”, Organizada por la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía y el Grupo de Estudio sobre Migraciones y Mercado de Trabajo, Facultad de Derecho, Universitat de Girona, Girona, 9 de febrero de 2005. Documento que puede consultarse en <http://web.udg.es/cidc>.

La laboralización de la inmigración en España

II

Estado.

El texto mereció una valoración positiva en todos los dictámenes preceptivos emitidos: por el Consejo General del Poder Judicial el 1 de diciembre², por el Consejo Económico y Social el 24 de noviembre³, y por el Consejo de Estado el 16 de diciembre⁴.

El Consejo Económico y Social, sin perjuicio de observaciones y críticas a aspectos concretos del articulado, valoró positivamente la reordenación sistemática del Reglamento “que ofrece una más clara comprensión de su contenido”, y también mereció su aprobación que éste avanzara “un paso más en la necesaria simplificación de procedimientos administrativos con la finalidad de facilitar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, así como de su integración social normalizada”⁵.

Para el Consejo de Estado se trataba de una norma que “no es una mera adaptación a la reforma de noviembre de 2003 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, sino un nuevo texto bastante innovador que responde al cambio de orientación en la política de inmigración –como política de Estado basada en el consenso–, a los principios esenciales que la informan y a los mecanismos arbitrados para su mejor realización”. El Consejo de Estado efectuaba una valoración globalmente positiva de sus preceptos y también “del fortalecimiento que el mismo comporta de los mecanismos dirigidos a dar prioridad a la inmigración regular en España, entendiéndolo, en definitiva, que responde de manera cabal adecuada a la consecución de los objetivos que persigue”, y que respondía “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 inmigración”.

3. En nuestra exposición haremos referencia a las disposiciones del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento y a los preceptos de éste que tienen, a nuestro parecer, incidencia directa o indirecta sobre esta nueva orientación de la política de inmigración hacia la política de empleo y que obliga a replantear y, en algún caso, reforzar, los vínculos del extranjero con el ordenamiento jurídico laboral.

Destaquemos de forma inicial que el Reglamento tiene una amplia introducción, en la que se explican las grandes líneas de la nueva política de inmigración. De tal forma, se resalta que el nuevo Reglamento “es fruto del esfuerzo por priorizar la inmigración legal”; que el objetivo de

(2) Puede consultarse este Dictamen en <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca/ficheros.asp?intcodigo=3848&IdDoc=SP>.

(3) Vid al respecto: <http://www.ces.es/dictamenes/2004/Dico42004.pdf>.

(4) El Dictamen del Consejo de Estado puede ser consultado en: http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-3203.

(5) Véase *Informe del Consejo Económico y Social sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*, p. 17.

la reforma de los requisitos y circunstancias que deben darse para que un extranjero pueda obtener autorización para residir y trabajar en España es “agilizar las autorizaciones basadas en vacantes para las que los empresarios no encuentran trabajadores residentes”, y también “aumentar el control en la concesión de dichas autorizaciones”.

II. EL PROCESO DE NORMALIZACIÓN: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DEL REAL DECRETO 2393/2004

1. Se incluye dentro del Reglamento de Extranjería una medida de normalización de la situación de extranjeros que se encuentren en España sin autorización de residencia y de trabajo, que deberá producirse en un período de tres meses que se inició el pasado 7 de febrero y finaliza el 7 de mayo⁶, vinculando el acceso a la autorización inicial de residencia y de trabajo por cuenta ajena a la existencia de una futura relación laboral y con una activa presencia del empresario ya que le corresponderá presentar la solicitud de autorización y la presentación del contrato⁷. Para evitar situaciones fraudulentas el Reglamento apuesta por la afiliación y el alta del trabajador a la Seguridad Social como medio “de control frente a ofertas ficticias”.

Alejado de los diferentes procesos de regularización acometidos con anterioridad a la aprobación del actual Reglamento de Extranjería y que han sido una constante en el desarrollo de la política de extranjería⁸, se ha puesto en marcha con el nuevo Reglamento un período transitorio de normalización en el que se pretende completar el trasvase a la economía formal de los extranjeros empleados irregularmente.

Para entender, en parte, este proceso de normalización no debemos perder de vista el carácter eminentemente económico de los flujos migratorios que llegan a España así como tampoco los estrechos vínculos existentes entre la política de inmigración y el mercado de trabajo, ya que

(6) Por Resolución de 4 de febrero de 2005 (BOE del 5) se dispone la publicación del Convenio de colaboración entre la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y la Subsecretaría de Administraciones Públicas para la realización del proceso de normalización laboral de extranjeros. Dicho convenio se firma porque, tal como se afirma en la introducción de la norma, la experiencia ha demostrado que “en los procesos que pueden afectar a un elevado número de personas es necesario agilizar al máximo la tramitación de solicitudes para lograr un grado de celeridad y eficacia que permita resolver en plazo las mismas”.

(7) A 7 de marzo, es decir, un mes después del inicio del proceso de normalización, y según los datos oficiales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se habían presentado 117.962 solicitudes, de las que habían sido admitidas 115.833, es decir el 98,20 %. El 35,44 % se encuadraban en el régimen del personal al servicio del hogar familiar (22,53 % para un solo hogar y 12,91 % para dos o más hogares) y el 64,56 % pertenecen a otros regímenes. Por nacionalidades, el número mayor de solicitudes presentadas corresponde a los ecuatorianos (41.299, que representa el 33,20 % del total), seguidos de los marroquíes (19.018, un 14,83 %), colombianos (17.485, un 13,63 %) y rumanos (16.307, un 12,71 %). Pueden consultarse todos los datos en <http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200503/BALANCE%201%AA%20MES%20NORMALIZACION.pdf>

(8) Desde la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, primera ley de extranjería, se han llevado a cabo hasta cinco procesos de regularización, el primero en el año 1986, el segundo en 1991, el tercero en el año 1996 y los dos últimos en el año 2000, uno derivado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y el otro consistente en la reapertura del proceso anterior tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, con la revisión de las solicitudes que fueron denegadas por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.

La laboralización de la inmigración en España

II

aquello que condiciona la regularidad o irregularidad administrativa es el disfrute o no de una autorización de residencia y de trabajo. Por ello, cuando se habla de inclusión-exclusión de los inmigrantes, la situación laboral de la persona en cuestión es un elemento central, pues nuestra sociedad está basada en el empleo, no sólo como fuente básica de ingresos, sino también como mecanismo integrador y de realización personal; de hecho es la vía de acceso a un nivel de vida digno y estable, es la vía de reconocimiento e identidad social, ya que la persona se reconoce así misma y es reconocida por los demás en relación con el trabajo que desempeña, y en definitiva es el origen de una red de relaciones sociales y personales que condicionan su participación social⁹.

2. Debe tenerse en cuenta dos cuestiones preliminares: en primer lugar, que es un proceso sólo abierto para quienes trabajen por cuenta ajena, es decir que trabajen para otros, dejando fuera de la normalización al trabajador autónomo o trabajador por cuenta propia.

Quedan fuera de este proceso de normalización, por consiguiente, un grupo cada vez más numeroso de extranjeros que se han establecido por su cuenta aunque sea de forma irregular, y que no podrán acceder a la normalización si no encuentran un empresario que les contrate durante este período transitorio.

En segunda instancia, que es un proceso que queda en manos únicamente del empresario, ya que excepto en el caso del servicio doméstico discontinuo ha de ser éste quien solicite que se otorgue la autorización inicial de residencia y trabajo, y será a él a quien se le notificará la resolución (motivada) sobre la autorización de residencia y trabajo solicitada.

El proceso se ha construido sobre la base de dos importantes premisas: de un lado, la “oportunidad” que se da a los empresarios de legalizar situaciones que el propio marco jurídico en materia de extranjería hacía difícil, en ocasiones, su resolución. Oportunidad a coste cero, tanto en lo que atañe a la multa que le correspondería por tener a su servicio un extranjero carente de la documentación necesaria para la formalización de un contrato de trabajo y por lo que respecta a las cotizaciones que debería haber abonado por el trabajador extranjero desde que éste inició su actividad, y, de otro, la “amenaza” de que quien, superado el período transitorio de tres meses que finaliza el 7 de mayo de 2005, se beneficie de un extranjero en situación administrativa irregular será perseguido de una forma eficaz y sancionado ejemplarmente¹⁰.

(9) CRUZ ROJA. *Guía de buenas prácticas por el empleo para colectivos vulnerables*, Madrid, 2002, p. 17.

(10) En una respuesta parlamentaria a una pregunta formulada por el diputado de CiU Sr. Carles Campuzano, el Gobierno ha expuesto que durante este proceso de normalización la ITSS “realizará actuaciones solamente en los supuestos en que se aprecien indicios racionales de la existencia de fraude o connivencia entre trabajador y empleador para obtener el permiso de residencia y trabajo”, y que finalizado este proceso “se reanudaría la actuación inspectora de control de la economía irregular y trabajo de extranjeros”. Véase *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, Serie D, 3 de marzo de 2005, núm. 164, p. 187.

(11) Dicha Orden viene acompañada de unas “Instrucciones de desarrollo” dictadas el 3 de febrero por la Directora General de Inmigración, y que no han sido publicadas en el BOE. Puede consultarse el texto en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/reloex/normalizacion-instruccionesOM.pdf>

3. La Disposición Transitoria tercera, desarrollada por la Orden PRE/140/2005 de 2 de febrero (BOE del 3)¹¹ contempla dos regímenes o procesos de normalización diferenciados: el régimen general de normalización (con alguna particularidad en el caso del sector agrario y en los sectores de la construcción y hostelería) y, por su parte, un régimen especial de normalización para los extranjeros que pretendan desarrollar su actividad en el servicio doméstico (servicio del hogar familiar) con carácter discontinuo.

Por lo que respecta al régimen general de normalización, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero podrán solicitar que se les conceda una autorización inicial de residencia y trabajo si cumplen las tres condiciones o requisitos siguientes: de un lado, que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, es decir antes del 7 de agosto de 2004 y encontrarse en España en el momento de la solicitud; en segundo lugar, que el empresario haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo, y, en tercera instancia que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 50 del Real Decreto 2393/2004, donde se recogen aquellos necesarios para la concesión de una autorización de residencia, con la excepción de lo dispuesto en los párrafos a), b) y g) que hacen referencia respectivamente a: a) que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero; b) que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización de residencia y trabajo y, c) que el trabajador no se encuentre irregularmente en territorio español.

Sí en cambio deberá tenerse en cuenta los requisitos contenidos en las letras c), d) e) y f), es decir: a) Que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el sistema de la Seguridad Social, se hallen al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y en materia de Seguridad Social; b) Que las condiciones fijadas en la oferta se ajusten a las establecidas en la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad; c) Que se posea la titulación, debidamente homologada, o acredite capacitación, para el ejercicio de la profesión, y d) que el trabajador carezca de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

Es necesario tener en cuenta que, por lo que respecta al contrato, con independencia de la modalidad contractual y el tipo de contrato utilizado, el empresario deberá comprometerse al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, teniendo en cuenta que en el caso del sector agrario el compromiso (de mantenimiento de la prestación laboral) será de 3 meses y que en el caso de la construcción y hostelería el cumplimiento de este compromiso de mantenimiento de un período de 6 meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de 12 meses, mientras que si nos encontramos ante un contrato a tiempo parcial el período mínimo se incrementará de forma proporcional a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada.

4. Ha sido fuertemente criticado, y no se trata de críticas exentas de fundamento, que sólo se acepte el requisito del empadronamiento como medio de prueba de la estancia del extranjero en España con anterioridad al 7 de agosto de 2004, ya que aunque se trata del medio más efecti-

La laboralización de la inmigración en España

II

vo para probar esta situación no parece ajustado a Derecho que sea el único medio válido para probar esta circunstancia por cuanto que la finalidad de la norma es la de permitir que accedan a la normalización quienes acrediten dicha condición, de lo que se deduce que la exigencia del empadronamiento limita, en algunos casos, de manera notoria, las posibilidades de acceso a la normalización¹².

No parece que se haya tenido en cuenta por parte del Gobierno ni los efectos que sobre el empadronamiento produjo la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre que modificó, entre otras, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, permitiendo el acceso a los datos de inscripción patronal a la Dirección General de la Policía para el exclusivo ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que provocó un cierto temor al empadronamiento, así como tampoco el hecho de que en determinadas Comunidades Autónomas, como sucede en Andalucía, no es necesario el empadronamiento para el acceso a servicios como los sanitarios, o el hecho de que, en ocasiones, la propia Administración Local ha sido quien ha procedido a practicar de oficio la correspondiente baja en el padrón municipal de algunos extranjeros.

A la vista de la documentación presentada, la autoridad competente –de conformidad con la Disposición Adicional primera del Reglamento– Delegado de Gobierno en las comunidades uniprovinciales, Subdelegado del Gobierno en las provincias que en el caso de desarrollo de actividades en distintas provincias corresponde al de la provincia en que vaya a iniciarse la actividad: resolverá de forma motivada en el plazo máximo de 3 meses (plazo máximo general para notificar las resoluciones sobre las solicitudes que formulan los interesados en los procedimientos regulados en el Reglamento, plazo cuyo cómputo se inicia el día siguiente al de la fecha de entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas). Dicha resolución, tal y como antes hemos indicado, deberá ser notificada al empresario o empleador.

Si la resolución es favorable la autorización inicial de residencia y de trabajo estará condicionada a que en el plazo de un mes desde la notificación se produzca la afiliación y/o alta, momento en el que comenzará a contar el plazo de un año de la autorización. Si no se procede a esta afiliación/alta la autorización quedará sin efecto. La sanción al empresario en este caso es menor ya que se le requerirá para que indique las razones por las cuales no ha procedido a efectuar la afiliación y/o alta y si no alegase ninguna justificación o ésta fuera insuficiente “podrá” denegarsele posteriores solicitudes que presente. El trabajador dispone, en su caso, del plazo restante para presentar una nueva solicitud. Los efectos que sobre las expectativas del trabajador ocasiona la inacción injustificada del empresario hubieran merecido una sanción mayor que la del simple advertimiento de que podrán ser no admitidas otras solicitudes.

(12) Véanse al respecto las críticas formuladas por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), en diferentes comunicados emitidos desde que se puso en marcha el proceso de normalización y que pueden consultarse en <http://www.pear.es/noticias.php#texto=38>

Si la resolución es desfavorable, aunque no se dice nada respecto a la posibilidad de recurrir, ésta es obvia y nos debemos remitir a la Disposición Adicional décima donde se aborda el tema de los recursos y sobre si las resoluciones dictadas por los órganos competentes de los diferentes ministerios implicados ponen o no fin a la vía administrativa (donde no se han introducido cambios). Es importante destacar a este respecto que no se ha tenido en cuenta la sugerencia formulada por parte del Consejo de Estado en su dictamen de 16 de diciembre de 2004 sobre la idoneidad de establecer previsiones específicas sobre la posibilidad de recurrir el procedimiento de normalización.

Es importante destacar la relevancia de la afiliación y/o alta en la seguridad social ya que la validez de la autorización concedida dependerá de este requisito que, tal y como se establece en la Exposición de Motivos del reglamento, “adquiere un carácter de control frente a las ofertas ficticias”, ya que lo importante no sólo es la presentación de la documentación requerida y la resolución favorable solicitud presentada, especialmente afiliación y/o alta en la seguridad social.

5. Por lo que respecta al Régimen Especial para quienes pretendan desarrollar su actividad en el servicio doméstico (servicio del hogar familiar), este proceso de normalización se circunscribe al caso específico de quienes prestan servicios como empleados de hogar discontinuos, es decir, que trabajan parcialmente y de forma simultánea para dos o más cabezas de familia, siempre y cuando éstos acrediten que van a desarrollar un mínimo de 30 horas de trabajo semanal.

Es necesario recordar que el Real Decreto que regula el Régimen especial de este sector que data del año 1969, cuando ni tan siquiera la relación entre el servidor doméstico y el/los cabeza de familia era considerada como una relación laboral, hecho que se produce en 1985, distingue dentro de este sector entre los trabajadores domésticos a tiempo completo que trabajan para un solo cabeza de familia que es el que los contrata y paga su Seguridad Social y que, de conformidad con el último párrafo del núm.2 de la Disposición Transitoria tercera pueden obtener la autorización inicial de trabajo y residencia conforme al apartado 1.º que acabamos de analizar, y los trabajadores domésticos o empleados de hogar que trabajan a tiempo parcial para dos o más cabezas de familia, que son los que la Ley denomina discontinuos y a los que la normativa reguladora de este Régimen especial de la Seguridad Social traslada la obligación de afiliación alta y cotización, para quienes el RD 2393/2004 ha establecido un régimen especial de normalización.

La primera cuestión que se debe tener en cuenta es que este proceso especial de normalización previsto para el servicio doméstico sólo se aplica a los servidores domésticos discontinuos, es decir, que trabajan a tiempo parcial y simultáneamente para dos o más cabezas de familia, recibiendo una acogida favorable por parte de este colectivo que se pone de evidencia si nos remitimos a las cifras de normalizaciones tramitadas y a las que nos hemos referido con anterioridad.

En este caso son los trabajadores extranjeros del sector doméstico quienes dentro del mismo plazo de tres meses pueden presentar la solicitud de normalización siempre y cuando acrediten además los requisitos establecidos en la letra a) y c) del apartado 1.º de la Disposición Transitoria tercera, es decir: a) el empadronamiento de 6 meses y b) que se cumplen los requisitos

La laboralización de la inmigración en España

II

previstos en el artículo 50 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero excepto letras a) b) y g). Se exige, así pues: a) acreditar que reúnen los requisitos exigidos para poder formalizar el alta en el Régimen especial de empleados del hogar, en calidad de trabajadores discontinuos, básicamente un mínimo de 72h/mes 12 días al mes; b) acreditar que van a realizar un mínimo de 30 horas semanales de trabajo efectivo en el cómputo global –entendiéndose por global el período de 6 meses de compromiso de actividad en este sector y, c) acreditar que las prestaciones laborales concertadas abarcan un período mínimo de 6 meses.

El trabajador deberá, como es obvio, acreditar no sólo que cumple los requisitos impuestos en la normativa de extranjería, sino también, que cumple los requisitos para poder estar de alta en el correspondiente Régimen de Seguridad Social como empleado del hogar discontinuo, en concreto, tal y como acabamos de apuntar: que la jornada laboral mínima es de 72 horas al mes y que se trabaja un mínimo de 12 días al mes.

Al igual que veíamos en el régimen general de normalización una vez resuelta favorablemente la solicitud y notificada en este caso al propio trabajador extranjero, la autorización inicial de residencia y trabajo estará condicionada a la formalización de la afiliación y alta en la Seguridad Social.

6. Un efecto muy importante de la concesión de la autorización solicitada es que ésta determinará tanto el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización siempre y cuando el citado expediente o la orden de expulsión esté basado en alguna de las causas establecidas en el artículo 53.a) y b) de la LOE como son encontrarse irregularmente en territorio español y encontrarse trabajando en España sin la correspondiente autorización de residencia y trabajo. La denegación de la autorización presentada implicará la continuación de los expedientes de expulsión y la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas.

Una vez concedida la autorización inicial de residencia y trabajo y formalizada la afiliación y alta en la Seguridad Social, durante el mes posterior a la entrada en vigor de la autorización el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero (TIE) que será expedida por el plazo de validez de la autorización.

7. Por último, debemos plantearnos qué sucede si una vez concedida la autorización y formalizada la afiliación y/o alta no se mantienen la relación laboral concertada.

Al margen de que deberá valorarse si es o no causa de despido con sus efectos correspondientes esta situación no afecta a la autorización inicial concedida; podrá afectar, en su caso, a la renovación de la autorización de residencia y de trabajo ya que sólo se procederá a dicha renovación si se acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización inicial, o que se ha suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador y figura de alta o en situación asimilada al alta o dispone de una nueva oferta de trabajo o bien, que ha tenido un período de actividad y que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se interrumpió por causas ajenas a su voluntad y que ha buscado activamente empleo (ha participado

en acciones de los servicios públicos de empleo o en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuente con subvenciones públicas) y en el momento de la solicitud tiene un contrato en vigor, o, en última instancia, que se le haya concedido una prestación contributiva de desempleo para lo que es necesario acreditar un mínimo de cotización de 360 días o prestación económica asistencial destinada a lograr su inserción social o laboral. En este caso, la duración de la renovación depende de la duración de la prestación.

III. EL CATÁLOGO DE OCUPACIONES DE DIFÍCIL COBERTURA COMO MECANISMO PARA CONCRETAR LA DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO

1. El artículo 50, que regula los requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, es de capital importancia para entender qué posibilidades hay de llevar a cabo una política de empleo para extranjeros en determinados ámbitos ocupacionales, así como para determinar la influencia que los servicios de empleo autonómicos pueden tener sobre la misma, que a nuestro parecer es bastante amplia.

Un requisito básico es que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero. Para determinar dicha situación el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) elaborará trimestralmente, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia, con la información suministrada por los servicios públicos de empleo autonómicos.

Para la elaboración del citado catálogo, de conformidad con lo previsto en la Resolución de 8 de febrero de 2005 (BOE del 24) en aras a concretar la definición del término “situación nacional de empleo”, se tomarán en consideración los datos correspondientes a distintas variables: de un lado, la media de demandas, o lo que es lo mismo, la media de personas que en los últimos doce meses se encuentran solicitando una determinada ocupación a finales de cada mes. Debe tenerse en cuenta que como máximo una persona puede solicitar hasta un máximo de seis ocupaciones; de otro, el número de puestos de trabajo que los empleadores han ofertado a lo largo del año, así como el número de puestos de trabajo para los que no se ha encontrado el candidato idóneo y por tanto están pendientes de cubrir en un momento determinado; y en último lugar, el número de contratos que han sido comunicados a los Servicios Públicos de Empleo en el último año.

A partir de estos datos tratará de buscarse, y se incluyen fórmulas para ello, una serie de indicadores; en concreto, el indicador de grado de penetración en el mercado de trabajo, el indicador correspondiente al grado de dificultad para cubrir ofertas de empleo y el indicador en el que se relaciona la media de demandas con el número de puestos ofertados en el año.

Una vez obtenidos estos indicadores en el nivel nacional y en el nivel provincial se incluirán dentro del Catálogo aquellas ocupaciones que cumplan simultáneamente las siguientes tres condiciones: que el indicador de grado de penetración en el mercado de trabajo nacional sea

La laboralización de la inmigración en España

II

igual o mayor que este indicador en el nivel provincial; que igualmente sea igual o mayor el indicador nacional correspondiente al grado de dificultad para cubrir ofertas de empleo frente a este mismo indicador provincial; y en última instancia que sea igual o inferior al indicador nacional, el indicador provincial que relaciona la media de demandas con el número de puestos ofertados en el año.

2. Dado que la calificación de una ocupación como de difícil cobertura implicará la posibilidad de tramitar la autorización para trabajar y residir del extranjero sin necesidad de tomar en consideración la situación nacional de empleo, nos parece fundamental que la información suministrada por el servicio de empleo autonómico sea plenamente incorporada al catálogo estatal, circunstancia que nos parece perfectamente asumible dado que es, en la nueva estructura de la política de empleo en España, la autoridad autonómica la que conoce en cada provincia cuál es la situación real del mercado de trabajo.

Repárese además en la importancia de la tarea del servicio de empleo autonómico cuando al regularse el procedimiento para solicitar autorizaciones de trabajo y residencia por cuenta ajena de carácter estable se dispone que las solicitudes se presentarán “cuando las ofertas de empleo no puedan cubrirse por carecer de trabajadores disponibles según los servicios públicos de empleo”.

IV. LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES: EL ARRAIGO LABORAL, SOCIAL Y FAMILIAR

1. Una de las novedades más importantes de la política de inmigración vinculada al mercado de trabajo se encuentra en los artículos 45 a 47 del Real Decreto 2393/2004, donde se regula la autorización de residencia temporal por motivos excepcionales, preceptos que inciden de forma clara y manifiesta sobre la política de empleo.

La autorización tendrá, como regla general, una vigencia de un año. El poder acceder a esa autorización puede ser una vía abierta para la incorporación posterior al mundo del trabajo de forma estable, ya que el artículo 98 dispone que los extranjeros que se encuentren en dicha situación excepcional durante un año como mínimo podrán después acceder a la situación de residencia, o de residencia y trabajo, “sin necesidad de visado”, estando la duración de la autorización en función del período que hayan residido previamente en España. Es decir, el acceso por la vía de autorización excepcional de residencia temporal, acompañada de actividad laboral, puede ser la vía para permanecer posteriormente en España de forma estable si el extranjero cumple los requisitos para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que establece el artículo 54 del Reglamento.

Así pues, al margen de los mecanismos transitorios de normalización antes abordados, dentro de los supuestos de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales cuyo origen se sitúa en el artículo 36.3 de la LOE ya que éste habilita a la Administración para que conceda autorizaciones de residencia temporal, entre otras razones, por situación de arraigo, el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004 aborda este tema contemplándose hasta tres situaciones distintas: el arraigo laboral, social y familiar, configurándolos como mecanismo de regula-

rización individualizada de extranjeros que se hallen en España y se encuentre en alguna de las situaciones descritas.

2. Sólo puede hablarse con propiedad de situación de arraigo laboral respecto al artículo 45.2.a) del Reglamento que no entrará en vigor hasta el 7 de agosto de 2005, es decir hasta 6 meses de la entrada en vigor del Reglamento una vez concluida la fase de tramitación y resolución de las solicitudes presentadas en el proceso de normalización previsto en la Disposición Transitoria tercera del Reglamento.

De tal forma, en este artículo 45.2.a) se establece que podrán obtener una autorización de residencia temporal los extranjeros que acrediten o cumplan tres requisitos o condiciones: a) Acreditar la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 2 años. No se habla en este artículo de empadronamiento por lo que cualquier mecanismo de prueba de esta estancia continuada deberá ser admitido a estos efectos; b) carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen. El artículo 46.2.a) del Reglamento especifica que si el interesado es mayor de edad deberá aportar certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en los que haya residido durante los últimos 5 años anteriores a su entrada en España; c) deberá, en última instancia, demostrar la existencia de una o más relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. A los efectos de acreditar este último requisito se exige –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2.b)– presentar o bien una resolución judicial que la reconozca o bien una resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹³.

Para poder, así pues, acreditar la existencia relación laboral, que es la base del arraigo laboral, es necesario denunciar a la empresa ante las autoridades judiciales para que éstas reconozcan la relación que une al extranjero y al empresario como una relación jurídico-laboral y para que ésta, además de la correspondiente sanción administrativa establecida en el artículo 149.4 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, consistente en una multa económica de entre 6.001 a 60.000 € [6.000-12.000/12.001-30.000/30.001-60.000] y el pago de las cotizaciones debidas, le conceda al extranjero la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. El extranjero podrá acceder también a dicho reconocimiento mediante la presentación de una denuncia ante la Inspección de Trabajo ya sea directamente o a través de un sindicato para que en el acta de infracción posteriormente confirmada se haga constar esta circunstancia.

El coste social y económico de este supuesto es mayor que el de la normalización, de ahí que su entrada en vigor se haya pospuesto a la finalización completa del período transitorio, estando previsto, según se ha anunciado por los responsables del MTAS en materia de inmigración, el incremento del número de inspecciones a empresas a estos efectos para evitar, en la medida de lo posible, la existencia de extranjeros trabajando en situación irregular en el marco de la economía sumergida.

(13) Frente a lo dispuesto en el borrador de 26 de octubre de 2004, se ha introducido una mejora técnica en la redacción de esta previsión, ya que frente al “acta definitiva de la Inspección de Trabajo y SS que la certifique” se habla más correctamente de la resolución administrativa confirmatoria.

La laboralización de la inmigración en España

II

3. El segundo supuesto recogido en el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, hace referencia al arraigo social aunque vinculado, tal y como veremos, al mundo laboral.

Podrán obtener en este caso una autorización de residencia temporal los extranjeros que acrediten o cumplan los siguientes requisitos o condiciones: a) acreditar la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 3 años. No se habla tampoco en este caso de empadronamiento para acreditar la estancia continuada en España; b) carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen. Al igual que veíamos al comentar el supuesto de arraigo laboral es necesario aportar certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en los que haya residido durante los últimos 5 años anteriores a su entrada en España; c) contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y empresario cuya duración no sea inferior a un año y, o bien acreditar: a) vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose por familiares el cónyuge, ascendientes o descendientes en línea directa o bien, b) presentar un informe que acredite su inserción social emitido por el Ayuntamiento en que tenga su domicilio habitual.

Es importante destacar el papel que se confiere al Ayuntamiento ya que no sólo ha de emitir el informe que acredite la inserción social del extranjero en el que se hará constar: a) el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio; b) los medios de vida con los que cuenta; c) su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen; d) la inserción en las redes sociales de su entorno; e) los programas de inserción sociolaboral públicos o privados en los que haya participado; y f) otros datos que permitan determinar su grado de arraigo, sino que se permite que éste recomiende la exención de la necesidad de contar con contrato de trabajo para proceder a concederse la autorización solicitada si acredita que cuenta con medios de vida suficientes.

Esta previsión de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales basada en el arraigo del trabajador extranjero entra en clara contradicción con el concepto de arraigo tal y como éste se ha ido construyendo por parte del TS, y que ha sido recogido, entre otras, en las SSTs de 11 de abril de 2000, 14 de marzo de 2002 o 16 de julio de 2002 considerando el mismo como: *“los vínculos del extranjero con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo”*.

Tal y como se establece, entre otras, en la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 9 de Barcelona de 9 de noviembre de 2004¹⁴, en la que discute si es necesario, a tenor del entonces vigente art. 41.2.d) del Real Decreto 864/2001, de 20 julio por el que se aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, que el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre sustituye, exigirse cumulativamente dos o más requisitos para acreditar el arraigo como son la incorporación al mercado de trabajo y la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o españoles.

(14) Véase en este mismo sentido, entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cádiz de 1 de septiembre de 2004. *Diario la Ley*, Año XXVI, núm. 6167, jueves, 13 de enero de 2005, www.laley.net.

Tal y como se sostiene en esta Sentencia: “es suficiente con la permanencia continuada por tres años en España y la situación excepcional y acreditada de arraigo puesta de manifiesto a través de uno solo de los vínculos o situaciones que la jurisprudencia ha venido definiendo como tal y que no tiene por qué circunscribirse a los expresamente contenidos en el apartado que deben considerarse citados a modo enunciativo”.

Una lectura del precepto que es objeto de discusión parecería dar a entender que, a tenor de su redacción y del carácter excepcional del mismo, es necesario que se den, en este caso, los dos elementos: trabajo y vínculos familiares para considerar que nos encontramos ante un supuesto de arraigo; existen, sin embargo, razones para sostener como se hace en esta sentencia no sólo que no son requisitos acumulativos sino alternativos sino, además, que se trata de un listado ejemplificativo pudiendo ser otros los requisitos a tener en cuenta para considerar que existe el arraigo.

Recogiendo el contenido de los pronunciamientos citados del TS en los que se trata de dar una respuesta al concepto jurídico indeterminado de arraigo, se sostiene en esta sentencia que: “no puede el precepto reglamentario restringir un concepto que ha sido definido de forma reiterada por la Jurisprudencia sin limitación de los supuestos que deben tener en común el hecho de acreditar la vinculación e integración del extranjero con el lugar en que reside, así, “... no puede exigirse acumulativamente dos o más situaciones que denotan arraigo, ni de las citadas en el precepto ni de cualesquiera otras dentro del *numerus apertus*, pues es suficiente con una de ellas”.

La reflexión contenida en esta Sentencia en torno al concepto de arraigo y las formas alternativas no cumulativas de acreditarlo es extrapolable al supuesto recogido en el artículo 45.2.b) ya que aunque no expresamente se reconoce el arraigo social sí que la exigencia de un cúmulo de requisitos como los contemplados en este precepto para poder acceder a la autorización de residencia temporal puede desvirtuar, en gran parte, el concepto jurisprudencial de arraigo tal y como éste ha sido construido jurisprudencialmente.

4. Se incluye dentro del artículo 45. 2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, un tercer supuesto de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales para los hijos cuyos padre o madre hubieran sido originariamente español. Este supuesto, a diferencia de los dos anteriores, no está vinculado ni a un período de permanencia continuada en España ni a la acreditación de una relación laboral previa o la disposición de un contrato de trabajo.

5. El artículo 45.4 prevé la concesión de una autorización por razones humanitarias cuando el extranjero haya sido víctima de un delito contra los derechos de los trabajadores que se tipifican en los artículos 311 y 314 del Código Penal, siempre y cuando concurra la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación tipificada en el artículo 22.4 del citado Código.

Podrá concederse también una autorización de residencia temporal a las personas que colaboren con las autoridades policiales, administrativas, fiscales y judiciales. A nuestro parecer, y en

La laboralización de la inmigración en España

II

la misma línea que ya se prevé en la normativa vigente, ésta puede ser una buena vía para la concesión de una autorización temporal, y consiguiente autorización para trabajar (aun cuando no se diga de forma expresa en el texto ahora comentado), de todos aquellos extranjeros que colaboren con las autoridades para denunciar situaciones delictivas, ilegales y/o de explotación laboral (artículo 45.5). Dicho precepto dispone que las autoridades administrativas o judiciales podrán instar a la autoridad competente la concesión de la autorización de residencia, o de residencia y trabajo, a la persona que colabore con dichas autoridades, o bien cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional.

6. Ya hemos dicho con anterioridad que para acreditar el arraigo “ordinario” debe emitirse un informe por la autoridad municipal. Entre los requisitos que debe cumplir dicho informe [artículo 46.2.c)] se incluye que consten “los programas de inserción socio-laboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado”.

Cobra aquí un papel de relevante importancia la actuación de los Servicios Públicos de Empleo, que dispondrán de la información sobre las actividades formativas que haya realizado el solicitante del arraigo.

Hay dos aspectos generales del Reglamento que afectan especialmente al mercado de trabajo y a la intervención de los servicios públicos de empleo estatales y autonómicos. De una parte, la reformulación efectuada de la llamada “situación nacional de empleo”, posibilitando que tanto las comunidades autónomas como los agentes sociales “informen directa y previamente a las decisiones (del Servicio Público de Empleo Estatal) sobre los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura”, hecho que contribuirá según se afirma en la Introducción “a que se ofrezca una perspectiva más cercana a la realidad del mercado de trabajo”. De otra, una mayor flexibilidad en la fijación, tal y como tendremos ocasión de apuntar más adelante, del contingente anual, de tal forma que su adaptabilidad en función de las necesidades reales del mercado de trabajo “contribuirá a la superación de una simple cifra estimativa, para convertirse en un concepto que engloba desde las posibilidades de formación y selección en origen hasta una posterior intervención social que facilite la integración de los trabajadores”.

Cabe destacar por último que se enfatiza la mayor importancia que adquieren en el nuevo texto las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y agentes sociales en la regulación del fenómeno migratorio, subrayándose que ya venían interviniendo en este ámbito, y que ahora obtienen jurídicamente “una participación acorde con esas tareas dentro de los diferentes procesos referidos al ámbito de la inmigración”.

V. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

(15) Para quienes estén interesados en el conocimiento de todos los datos numéricos sobre la inmigración estable y de temporada que se ha tramitado a través del contingente desde el año 2002, pueden encontrarlos en la respuesta del Gobierno a una pregunta del diputado socialista Sr. Antonio Hernández, publicada en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, Serie D, 10 de noviembre de 2004, núm. 101, páginas 58 a 72. Los datos también se recogen en el Informe presentado en el Consejo de Ministros del 19 de noviembre y al que nos hemos referido con anterioridad. De tal forma, el contingente de

1. Pasamos a formular unas consideraciones sobre la regulación del contingente en el Reglamento que estamos examinando¹⁵. Ahora bien, antes de iniciar nuestro examen de esta materia, queremos dejar planteada una cuestión de índole jurídica a la que, nos parece, no se ha prestado la atención debida y que debería merecer nuestra atención, que se ha suscitado en alguna Comunidad Autónoma este año. La polémica versa sobre la obligatoriedad jurídica o no de convocar la Comisión Ejecutiva Provincial o Insular del INEM (en la actualidad Servicio Público de Empleo Estatal) para “determinar anualmente el número de trabajadores extranjeros que se precisen, según ámbitos territoriales y sectores de actividad concretos”, así como si el representante de la Administración Autonómica que preside dicha Comisión, en virtud de lo previsto en el Real Decreto de traspaso de competencias en materia de empleo, debe convocarla.

Según disponía el artículo 65.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, texto vigente hasta la entrada en vigor de nuevo Reglamento, corresponde a dicha Comisión analizar cada año “el conjunto de los puestos de trabajo que las organizaciones empresariales consideren que no podrán cubrirse en el mercado de trabajo nacional, así como la situación general de empleo de la provincia, y elaborará una propuesta que especifique el número y las características profesionales de los trabajadores que se requieran según los sectores de actividad”. En este mismo precepto se indica que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones “podrá participar con voz pero sin voto en las reuniones de tales Comisiones”. Dicha propuesta, según el artículo 65.3 será elevada por la autoridad gubernativa (Subdelegado o Delegado del Gobierno), a la citada Dirección General.

Se trata, por consiguiente de determinar si en el año 2004 el artículo 65.2 debía seguir aplicándose con una interpretación literal de su texto, o bien debe entenderse, y así lo hemos defendido en otros foros, que las reformas legislativas experimentadas en materia de política de empleo, muy señaladamente la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y la nueva organización del Sistema Nacional de Empleo que la misma ha establecido, ha dejado carente de sentido jurídico el artículo 65.2, dado que las competencias atribuidas en dicho precepto a la Comisión Ejecutiva Provincial o Insular del antiguo INEM tratan sobre la gestión de la política de empleo, siendo así que dicha gestión, en el ámbito autonómico y por consiguiente también el provincial, ha sido ya atribuida jurídicamente a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Ciertamente, la nueva regulación evitará que vuelva a plantearse la polémica (o al menos así lo esperamos), pero hemos querido reflejarla por su importancia práctica.

2. La regulación prevista del contingente en el texto ahora objeto de estudio se encuentra en el Título V (“Contingente”), artículos 77 a 83, y el Reglamento desarrolla la previsión del artículo

trabajadores estables aprobado en los años 2002, 2003 y 2004 fue de 10.884, 10.575 y 10.908, respectivamente, mientras que los extranjeros realmente incorporados al mercado de trabajo fueron 3.394, 3.845 y 4.071 (hasta el 8 de noviembre de 2004), respectivamente. Por otra parte, el contingente de trabajadores de temporada para los años 2002, 2003 y 2004 fue de 21.195, 13.672 y 20.070, respectivamente, mientras que los extranjeros realmente incorporados al mercado de trabajo fueron 10.520, 21.687 y 32.957 (a 8 de noviembre de 2004), respectivamente.

La laboralización de la inmigración en España

II

39 de la Ley Orgánica 4/2000. El contingente no es obligatorio, ya que la norma dispone que el Gobierno “podrá aprobar con carácter anual un contingente de trabajadores extranjeros”. De ahí que sería conveniente plantearse con seriedad y rigurosidad si es necesaria la aprobación de contingente para el año 2005, en atención a que el proceso de normalización de trabajadores irregulares absorberá todo el esfuerzo de las autoridades competentes en materia de inmigración durante los primeros meses del año, y también a que quizás no sea necesario acudir al contingente por el elevado número de personas que se prevé que se incorporarán de forma regular al mercado de trabajo. La Resolución de 4 de febrero (BOE del 5) dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004, es decir la misma fecha de aprobación del nuevo Reglamento, por el que toma la decisión de prorrogar la vigencia del acuerdo del contingente de 2004, por entender que todavía no se ha cumplido plenamente y puede seguir siendo de aplicación, es decir se considera “como una medida adecuada para abordar este período transitorio”.

3. La contratación por vía de contingente continúa dirigida a trabajadores que no se hallen ni residan en España. Es sólo una vía de acceso al mercado de trabajo (aunque el Gobierno y los agentes sociales creen que debe ser la más importante). Por consiguiente, y de acuerdo con la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (STS) de 6 de abril de 2004 no se cierra la vía a la contratación de extranjeros que se hallen y residan en España. El texto diferencia entre contingente “estable” (se refiere a “empleos con vocación de estabilidad”) y un posible contingente “de temporada”. La regulación deberá diferenciar de forma clara ambos supuestos.

La contratación podrá hacerse a partir de ofertas genéricas presentadas por los empresarios, y también por ofertas nominativas ya que el artículo 77.3 dispone expresamente que “el Acuerdo del Consejo de Ministros establecerá los supuestos en los que será posible tramitar las ofertas nominativas a través del contingente”. Las ofertas deberán presentarse personalmente por los empresarios, o quien ostente la representación legal empresarial. La contratación se dirigirá preferentemente a trabajadores de países (ejemplo: Colombia, Polonia, Marruecos, etc.) con los que España tenga firmados “Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios”.

El texto deja abierta la puerta para establecer una regulación que incluya, junto al contingente “estable”, el contingente “de temporada” (todos los trabajadores, en ambos casos, deberán ser seleccionados en sus países de origen), y además, visados para:

- Búsqueda de empleo en España, para hijos o nietos de un español de origen, con una duración máxima de tres meses.

- Búsqueda de empleo en España “limitados a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto”, con una duración máxima de tres meses. Es la principal novedad del borrador de Reglamento, y según se afirma desde instancias oficiales se está pensando en el sector de la hostelería y en el servicio doméstico, sectores donde predominan las pequeñas y medianas empresas y los empleadores individuales, y en donde, según se afirma textualmente en la nota hecha pública por el MTAS sobre los principales elementos de reforma del Reglamento de Extranjería el 26 de octubre, “el contacto directo entre empleador y trabaja-

dor es un elemento clave en la decisión de contratar”.

Su regulación se encuentra en el artículo 83. La redacción del texto deja un amplio margen a las autoridades competentes (y entre ellas los Servicios de Empleo) para su concreción, ya que hace referencia a los ámbitos territoriales y sectores de actividad donde “existiendo puestos de trabajo de difícil cobertura, las circunstancias específicas del mercado laboral concernido determinen que los puestos pueden cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema”. Además, el segundo párrafo del número 3 del artículo 83 posibilita que la autoridad competente cambie durante el año los sectores de actividad o ámbitos territoriales para los que pueda concederse ese visado.

Es importante reseñar que el empresario ha de presentar un contrato de trabajo firmado por ambas partes, así como la autorización para trabajar. La autorización quedará condicionada a que en el plazo de un mes el trabajador se afilie y/o sea dado de alta en la Seguridad Social.

Nos parece muy importante que el Reglamento sea flexible en este punto, ya que se deja la puerta abierta a la ampliación del número de ofertas de empleo durante todo el año, en razón de “la evolución del mercado de trabajo”. El artículo 80.4 prevé la posibilidad de que se impartan cursos de formación, en España o en los países de origen, dirigidos a los trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados. Nos parece que puede incluirse aquí a los que accedan al mercado de trabajo español con visado de empleo durante el período de tres meses.

Por último, cabe destacar que la autorización inicial de trabajo y residencia se limita, durante el primer año, a un ámbito geográfico y a un sector de actividad determinado.

VI. OTRAS CUESTIONES DEL REGLAMENTO QUE INCIDEN EN LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN VINCULADAS AL MERCADO DE TRABAJO

1. La reagrupación familiar se contempla en los artículos 38 a 45. Para poder solicitarla, el extranjero residente debe haber residido legalmente en España durante un año y haber obtenido autorización para residir, como mínimo, otro año. La reagrupación podrá incluir al cónyuge (sólo a uno, ya que no se admite el matrimonio polígamo), a los hijos del reagrupante y a los de su cónyuge, y a los ascendientes a su cargo. El solicitante de la reagrupación deberá acreditar, entre otros requisitos, que dispone de empleo y/o recursos suficientes para atender las necesidades de la familia.

El envío de remesas a los familiares que aún vivan en el país de origen se va a convertir en un poderoso instrumento para conocer las disponibilidades económicas del reagrupante, ya que se entenderá que la familia está a su cargo cuando aquél acredite que durante al menos el último año de su residencia en España “ha transferido fondos o soportado gastos de su familia en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva”, dejando nuevamente al MTAS y al MIR la concreción de la cuantía de tales gastos o fondos.

La laboralización de la inmigración en España

II

La autorización para trabajar del cónyuge reagrupado posibilitará la obtención por su parte de una autorización de residencia temporal independiente de la del reagrupante. Además, y nos parece particularmente importante, dicha autorización implicará que el reagrupado podrá trabajar sin necesidad de esperar al cumplimiento del plazo de un año de residencia legal en España (plazo general que prevé el artículo 96 para que un extranjero que reside legalmente en España pueda acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, si bien hay una excepción, incorporada a partir de una recomendación del Dictamen del Consejo de Estado, que es la del extranjero “que acredite una necesidad, por circunstancias sobrevenidas, de trabajar para garantizar su subsistencia”). Aquí cobra especial importancia la intervención del Servicio de Empleo como intermediador de las ofertas y demandas de empleo, ya que la posibilidad de trabajar del reagrupado queda condicionada, obviamente, a que “tenga un contrato de trabajo y reúna los requisitos establecidos por la legislación laboral”. Más importante aún nos parece el hecho de que la concesión de dicha autorización no estará condicionada a la situación nacional de empleo (por consiguiente hay total libertad territorial y sectorial al respecto), salvo en los casos de los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge.

En la última versión del Reglamento se ha introducido una modificación con respecto al texto inicial, presentado el 14 de septiembre, y que afecta al ámbito del empleo. Podrán obtener autorización para trabajar el cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, y los hijos en edad laboral, previamente reagrupados, “cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo que haya dado lugar a la autorización, por ser éste a tiempo parcial o por la duración de la prestación de servicios, den lugar a una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual”.

La norma es una más de las que establece fuertes restricciones a la inmigración irregular, ya que si el extranjero se halla en dicha situación administrativa no se admitirá a trámite su petición o, en su caso, se denegará la misma.

2. Otra vía para posibilitar la contratación de trabajadores extranjeros está prevista en el segundo párrafo del artículo 50.a). El empresario podrá contratar (y esto es lo más importante) en ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura, cuando acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse. Nuevamente cobra importancia la actuación del Servicio de Empleo Autónomico, ya que la acreditación puede producirse “mediante la gestión de oferta de empleo presentada ante el servicio público de empleo concluida con resultado negativo”. Es importante recordar que cuando se utiliza la expresión “Servicio Público de Empleo” se incluye tanto el servicio estatal como los servicios autonómicos. El Reglamento establece un plazo máximo de 15 días para que el Servicio Público de Empleo encargado de la gestión emita certificación “en la que se exprese que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta”.

El Reglamento prevé también que un requisito de cumplimiento obligatorio para poder obtener la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena es que el trabajador extranjero “no se encuentre irregularmente en territorio español”. Obsérvese, en consecuencia, que son diferentes las vías de acceso al mercado de trabajo según que el extranjero se encuentre

de forma regular (ejemplo: residencia, estudios, etcétera) o irregularmente (arraigo) en territorio español.

Esta norma establece la obligatoriedad de una duración determinada (un año), pero no obliga al establecimiento de un ámbito geográfico y sector de actividad determinado, limitándose a establecer dicha posibilidad y remitiéndose a las instrucciones o directrices que dicte en su momento la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Además, nos parece especialmente importante destacar, como novedad incorporada a la última versión del Reglamento, la referencia expresa a la que la autorización para trabajar se concederá sin tomar en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de “los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto” (piénsese en los Convenios con Chile y Perú, por citar sólo dos ejemplos significativos).

3. Debemos indicar también que en el artículo 53.1.k) se regula la denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empresario que la solicite haya sido condenado, mediante sentencia firme, por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros, si bien se añade con buen criterio jurídico en el texto definitivo del Reglamento que se exceptúa el supuesto de que “los antecedentes penales hayan sido cancelados”, en cuyo caso sí se permitirá la contratación.

4. Otro ámbito de intervención de los Servicios de Empleo se contempla en el artículo 54, que regula la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

En primer lugar recuérdese que la presentación de solicitud de renovación durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización prorroga la validez de ésta hasta la resolución del procedimiento, y si dicha resolución no se dicta en un plazo de tres meses se entenderá aceptada dicha renovación.

Recuérdese también que la renovación puede solicitarse durante los tres meses posteriores a la fecha de finalización de la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio en su caso de la sanción administrativa que pueda imponerse.

La renovación se producirá si el extranjero acredita la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la primera autorización; también cuando haya prestado actividad durante un mínimo de seis meses, haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador (con respeto de las características de su autorización para trabajar), que figure en situación de alta o asimilada cuando solicite dicha renovación, y que disponga de una nueva oferta de trabajo.

Ahora bien, la renovación puede ser concedida con carácter excepcional si el trabajador acredita que ha trabajado como mínimo tres meses y que cumple, además, los siguientes requisitos: que la extinción de la relación laboral que dio lugar a la autorización se produjo por causas ajenas a su voluntad; que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo, “o bien en programas de inserción socio-laboral de

La laboralización de la inmigración en España

II

entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas” (repárese nuevamente en la importancia de la actuación de este servicio); y que tenga un contrato de trabajo en vigor en el momento de solicitud de la renovación.

5. Un supuesto específico de especial impacto para la política de empleo puede ser a nuestro parecer el previsto en el artículo 55.2.c) que regula la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, y en donde se prevé el desarrollo de actividades de carácter temporal realizadas por colectivos que tengan una relación laboral de carácter especial (personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos), u otros colectivos que se determinen por Orden del MTAS. La duración de la autorización será, como máximo, de un año, y en los mismos términos se podrá formalizar el contrato de trabajo.

La regulación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada permite que no se tome en consideración la situación nacional de empleo cuando concurren los supuestos previstos en las letras d) y l) de la Ley Orgánica 4/2000. Esta novedad posibilita la libre contratación de “los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos”, y de los extranjeros “que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada durante cuatro años naturales y hayan retornado a su país”.

6. También es importante destacar la amplitud con la que se regula el trabajo de temporada o campaña, ya que la duración podrá llegar a los nueve meses dentro de un período de doce meses consecutivos, y se prevé que el trabajador pueda tener más de un contrato laboral, ya que la duración de la autorización “coincidirá con la del contrato o contratos de trabajo”. Las autorizaciones de temporada o campaña “se podrán prorrogar hasta seis o nueve meses en función del tipo de visado y del período de contratación inicial”, novedad que ha sido incorporada en el artículo 57.7.

7. La vía de acceso a la residencia permanente en España, previo paso obligado de residencia temporal y trabajo de duración determinada durante varios años, se manifiesta de forma clara y contundente en el artículo 56.d), segundo párrafo, que dispone que “el buen trabajador”, es decir aquel que cumpla sus obligaciones de retorno al país de origen una vez finalizada la temporada, podrá cubrir otras ofertas de empleo que se generen en la misma actividad y con el mismo empresario u organización empresarial en otras campañas futuras, “sin que sea necesario tener en cuenta la situación nacional de empleo”.

8. Un supuesto digno de destacar, en el que se prevé una situación regular de residencia temporal y la excepción de la obligación de obtener autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional, es el recogido en el artículo 68.j) que posibilita la actividad laboral a los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competentes (y recuérdese aquí que algunas Comunidades Autónomas tienen competencias al respecto) “para aquellas actividades que a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social”.

9. El artículo 90 contempla la posibilidad de que los extranjeros estudiantes puedan compatibilizar en determinados supuestos los estudios y la realización de actividades laborales, si bien, para evitar situaciones fraudulentas, se especifica que los ingresos por trabajo “no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia”. Si bien la vigencia de la autorización para trabajar va estrechamente ligada a la duración del visado o autorización de estudios, conviene subrayar la amplitud con que se prevé el posible trabajo, dado que no habrá que tomar en consideración la situación nacional de empleo, ni tampoco la autorización tendrá limitaciones geográficas, con la excepción de que la actividad laboral coincida con el período lectivo, en cuyo caso obviamente “se limitará al ámbito territorial de su titular”.

Nos parece importante destacar que la entrada a España por la vía del acceso al ámbito educativo es un buen camino para poder después permanecer en nuestro país y acceder ya de forma estable al mundo laboral. Obsérvese con atención el artículo 95, que prevé dicha posibilidad aun cuando, lógicamente, establece unos requisitos previos que nos parecen razonables, cuales son que el futuro trabajador haya permanecido en España como mínimo durante tres años en situación de estancia por estudios (e incluso es posible su reducción), y que haya realizado “los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento”.

A efectos laborales no se tomará en consideración que el estudiante haya trabajado con anterioridad durante su etapa educativa, ya que la autorización de residencia y trabajo tendrá la consideración de autorización inicial según dispone el artículo 95.2. Ahora bien, aquí también hay una amplia flexibilidad para el acceso al trabajo, ya que no será necesario que se solicite visado cuando el extranjero se encuentre en España en situación de estancia por estudios, y además no se tomará en consideración la situación nacional de empleo.

10. El artículo 92 se refiere a los menores extranjeros no acompañados e indocumentados, y puede también, a nuestro parecer, afectar a la política de empleo (es decir al Servicio de Empleo autonómico). La norma dispone expresamente que aun cuando el menor no disponga de autorización de residencia ello no debe suponer obstáculo alguno para su acceso “a programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente redunde en su beneficio”.

Nos parece que no hay obstáculo jurídico, dadas las competencias autonómicas en materia de protección de menores y de empleo, para que se establezca un Acuerdo entre los Departamentos afectados (Justicia y Trabajo) para elaborar un plan de formación que incluya, entre otros supuestos, el acceso a la formación ocupacional.

11. Tal como hemos dicho con anterioridad, se abre una nueva puerta a la intervención de los Servicios de Empleo en la Disposición Adicional primera, 4, que posibilita que el Consejo de Ministros, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, y previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, cuando lo aconsejen circunstancias de naturaleza económica, social o laboral, “y en supuestos no regulados de especial relevancia”, dicte instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal con habilitación para trabajar, que podrán quedar vinculadas, temporal, sectorial o geográficamente, en los términos

La laboralización de la inmigración en España

II

que se fijen en aquéllas”. Entendemos que para dictar esas instrucciones deberá tomarse en consideración la situación de empleo a partir de la información facilitada por los Servicios Públicos de Empleo, tanto el estatal como los autonómicos. Conviene subrayar que el Reglamento ha elevado el rango jerárquico de la autoridad que dicte las instrucciones siguiendo la recomendación del Consejo de Estado, ya que en el borrador de 26 de octubre de 2004 se confería dicha atribución al Secretario de Estado de Inmigración y Emigración.

12. Con respecto a la regulación del trabajo por cuenta propia, cabe decir que la última versión del Reglamento, en concreto sus artículos 58 a 62, ha merecido el visto bueno por parte de organizaciones representativas del sector, tal como hemos indicado con anterioridad. En concreto, la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA) emitió un comunicado en el que manifestaba su satisfacción “por el hecho de que la Secretaría de Estado para la Emigración haya recogido la práctica totalidad de sus propuestas” y que de tal forma España se equipare a otros países receptores de emigrantes “en los que el trabajo por cuenta propia tiene una gran trascendencia, ya que se ejerce de forma generalizada en sectores como el transporte, la hostelería o el comercio minorista”¹⁶.

En efecto, el texto finalmente acordado modifica la primera versión y es, a nuestro parecer, más flexible que el anterior en orden a posibilitar la incorporación de extranjeros al mundo del trabajo por cuenta propia. De tal forma, la persona que solicita la autorización deberá poseer la cualificación profesional exigible, “o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional”; deberá aportar la certificación que demuestre la colegiación, en el caso de actividades profesionales que la exijan; deberá acreditarse que la inversión prevista es suficiente para la puesta en marcha del proyecto y de qué forma incide, en su caso, en la creación de empleo, una redacción bastante más abierta y moderna que la contenida en la normativa vigente y también en la primera versión del Reglamento, en que se hacía referencia a la “incidencia en el desarrollo de la economía nacional y en la creación de empleo”; deberá acreditar que se prevé que el ejercicio de la actividad generará recursos suficientes desde el primer año para el mantenimiento del interesado; su capacidad económica deberá probarse mediante la acreditación de que se dispone de los recursos económicos suficientes o “bien compromiso suficiente de apoyo por parte de instituciones financieras u otras”, referencia que ha sido entendida por la UPTA como la prueba de que, de tal forma, “se incentivan los sistemas de microcréditos que podrían ser comprometidos antes de la autorización, aunque se hagan efectivos tras su consecución”; por fin, no será necesario acreditar que se han obtenido las licencias necesarias antes del inicio de la actividad, sino sólo de la “situación en que se encuentran los trámites para su consecución, incluyendo, en su caso, las certificaciones de solicitud ante los organismos correspondientes”.

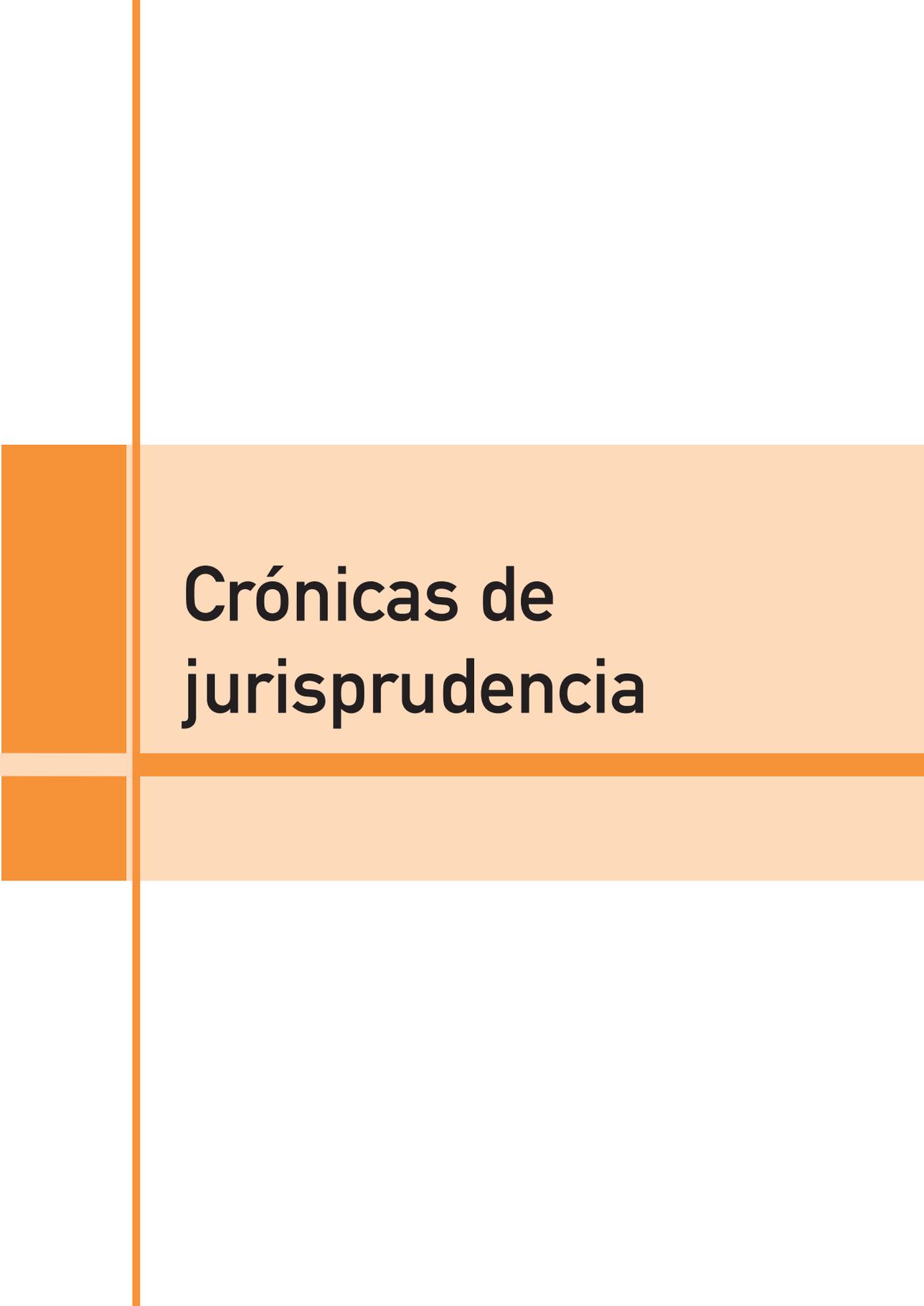
13. La Disposición Adicional decimoquinta regula de forma más detallada y con mayor corrección jurídica que en el borrador de Reglamento la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, órgano que no aparecía en el primer borrador de Reglamento, de 14 de septiembre, y que se incluye por primera vez en el de 26 de octubre.

(16) <http://www.ugt.es/comunicados/2004/noviembre/COMPREO41102.htm>

La norma configura dicha Comisión como un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que participarán las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal junto con la representación gubernamental. Se le atribuyen funciones de información sobre la evolución de los movimientos migratorios en España, de consulta sobre la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, de consulta sobre la propuesta de contingente anual de trabajadores extranjeros, y de consulta sobre las propuestas de contratación de trabajadores de temporada. En cualquier caso, el Reglamento remite a una futura orden ministerial para precisar la composición de la Comisión, forma de designación de sus miembros, competencias y régimen de funcionamiento.

14. Por su parte, la Disposición Adicional decimoséptima incorpora la referencia expresa a la autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo, de acuerdo con la regulación estatal y comunitaria en esta materia. De tal forma la autorización será concedida una vez que hayan transcurrido 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.

15. Por fin, la Disposición Adicional decimoctava concreta las previsiones del artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000 y el título V del Reglamento, posibilitando que participen representantes de las organizaciones empresariales españolas en los procesos de selección en origen de los trabajadores extranjeros. Sin duda, el aspecto más importante de la nueva normativa es que se permite que tales representantes queden acreditados por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ante las misiones diplomáticas u oficinas consulares de España en los países que hayan firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. La citada acreditación habría de servir para agilizar y mejorar los procesos de selección.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

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

Fecha: 20 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 410/2003.

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Asilo. Nacional de Cuba. Denegación. Condición homosexual.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado por B., contra la resolución en la que se denegó el reconocimiento de la condición de refugiado.

“Los motivos del recurso se basan, en síntesis, en que sufría persecución en Cuba por su condición homosexual.

(...).

«Los solicitantes alegan ser homosexuales y formar pareja. Ambos basan sus alegaciones en su condición de homosexual y narran distintos problemas que han tenido desde su juventud: uno señala haber sido violado de niño y el otro haber sido detenido por tener dólares. Procede señalar respecto a ambos problemas que no se pueden considerar propios de una persecución de carácter personal y concreto ejercida por el sistema cubano. Con relación a la detención por tenencia de dólares, era un riesgo que corría cualquier cubano que tuviera dólares en su poder, con independencia de su condición de homosexual. Por lo que respecta a la violación que B. manifiesta haber sufrido cuando era niño, por muy deleznable y condenable que nos parezca este hecho, tampoco resulta un asunto susceptible de protección en la actualidad y con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951.

Los relatos de ambos solicitantes resultan genéricos y vagos y no acreditados por elemento probatorio alguno.

En épocas anteriores los homosexuales fueron hostigados y discriminados y no se pone en duda que los solicitantes también tuvieran problemas por ello, pero en la actualidad se puede hablar de tolerancia por parte de las autoridades cubanas. A modo de ejemplo, esta Instrucción a incluye en el expediente de B. diversos artículos encontrados en Internet en los que se puede apreciar no sólo esa mayor tolerancia sino cierta sensibilización con los portadores de VIH (enfermedad que padece el solicitante).

Visto lo anterior, esta Instrucción considera que no existen suficientes elementos como para considerar a los solicitantes susceptibles de la protección que supone el reconocimiento como refugiados por lo que se emite un criterio desfavorable con relación a la presente solicitud.»”

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

Fecha: 20 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 290/2003.

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Denegación de la concesión del derecho de asilo. Nacional de Marruecos. Falta de indicios suficientes.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado contra la resolución en la que se denegó la concesión del derecho de asilo.

“Los motivos del recurso se basan, en síntesis, en que el promovente era perseguido por sus simpatías a la causa saharauí y en que concurrían circunstancias excepcionales a su favor.

Pues bien, el interesado nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre una persecución personal incardinable en el marco jurídico de asilo, y a tal fin la Sala asume plenamente el detallado Informe de la Instrucción (...), en particular en lo atinente a que el solicitante no es saharauí, a su condición de desertor de la Gendarmería que luego regresa a su unidad, en la manipulación de la documentación aportada y en que no ha renovado su documentación de solicitante de asilo, habiendo desaparecido de la última dirección registrada en la OAR y encontrándose en paradero desconocido.

(...).

El recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión, puedan incardinarse en la previsión del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución.

(...) cuando no existen ni siquiera los indicios suficientes a los que se refiere el artículo 8 de la Ley anteriormente citada, no puede tener éxito la concesión de asilo solicitada, y es lo cierto que en el caso de autos tales indicios, como se ha expuesto, no han quedado acreditados,(...).”

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

Fecha: 20 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 310/2003.

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Nacional de Nigeria. Falta de indicios suficientes.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado contra la resolución que inadmitió a trámite la solicitud de la concesión del derecho de asilo.

“Los motivos del recurso se basan, en síntesis, en que tuvo que huir de su poblado porque al cumplir doce años la iban a sacrificar por ser zurda, y en que no existe el preceptivo informe del ACNUR.

(...).

Pues bien, la promovente nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal encuadrable en el régimen jurídico de asilo, asumiéndose, a tales efectos, el tenor del Informe de la Instrucción (...):

«Los motivos alegados no están recogidos en la Convención de Ginebra, y lo que se alega no constituye, ni puede pretenderse que constituya, una persecución en los términos que establece la Convención de Ginebra, y estimamos que perfectamente pudo obtener la protección de sus autoridades y en su propio país, en caso de haberlo precisado. Alega que ha venido a estudiar y trabajar pero además que según la tradición la iban a sacrificar al cumplir 12 porque es zurda... y su familia se traslado a Lagos, aunque ‘en su pueblo la gente tiene un espejo en el que pueden ver donde se encuentra la gente’ por lo que unos sicarios la localizaron y mataron a su tío y a ella la hirieron aunque pudo escapar... y luego dice haber estado dos o tres años en una habitación...

No presenta documento alguno acreditativo de su identidad personal, ni del domicilio que alega en el país de origen, ni de la nacionalidad que manifiesta poseer.

No consta que las autoridades de su país no promueven, autorizan ni permanecen inactivas ante esos hechos delictivos mencionados en la petición de asilo (y no consta que fueran denunciados en su momento), y además no consta que dicho/s agente/s delictivo/s mencionado/s domine/n de una forma total y con plena eficacia la totalidad del territorio nacional, por lo cual perfectamente pudo haber cambiado su domicilio y/o residencia... Por todo lo

Asilo

cual entendemos que lo que se alega no constituye, ni puede pretenderse que constituya, una persecución en los términos que establece la Convención de Ginebra, y estimamos que perfectamente pudo obtener la protección de sus autoridades y en su propio país, en caso de haberlo precisado.»

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

Fecha: 20 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 870/2002.

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Asilo. Nacional de Sierra Leona. Ausencia de temores fundados de persecución. Delitos contra la humanidad.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado por M., contra la resolución en la que se denegó el reconocimiento del derecho de asilo.

“(…) del relato del solicitante se desprenden motivos fundados para considerar que ha cometido graves delitos contra la humanidad y no apreciarse la existencia de temores fundados de persecución que permitan reconocer la condición de refugiado.

(…) debe partirse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual es necesario tener en cuenta que a tenor del artículo 2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, «el derecho de asilo reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución, es la protección prestada a los extranjeros y quienes no se reconozca su condición de refugiados y consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en la adopción de medidas que contempla este artículo», siendo preciso considerar que la naturaleza fundamental del derecho de asilo, recogido en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, determina que el examen y la apreciación de las circunstancias que

lo determinan no se realice con criterio restrictivo, bastando alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva se desprende de la propia Ley, en su artículo 8, al utilizar la expresión «indicios suficientes». Como dice nuestro Tribunal Supremo en este tipo de procesos no es factible la exigencia de una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, tal situación impide generalmente la obtención de elementos de prueba que acrediten la situación de perseguido, por eso habrá que buscar una prueba indiciaria (…).

El recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión puedan incardinarse en la previsión del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución.”

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

Fecha: 20 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1010/2002.

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Nacional de Nigeria.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado contra la resolución que inadmitió a trámite la solicitud de la concesión del derecho de asilo.

“Los motivos del recurso se basan, en síntesis, en que Nigeria, según se afirma, vive en una situación de guerra. En vía administrativa la interesada alegó que su condición de cristiana la aparejaba persecución por parte de los musulmanes.

(...) la promovente nada ha acreditado, ni directa ni indirectamente, sobre la realidad de una persecución personal encuadrable en el régimen jurídico de asilo, limitándose a alegaciones, en esta vía jurisdiccional, marcadamente genéricas y, además, ajenas a la realidad sociopolítica nigeriana, aún lejos de una situación de guerra civil abierta, habiendo informado el ACNUR en contra de la admisión a trámite (...), y en lo atinente a lo manifestado en sede administrativa, la Sala asume íntegramente el contenido del Informe de la Instrucción (...):

«Los motivos alegados no están recogidos en la Convención de Ginebra y además no apreciamos la existencia de persecución alguna. Son unas alegaciones inverosímiles, por ser genéricas e imprecisas, carentes de datos y detalles que permitan comprobar lo que alega el solicitante, y de las que no se desprende la existencia de una persecución en los términos que establece la Convención de Ginebra.

Además perfectamente hubiera podido encontrar protección de sus autoridades, en caso de haberlo precisado, incluso en otras zonas de su país.

El recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión, puedan inculparse en la previsión del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución.»

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

Fecha: 22 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 468/2003.

Ponente: D. José Luis Terrero Chacón.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Relato inverosímil al permanecer en España más de un mes de modo ilegal antes de formular la solicitud de asilo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don B., contra la resolución del Ministerio del Interior que inadmite a trámite su solicitud de asilo.

“En el escrito de demanda se alega, básicamente, que no consta en el expediente administrativo la comunicación de la petición de asilo al Ministerio de Asuntos Exteriores, ni el informe del ACNUR; que la resolución recurrida carece de motivación, al no basarse en las circunstancias concretas del recurrente, recogiendo solamente una cita legal sin la menor referencia específica al caso; que la persecución alegada por el recurrente entra de lleno en el ámbito de la institución del asilo, por cuanto su situación encuentra su origen en el hecho de pertenecer a un determinado grupo social, en este caso, la familia real; que el hecho de permanecer dos meses en España antes de presentar la solicitud de asilo no puede determinar la denegación del derecho de asilo, cuando las propias autoridades españolas aconsejan a los extranjeros informarse antes de presentar las solicitudes citadas, y tan corto período de tiempo previo a la presentación, es lógico en una persona desorientada y extraña en un país ajeno a sus hábitos y costumbres; y que la Administración olvida que, en todo caso, nuestra legislación permite la concesión del asilo por motivos humanitarios.

(...).

En efecto, como independencia de que el relato del recurrente pudiera reputarse inverosímil por haber presentado su solicitud de asilo después de permanecer ilegalmente en nuestro territorio durante más de un mes, el propio y referido relato nos pone de manifiesto que los problemas que el recurrente afirma haber sufrido en su país de origen no guardan relación con ningún género de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo

Asilo

social, encontrándose más bien relacionados con un conflicto familiar por motivos económicos. Y en esta misma línea, es significativo que el petitorio de asilo reconozca en su solicitud que «nunca ha sido detenido en su país ni ha tenido problemas con sus autoridades».

Consecuentemente, difícilmente puede considerarse en el supuesto que examinamos la concurrencia de causa de asilo, por lo que debe entenderse justificada la inadmisión a trámite acordada por la Administración, decisión administrativa que, además, vino ratificada por el parecer favorable del Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en España (ACNUR).

En cuanto a la petición de permanencia en España por razones humanitarias, recogida en la fundamentación jurídica de la demanda, al margen de que el recurrente no especifica qué concretas razones humanitarias justificarían su permanencia en nuestro país, (...).

Por otro lado, para que el solicitante de asilo pueda permanecer en España por razones humanitarias, es necesario que su petición se encuentre conectada «a la propia finalidad del derecho de asilo, que pretende la protección de personas que sufren persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o pertenencia a grupos sociales perseguidos» (SSTS de 20 de diciembre de 2000, 3 de octubre y 18 de diciembre de 1997), presupuesto que tampoco se aprecia en el presente caso.”

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

Fecha: 22 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 484/2002.

Ponente: D. José Luis Sánchez Díaz.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Reexamen. Nacional de Cuba.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don J.P., contra la Resolución que inadmite a trámite la petición de asilo.

(...) la actora fundamenta el recurso en sus diferencias ideológicas con el régimen político existente en Cuba y en la situación política existente en dicho país. En haber sufrido persecución por comprar carne en 1996 sin autorización, viéndose obligado a ello por necesitarlo para su hija enferma; en que pertenecía al Partido Pro Derechos Humanos y que ello determinó una persecución posterior. Tras exponer la situación existente en Cuba en diversos aspectos relacionados con las libertades públicas y derechos sociales, estima que existen indicios suficientes para admitir a trámite la petición de asilo y aprecia además falta de motivación de la resolución recurrida.

(...).

Pues bien, del examen las normas aplicables al supuesto ahora contemplado el Tribunal aprecia que debe ser desestimado del presente recurso, así como la confirmación de la resolución impugnada, pues ni de los autos ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que la parte recurrente funda su pretensión hayan quedado acreditados mínimamente, (...).

La persecución alegada se refiere a causas relacionadas con la configuración del sistema penal existente en Cuba que configura como delitos económicos conductas que en una economía de libre mercado, carecerían de trascendencia penal, lo que no considera el Tribunal causa justificativa de la admisión a trámite de la petición de asilo.

(...).

Por el contrario, los razonamientos que, se exponen en el escrito de demanda, se limitan a denunciar la situación política y de falta de respeto a los derechos humanos en Cuba, afirmaciones que, no

reflejan una persecución personal de las previstas en la Convención de Ginebra, pues no obedece a un enfrentamiento activo y positivo del recurrente al régimen de Cuba y a la eventual respuesta de éste frente a la alegada posición política del recurrente. La situación existente en Cuba, es un indicio que se refiere a una situación general, en cuyo contexto debe concurrir una situación particular de persecución contra el peticionario de asilo, extremo este que no está precisado en las alegaciones de la parte actora, ni probado mínimamente.”

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

Fecha: 15 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1016/2003.

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Asilo. Nacional de Guinea-Bissau. Inadmisión a trámite. Petición de reexamen.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado contra la resolución en la que con desestimación de la petición de reexamen, se inadmitió a trámite la solicitud de asilo.

“Los motivos del recurso se basan, en síntesis, en que teme por su vida, dada la situación de inseguridad de su país, y en que concurrirían razones humanitarias a favor de su pretensión.

(...).

Pues bien, la interesada nada ha acreditado, ni directa y indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal incardinable en el régimen jurídico de asilo, limitándose a formular alegaciones inconcretas (asesinato de familiares por parte de elementos no identificados) o de naturaleza genérica (situación general de Guinea-Bissau), habiendo informado el ACNUR en contra de la admisión a trámite (...), no siendo apreciables razones humanitarias que ofrezcan «cierta vinculación» con el marco jurídico de asilo (...).

El recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión, puedan incardinarse en la previsión del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución.”

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

Fecha: 8 de noviembre de 2004.

Recurso de Casación: 1329/2001.

Ponente: D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Adecuación del procedimiento. Ciudadano irakí. Razones humanitarias.

Resumen: El Tribunal declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por don F. y anula las resoluciones por las que se denegó la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

“Don F., ciudadano irakí, con residencia en Bagdad, llegó al aeropuerto de Barajas el 31 de julio de 1999 procedente de Estambul. Carecía de pasaporte, portando solamente un documento de identidad. Solicitó inmediatamente asilo para lo que fue asistido por intérprete y abogado. Las manifestaciones que hizo al efecto, tal como aparecen recogidas en el expediente ponen de manifiesto los siguientes extremos. Ingeniero de profesión y de religión musulmana chiíta, dijo haber trabajado en la marina mercante y en una empresa pública dedicada a la pesca, unas veces como oficial de radio y otras como ingeniero. Explicó que solicitaba asilo porque era objeto de persecución en Irak desde hacía años por miembros del Partido Baas a causa de su negativa a integrarse en él, lo que se debía a que pertenece a un grupo político de oposición de ideas socialistas y panarabistas (I Arabi Ichiraqui). Indicó que

Visado

miembros de su familia habían sido detenidos y maltratados y que él mismo había sufrido en más de una ocasión detenciones y torturas de las cuales conserva marcas en su cuerpo, para acreditar las cuales solicitó un reconocimiento médico, que no se produjo. Presentó fotocopia de la sentencia que había condenado a muerte a un tío suyo en 1992 y dijo que las últimas dificultades que había padecido obedecían a las críticas que había hecho a Saddam Hussein y a su actividad opositora al régimen que encabezaba. Explicó que se había decidido a abandonar Irak —lo que hizo a pie por la frontera de Turquía— cuando supo, a través de un amigo que trabaja en un juzgado, que se había dictado una orden de ejecución contra él. Entonces huyó al igual que su mujer y sus dos hijos, cuyo paradero ignora. En fin, dijo que vino a España porque aquí vive su hermano Jamal desde hace veinte años, a quien en su día se le concedió asilo.

(...).

A juicio de la Sala, el recurso de casación debe ser estimado. Nos llevan a esa conclusión las razones que a continuación exponemos.

(...) se denegó la admisión a trámite de la solicitud de asilo porque, en opinión del Ministerio del Interior, no se había alegado ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado. Ése es, efectivamente, uno de los motivos que el artículo 5.6 de la Ley 5/1984 considera suficientes para que se adopte tal resolución, pero ese precepto impone no sólo que concurra esa circunstancia sino que se resuelva motivadamente. Pues bien, el Sr. F. tal como se aprecia con claridad, adujo en su solicitud motivos de persecución relacionados con su negativa a inscribirse en el Partido Baas, que era el partido del régimen, a causa de sus ideas socialistas y panarabistas y con sus críticas a Saddam Hussein, persecución que concretó en detenciones, torturas y orden de ejecución. Todo ello lo hizo en un relato que no puede tacharse de antemano de falso ni inverosímil, lo que, por otra parte,

ha de explicar que la Administración no invocara para inadmitir a trámite la solicitud el artículo 5.6.d) de la Ley 5/1984, que contempla, precisamente, esa circunstancia.

Asumiendo, pues, que el Sr. F. sí invocó, al menos indiciariamente, causas que dan lugar según las normas internacionales al reconocimiento de la condición de refugiado y que, sin embargo, se denegó la admisión a trámite de su solicitud de asilo (...).

A tal efecto, los razonamientos antes expuestos imponen la estimación del mismo porque, efectivamente, no concurre la causa en la que se basó la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo presentada por el Sr. F. Sostener que en el Irak de 1999 se sufre persecución por negarse a inscribirse en el partido del régimen y por criticar y oponerse a Saddam Hussein y alegar detenciones, malos tratos y torturas e, incluso, que ha sido ordenada la ejecución de una persona, no es inverosímil. De ahí que la existencia de un relato mínimamente coherente de estas características sea razón bastante para que se admita a trámite la solicitud de asilo. Especialmente, si, además, se tiene presente que ya en el expediente administrativo se pusieron de manifiesto defectos en la traducción de las manifestaciones del recurrente y que, denegada la admisión a trámite de su solicitud de asilo, sin embargo, se le autorizó a entrar en territorio español, aunque fuera por razones humanitarias.”

VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 22 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 540/2002.

Visado

Ponente: Dña. M.ª Antonia de la Peña Elías.

Voz: Solicitud de visado de residencia para trabajo por cuenta ajena. Nacionalidad marroquí.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L., contra la resolución por la que se desestimaba la solicitud de visado de residencia para trabajo por cuenta ajena.

“El recurrente en su escrito de demanda solicita la nulidad de la resolución y la concesión de la exención de visado por reunir todos los requisitos legales establecidos. Es accionista de una entidad mercantil domiciliada en España, tiene suscritos contratos de arrendamiento de inmuebles en territorio nacional, aportó en vía administrativa y con la demanda documentos bancarios acreditativos de movimientos de la sociedad, y cumplió con las prescripciones sanitarias.

(...).

Nada dice la Ley respecto de la motivación cuando se trata de visado de residencia para el trabajo por cuenta propia, al referirse el citado artículo sólo a la resolución motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Esto lleva al Abogado del Estado a afirmar que no es preciso que la Administración motive la denegación del visado, como en el caso de autos.

Sin embargo, tampoco podemos olvidar que la propia normativa, artículo 27.2 de la Ley Orgánica 8/2000 y Disposición Adicional segunda del Real Decreto 864/2001, contemplan la supletoriedad de la Ley 30/1992, cuyo artículo 54 no deja lugar a dudas respecto a la necesaria motivación de los actos administrativos cuando limitan derechos subjetivos o intereses legítimos.

(...).

En el presente caso, la resolución impugnada hace referencia al informe negativo de la autoridad labo-

ral, como argumento esencial para la denegación. Sin embargo, en el expediente administrativo no consta el informe de referencia, ausencia que tiene dos consecuencias jurídicas: por un lado impide el preceptivo control de legalidad por el órgano jurisdiccional, y por otro impide al recurrente defenderse del contenido negativo de un informe no aportado y determinante para la denegación de su visado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 10 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 121/2003.

Ponente: D. José Blanca Alonso Millán.

Voz: Denegación de exención de visado. Salida obligatoria del territorio español.

Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso interpuesto por don A., contra la resolución por la que se acuerda denegar la exención de visado solicitada.

“La resolución recurrida deniega la exención porque no cumple ninguno de los supuestos que se reflejan en el indicado artículo, pero en ningún caso manifiesta que no concurra circunstancia de excepcionalidad, ni que concurra mala fe en el solicitante, por lo que, al no denegarse por estos motivos, se debe considerar que la administración entendía que concurría tanto la excepcionalidad como la buena fe en el solicitante, pues en otro caso debió motivar la denegación (...).

(...) no obstante, se debe indicar que la buena o la mala fe debe concurrir en el momento de solicitar la exención de visado, no en el momento de la entrada en España del solicitante, y no existe prueba alguna, ni siquiera evidencia, que indique que el aquí recurrentes obrase de mala fe al solicitar la exención, sino todo lo contrario, pues se aprecia que su situación económica no es demasiado buena, viviendo en alquiler con otras tres

Visado

personas, dos de ellas menores de edad y siendo la tercera su compañera sentimental (...). Por otra parte alegar la excepcionalidad o la mala fe en este momento y no haber sido tenido en cuenta por la administración al dictar la resolución ahora recurrida implica, por una parte, la causación de una cierta indefensión en el recurrente y, por otra parte, implica que la administración ya reconocía la existencia de la buena fe y de la excepcionalidad al dictar la resolución por lo que se debe estar a los actos propios puestos de manifiesto en la misma resolución.

Pero al igual que lo dicho con anterioridad, tampoco se puede considerar que cause una vulneración de la tutela judicial efectiva al recurrente la no indicación del supuesto concreto que no cumple don Andrés para que no se le conceda la exención de visado, pues ello no produce ni causa ninguna indefensión, ya que basta acreditar que cumple uno de estos supuestos para que proceda la concesión de la exención.

(...).

El problema bélico existente en Colombia es el mismo que ya existía en el año 2001 y no se aprecia problema alguno para que el aquí recurrente pudiese trasladarse de Colombia a España. El regreso a Colombia presenta problemas para acceder a determinadas partes del territorio colombiano, pero no a su capital, donde el estado español posee las oficinas diplomáticas que permiten conceder el visado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda.

Fecha: 13 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 297/2004.

Ponente: D. Pedro Manuel Hernández Cordobés.

Voz: Exención de visado. Razones humanitarias.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto reconociendo el derecho de la recurrente a obtener la exención de visado.

“El recurrente, de nacionalidad cubana, solicitó la exención de visado al amparo del artículo 49.2.a) del Reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Al entrar en España solicitó asilo político.

La recurrente sustenta su petición de exención de la obtención del visado en la concurrencia de razones humanitarias. Señala que se encuentra integrada en la sociedad española, contando con oferta de trabajo y que el regreso a su país le está vedado por su propia legislación al llevar más de once meses fuera de Cuba de manera irregular.

Lo cierto es que la Sala en situaciones análogas a la presente (nacionales cubanos que han demandado asilo político a su llegada a España) ha considerado la concurrencia de circunstancias extraordinarias que justifican la exención del visado para la tramitación de los permisos de residencia y trabajo, al amparo de lo establecido en el artículo 31.7 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Ley Orgánica 4/2000 (modificada por la Ley Orgánica 8/2000) y su desarrollo reglamentario.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1143/2003.

Ponente: D. César Tolosa Treviño.

Voz: Exención de visado. Pérdida de vínculos personales.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña E., contra la resolución por la que se denegaba a la recurrente la exención de visado correspondiente.

Expulsión

“Como afirma la STS (3.ª) 31 de octubre de 2000 (...): «La exigencia del visado para residir en España ciertamente viene impuesta por la Ley de Extranjería y el Reglamento para su aplicación, aunque está expresamente también prevista la posibilidad de que la Autoridad competente exima al solicitante de la residencia de la presentación del visado de la misma naturaleza, cuando ‘existan razones excepcionales que justifiquen tal dispensa’, debiendo ya advertirse que aquéllas, contrariamente a cuanto se razona en la sentencia impugnada, no pueden ser apreciadas libre y discrecionalmente por la Administración, sino que, como concepto jurídico indeterminado, demanda y exige la solución justa y correcta en ponderación de las circunstancias concurrentes, de tal manera que cuando sean verdaderamente excepcionales, justificativas de la exención solicitada, ésta debe concederse, en el bien entendido además que la decisión administrativa adoptada quedará siempre y en todo caso sujeta al control jurisdiccional».

(...).

En el presente caso, se puede considerar que concurre el supuesto de la inexistencia de vínculos personales que le impiden conseguir el visado en el país de origen, dado que el hecho de haber vivido y residido en Argentina desde temprana edad, debe significar la pérdida de los vínculos personales con Bolivia y la imposibilidad de tramitar y obtener el correspondiente visado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda.

Fecha: 30 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 287/2004.

Ponente: D. Pedro Manuel Hernández Cordobés.

Voz: Exención de visado. Matrimonio. Tarjeta de residente comunitario.

Resumen: El Tribunal estima en parte el recurso interpuesto y reconoce el derecho del actor a obtener la exención de visado.

“El actor solicitó el 27 de agosto de 2001, tarjeta de familiar de residente comunitario y exención de visado, por razón de su matrimonio (1 de junio de 2001) con doña R., de nacionalidad italiana, que a su vez solicitó tarjeta de residente comunitario en la misma fecha.

La unión matrimonial tiene un hijo nacido el 15 de febrero de 2001, también con nacionalidad italiana.

El 4 de junio de 2002 le fue denegada la exención de visado y el 10 de junio siguiente la tarjeta de familiar de residente comunitario por carecer de visado de residencia o su exención.

Según resulta de los documentos que obran en el expediente administrativo y de los aportados en el presente recurso, el actor y familia residen en el término municipal de Arona.

En otros supuestos análogos al presente (nacional de terceros países con familiares comunitarios) ya ha considerado la Sala la concurrencia de motivos «humanitarios» del artículo 31.7 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Ley Orgánica 4/2000 (modificada por la Ley Orgánica 8/2000) para acceder a la exención del visado a efectos de tramitar la petición de tarjeta de residente comunitario.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de septiembre de 2004.

Expulsión

Recurso Contencioso-Administrativo: 1253/2003.

Ponente: D. Joaquín María Miqueleiz Bronte.

Voz: Expulsión. Ciudadano argelino. Arraigo en España.

Resumen: El Tribunal desestima la demanda y declara conforme al ordenamiento jurídico la resolución que acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional.

“A la vista de las alegaciones hechas por las partes, expediente administrativo remitido y pruebas practicadas en estos autos se desprenden, a juicio de la Sala, los siguientes hechos probados, básicos para la resolución de las pretensiones ejercitadas por las partes: Según consta en Diligencias (...) de fecha 9 de julio de 2003 sobre las trece horas, cuando se encontraban a la Calle E. de la localidad de Pamplona (Navarra), los funcionarios actuantes han procedido a la identificación del ciudadano argelino F., encontrándose éste totalmente indocumentado, careciendo de cualquier tipo de documentación que acredite su estancia en España. Oído el interesado y puesto en libertad se acordó incoar expediente el 10 de julio de 2003, haciendo en éste alegaciones el interesado a través de su Letrado doña P.G.S. Dicho expediente terminó por Resolución de 11 de septiembre de 2003 en el que se acordó la expulsión de España del interesado con prohibición de entrada por un plazo de cinco años.

(...).

A la vista de tales hechos es preciso dar respuesta a la pretensión ejercitada por la parte actora y contenida en el suplico de la demanda de que se anule la Resolución y, basándose para ello en que la sanción correspondiente a la infracción cometida es la multa; la expulsión es una posibilidad que exige aplicar criterios de proporcionalidad.

(...).

Dados los hechos acreditados en el expediente es evidente que se ha desvirtuado la presunción de inocencia siendo suficientemente motivada la resolución sancionadora, ya que existe un hecho ilícito,

pues la sanción de expulsión, viene constituida precisamente por la carencia de título habilitante para residir en España. El único argumento que se alega en la demanda es que existe arraigo para la permanencia en España, al encontrarse el recurrente en territorio español desde el año 1998, y tal alegación es ajena a los efectos de habilitar para la estancia en España al recurrente, única hipótesis que puede servir a los efectos de considerar inexistente la infracción, y ello además de que tal estancia en España por el tiempo alegado no se encuentra acreditada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

Fecha: 27 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2480/2002.

Ponente: Dña. M.ª Teresa Sofía Delgado Velasco.

Voz: Expulsión. Caducidad de la prórroga de estancia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don G., contra la resolución que decretó la expulsión del territorio español del recurrente.

“Presupuesto lo anterior, se invoca por el demandante, en primer lugar, la falta de proporcionalidad de la medida de expulsión acordada por cuanto, a juicio del actor, debió ser impuesta la sanción de multa administrativa. Señala al respecto que las infracciones graves, como lo es el encontrarse irregularmente en territorio español, pueden ser sancionadas también con multa desde 50.001 hasta 1.000.000 de pesetas y que la falta de intencionalidad del demandante y la ausencia de perjuicio alguno irrogado a tercero o a los intereses nacionales en actividades contrarias al orden público o a la seguridad ciudadana, debió merecer la imposición de dicha multa y no, como se ha hecho, la sanción más grave de las previstas de expulsión.

(...).

Expulsión

En contra de lo sostenido por el actor, esta Sala estima que la medida de expulsión acordada no infringe el principio de proporcionalidad, pues la sanción impuesta se encuentra legalmente prevista por el Legislador precisamente para la concreta infracción cometida por el recurrente.

(...).

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.

Debe concluirse, por ello, que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España y que no ha demostrado tener concedida o por lo menos solicitada la regularización, constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal y que puede ser legítimamente impuesta por la Administración dentro de las opciones legalmente previstas, pues es, cabalmente, la que mejor 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, en su caso concreto, puedan determinar excepcionalmente tal desproporción. La falta de prueba de tales extremos, más allá de las genéricas alegacio-

nes contenidas en la demanda, determina, por ello, la estimación de este motivo impugnatorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 27 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1109/2003.

Ponente: D. Joaquín M.^º Miqueleiz Bronte.

Voz: Expulsión. Ciudadanas ecuatorianas. Arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la parte actora contra el acuerdo por el que se expulsa a la recurrente del territorio nacional.

“A la vista de las alegaciones hechas por las partes, expediente administrativo remitido y pruebas practicadas en estos autos se desprenden, a juicio de la Sala, los siguientes hechos probados, básicos para la resolución de las pretensiones ejercitadas por las partes: Sobre las 18,30 horas, cuando se encontraban en la Estación de Autobuses de la localidad de Pamplona (Navarra) los funcionarios actuantes han procedido a la identificación de dos ciudadanas ecuatorianas, resultando ser una de ellas P. encontrándose esta totalmente indocumentada careciendo de cualquier tipo de documentación que acredite su estancia legal en España, incoando el oportuno expediente administrativo.

(...).

A) El recurrente no efectúa ninguna alegación sobre su estancia en España, con alguno de los títulos habilitantes para ello, como puede ser el permiso de residencia, de forma que viene a admitir la inexistencia de tal autorización por la Administración para efectuar dicha estancia. Basta con este hecho para que deba entenderse que se ha cometido la infracción por la que ha sido sancionada por la Administración.

B) Por otra parte el acuerdo de expulsión está plenamente habilitado legalmente por el artículo 57.1 de

Expulsión

la citada Ley y es plenamente proporcionado a los hechos acreditados conforme a la doctrina del TC sentada entre otras en STC de 22 de marzo de 1993.

Dados los hechos acreditados en el expediente es evidente que se ha desvirtuado la presunción de inocencia siendo suficientemente motivada la resolución sancionadora, ya que existe un hecho ilícito, pues la sanción de expulsión, viene constituida precisamente por la carencia de título habilitante para residir en España. El único argumento que se alega en la demanda es que existe arraigo para la permanencia en España, al encontrarse el recurrente en territorio español desde el año 1998, y tal alegación es ajena a los efectos de habilitar para la estancia en España al recurrente, única hipótesis que puede servir a los efectos de considerar inexistente la infracción, y ello además de que tal estancia en España por el tiempo alegado no se encuentra acreditada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 27 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1303/2003.

Ponente: D. Felipe Fresneda Plaza.

Voz: Expulsión. Solicitud de regularización. Alegación de arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la parte actora contra el acuerdo por el que se expulsa a la recurrente del territorio nacional.

“La parte recurrente alega, esencialmente, que no concurren los presupuestos necesarios para la procedencia de la sanción de expulsión acordada por la Administración. Considera, particularmente, que la orden de expulsión acordada por la Administración, es improcedente ya que el recurrente tiene solicitada regularización, bajo, lo que impide la expulsión hasta que se resuelva sobre tal solicitud. Expresa asimismo que existe situación de

arraigo y que la sanción de expulsión no es proporcional en relación con la gravedad de la infracción cometida.

(...).

El recurrente no efectúa ninguna alegación sobre su estancia en España, con alguno de los títulos habilitantes para ello, como puede ser el permiso de residencia, de forma que viene a admitir la inexistencia de tal autorización por la Administración para efectuar dicha estancia.

(...).

En lo que respecta a la alegación sobre la existencia de arraigo, ha de expresarse que esta posible circunstancia no empece al juego de la operatividad de la sanción de expulsión que ha sido acordada, sin perjuicio de sus posibilidades de ser tenida en consideración por las específicas vías en que tal circunstancia puede considerarse –artículo 31.4 Ley de Extranjería–. Por otro lado no se acredita que exista arraigo alguno, ya que en este procedimiento tan sólo se alega esta circunstancia y la Administración en el acto recurrido ya valoró debidamente la inexistencia de tal circunstancia de arraigo.

El acuerdo de expulsión está plenamente habilitado legalmente por el artículo 57.1 de la citada Ley y es plenamente proporcionado a los hechos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

Fecha: 1 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1093/2002.

Ponente: D. Francisco de la Peña Elías.

Voz: Expulsión. Principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.M., contra la resolución que decretó la expulsión del territorio español del recurrente.

Expulsión

“En contra de lo sostenido por el actor, esta Sala estima que la medida de expulsión acordada no infringe el principio de proporcionalidad, pues la sanción impuesta se encuentra legalmente prevista por el Legislador precisamente para la concreta infracción cometida por el recurrente. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencia de 20 de julio de 1999) es al Legislador al que corresponde configurar la proporción entre las conductas que pretende evitar y las sanciones con las que intente conseguirlo, gozando en esta materia de un amplio margen de libertad, que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. Sólo en supuestos excepcionales puede la jurisdicción ordinaria cuestionar dicho marco legislativo, planteando ante el Tribunal Constitucional la oportuna cuestión de constitucionalidad. Pero esta excepción no concurre en el caso actual, pues la inconstitucionalidad de la sanción legal solamente cabría apreciarla cuando produzca «un patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria y que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 55/1996, fundamento jurídico 8.º), arbitrariedad que no cabe apreciar en la sanción de expulsión del territorio nacional para quien se encuentra en el mismo incumpliendo las prevenciones legales que autorizan la estancia.

(...).

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.

Debe concluirse, por ello, 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 y que puede ser legítimamente impuesta por la Administración dentro de las opciones legalmente previstas, pues es, cabalmente, la que mejor 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, en su caso concreto, puedan determinar excepcionalmente tal desproporción. La falta de prueba de tales extremos, más allá de las genéricas alegaciones contenidas en la demanda, determina, por ello, la desestimación de este motivo impugnatorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

Fecha: 29 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1437/2004.

Ponente: D. Francisco de la Peña Elías.

Voz: Expulsión. Delito de estafa. Principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don P., contra la resolución que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional.

“El objeto del presente recurso contencioso administrativo se centra en determinar la conformidad o disconformidad a derecho de la Resolución del Delegado del Gobierno de fecha 24 de mayo de 2002, que decretó la expulsión del territorio español del

Permiso de residencia

recurrente, con la consiguiente prohibición de entrada en el mismo por un período de cinco años.

En la expresada resolución se hace constar, como motivo de la expulsión, la infracción grave de encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos cuando fueran exigibles, tipificada en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

El expediente que dio origen al acto administrativo impugnado trae causa de la denuncia formulada por funcionarios de la Policía Nacional, quienes, con ocasión de la detención del recurrente por la comisión de un presunto delito de estafa, detectan que el mismo carece de toda documentación. Incoado el correspondiente expediente sancionador (por poder constituir tales hechos la infracción prevista en el artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000), el demandante es informado de los derechos que le asisten, siendo asistido por Letrado de oficio. En la notificación de la incoación del procedimiento consta la firma de Letrado. Asimismo, la declaración que presta ante los funcionarios policiales competentes se realiza con asistencia de Letrado.

(...).

En contra de lo sostenido por el actor, esta Sala estima que la medida de expulsión acordada no infringe el principio de proporcionalidad, pues la sanción impuesta se encuentra legalmente prevista por el Legislador precisamente para la concreta infracción cometida por el recurrente.

(...).

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.

Debe concluirse, por ello, que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, (...).

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 29 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1369/2002.

Ponente: D. Santos de Gandarillas Martos.

Voz: Denegación del permiso de residencia. Existencia de antecedentes penales.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don B., contra la impugnación de la resolución dictada por la Comisaría General de Extranjería y Documentación por la que se denegaba la solicitud de don B. de permiso de residencia.

“La resolución impugnada denegó el permiso de residencia por constar diversos antecedentes pena-

Permiso de residencia

les y procedimientos judiciales incoados contra el interesado.

En apoyo de su pretensión anulatoria el recurrente en su escrito de demanda alega que no es obstáculo para la obtención del permiso de residencia la comisión de un delito si se ha cumplido la pena, se ha obtenido indulto o se haya en situación de remisión condicional de la pena; la falta de audiencia al interesado en la tramitación de su solicitud; impugna distintos folios de expediente administrativo en los que se hacen constar los antecedentes del recurrente por tratarse de listados informáticos sin que conste la pertenencia a ningún registro público y carecer de valor probatorio.

(...).

A su vez la Ley Orgánica 4/2000 de 11 enero 2000, en su artículo 29.4, señala que para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial del Tratado de Schengen. No será obstáculo para obtener o renovar la residencia haber cometido delito en España si ha cumplido la condena, ha sido indultado o está en situación de remisión condicional de la pena. El citado texto legal en el artículo 49.g), tipifica como infracción grave la participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales.

(...).

En cuanto al fondo sostiene en su escrito de demanda que no es obstáculo para la obtención del permiso de residencia la comisión de un delito si se ha cumplido la pena, se ha obtenido indulto o se haya en situación de remisión condicional de la pena.

Pues bien, de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo se pone de manifiesto que el recurrente, al menos con respecto de dos ejecuto-

rias, (...), en las que consta resolución de los respectivos juzgados con remisiones condicionales de las penas impuestas de 19 de junio de 2001 y 14 de noviembre de 2001, por períodos de tres y cuatro años respectivamente, las penas han sido cumplidas cuando se solicitó la residencia, por lo que la denegación fue ajustada a Derecho de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 enero 2000, artículo 29.4. Parece confundir el recurrente el concepto de remisión condicional de la pena, que únicamente determina la suspensión del ingreso en prisión del reo, con su cumplimiento efectivo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 29 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1369/2002.

Ponente: D. Santos de Gandarillas Martos.

Voz: Denegación del permiso de residencia. Existencia de antecedentes penales.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña S., contra la resolución por la que se deniega el permiso de trabajo y residencia solicitado.

“La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años.

El permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos:

a) Los que manifiesten su propósito de fijar por primera vez su residencia en España, así como a aquellos que habiendo residido con anterioridad no reúnan los requisitos establecidos para la obtención de un permiso de residencia permanente.

Dicho permiso se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para

Permiso de residencia

atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar según el apartado 4 de este artículo.

Y lo que nos ocupa es un permiso de residencia lucrativa ante la petición de un permiso de trabajo Tipo B inicial, y para ello era necesario conforme establece el artículo 65 en su número 11 que las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento, salvo en los supuestos regulados en los artículos 68, 71 y 79 del presente Reglamento.

Sin que el recurrente se encontrara en ninguno de los supuestos que establecen dichos artículos y todo ello sin perjuicio de que si se solicita un permiso de residencia temporal o permanente, no en régimen general laboral, puedan apreciarse la circunstancias de arraigo invocadas ahora en el presente recurso, en caso de denegarse aquéllos, como establece expresamente el artículo 87.2 del Real Decreto Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que establece expresamente que la denegación de la solicitud de permiso de trabajo será causa de denegación del permiso de residencia que se solicita conjuntamente, sin perjuicio de que pueda solicitarse un permiso de residencia no lucrativa o continúe en vigor el permiso de residencia, si lo tuviere.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 13 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1441/2002.

Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Permiso de residencia temporal por arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado por doña J., contra la resolución que denegaba el permiso de residencia temporal por arraigo.

“Examinado el expediente administrativo podemos comprobar que la actora solicitó permiso de residencia temporal por arraigo con fecha 13 de febrero de 2002, acompañando a la solicitud la documentación que consideró oportuna para acreditar la concurrencia de la situación de arraigo merecedora del permiso interesado.

(...).

Entrando ya a conocer del fondo del asunto, la parte actora basa la impugnación del acto administrativo en que lleva residiendo en España durante un período superior a tres años y que convive con un ciudadano español, lo que probaría, a su juicio, la existencia de vínculos familiares para la concesión del permiso específico solicitado.

La Administración considera que la actora no reúne los requisitos reglamentarios previstos en la norma para la concesión de un permiso de residencia temporal por arraigo. La Resolución impugnada parte del dato fáctico de entrada en el territorio nacional en noviembre de 1998, siendo solicitado el permiso en febrero de 2002 y desestimado por no demostrarse la existencia de vínculos familiares ni la incorporación real al mercado de trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 41.2.d).

(...).

La actora prueba el período de tiempo de tres años desde su entrada en el territorio nacional pero no aporta prueba que demuestre una incorporación

Permiso de residencia

real al mercado de trabajo. En lo que se refiere a la situación de convivencia análoga a la matrimonial, la actora alega que convive con un ciudadano español en la localidad de Fuente de Cantos, aportando un Acta Notarial de manifestaciones del ciudadano con el que dice convivir don S. como medio probatorio para acreditar dicho extremo, sin embargo, la prueba documental presentada por la recurrente no prueba la realidad de una convivencia de análoga afectividad a la marital, no siendo suficiente que el lugar de residencia de la demandante sea el domicilio de un ciudadano español y el documento notarial prueba la realidad de la declaración pero no la certeza del hecho declarado. La parte no ha demostrado que la unión sea real, similar a la matrimonial y estable, como puede comprobarse a la vista del domicilio y localidad que la actora hace constar en el poder de representación procesal de fecha 13 de noviembre de 2002 que son distintos a los que anteriormente se recogían en el Acta Notarial de mayo de 2002. La conclusión es que no se acredita la existencia del arraigo social, económico y familiar en España, dicho con otras palabras, no existe medio de prueba suficiente e idóneo para acreditar lo pretendido que es la existencia de una verdadera y efectiva convivencia de la demandante con un ciudadano español, es decir, de una unión familiar que se mantiene en el tiempo y que debe reunir la condición de situación excepcional, (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

Fecha: 22 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1805/2002.

Ponente: Dña. Cristina Concepción Cadenas Cortina.

Voz: Permiso de residencia temporal. Ausencia de arraigo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña E., contra la resolución que deniega la petición de permiso de residencia temporal por arraigo.

“E. presentó en fecha 30 de julio de 2001 solicitud de permiso de residencia, por arraigo. Aporta certificado del Consulado de Marruecos en Madrid, en el que se recoge que es titular de pasaporte expedido el 7 de agosto de 2000, en Madrid. En el certificado no consta el dato de la fecha desde la que consta inscrita en el Consulado General. Asimismo, aporta oferta de trabajo formulada por don J.M., por plazo de 7 meses, realizado en Coslada (Madrid), en fecha 3 de julio de 2001.

Mediante resolución de 17 de mayo de 2002 se deniega el permiso solicitado, por no acreditar fehacientemente su estancia en España antes del 23 de enero de 2001.

La demanda alega que el pasaporte presentado acredita que se encontraba en España antes de la fecha indicada. Además, aporta certificado del Consorcio de transportes, figurando la aquí recurrente como titular de tarjeta de abono, solicitada el 31 de mayo de 1999 y fotocopia de libreta de la Caixa de Catalana con fecha 17 de abril de 2000, y expedida a su nombre. Entiende que con estos datos se acredita su estancia en España antes de la fecha indicada.

(...).

En el expediente consta una oferta de trabajo de fecha posterior a la exigida reglamentariamente, y que como tal oferta no supone en absoluto una incorporación real al mercado laboral de la interesada, limitándose a lo que estrictamente es, en fin, a una propuesta de trabajo. En todo caso, siendo de fecha posterior al 23 de enero de 2001, y no constando datos fehacientes sobre una incorporación real de la interesada al mercado laboral, tal documento no puede tener el alcance pretendido.

(...).

Se aporta con la demanda un certificado acreditativo de que solicitó tarjeta de transporte a su nombre en fecha 31 de mayo de 1999 y libreta de Caixa Catalun-

Permiso de trabajo

ya a su nombre, de abril de 2000. Ahora bien, aun admitiendo estos documentos, el sentido del precepto reglamentario, en relación con el texto de la Ley, es acreditar un «arraigo» que como se ha expuesto se define como la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que resida, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes.

En el presente caso no se acreditan estos vínculos, puesto que los datos aportados no permiten deducir la existencia de arraigo. El hecho de obtener una tarjeta de transportes, o una cartilla de ahorro en un Banco, no implica «lazos económicos, sociales o familiares», respecto de los que nada se acredita. Con posterioridad, la recurrente ha contraído matrimonio con un ciudadano español, pero se trata de una situación distinta, que no afecta el contenido de la resolución administrativa que se impugna, y que puede permitir en su caso a la recurrente obtener un permiso de residencia por otro procedimiento. Pero en definitiva, la resolución que aquí se impugna, con los datos que pueden tomarse en consideración a tal efecto, es plenamente ajustada a Derecho, en lo relativo al procedimiento previsto en la Instrucción aplicable, que exigía la presencia y arraigo en España, concretado el arraigo en lazos familiares o en la incorporación real al mercado de trabajo.”

PERMISO DE TRABAJO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 22 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2135/2002.

Ponente: D. José Alberto Gallego Laguna.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta ajena. Servicio doméstico.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña E. y doña B., contra la resolución en la que se acuerda denegar la resolución de permiso de trabajo por cuenta ajena.

“El demandante solicita que se revoque la resolución recurrida, y se otorgue el permiso de trabajo y residencia solicitado para doña B., alegando, en resumen, como fundamento de su pretensión, que solicitó visado presentando documento que manifiesta haber recibido el 8 de septiembre en el que se indica por el consulado de España en Bogotá que la solicitud está en trámite, y el puesto de trabajo que se pretende cubrir es de servicio doméstico para el cual se suele requerir una estricta confianza, no siendo preceptivo en aquel momento el informe de la Consejería en empleo, habiendo solicitado la regularización extraordinaria, la cual fue denegada por silencio.

(...).

Pues bien, en el presente caso resulta acreditado la existencia de 1.626 demandantes de empleo inscritos en las Oficinas de Empleo de la Consejería de Trabajo de la Comunidad de Madrid para la actividad y profesión que se pretende realizar de servicio doméstico, según informe de 2 de julio de 2002. Sin que por la recurrente se acredite que presentó solicitud de oferta de empleo y que no fue aceptado el empleo ofrecido por ninguna otra persona, pues sólo aporta en presente recurso solicitud de oferta de empleo fechada el 4 de noviembre de 2002, es decir, de fecha posterior a la denegación del permiso de trabajo y residencia, por lo que no puede afectar a la conformidad o no a Derecho de la resolución recurrida, ni tampoco la copia presentada sobre el índice de cobertura de las ofertas en el trimestre anterior al mes de agosto de 2002 pues en el presente caso no hubo oferta en ese período sino con posterioridad.

Permiso de trabajo

(...).

Por ello no resulta relevante las alegaciones efectuadas en cuanto a la concurrencia del requisito de visado, aunque debe puntualizarse que no se acredita la concesión del mismo, sino sólo su solicitud posterior a la entrada en territorio español cuya copia presenta en el presente recurso.

Por todo lo cual, procede la desestimación del recurso contencioso administrativo, declarando conforme a Derecho la resolución recurrida.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta.

Fecha: 29 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 359/2002.

Ponente: D. Santos de Gandarillas Martos.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta ajena. Nacionalidad salvadoreña. Empleada de hogar. Situación nacional de empleo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña F. contra el Acuerdo por el que se deniega el permiso de trabajo por cuenta ajena solicitado.

“En la demanda presentada el recurrente de nacionalidad salvadoreña, solicita la nulidad de la resolución recurrida en cuanto no basta la mera remisión genérica a la situación del empleo del sector solicitado, es necesario que dichos demandantes lo sean para un puesto concreto. Continúa cuestionando la motivación de la resolución.

Así las cosas, la Administración fundamenta la denegación del permiso de trabajo en la existencia de demandantes de empleo inscritos en las Oficinas de Empleo de la Consejería de la Comunidad de Madrid para la actividad y profesión que se consigna tanto en la oferta de empleo como en la solicitud de permiso de trabajo, empleada de hogar (concretamente 482 demandantes de empleo).

(...).

La recurrente considera que la resolución está falta de motivación en cuanto la oferta de empleo era para una persona interna, con sueldo de 80.000 ptas. mensuales, cuidado para una anciana y atención de labores domesticas; y la genérica referencia al numero de demandantes de empleo no puede ser reputada motivación suficiente.

La Sala no comparte los argumentos de la actora ya que la oferta de empleo no fue precedida de la correspondiente solicitud de demandantes de empleo a los servicios públicos de colocación, que si no bien tenía carácter obligatorio en aquel momento, como se desprende del artículo 76.2 del Real Decreto 155/1996, si hubiera permitido y obligado a la Administración dar una respuesta más detallada de las características del trabajo a desempeñar, y no una simple referencia a la situación laboral del sector en ese preciso momento.

No debemos olvidar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1991, se ha sentado la doctrina siguiente, «el juicio de la autoridad laboral sobre la situación nacional de empleo sólo puede ser desoído si la favorecida con la petición de permiso de trabajo o el empresario que ofrece el puesto cumplen la carga de justificar el error de la autoridad laboral». En el presente caso no hay prueba en este sentido, ni la hubo en el expediente administrativo, por lo que la Sala puede, difícilmente, tener un juicio distinto al de la autoridad laboral en este punto de la motivación del acto denegatorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 1 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1183/2003.

Ponente: D. Felipe Fresneda Plaza.

Voz: Permiso de trabajo B inicial. Denegación. Inexistencia en el CON (Clasificación Nacional de Ocupaciones) de la categoría profesional solicitada.

Permiso de trabajo

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la parte actora contra el acuerdo por el que se deniega el permiso de trabajo tipo B inicial a doña G.

“La resolución deniega el permiso de trabajo sobre la base del artículo 74.1.h) del Real Decreto 864/2001 de 20 de julio al existir informe gubernativo previo desfavorable por considerar que la actividad de «camarera alternadora» no está reconocida como tal actividad.

El demandante se basa en: a) que la no existencia de la categoría profesional en el CON (Clasificación Nacional de Ocupaciones) que el solicitante señaló no es causa suficiente de denegación; b) y por ende falta de motivación. Y solicita en el suplico que se anule tal acto y se dicte otra declarando el derecho del recurrente al otorgamiento del citado permiso de trabajo y residencia.

Ambas alegaciones —siguiendo el discurso seguido en la sentencia de la Sala de 23 de septiembre pasado, recurso 1184/2003— deben rechazarse:

La resolución administrativa está debidamente motivada con expresión de las causas y normativa en base a la cual se deniega lo solicitado sin que exista atisbo alguno de indefensión para la parte.

El solicitante solicitó permiso para la categoría profesional camarera-alternadora. El INEM emitió informe señalando que tal categoría profesional no existía en el CON. Sobre su base se denegó.

Pues bien debe afirmarse la corrección de del INEM ya que sólo pudo decir lo que dijo dado que el propio solicitante calificó de tal forma (impropia) la categoría profesional ofertada. El informe del INEM es necesario por cuanto que atendiendo a la categoría profesional instada en la solicitud informará de si existen o no trabajadores en paro para así determinar la situación nacional del empleo en España. Claro está que la solicitud debe hacerse de aquellas categorías profesionales reconocidas legalmente

(o subsumibles materialmente en alguna de las reconocidas) y no aquellas que quiera inventarse (de buena fe o torticeramente) el solicitante. Bastaría con inventarse materialmente una nueva categoría profesional con el nombre que el solicitante se invente y estime oportuno para conseguir un certificado negativo de parados y así basar la prosperabilidad de la solicitud de permiso de trabajo por permitirlo la situación nacional de empleo. Tales medios deben ser rechazados. Así pues, como principio general, es correcta la decisión que ante una solicitud relativa a una categoría profesional materialmente inexistente certifica tal circunstancia y que por ende determina la negativa al permiso.

Ahora bien a lo anterior debe añadirse la siguiente argumentación aplicable al caso. Señala el demandante en la demanda que tal criterio es muy rígido pues donde decía camarera-alternadora debió entenderse que quedaba englobada en «servicios de restauración y servicios especiales» Camareros, bármanes y asimilados (502, 5020) y en tal caso al poderse englobar su solicitud en tal epígrafe sí existiría en el CON y por ende le corresponde el permiso de trabajo. Debe reiterarse que fue la propia solicitante quien calificó la categoría profesional como «camarera-alternadora» y no el INEM.

Esta alegación debe rechazarse por cuanto que aunque es cierto que una correcta y flexible apreciación de la categoría solicitada podría englobarse en dicho epígrafe (ya que la categoría profesional registrada en las oficinas públicas es la de «camareros, bármanes y asimilados» siendo la condición de «alternadora» —como denomina el solicitante— característica de la concreta oferta de empleo pero no característica de la categoría profesional), en este caso en el presente procedimiento no existen datos de los demandantes de empleo en tal grupo de actividad, 5020, debiendo haber efectuado prueba —a cargo de la parte actora— para determinar el número de demandantes de empleo en dicho grupo, sin que pueda presumirse ante dicha carencia de prueba la inexistencia de demandantes de empleo

Permiso de trabajo

en el citado grupo, por lo que no puede entenderse en ningún caso que se dan los requisitos para la concesión del permiso de trabajo.

Por último señalar que el INEM tenía competencia (y conocimiento de ello) para certificar lo que certificó: cuál es la inexistencia de la categoría profesional instada por el solicitante. Por otro lado quien ha emitido el certificado de la existencia de parados en la categoría profesional de «camareros» ha sido el Servicio Navarro de Empleo que era competente en la actualidad y en las fechas a que se contrae el caso.

Es por todo ello procedente la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

Fecha: 8 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1183/2003.

Ponente: D. Francisco de la Peña Elías.

Voz: Denegación de permiso de trabajo. Situación nacional de empleo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.A., contra la resolución por la cual se denegó la solicitud de permiso de trabajo.

“En la expresada resolución se hace constar, como motivo de la denegación, la constatación de la existencia de trabajadores en paro para el puesto de trabajo que pretendía cubrir el recurrente, considerando que no resultaba aconsejable su concesión atendiendo a la situación regional del empleo y a la vista de lo establecido en el artículo 38.1 de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En amparo de su reclamación se refiere el actor a la falta de motivación suficiente de la Resolución recurrida considerando que la mera referencia

genérica a la existencia de un excedente de mano de obra nacional o regional no es motivo bastante para denegar el permiso de trabajo, sino que es preciso demostrar que un español, con la competencia precisa para su desempeño, manifieste su deseo de ocupar el puesto de trabajo ofertado.

No es éste, sin embargo, el criterio que ha mantenido el Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias que han abordado precisamente la cuestión del alcance que ha de darse a la valoración, en orden a la concesión del permiso de trabajo, de la situación nacional de empleo. En tal sentido, la reciente Sentencia de 28 de enero de 2004 señala que «La doctrina de esta Sala ha tenido buen cuidado de deslindar entre la denegación de permisos de trabajo carentes de toda motivación —o basadas en motivos imprecisos y excesivamente genéricos— y aquellas que se pronuncian sobre la constancia de datos que permitan afirmar la existencia de trabajadores españoles en la zona correspondiente con demanda de trabajos del mismo grado ocupacional que el indicado en la solicitud, aun cuando esos datos no hayan sido reflejados en una certificación del Instituto Nacional de Empleo. En el primer caso (Sentencia de 27 de enero de 2003) la resolución ha de ser anulada; pero no así en el segundo (Sentencias de 25 de septiembre de 2002 y 25 de marzo de 2003), en las que se deja constancia de que el certificado aludido resulta innecesario en aquellos casos en que la autoridad laboral tenga constancia, ya sea directamente, ya a través de cualesquiera organismos competentes, de la pertinente información sobre la situación del empleo».

(...).

Por lo demás aunque el permiso de trabajo se solicitó como especialista en fonología sistema AVEL lo cierto es que del expediente y los documentos presentados no se deduce que se haya demostrado suficientemente la superespecialidad respecto a la fonología. En consecuencia el Tribunal Superior de Justicia debió aplicar los pre-

Permiso de trabajo

ceptos antes citados de la Ley Orgánica de Extranjería y de su Reglamento, a tenor de los cuales no procede el otorgamiento del permiso de trabajo cuando existan españoles en paro que puedan ejercer la especialidad o desempeñar el puesto para el que se solicita el empleo. Por tanto debemos acoger el primer motivo de casación y estimar el presente recurso; declarando la de 17 de septiembre de 2002 que la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad para la que se solicita el permiso es causa determinante de su denegación.

De todo lo cual fácilmente se colige que no es necesario acreditar que exista algún concreto peticionario nacional del puesto de que se trate, como sostiene el actor, sino que resulta suficiente constatar, mediante el correspondiente informe del INEM u organismo análogo, que hay trabajadores españoles en paro respecto de la actividad a que se refiere el puesto que se oferta.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 11 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1202/2003.

Ponente: D. Jesús Nicolás Martí Sánchez.

Voz: Permiso de trabajo. Ciudadano colombiano. Situación nacional de empleo.

Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso interpuesto por la sociedad mercantil C.J.J. S.A., contra la resolución de la Subdelegada del Gobierno que desestima la solicitud de permiso de trabajo.

“La sociedad mercantil «C.J.J., S.A.» solicita permiso de trabajo por cuenta ajena y de residencia para el ciudadano colombiano don J.C., para el puesto de trabajo de repartidor de electrodomésticos del comercio situado en Gran Tarajal, término municipal de Pájara, de la isla de Fuerteventura (Las Palmas).

La petición es denegada por resolución del día 5 de agosto de 2002 con base en lo dispuesto en el ar-

tículo 38.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y en el artículo 74.1.a) del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en relación con el hecho de que el día 30 de abril de 2002 «había inscritos en el Instituto Canario de Formación y Empleo de Las Palmas un total de 52.082 desempleados, en el sector de Comercio: 9.059 y concretamente como Dependientes: 6.278 y Peones Carga-Descarga: 563» (...).

La solicitante interpuso recurso de reposición contra dicha resolución con la petición de que sea concedido el permiso de trabajo solicitado, con la alegación de que «sea nuevamente estudiada dicha solicitud, dado que no coinciden determinados datos de la resolución con la petición formulada» (...). El recurso fue desestimado por resolución de fecha 25 de febrero de 2003 con el siguiente argumento: «se pone de manifiesto que no se acredita suficientemente la necesidad de la contratación, pues los motivos alegados no son de entidad suficiente para obviar la situación nacional de empleo, con tasas de desempleo en el sector en el que se propone contratar...» (...).

(...).

La resolución que desestimó la solicitud de permiso de trabajo tuvo en cuenta para adoptarla la existencia de desempleados como dependientes y peones de carga-descarga, en tanto que la petición lo fue para la actividad de repartidor de electrodomésticos. Tal vez por ello es por lo que en el recurso de reposición se dijera «que no coinciden determinados datos de la resolución con la petición formulada», evidente imprecisión que sin embargo no por eso queda subsanada ni obviada la, también evidente, incongruencia de la citada resolución.

Y la resolución que desestimó el recurso de reposición vuelve a incidir en el mismo defecto, aunque por otra circunstancia; esto es, expone unos genéricos argumentos sin relación alguna con el supuesto

Permiso de trabajo

concreto objeto de atención, como es el manifestar que «los motivos alegados no son de entidad suficiente para obviar la situación nacional de empleo, con tasas de desempleo en el sector en el que se propone contratar...», sin que se acredite «suficientemente la necesidad de la contratación...». Nada tienen que ver tales manifestaciones con el contenido de la petición ni con el de la resolución que desestimó la solicitud de permiso de trabajo, ni con lo alegado —aunque de forma imprecisa—, en el escrito de recurso de reposición.

El examen de ambas resoluciones de la Administración revela la ausencia de la necesaria motivación, consistente ésta en la explicación de las razones de la decisión de que se trate, necesaria para que los interesados y, en su caso, los órganos judiciales, puedan conocer los fundamentos en los que se basó quien dictó la resolución para adoptarla en el sentido en que lo hizo y estar así en condiciones de alegar lo que se considerara conveniente, y de valorarla y enjuiciarla.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 15 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1654/2003.

Ponente: Dña. Cristina Páez Martínez-Virel.

Voz: Permiso de trabajo. Cónyuge de nacional español residente en España. Situación nacional de empleo.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por P.J., contra el acto administrativo que acuerda desestimar la solicitud de permiso de trabajo.

“Por la parte actora se alega que solicitó permiso de trabajo por su intención de vivir y residir en España en compañía de que era su pareja afectiva don L.M., de nacionalidad española y dicha unión se hizo constar en el Registro Municipal de Uniones Civiles no matrimoniales del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria; con fecha 27 de junio de 2003 contrajo matrimonio civil con su pareja;

la resolución impugnada se ampara en un defecto administrativo consistente en la falta de aportación al expediente de la certificación del servicio de empleo que expresara la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender dicha oferta; no obstante por aplicación del artículo 71.1 a del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001 y teniendo en cuenta que es cónyuge de un nacional español residente en España, no debe considerarse la situación nacional de empleo para la concesión del permiso de trabajo a la misma.

El Tribunal Supremo viene reconociendo el tratamiento especial que nuestro ordenamiento otorga al cónyuge extranjero de un ciudadano español mientras subsista el vínculo y siempre que el matrimonio no se hubiese contraído de forma fraudulenta, a fin de obtener permiso de trabajo, o renovarlo, u obtener la residencia en España, en aplicación del principio de protección social, económica y jurídica de la familia, recogido en el artículo 39.1 de la Constitución y la obligación de los cónyuges, impuesta por el artículo 68 del Código Civil de vivir juntos y socorrerse mutuamente, e incluso, para obtener la nacionalidad.

En el presente supuesto, al constar el matrimonio civil de la recurrente con español no debe considerarse la situación nacional de empleo para la concesión del permiso de trabajo. Si el artículo 40.b) de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre y el artículo 71 del Real Decreto 864/2001 de 20 de julio se refieren al cónyuge del residente extranjero con mayor motivo será aplicable en el caso en que se trata de cónyuge español. Por ello se impone la estimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda.

Fecha: 19 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2499/2003.

Permiso de trabajo

Ponente: D. César José García Otero.

Voz: Obtención del permiso de trabajo. Ciudadano de Uruguay. Igualdad de trato respecto a ciudadano español. No es necesaria la gestión de la oferta en el sistema público de empleo ni su sometimiento al contingente.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don V. con reconocimiento del derecho del actor a la obtención del permiso de trabajo en España conforme a la oferta presentada a la Administración.

“El objeto del recurso es la pretensión de que se anule la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas que desestimó el recurso de reposición contra la previa resolución que denegó la solicitud de permiso de trabajo deducida por Á.C. S.L en favor de don V. con base en que el empleado, de forma previa a la solicitud de permiso inicial, no gestionó, con resultado negativo, la oferta ante el Servicio Público de empleo, tal y como exige el artículo 70.1.1.b) del Real Decreto 864/2001, y en que en el sector al que se refiere la oferta no se estableció para la Provincia de Las Palmas ningún contingente de trabajadores extranjeros en el Acuerdo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 que fijó el Contingente de Trabajadores Extranjeros en Régimen no Comunitario para el año 2002.

Frente a ello, sostiene el recurrente que la Administración debió requerir a la empresa para que justificase el requisito de la gestión de la oferta de empleo por lo que, al no haberlo hecho así, se vulneró el artículo 84.1 y 2 de la LRJAP-PAC al impedir al interesado efectuar alegaciones y aportar los documentos y justificaciones oportunas, y, con ello, se vulneró también su derecho de defensa, toda vez que —de haber sido advertido— hubiera aportado el certificado de gestión negativa de la oferta y la copia del Tratado Internacional de Reconocimiento de Paz y Amistad entre España y la República Oriental de Uruguay, de libertad de establecimiento de nacionales de un país en otro.

De otra parte, también denuncia la vulneración de los términos de dicho Tratado conforme al cual el

permiso de trabajo para los nacionales de la República de Uruguay no exige la gestión de la oferta de empleo ni someterse la valoración de la oferta al cupo contenido en el contingente de trabajadores extranjeros en el año.

(...).

Así pues, el Tratado de Reconocimiento de Paz y Amistad celebrado entre la República Oriental de Uruguay y la de España en 1870, establece en su artículo VIII que «Los súbditos españoles en la República de Uruguay y los ciudadanos de la República de España, podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender al por mayor y mejor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos, en vida, por muerte y suceder en los mismos por testamento o *ab intestato*, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos e iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la Nación mas favorecida...».

Por su parte, el Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España de 1992, establece en su artículo 18 que las partes acuerdan sin perjuicio de las disposiciones establecidas que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad.

(...).

En definitiva, la vigencia del Convenio coloca a los ciudadanos uruguayos en la misma situación que los ciudadanos españoles en lo que se refiere al derecho a trabajar en España (al igual que ocurre con los Convenios con Chile o Perú), sin perjuicio, como es obvio, del cumplimiento de los requisitos de estancia y residencia en España que son ajenos al Convenio, de forma que tanto si consideramos al Convenio como superior jerárquicamente a la ley, como si lo consideramos en relación de especialidad y, por ello, como norma especial, la Admi-

Permiso de trabajo

nistración, vinculada por esa norma jurídica del ordenamiento jurídico español que es el Tratado Internacional, estaba obliga a dispensar a la oferta en favor de un nacional de Uruguay el mismo trato que si se tratase de una oferta a un ciudadano español, y, por ello, no era necesaria ni la gestión ante el Servicio Público de Empleo ni examinar su procedencia conforme al contingente de trabajadores extranjeros autorizados para el año por ser requisitos exigidos por una normativa legal y reglamentaria no aplicable a los ciudadanos uruguayos que vayan a trabajar en España que se rigen por el Convenio Internacional en vigor.

Por lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado, con reconocimiento del actor del derecho, en su condición de ciudadano de nacionalidad uruguaya, al permiso de trabajo en España siempre que se cumplan los requisitos para la residencia, pues esta Sala, en ejercicio de su función revisora, no puede decir nada sobre el cumplimiento de esos requisitos previos o simultáneos al permiso de trabajo, que son los que deben llevar al otorgamiento del permiso de residencia.

En este sentido, también el Tribunal Supremo ha advertido reiteradamente que la existencia de un Convenio de libertad de trabajo, como el firmado entre España y Perú o España y Chile o España y Uruguay, no excluye la necesidad de obtener la autorización de residencia conforme a la legislación de extranjería.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 26 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1289/2003.

Ponente: D. Joaquín María Miqueleiz Bronte.

Voz: Denegación de permiso de trabajo tipo B inicial. Nacionalidad marroquí.

Resumen: El Tribunal desestima la demanda sobre solicitud de permiso de trabajo tipo B inicial y declara conforme con el ordenamiento jurídico las resoluciones recurridas.

“En base al certificado emitido por los servicios públicos de empleo y al informe de la Oficina de Empleo de Lodosa del Servicio Navarro de Empleo, se constata la existencia de 273 demandantes de empleo inscritos en la ocupación solicitada de Peón Agrícola en Navarra y 100.704 a nivel nacional.

Visto el expediente que se refiere a la solicitud de Permiso de Trabajo y de Permiso de Residencia formulada por el ciudadano de nacionalidad marroquí don I. en los pertinentes informes que obran en el expediente se pone de manifiesto, entre otros datos y extremos, que al interesado le ha sido denegada su solicitud de Permiso de Trabajo.

A la vista de tales hechos es preciso dar respuesta a la pretensión ejercitada por la parte actora y contenida en el suplico de la demanda de que se anulen las Resoluciones de fecha 16 de octubre de 2003 y 30 de octubre de 2003 de la Delegación del Gobierno que acordaron la denegación del permiso de trabajo y de residencia solicitados y en su lugar se declare el derecho del actor a obtener dichos permisos de trabajo y residencia, basándose para ello en que el empleador del ahora recurrente realizó una oferta concreta de empleo de peón agrícola de la vid que se tramitó o gestionó y que el resultado fue negativo. Que por tanto no es cierto que la oferta presentada lo fuera sólo como peón agrícola.

(...).

En el presente caso (...), don J.A. hizo una oferta de trabajo al hoy recurrente. El ofertante Sr. J.A. se dedica a la actividad de la agricultura y la oferta era de que el trabajador prestara servicios con la categoría profesional de peón para la campaña agrícola y la duración del contrato de un año.

De dicha oferta de trabajo en absoluto se desprende que la oferta de trabajo requería que el empleador tuviera la especialidad de la viña. Por otra parte tampoco está acreditado que el actor tenga dicha especialidad.

Derecho penal

(...).

En el presente caso el empleador tiene acreditado que previa o conjuntamente a la oferta de trabajo ha instado la gestión de la demanda de empleo. Pero es evidente que la gestión del empleador era de solicitud de peón para su empresa dedicada a la agricultura (...); por otra parte en ningún momento ni tampoco en estos autos se ha acreditado ni que la empresa del Sr. J.A. se dedique a las viñas ni que el actor tenga esta especialidad.

Por otra parte y tal como se acredita por la Administración hay suficiencia de demandantes de empleo de la categoría ofertada que es la de peón agrícola; concretamente en Navarra, 273 demandantes de empleo.”

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Fecha: 25 de junio de 2004.

Recurso: 77/2004.

Ponente: D. Antonio Navas Hidalgo.

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

Resumen: El Tribunal condena a J.M.^a y P.F., como autores criminalmente responsables del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“Que del conjunto de la prueba practicada, apreciada en conciencia, se considera probado y así se declara, que aproximadamente sobre las 1’25 horas del día 27 de marzo del 2004, P. F. y J. M.^a, mayores de edad y sin antecedentes penales, provistos de traje de neopreno y aletas, procedentes de algún punto cercano de la costa de Marruecos, se dirigían a nado, remolcando una balsa de escasa consistencia, en cuyo interior iban los inmigrantes natura-

les de Mali, J. A, J., C. y J. M.^a, a quienes pretendían llevar a un punto no determinado de Ceuta, con la intencion de introducirlos ilegalmente en nuestro país.

“En el presente caso, a la vista de lo declarado por los agentes de la Guardia Civil (...), y la testifical preconstituida de J.A., J., C. y J.M., aparece debidamente acreditado que estos últimos trataban de pasar ilegalmente al territorio español, y la sustancial intervención de los acusados, colaborando activamente para que los mismos consiguieran eludir los controles que existen entre esta Ciudad y el territorio de Marruecos, actos que indudablemente tienen perfecto encaje en el delito de inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis 1 del Código Penal.

(...).

El hecho de que los imputados se atrincheren en el terreno de la ignorancia para buscar la impunidad de sus conductas, no puede servir para malinterpretar la presunción de inocencia y darle credibilidad a versiones exculpatorias inaceptables desde la lógica de las cosas, el sentido común o reglas de experiencia, desde el momento en que el reproche culpabilístico arranca prioritariamente de la prueba constituida por el hecho básico de haber sido interceptados nadando con sendos trajes de neopreno y aletas a una media milla náutica de la costa de Ceuta, junto a varios inmigrantes que iban en el interior de una balsa, máxime cuando además los acusados no han dado una explicación coherente, satisfactoria y razonable que permita, al menos, crear la incertidumbre necesaria en la que asentar la absolucón.

(...).

En su conducta se aprecia también la existencia de un ánimo de lucro (considerado como un elemento subjetivo o interno del delito cuya existencia se debe no ya probar, sino inferir de las circunstancias

Derecho penal

concurrentes), por cuanto que de igual forma resulta poco creíble que los mismos por meras razones altruistas y sin tener ninguna relación personal o familiar con los inmigrantes, accedan de forma voluntaria a remolcarlos a nado, incluso con riesgo para sus propias vidas, si no es por el precio que recibían por realizar dicha tarea. Además dichos inmigrantes manifestaron en su momento que les pagaron a los acusados una cierta cantidad de dinero.

Finalmente señalar que concurre el subtipo agravado del número 3 del citado precepto, puesto que por la dinámica de ejecución de los hechos, entendemos que la vida o integridad física de los inmigrantes corrió serio peligro.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga.

Fecha: 13 de julio de 2004.

Recurso: 74/2004.

Ponente: D. Juan Rafael Benítez Yebenez.

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

Resumen: El Tribunal condena a I., como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“Atendiendo a la redacción del tipo, se trata de un delito de mera actividad, que se consume con la realización de cualquier conducta que suponga promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, con independencia del resultado conseguido.

La conducta del acusado acompañando a la súbdita marroquí S. a la pretendió hacer pasar por su novia, afirmando ante los policías que se encontraban de servicio en el control de viajeros del aeropuerto de esta ciudad, que dicha mujer que le acompañaba era su novia Á., y a la que previamente le había facilitado el pasaporte alemán con el que dicha mujer se identificó como si fuere la ciudadana alemana Á.,

es una conducta encuadrable en el tipo delictivo anteriormente citado.

(...).

La participación del acusado en los hechos enjuiciados queda meridianamente acreditada mediante la prueba practicada en el acto de la vista oral, singularmente mediante la testifical de los agentes de la Policía quienes manifestaron que al ser preguntado el acusado sobre quién era la mujer que le acompañaba, éste les dijo que era su novia Á., pretendiendo hacer creer a los agentes de servicio que dicha mujer era la titular del pasaporte que exhibió, y que además era su novia. A las declaraciones de los agentes de Policía que depusieron como testigos en el acto de la vista oral, debe añadirse lo declarado por la propia mujer inmigrante que acompañaba al acusado, la cual en su declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción, (obrante al folio 16 de las actuaciones, sometida a la contradicción de las partes, y de la que se ha dado lectura en el acto del juicio por encontrarse dicha testigo en ignorado paradero), manifestó que la documentación se la proporcionó el acusado quien se la trajo desde Alemania; que ella tiene un hijo que actualmente está en Alemania y le contó este problema al acusado, y éste se ofreció a ayudarla siendo consciente de que ella no podía viajar a la Península.

Junto a las anteriores manifestaciones debe valorarse igualmente las contradicciones en que incurre el acusado, quien inicialmente adoptó la postura de negar que conociera a la mujer que le acompañaba, manifestando que simplemente coincidieron en el aeropuerto, y posteriormente a lo largo de su interrogatorio terminó por reconocer que efectivamente ambos se conocían, y que existe cierta amistad o parentesco lejano entre sus familias.

(...).

No obstante, teniendo en cuenta la forma tan simple en que ocurrieron los hechos, para cuya comi-

Derecho penal

sión no recurrió a la falsificación de documentos ni a la realización de otras conductas de naturaleza penal, y toda vez que no cabe apreciar que la finalidad perseguida por el acusado fuese la de causar algún tipo de perjuicio a la mujer, sino al contrario, la de ayudarle a llegar a la Península y posteriormente a Alemania para mejorar sus condiciones de vida y reunirse con su familia; procede aplicar la penalidad atenuada prevista en el apartado n.º 6 del mencionado artículo 318 bis del Código Penal, rebajando en un grado la pena prevista en el apartado n.º 1, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.6.ª del mismo Código y atendiendo a la menor gravedad del hecho, debe quedar individualizada la pena que corresponde imponer al acusado en la de dos años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de dicha condena, a tenor de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga.

Fecha: 9 de septiembre de 2004.

Recurso: 38/2004.

Ponente: D. Diego Giner Gutiérrez.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tráfico de inmigrantes procedentes de Bangla Desh.

Resumen: El Tribunal condena a A. y A. como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“Que las partes de mutuo acuerdo en el acto de Juicio Oral, calificaron conjuntamente los hechos como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el artículo 318 Bis del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siendo los autores los acusados conforme al artículo 28 del CP y solicitando las penas de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias y costas.

Probado y así se declara por conformidad de las partes que los acusados A. y A., mayores de edad

y sin antecedentes penales, sobre las 04:00 horas del día 2 de junio de 2004; de acuerdo con la mafia marroquí de tráfico de inmigrantes, introdujeron en una embarcación a C.D., T., P. y J., con la intención de trasladarlos a Melilla, siendo sorprendidos, cuando navegaban sin luces y a remo, por agentes de la Guardia Civil (...), en la dársena de la playa de la Hípica de esta localidad de Melilla, a la altura del Dique sur.

Los inmigrantes que eran trasladados, provenían de Bangla Desh donde habían abonado la cantidad de 7.000 euros a la mafia del lugar a cambio de ser trasladados a Melilla, ninguno de los inmigrantes sabía nadar y carecían de cualquier medida de seguridad.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas.

Fecha: 6 de octubre de 2004.

Recurso: 137/2004.

Ponente: D. Antonio Juan Castro Feliciano.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tráfico de inmigrantes de origen subsahariano.

Resumen: El Tribunal condena al acusado don H., contra autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“Sobre las 2,45 horas del día 26 de mayo de 2004, el acusado, H., mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, fue interceptado por el Servicio marítimo de la Guardia Civil, patrullera “T.”, de la unidad Pafite, a unas ocho millas al sur de Gran Tarajal (Fuerteventura), en una embarcación tipo patera de madera, que patroneaba, encontrándose a la caña del timón, en la que iban como pasajeros treinta y dos personas de origen subsahariano e indocumentados que pretendían entrar clandestinamente en España. Al percatarse el acusado de la presencia de la patrullera de la Guardia Civil, trató de confundirse entre los pasajeros que transportaba.

Derecho penal

La referida embarcación, de pequeñas dimensiones, es totalmente inadecuada para el transporte de personas en una travesía desde el continente africano hasta las Islas Canarias, careciendo de las mínimas condiciones de seguridad, como tampoco de ningún elemento que sirva para comunicarse con el exterior en caso necesario; en la patera no se encontró ningún chaleco salvavidas, ni ningún otro elemento que pudiera servir para prevenir cualquier contingencia que se pudiera presentarse.

(...).

Por tanto, para esta Sala sí existe en la causa una auténtica prueba de cargo, suficiente como para basar en ella una sentencia condenatoria, dada la existencia de prueba directa, cual es la declaración del Guardia Civil que comparece en el acto del juicio y que explica pormenorizadamente la actividad que realizaba el acusado, que gobernaba la embarcación, tratando de camuflarse entre los pasajeros que transportaba al percatarse de la presencia de la Patrullera de la Guardia Civil.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas.

Fecha: 7 de octubre de 2004.

Recurso: 138/2004.

Ponente: Dña. Pilar Parejo Pablos.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Tráfico ilegal de personas con destino a España.

Resumen: El Tribunal condena al acusado don J.M., como autor responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“Probado y así se declara que el día 25 de abril de dos mil cuatro, sobre las 20,15 horas fue interceptada una patera por operativos del Servicio Marítimo de la Guardia Civil a unas 12 millas náuticas al Sureste del faro de la Entallada, sito en el término Municipal de Tuineje en Fuerteventura.

La patera, que transportaba hacinados a 28 inmigrantes subsaharianos indocumentados, la patro-

neaba el acusado, J.M., mayor de edad y sin antecedentes penales. Junto a él estaba sentado el también acusado J., mayor de edad y sin antecedentes penales.

La embarcación no contaba con ninguna medida de seguridad.

(...).

Así, el delito contemplado en el artículo 318 bis, fue introducido en el Código Penal, por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su finalidad no es otra que la de proteger el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social, evitando que se abuse de su situación de necesidad, seduciéndoles a cambio de cantidades de dinero, para ellos desorbitadas, a abandonar su país, en la creencia de que el otro al que se dirigen, les ofrece mayores posibilidades de bienestar, cuando la realidad es, que su condición de inmigrantes ilegales, les expone en la mayoría de los casos, a la marginación, el desarraigo, o la aceptación forzada de condiciones de trabajo, más desfavorables en ocasiones que las que tienen en su país de origen. El fundamento por ello del injusto del artículo 318 bis, reside en la privación o menoscabo del disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal, sancionando todas aquellas conductas que consistan en promover, favorecer o facilitar ese tráfico ilegal de personas, sin que se exija para su consumación, la acreditación de la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo, y siendo indiferente que el mismo haya prestado su consentimiento, al tratarse de un bien jurídico irrenunciable y no disponible. Por su parte el artículo 318 bis, 3, contempla un subtipo agravado, para el caso en que dichas conductas se realizaren con ánimo de lucro, entendiéndose por tal, cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica, que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas, aplicándose en su mitad superior, la pena prevista en el mismo, no sólo cuando concu-

Homologación de títulos

re este ánimo de lucro sino también cuando además se hubiere puesto en peligro la vida, (...).

En el presente caso, de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, revestida de todas las garantías y debidamente sometida a los principios de intermediación, contradicción y oralidad, ha quedado acreditado que el acusado J.M. el día de los hechos, con su conducta, favoreció y facilitó, el tráfico ilegal de personas con destino a España.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

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

Fecha: 20 de septiembre de 2004.

Recurso de Casación: 4147/1999.

Ponente: D. Pablo M.ª Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título. Médico cirujano especialista en cardiología. Principio de equivalencia.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada sobre homologación de título de médico especialista.

“La Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo acordó el 22 de mayo de 1997 dejar en suspenso la resolución de la homologación del título de Médico Cirujano Especialista en Cardiología de don J., expedido por la Universidad Católica de Córdoba (Argentina), hasta que el interesado superase una prueba teórico-práctica por no existir equivalencia entre la formación que condujo a la obtención del mismo y la exigida en España para acceder al título correspondiente, que es el de Médico Especialista en Cardiología. La anterior decisión fue adoptada en atención al informe emitido por la Comisión Nacional de la Especialidad según se hace constar expresamente en el acto impugnado.

Interpuesto por el Sr. J. recurso contencioso-administrativo, fue estimado por la Sala de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 12 de febrero de 1999 que ahora impugna el Abogado del Estado. Su fallo anuló la resolución administrativa y reconoció el derecho del actor a que se homologara su título argentino por el correspondiente español sin necesidad de superar prueba o examen alguno. La razón por la que se pronunció de este modo no fue otra que la de entender que el Convenio bilateral de Cooperación Cultural entre la República Argentina y España de 23 de marzo de 1971 consagra, en su artículo 2, la homologación automática de los títulos de educación superior obtenidos en aquel país, siempre que el peticionario ostente la nacionalidad argentina o española y que los documentos acreditativos que presenta sean indubitados.

(...) la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo adoptó la resolución recurrida en atención al informe de la Comisión Nacional de la Especialidad de Cardiología que puso de manifiesto la inexistencia de equivalencia en la formación recibida en Argentina por el actor en la instancia y la requerida en España para acceder al título de Médico Especialista en Cardiología. Frente a este parecer técnico de un órgano especializado y situado en una posición de objetividad, el Sr. J. no ha aportado elementos de prueba que demuestren lo contrario: que es equivalente la formación que recibió a la conducente al título español.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

Fecha: 8 de octubre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 404/2002.

Ponente: D. Francisco de la Peña Elías.

Voz: Homologación al título español de Licenciado en Derecho. Ciudadana colombiana. Necesidad de realizar una prueba de conjunto.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña F., contra la resolución mediante la cual se dispuso

Nacionalidad

que la homologación del título de la interesada al título español de Licenciado en Derecho se condicionase a la previa superación de una prueba de conjunto.

“En el presente caso, la documentación aportada por la actora en autos y la que consta en el expediente administrativo a los mismos incorporado en relación con el programa seguido en la Universidad que expidió el título a su favor y las calificaciones obtenidas en el curso de la carrera no acredita, sin embargo, que hayan sido objeto de específico estudio aquellas materias respecto de las cuales se entendió que debía realizar la prueba de conjunto y relacionadas en el primero de los Fundamentos de Derecho, la mayoría de los cuales hacen referencia a las que son objeto de regulación en el Derecho Positivo Español y en las diversas Jurisdicciones Civil, Penal, Contencioso-Administrativa y Laboral que no son exigibles —por ser Derecho positivo de otro país— en su país de origen. Viene a ser el reflejo de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 1665/1991 respecto de los particulares miembros de la CE, de cuya aplicación no se puede exonerar a los ciudadanos de ningún país so pena de hacer de mejor derecho a los nacionales de otros Estados no miembros sin justificación alguna para ello.

Por todo lo cual entiende la Sala que son conformes a Derecho las Resoluciones recurridas al exigir a la actora, antes de homologar de modo pleno su título y permitir la actividad profesional, la prueba del suficiente conocimiento respecto de las mismas.”

NACIONALIDAD

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

Fecha: 20 de julio de 2004.

Recurso Casación: 2627/2000.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martín.

Voz: Denegación de concesión de nacionalidad española por residencia a ciudadana colombiana.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que le denegó la concesión de la nacionalidad española.

“En el cuarto motivo de casación se denuncia al amparo del artículo 88.1.d), la vulneración del artículo 22.4 del Código Civil, pues la sentencia recurrida anula la denegación de nacionalidad porque entiende acreditada la buena conducta cívica de la recurrente y desvirtuado el informe policial en que se amparó la resolución administrativa recurrida.

Este motivo de casación debe ser desestimado, pues como señala el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, hay que tener en cuenta que uno de los datos que se deben observar para la justificación de la buena conducta a los efectos de la concesión de la nacionalidad española por residencia son los posibles antecedentes policiales o penales del solicitante y como esta Sala del Tribunal Supremo ha recordado, entre otras, en sus sentencias de 16 de marzo y 24 de octubre de 1999 y 17 de diciembre de 2000, que es jurisprudencia consolidada la que declara que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidos en cuenta para denegar permisos administrativos o licencias necesarios para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumple con el requisito de la buena conducta, y en estas mismas sentencias se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en su sentencia 174/1996, de once de noviembre, según la cual la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación pueda suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma.

Nacionalidad

Aunque la cancelación de los antecedentes policiales no sea suficiente para tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica, la Sala de instancia ha declarado, una vez valoradas todas las pruebas practicadas, que no puede admitirse que en la demandante concurra una mala conducta cívica que le impida acceder a la nacionalidad española ya que, por el contrario, la recurrente ha acreditado una conducta cívica sin incumplimientos de las normas penales o de deberes jurídicos de trascendencia social (administrativos, laborales, fiscales) impuestos por normas de otra naturaleza, disponiendo de medios de vida, domicilio en convivencia familiar estable y participando en actividades de formación para la mujer, sin constancia acreditada de actuaciones contrarias al normal desenvolvimiento de la convivencia social.”

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

Fecha: 21 de septiembre de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 907/2002.

Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco.

Voz: Nacionalidad por residencia. Cinco años de residencia legal. No puede completarse el tiempo con la permanencia en España con tarjeta de estudiante.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don A., contra la resolución por la que se deniega su petición de concesión de nacionalidad española.

“El presente recurso se impugna la resolución del DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 17 de abril de 2002 por la que se le denegaba a la recurrente la concesión de la nacionalidad, al no haber cumplido los cinco años de residencia legal con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición.

En la demanda se defiende la existencia de residencia legal continuada con base a la tarjeta de estudiante de tal manera que a la residencia derivada del asilo obtenido el 7 de mayo de 1999 (solicitud

de 24 de septiembre de 1998) le adiciona el tiempo inmediatamente anterior de permanencia en España, desde enero 22 de enero de 1996 en que solicitó la tarjeta de estudiante y de esta manera al tiempo de la solicitud de nacionalidad —15 de enero de 2001— se había completado la residencia exigida para los refugiados.

(...).

La Administración, ha denegado a la recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que falta la residencia legal en España durante cinco años, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud, circunstancia que es discutida en la demanda.

Pues bien, el cumplimiento de tal requisito objetivo exige la concurrencia de las tres circunstancias de: a) legalidad de la residencia, lo que supone la sujeción a las normas sobre extranjería establecidas; b) continuidad o no interrupción del plazo; y c) que tal período de residencia corresponda al momento inmediatamente anterior a la solicitud.

(...).

En conclusión, en el presente caso, la permanencia en España del recurrente con anterioridad a la solicitud y obtención del asilo no constituye residencia legal a computar dentro de los cinco años exigidos para la obtención de la nacionalidad para los que hayan obtenido asilo o refugio, ya que el recurrente vino a nuestro país y permaneció en concepto de estudiante, y así le fue concedida la correspondiente Tarjeta, pero la precitada permanencia, aun por el dilatado tiempo en que se acredita no genera la residencia legalmente exigida para la concesión de la nacionalidad española, dado el diferente contenido de ambas situaciones de permanencia, razón determinante de la denegación acordada que por su conformidad a Derecho ha de ser mantenida.”

Nacionalidad

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

Fecha: 29 de octubre de 2004.

Recurso de Casación: 7900/2000.

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Voz: Denegación de la nacionalidad española por residencia. Falta de integración en la sociedad española.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de doña C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional denegatoria de la solicitud de nacionalidad española por residencia.

“La Sentencia de instancia desestima el recurso y por tanto confirma la denegación de la nacionalidad española, considerando que no ha quedado justificado un suficiente grado de integración en la sociedad española por parte de la actora, conclusión a la que llega al apreciar y valorar que doña C. prácticamente no habla el idioma castellano.

La recurrente articula un único motivo de recurso al amparo del artículo 88.1.d) de la ley jurisdiccional, por considerar que se ha vulnerado el artículo 22 del C.Civil y el artículo 221, párrafo último, del Reglamento del Registro Civil, pues alega que en el caso de autos el Juez del Registro Civil informó favorablemente sobre el grado de integración de la recurrente en la sociedad española y ese informe, para la actora, es el que hubiera debido prevalecer. A mayor abundamiento aduce que no se ha valorado que la Sra. C. vive en Melilla desde el 8 de agosto de 1989 y que tiene cinco hijos todos ellos nacidos en territorio español y de nacionalidad española.

La actora solicitó la adquisición de la nacionalidad española por matrimonio –por estar casada con nacional español, quedando viuda posteriormente–.

La Sentencia de instancia se fija en que, si bien es cierto, como afirma la demandante, que en el acta del Registro Civil de Melilla de fecha 31 de enero de 1996, (...), se hizo constar que hablaba el idioma castellano, en la posterior acta del Registro civil de 29 de octubre de 1997 se hizo constar que no habla casi

nada el idioma aunque lo entiende, constando también en Informes del Centro Superior de la Defensa de 23 de abril de 1996 y de la Dirección General de la Policía de 30 de octubre de 1996, que no habla castellano. En período probatorio y en Informe de la Consejería de Bienestar Social y Sanidad, de la Ciudad Autónoma de Melilla, de fecha 13 de diciembre de 1999, se señala que ha sido imposible comunicarse con ella ya que no habla casi nada el castellano, y que siempre ha necesitado una persona que traduzca lo que se le pregunta. En la entrevista mantenida en las dependencias de la Consejería, acudió con un familiar que respondió por ella, y en la posterior visita domiciliaria, se requirió la presencia de unos vecinos para que sirvieran de intérpretes.

De la valoración de dicha prueba, la Sala de instancia concluye la no justificación del suficiente grado de integración en la sociedad española, de la que constituiría factor relevante el conocimiento del idioma, o al menos un cierto esfuerzo por aprenderlo recibiendo clases, por lo que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto.

(...).

No se trata en el caso de autos de que la actora viva conforme a las costumbres y tradiciones religiosas de su país de origen, a lo que se ha referido la Sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 2004 y que resultaría la consecuencia lógica del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y por tanto, perfectamente admisible, sino de determinar si pese a tales creencias y prácticas propias de la población musulmana ha existido el suficiente grado de integración en la sociedad española que exige el artículo 22.4 del C.Civil para que pueda obtenerse la nacionalidad española, y es lo cierto que en el caso de autos la valoración de la prueba que efectuó la Sala de instancia lleva a concluir que aun cuando como ella misma manifiesta ante el Encargado del Registro Civil el 29 de octubre de 1997 sus costumbres son musulmanas, lo que tiene una total incardinación

Nacionalidad

en nuestro ordenamiento constitucional, como se ha dicho, sin embargo no se ha acreditado su integración en la sociedad española; circunstancia que sin duda alguna se desprende de su absoluto desconocimiento del castellano, lo que se traduce en la imposibilidad de tener una relación mínima con esta sociedad.”

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

Fecha: 8 de noviembre de 2004.

Recurso de Casación: 242/2001.

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Voz: Concesión de la nacionalidad española. Ausencia de buena conducta cívica. Antecedentes por malos tratos, hurto y robo.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don J., contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española.

“El actor articuló un único motivo de recurso al amparo del artículo 88.1.d) por infracción de lo dispuesto en el artículo 22.4 del Código Civil y de la jurisprudencia aplicable, y más en concreto sobre el concepto «buena conducta cívica» a efectos de la concesión de nacionalidad española aduciendo que no basta con considerar los antecedentes penales o policiales, sino que hay que valorar su alejamiento o cercanía temporal en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal. Acepta que tiene antecedentes policiales por malos tratos, hurto y robo con fuerza en las cosas, pero señala que no constan antecedentes penales ni judiciales y concreta que se ignora el resultado final de las diligencias instruidas por la Guardia Civil.

Esta Sala en reiteradas resoluciones —Sentencia 13 de abril de 2004 (Rec.Casación 8032/99), 20 de abril

de 2004 (Rec.Casación 197/2000), entre otras— ha señalado que la concesión de la nacionalidad por residencia es un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado (...).

Además, el artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades mercedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 114/87.

(...).

Dicho lo anterior, importa señalar que a efectos de la adquisición de la nacionalidad española el concepto buena conducta cívica debe ser valorado mediante el examen del conjunto de la trayectoria personal del solicitante, debiendo además tenerse en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica le corresponde a él, y siendo así que, como se ha dicho, en razón del plus que confiere el otorgamiento de nacionalidad, la buena conducta cívica, a los efectos que nos ocupan, trasciende el orden penal, no cabe aceptar la infracción del artículo 22.4 del C.Civil alegada por el recurrente.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 20 de enero de 2005.

Asunto: C-302/02.

Ponente: D. K. Schiemann.

Voz: Pensión alimenticia concedida por un Estado miembro en concepto de anticipo a hijos menores de edad. Hijo de un preso al que se le traslada a otro Estado miembro para cumplir su pena.

Resumen: El Tribunal declara que nada se opone a que la legislación de un Estado miembro supedita la concesión de unas prestaciones familiares a los miembros de la familia de un nacional comunitario al requisito de que éste permanezca encarcelado en su territorio.

“En el litigio principal, el demandante, N.L. Effing, impugna la decisión de las autoridades austriacas de poner fin a los anticipos sobre la pensión alimenticia que percibía (...).

Su padre, el Sr. I. Effing, es nacional alemán. (...) acreditaba residir habitualmente en Austria, donde trabajaba por cuenta ajena. Sin embargo, sobre este extremo, el Gobierno austriaco ha aclarado que el interesado había estado cubierto por la seguridad social austriaca hasta el 30 de junio de 2001, en calidad de comerciante.

(...).

El 7 de junio de 2000 se decretó en Austria la prisión provisional del padre del demandante en el asunto principal, que fue condenado después a una pena de prisión. Con tal motivo, se concedió a N.L. Effing un anticipo mensual sobre la pensión alimenticia (...).

El padre de N.L. Effing comenzó a cumplir la pena privativa de libertad a la que había sido condenado

en la prisión de Garsten, en Austria. El 19 de diciembre de 2001 fue trasladado a su país de origen, Alemania, para cumplir allí el resto de su pena.

A tenor de los datos facilitados por el Gobierno alemán, la sanción impuesta en Austria al padre del demandante en el asunto principal se convirtió en una pena de prisión prevista en la legislación alemana (...). Dicho Gobierno puso también de manifiesto que, durante su reclusión, entre los meses de febrero y julio de 2002, así como desde septiembre de 2002 hasta marzo de 2003, el interesado había trabajado a cambio de una retribución, conforme a la obligación de trabajar que el Derecho alemán impone a los detenidos. De las citadas retribuciones se dedujeron cotizaciones en concepto del seguro de enfermedad y también del seguro de desempleo. El 3 de abril de 2003, el padre del demandante en el asunto principal quedó en libertad.

Con motivo del traslado a Alemania del padre de N.L. Effing, el órgano jurisdiccional de primera instancia, mediante una resolución dictada el 24 de enero de 2002, puso fin a los anticipos sobre la pensión alimenticia percibidos por este último, desde finales del mes de diciembre de 2001.

(...).

N.L. Effing presentó un recurso de casación (...), alegando que el traslado del deudor de los alimentos a un establecimiento penitenciario situado en otro Estado miembro no pone fin al pago de anticipos sobre su pensión alimenticia (...).

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara que en circunstancias como las del asunto principal, en las cuales un trabajador, en el sentido del (...) Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, haya sido trasladado, en calidad de preso, al Estado miembro del cual sea originario para cumplir el resto de su pena,

Régimen comunitario

la legislación aplicable en el ámbito de las prestaciones familiares será la legislación de este Estado miembro (...). Ni lo dispuesto en el referido Reglamento, (...) se oponen a que, en una situación de esta índole, la legislación de un Estado miembro supedita la concesión de unas prestaciones familiares como las previstas en la (...) (Ley federal austriaca relativa a la concesión de anticipos para el mantenimiento de los hijos) a los miembros de la familia de un nacional comunitario en la situación descrita al requisito de que éste permanezca encarcelado en su territorio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 20 de enero de 2005.

Asunto: C-101/04.

Ponente: Dña. N. Colneric.

Voz: Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Paga de vacaciones concedida al beneficiario de una pensión de jubilación. Trabajador fronterizo en situación de desempleo que pasa a ser beneficiario de un régimen de pensión. **Resumen:** El Tribunal declara que la institución competente del Estado miembro de residencia debe tener en cuenta, a efectos de la concesión de una prestación como es la paga de vacaciones relativa a la pensión de jubilación de trabajadores por cuenta ajena, un período de desempleo completo.

“El Sr. Noteboom es un nacional belga que trabajó en los Países Bajos pero mantuvo su domicilio en Bélgica.

Poco antes de su jubilación perdió su empleo. Durante el año previo a la obtención de la pensión de jubilación, el Sr. Noteboom percibió interrumpidamente prestaciones por desempleo.

A partir del 1 de enero de 1999, el Sr. Noteboom tiene derecho a una pensión de jubilación del régimen belga de trabajadores por cuenta ajena. En 1999, el

Rijksdienst (Organismo belga de seguridad social), le abonó, además de dicha pensión, la cantidad de (...), en concepto de paga de vacaciones.

El Rijksdienst consideró posteriormente que había abonado por error dicha cantidad al Sr. Noteboom y reclamó su devolución (...).

El 14 de septiembre de 1999, el Sr. Noteboom interpuso un recurso contra la referida decisión ante el órgano jurisdiccional remitente.

Ante este último, el Sr. Noteboom alegó que tenía derecho a la paga de vacaciones, puesto que el año anterior a aquel en el que comenzó a abonársele su pensión de jubilación había percibido ininterrumpidamente prestaciones por desempleo.

El Rijksdienst sostuvo, por el contrario, que el Sr. Noteboom no cumplía los requisitos (...). En efecto, su situación de desempleo no había seguido a «una actividad por razón de la cual hubiera estado sometido al régimen belga de seguridad social». Añade que, si bien era el Reino de Bélgica quien abonaba las prestaciones por desempleo, el Estado que en realidad las adeudaba era aquel en el que se ejerció la actividad y en el que se produjo la situación de desempleo, es decir, el Reino de los Países Bajos.

El Rijksdienst alega asimismo que la paga de vacaciones evidentemente «no es una pensión, sino una prestación *ad hoc*» (...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara que en una prestación como la paga de vacaciones (...), relativo a la pensión de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena, (...) la institución competente del Estado miembro de residencia debe tener en cuenta, a efectos de la concesión de una prestación como la controvertida en el asunto principal, un período de desempleo completo durante el cual el antiguo trabajador por cuenta ajena se haya beneficiado de prestaciones con arreglo al artículo 71, apartado 1, le-

Régimen comunitario

tra a), inciso ii), del mismo Reglamento n.º 1408/71, como si dicho trabajador hubiera estado sujeto a la legislación que aplica la referida institución durante su último empleo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 20 de enero de 2005.

Asunto: C-306/03.

Ponente: D. R. Schintgen.

Voz: Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Vejez y muerte. Períodos de seguro computados en el cálculo del importe de las prestaciones pero no causan derecho a esas prestaciones.

Resumen: El Tribunal declara que el Reglamento (CEE) 1408/71, no se opone a una norma interna que no permite, en el cálculo de la pensión de jubilación, tener en cuenta determinados períodos de seguro cubiertos por un trabajador en paro.

“La Sra. Salgado Alonso, nacida el 30 de mayo de 1936, solicitó el 7 de agosto de 1992 en el INEM un subsidio especial por desempleo para trabajadores mayores de 52 años.

Inicialmente, el INEM le denegó el subsidio especial por desempleo, alegando que no cumplía en España el necesario período carencial de al menos quince años.

Contra dicha resolución la Sra. Salgado Alonso formuló una demanda (...). El INSS y la TGSS, así como el Gobierno español, aclaran que este pronunciamiento se explica, fundamentalmente, porque, con arreglo a la jurisprudencia de entonces, los períodos de carencia de menor duración cubiertos en el extranjero también se consideraban equivalentes a los quince años exigidos (...). Sin embargo, esta jurisprudencia nacional fue modificada posteriormente (...).

Así pues, la Sra. Salgado Alonso percibió el subsidio por desempleo para desempleados mayores

de 52 años del 7 de agosto de 1992 al 30 de mayo de 2001, es decir, durante un período de 3.219 días, en los que el INEM cotizó en su nombre al seguro de vejez.

En mayo de 2001, la Sra. Salgado Alonso, que había cumplido 65 años, solicitó que se liquidasen sus derechos a pensión en virtud de los regímenes de seguridad social alemán, suizo y español. Mientras que en Alemania y en Suiza se le concedió una pensión, el INSS denegó su solicitud, (...), alegando que no había cumplido en España el período mínimo de cotización necesario para causar derecho a pensión (...).

El 13 de febrero de 2002, la Sra. Salgado Alonso demandó al INSS y a la TGSS (...) para que declarase que tenía derecho a percibir, a partir del 31 de mayo de 2001, una pensión con arreglo a la normativa española.

En apoyo de su demanda alegó, en sustancia, que debe tomarse en consideración no sólo el período inicial de 182 días de cotización que cubrió en España, sino también todo el período durante el cual el INEM cotizó en su nombre al régimen legal del seguro de vejez, mientras ella percibía el subsidio especial por desempleo, de modo que se le reconocan en España un total de 3.401 días de cotización, a saber, más de 9 años y 3 meses de cotización.

Según el órgano jurisdiccional remitente, en primer lugar se plantea la cuestión de si la Disposición Adicional vigésima octava de la Ley General de la Seguridad Social puede excluir válidamente que se computen esos 3.219 días de cotización para comprobar si el período de seguro controvertido es superior a un año, de modo que, en caso afirmativo, el INSS no tendría que conceder las prestaciones que sólo se refieran a ese período, (...).

En segundo lugar, se plantea la cuestión de si la disposición adicional mencionada, al excluir del cálculo de los períodos carenciales previstos en el

Régimen comunitario

artículo 161, apartado 1, letra b), de la citada Ley, determinadas cotizaciones, como las abonadas sólo por la contingencia de jubilación, incurre o no en discriminación de los trabajadores migrantes, sin olvidar que dichos períodos debían haberse cubierto en el momento de solicitarse el subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara que los artículos 39 CE y 42 CE, así como el artículo 45 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, (...) no

se oponen a una norma nacional, como la enunciada en la Disposición Adicional vigésima octava de la Ley General de la Seguridad Social, que no permite a las autoridades competentes de un Estado miembro tener en cuenta, para causar derecho a una pensión de jubilación del régimen nacional, determinados períodos de seguro cubiertos en el territorio de dicho Estado por un trabajador en paro y durante los cuales las cotizaciones por la contingencia de jubilación hayan sido ingresadas por la entidad gestora del seguro de desempleo, y que tales períodos se computen únicamente para calcular el importe de dicha pensión.”

KATIA FACH GÓMEZ
Profesora de Derecho Internacional de la
Universidad de Zaragoza
(Katia@unizar.es)

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial del año 2004)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. Jurisprudencia TJCE 2004. A) Ciudadanía Europea. B) Libre circulación de trabajadores. C) Relaciones exteriores. D) Seguridad Social de los trabajadores migrantes.

I. NOTA PRELIMINAR

El objeto de la presente crónica es analizar las sentencias dictadas durante el año 2004 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en materias que afectan a la extranjería y migración. En este epígrafe introductorio se van a exponer algunas ideas esenciales en torno al TJCE (naciones que pueden ampliarse acudiendo a las fuentes manejadas para elaborar esta sinopsis: la página web del TJCE <http://www.curia.eu.int/es/instit/presentationfr/cje.htm> y las monografías siguientes: MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cuarta edición, Tecnos, 2003; MOLINA DEL POZO, C F.: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, cuarta edición, Dijusa, 2002).

La función jurisdiccional de las Comunidades Europeas corresponde al TJCE, órgano con sede en Luxemburgo. En un primer momento, este TJCE constaba de una única instancia –el Tribunal de Justicia, en adelante TJ–, pero a través del Acta Única Europea se creó otra instancia, el Tribunal de Primera Instancia (de menor interés para esta crónica, ya que a éste no se le pueden transferir las cuestiones prejudiciales).

Centrando por tanto la atención en el TJ, ha de recalcarse que el objetivo de este órgano es garantizar el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones comunitarias competentes. Para llevar a cabo dicha tarea se han atribuido al TJ unas amplias competencias jurisdiccionales, que ejerce en el marco de las distintas categorías de recursos. Así, el TJ es competente para pronunciarse sobre los recursos de anulación o de omisión interpuestos por un Estado miembro o una institución, los recursos por incumplimiento dirigidos

contra los Estados miembros, las cuestiones prejudiciales o los recursos de casación contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia.

Por su interés para la presente crónica, se van a exponer las características esenciales de los siguientes tipos de recursos:

– El recurso por incumplimiento: permite al TJ controlar cómo respetan los Estados miembros las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Antes de someter la cuestión ante el TJ tiene lugar un procedimiento previo dirigido por la Comisión, por el que se requiere al Estado miembro para que responda a las imputaciones de que ha sido objeto. Si tras este procedimiento el Estado miembro no ha puesto fin al incumplimiento, puede interponerse un recurso ante el TJ por vulneración del Derecho comunitario. Este recurso puede iniciarlo bien la Comisión –es el caso más frecuente en la práctica– bien otro Estado miembro. Si el TJ declara que se ha producido un incumplimiento, el Estado de que se trate está obligado a adoptar sin demora las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento. Si después de serle sometido de nuevo el asunto por la Comisión el TJ reconociese que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva, a instancia de la Comisión.

– La cuestión prejudicial: es un recurso específico del Derecho comunitario. Si bien el TJ es, por su propia naturaleza, el defensor supremo de la legalidad comunitaria, no es sin embargo el único órgano jurisdiccional competente para aplicar el Derecho comunitario. Esta función corresponde también a los tribunales nacionales, en la medida en que queda sometida a su control la ejecución administrativa del Derecho comunitario, que se halla confiada en lo esencial a los órganos administrativos de los Estados miembros; un gran número de disposiciones de los Tratados y del Derecho derivado (Reglamentos, Directivas, decisiones) crean directamente derechos individuales en favor de los nacionales de los Estados miembros, que los tribunales nacionales tienen la obligación de garantizar. Así, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son, por naturaleza, los principales garantes del Derecho comunitario.

Para asegurar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria y evitar cualquier interpretación divergente, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al TJ para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto de Derecho comunitario. El TJ no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un acto motivado. El órgano jurisdiccional nacional destinatario se halla vinculado por la interpretación ofrecida. La sentencia del TJ vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.

Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, único competente para pronunciarse sobre su pertinencia, todas las partes afectadas, a saber, los Estados miembros, las partes litigantes ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, en particular, la Comisión, pueden participar en el procedimiento iniciado ante el TJ. De este modo, varios de

los principios del Derecho comunitario más importantes se establecieron a partir de cuestiones prejudiciales, a veces planteadas por órganos jurisdiccionales de primera instancia.

A continuación va a realizarse una breve distinción entre, por un lado, las características del procedimiento de los recursos directos (como el de incumplimiento) y, por otro, las del procedimiento de las cuestiones prejudiciales:

– En los recursos directos, el procedimiento ante el TJ debe iniciarse mediante escrito de recurso dirigido a su Secretaría. Al recibirse, el recurso se inscribe en el Registro. El Secretario se encarga de que en el DOCE se publique una comunicación sobre el recurso, indicando los motivos y las pretensiones del demandante. Se designa entonces a un Juez Ponente y a un Abogado General para seguir el desarrollo del asunto y se notifica el recurso a la parte contraria, que dispone de un mes para presentar el escrito de contestación. El demandante tiene derecho a presentar una réplica y el demandado una dúplica, disponiendo en cada caso de un plazo de un mes. Los plazos de presentación de estos documentos deben respetarse estrictamente, salvo que el Presidente otorgue una prórroga.

Una vez concluida la fase escrita del procedimiento, se requiere a las partes para que indiquen, en el plazo de un mes, si solicitan la celebración de la vista. El TJ decide, basándose en el informe del Juez Ponente y después de oído el Abogado General, si el asunto requiere diligencias de prueba y qué tipo de formación del TJ debe resolver el asunto. El Presidente fija la fecha de la vista pública. El Juez Ponente resume, en un informe para la vista, los hechos que se alegan y la argumentación desarrollada por las partes y, en su caso, por los coadyuvantes. Este informe se hace público en la lengua de procedimiento durante la vista.

El asunto se debate en una vista pública, ante la formación del TJ y el Abogado General, salvo que el asunto se resuelva sin conclusiones de este último. Los Jueces y el Abogado General pueden formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Algunas semanas más tarde se presentan ante el TJ, de nuevo en audiencia pública, las conclusiones del Abogado General. En ellas analiza en detalle los aspectos particularmente jurídicos del litigio, y propone con toda independencia al TJ la solución que él considera que debe darse al problema. Así finaliza la fase oral del procedimiento. Por último, los Jueces deliberan sobre la base de un proyecto de sentencia elaborado por el Juez Ponente. Cualquier Juez puede proponer modificaciones. Una vez adoptada, la sentencia se pronuncia en audiencia pública.

– En el procedimiento prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional plantea al TJ cuestiones relativas a la interpretación o a la validez de una disposición comunitaria, generalmente en forma de resolución judicial adaptada a las normas procesales nacionales. Tras traducir esta petición a todas las lenguas comunitarias, el Secretario la notifica a las partes litigantes en el litigio principal, pero también a los Estados miembros y a las instituciones. Asimismo, se publica en el DOCE un anuncio en el que se indican las partes del litigio y el contenido de las cuestiones.

Las partes, los Estados miembros y las instituciones comunitarias disponen de dos meses para presentar al TJ sus observaciones escritas. La continuación del procedimiento es idéntica a la de

los recursos directos (v. supra). Todos aquellos con derecho a presentar observaciones escritas pueden exponer también verbalmente su opinión durante la vista si se ha decidido que ésta se celebre. Después de la presentación de las conclusiones del Abogado General y una vez que ha tenido lugar la deliberación de los Jueces, se pronuncia la sentencia en audiencia pública y el Secretario la comunica al órgano jurisdiccional nacional, a los Estados miembros y a las instituciones interesadas.

Concluido ya este epígrafe introductorio, procede iniciar a continuación el análisis de la jurisprudencia del TJCE. Para una mejor sistematización de esta Crónica, las sentencias del año 2004 objeto de estudio se van a incorporar en alguna de las siguientes secciones: ciudadanía europea, libre circulación de trabajadores, relaciones exteriores, Seguridad Social de trabajadores migrantes. Dichas secciones se corresponden con los ámbitos jurídicos en los que incardina sus resoluciones el TJCE. Respecto de cada Asunto a examen, se realizará una breve exposición de los hechos, se presentará la resolución del TJCE y se aportarán asimismo unos comentarios al respecto. El texto completo de dichas resoluciones puede consultarse en español en la web <http://www.curia.eu.int>.

II. JURISPRUDENCIA TJCE 2004

A) CIUDADANÍA EUROPEA

1) Sentencia del TJ (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, Asunto C-224/02, Heikki Antero Pusa y Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö.

Hechos:

El Sr. Pusa tiene la nacionalidad finlandesa. Jubilado, abandonó su país de origen para instalarse en España. En Finlandia percibe una pensión de invalidez que se le ingresa en una cuenta bancaria abierta en dicho Estado miembro. Mediante resolución de 27 de octubre de 2000, el Tribunal de Primera Instancia de Riihimäki (Finlandia) autorizó un embargo de la pensión del Sr. Pusa con el fin de garantizar el cobro de una deuda contraída por éste con la Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö (Mutualidad de Bancos cooperativos). Como el Sr. Pusa estaba sometido al impuesto sobre la renta en España, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio contra la doble imposición, y no estaba por tanto sujeto a ninguna retención en origen en Finlandia, la parte embargable de su pensión se calculó a partir del importe bruto de ésta. El Sr. Pusa interpuso un recurso contra esta resolución, al comprobar que, si el impuesto del 19 % que el Sr. Pusa debe pagar *a posteriori* en España no se computa al determinar la parte embargable de su pensión, el interesado dispondrá mensualmente de una suma inferior a la que habría percibido si hubiera seguido residiendo en Finlandia. El Tribunal Supremo finés (*Korkein oikeus*) se planteó si esta situación era compatible con la libertad de circulación y de residencia garantizada a los ciudadanos de la Unión Europea por el Tratado constitutivo en el artículo 18 y decidió suspender el procedimiento para elevar al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en esta materia.

 El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

El TJCE expone y declara:

La Ley finlandesa sobre la ejecución forzosa infringe el Derecho comunitario en el caso de que excluya por completo la toma en consideración del impuesto devengado en el Estado miembro de residencia cuando tal impuesto pase a ser exigible y afecte, por ello, en la correspondiente proporción al nivel efectivo de ingresos de que dispone el deudor y, en particular, a su capacidad para hacer frente a sus necesidades vitales (...) La diferencia de trato así creada tendría como consecuencia cierta e inevitable hacer sufrir al deudor un perjuicio por haber ejercitado el derecho a circular y residir libremente en los Estados miembros que le garantiza el artículo 18 del Tratado Constitutivo. Por lo que, el Derecho comunitario se opone a una legislación de estas características.

Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a tal legislación nacional si ésta dispone que se tomará en consideración este último impuesto, pero a condición de que el deudor acredite que ha abonado efectivamente o que está obligado a abonar en un determinado plazo un importe específico en concepto de impuesto sobre la renta en el Estado miembro en el que reside. Sin embargo, tal conclusión sólo es válida en la medida en que, en primer lugar, el derecho del deudor afectado a la toma en consideración de dicho impuesto se formule claramente en la citada legislación; en segundo lugar, los procedimientos aplicados para tomarlo en consideración garanticen al interesado el derecho de obtener, en cómputo anual, el mismo ajuste de la parte embargable de su pensión que si tal impuesto se hubiera retenido en origen en el Estado miembro que promulgó la citada legislación y, en tercer lugar, dichos procedimientos no hagan imposible o excesivamente difícil el ejercicio del mencionado derecho.

Nota crítica: En materia de imposición directa aún no se ha logrado una armonización a nivel comunitario (téngase en cuenta que los Estados son reticentes a ceder una parcela de soberanía que les reporta importantes ingresos económicos). En esta resolución, referida al ejercicio de la libertad de residencia, el Tribunal de Justicia plasma unos planteamientos menos restrictivos que los consagrados en sentencias anteriores (p. ej. Asunto Werner C-112/91 –libertad de establecimiento–). En relación con este asunto Pusa, se teme que la acreditación que se le está exigiendo al deudor puede ser de difícil ejercicio práctico (repárese en que el impuesto sobre la renta se abona varios meses después de la finalización del período impositivo y que la previsión del pago que se ha de realizar depende de la renta global del sujeto pasivo, pudiendo ésta estar conformada no sólo por la pensión, sino también por otros elementos como fondos de pensiones, venta de acciones o inmuebles, etc.). Respecto a esta sentencia, v. BLÁZQUEZ PEINADO, M, D., “Ciudadanía de la Unión y legislación nacional sobre embargo de pensiones. Comentario a la sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-224/02, PUSA”, *Revista General de Derecho Europeo*, 5, 2004; BARBAS, N.: “Judgment of 29.4.2004 (Heikki Antero Pusa and Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö, C-224/02), citizenship of E.U. (article 18 EC) –right to move freely and to reside in the member states– attachment of remuneration”, *Hellenic Review of European law*, 2004/3, pp. 545-555; TRÜFNER, T.: “Berücksichtigung der im EU-Ausland zahlbaren Einkommenssteuer bei der Berechnung der Pfändungsfreigrenzen”, *European Community private law review* 2003/2004, pp. 293-296 (apuntando la inadecuación de la normativa alemana respecto de los parámetros establecidos por el TJCE en el asunto Pusa) y CARRERA, S.: “What

does Free Movement Mean in Theory and Practice in an enlarged EU?”, *CEPS Working Document*, n.º 208, octubre 2004.

B) LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

1) Sentencia TJ (Pleno) de 23 de marzo de 2004, Asunto C-138/02, Brian Francis Collins y Secretary of State for Work and Pensions.

Hechos:

El Sr. Collins nació en los Estados Unidos y tiene la nacionalidad americana y la irlandesa. En el marco de sus estudios universitarios pasó un semestre en el Reino Unido en 1978. En 1980 y 1981, volvió al Reino Unido para una estancia de aproximadamente diez meses, durante la cual trabajó a tiempo parcial y de manera ocasional en bares y en el sector de la venta. Regresó a los Estados Unidos en 1981. Posteriormente trabajó en los Estados Unidos y en África. El Sr. Collins volvió al Reino Unido el 31 de mayo de 1998 con el fin de encontrar un empleo en el sector de los servicios sociales. El 8 de junio de 1998, solicitó el subsidio para demandantes de empleo (prestación social recogida en la *Jobseekers Act* de 1995) y éste le fue denegado mediante resolución del *Adjudication Officer* de 1 de julio de 1998, debido a que no tenía su residencia habitual en ese Estado miembro. El Sr. Collins recurrió ante el *Social Security Appeal Tribunal* de Reino Unido, que confirmó la resolución denegatoria afirmando que no podía considerársele residente habitual en el Reino Unido porque, por una parte, esta residencia no se había prolongado durante un tiempo considerable y, por otra, no era un trabajador a efectos del Reglamento n.º 1612/68 ni tampoco tenía derecho a residir en dicho Estado miembro en el sentido de la Directiva 68/360. El Sr. Collins recurrió entonces ante el *Social Security Commissioner*, que resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

Una persona que se encuentre en la situación del demandante del procedimiento principal no es un trabajador en el sentido del título II de la primera parte del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, (en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n.º 2434/92). No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si el concepto de “trabajador” a que se refiere la normativa nacional controvertida debe entenderse en este sentido.

Una persona que se encuentre en la situación del demandante del procedimiento principal no tiene derecho a residir en el Reino Unido en virtud únicamente de la *Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad*.

El derecho a la igualdad de trato previsto en el actual artículo 39.2 CE, en relación con los actuales artículos 12 y 17 del Tratado Constitutivo tras su modificación, no se opone a una normativa

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

nacional que supedita la concesión de un subsidio para demandantes de empleo a un requisito de residencia, siempre que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (en este sentido, Asunto Bickel y Franz, C-274/96).

Nota crítica: En esta resolución, el TJCE considera admisible que, cumpliéndose determinadas garantías, se imponga en la norma inglesa la exigencia de residencia, pues estima legítimo que el legislador nacional desee asegurarse de que existe un vínculo real entre el solicitante de subsidios de esta naturaleza y el mercado geográfico laboral de dicho Estado (idea ya recogida en el apartado 38 del Asunto D´Hoop, C-224/98). Como se apunta, sería deseable que esta exigencia de residencia se considerase cumplida cuando las autoridades nacionales constatasen que el sujeto está buscando empleo de forma efectiva y real en el mercado laboral del Estado comunitario de acogida. El asunto Collins refleja la actitud de fondo adoptada por el legislador británico para evitar el denominado “*benefit tourist*” (“turismo social” de quienes se desplazan a un Estado determinado para disfrutar de unas generosas prestaciones no contributivas). En relación con esta sentencia, v. CASTILLO DE LA TORRE, F.: “Crónica de jurisprudencia, enero-abril 2004”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18, pp. 650 y 651; MUIR, Elise: “Statut et droits du demandeur d’emploi-travailleur-citoyen: confusion ou rationalisation?”. (Arrêt du 23 mars 2004, Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions (C-138/02)”, *Revue du Droit de l’Union européenne*, 2, 2004, p. 249-274; GILG, J.-Y.: “Luxembourg stop for benefit tourists?” artículo que se puede consultar en <http://lawzone.thelawyer.com/cgi-bin/item.cgi?id=109371>; noticia disponible en http://www.sussex.ac.uk/press_office/media/media392.shtml; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “La nueva regulación de las prestaciones no contributivas: Las cláusulas de residencia”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 157, 1998, pp. 57-66.

2) Sentencia del TJ (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, Asunto C-102/02, Ingeborg Beuttenmüller y Land Baden-Württemberg.

Hechos:

La Sra. Beuttenmüller nació en 1958. Tras haber obtenido su título de estudios secundarios, cursó estudios en la Academia de Pedagogía de la Archidiócesis de Viena (Austria). Después de cuatro semestres de estudios, relativos principalmente a la docencia de idiomas extranjeros y a la educación artística, obtuvo, el 6 de junio de 1978, el título de Magisterio. De 1978 a 1988, la Sra. Beuttenmüller desempeñó la profesión de maestra en Austria. Desde 1991, la Sra. Beuttenmüller ejerce como docente en el Land Baden-Württemberg. Hasta el 30 de julio de 1996, la Sra. Beuttenmüller estuvo incluida en el grado V.b) de la escala retributiva fijada por el Convenio colectivo federal de los empleados del sector público (*Bundesangestelltentarifvertrag*), Directriz del Ministerio de Hacienda del Land Baden-Württemberg relativa a la clasificación de los docentes contratados por el Land. A partir de esta fecha, se la incluyó en el grado superior IV.b) del BAT. Mediante escrito de 16 de marzo de 1998, la Sra. Beuttenmüller solicitó al *Oberschulamts Stuttgart*, por un lado, la equiparación de su título de Magisterio obtenido en

Austria a un título emitido por el Land Baden-Württemberg y, por otro lado, un ascenso al grado III del BAT.

Mediante decisión notificada a la Sra. Beuttenmüller el 26 de agosto de 1999, el *Oberschulamts Stuttgart* denegó esta solicitud. El 21 de noviembre de 2000, este último desestimó también la reclamación que la interesada había formulado contra esta decisión.

La Sra. Beuttenmüller interpuso el 20 de diciembre de 2000 un recurso en esta materia ante el *Verwaltungsgericht* de Stuttgart solicitando la equiparación de su título. El tribunal tiene dudas sobre la interpretación *ad casum* de las Directiva Comunitarias 89/48 y 92/51, sobre equiparación de capacitaciones, por lo que plantea varias cuestiones prejudiciales al TJ.

El TJCE expone y declara:

El artículo 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, debe interpretarse en el sentido de que la capacitación para la profesión docente obtenida en Austria sobre la base de una formación de dos años es equiparable a un título en el sentido del párrafo primero de la misma disposición, si las autoridades competentes de dicho Estado miembro (Austria) certifican que el diploma obtenido tras una formación de dos años se considera equivalente al diploma concedido en la actualidad tras estudios de una duración de tres años y confiere, en dicho Estado miembro, los mismos derechos por lo que respecta al acceso a la profesión docente o a su ejercicio. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de las pruebas presentadas por el interesado conforme al artículo 8, apartado 1, de dicha Directiva, así como de las disposiciones nacionales aplicables para la apreciación de tales pruebas, determinar si cabe considerar satisfecho en el asunto principal el último requisito enunciado en dicho artículo 1, párrafo segundo, letra a). Este requisito atañe al derecho de ejercer una profesión regulada y no a la retribución y a las demás condiciones de trabajo aplicables en el Estado miembro que reconoce la equivalencia de una antigua formación y una nueva formación.

El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/48 puede ser invocado por un nacional de un Estado miembro frente a disposiciones nacionales no conformes con esta Directiva. Ésta se opone a tales disposiciones cuando, para el reconocimiento de una capacitación para la profesión docente obtenida o reconocida en un Estado miembro distinto del de acogida, exigen, sin excepción, que la formación adquirida en un centro de enseñanza superior tenga una duración mínima de tres años y comprenda al menos dos de las materias requeridas para la actividad docente en el Estado miembro de acogida.

A falta de medidas que adapten el Derecho interno a la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48, en el plazo señalado en el artículo 17, apartado 1, párrafo primero, de aquélla, un nacional de un Estado miembro puede basarse en su artículo 3, letra a), para obtener, en el Estado miembro de acogida, el reconocimiento de una capacitación

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

para la profesión docente como la adquirida en Austria sobre la base de una formación de dos años. En circunstancias como las del asunto principal, esta posibilidad no queda excluida por la aplicación de la excepción prevista en el artículo 3, último párrafo, de dicha Directiva, ni sujeta a la condición de que el solicitante se someta previamente a las medidas de compensación previstas en el artículo 4 de la referida Directiva.

Nota crítica: Esta Sentencia aborda un tema de gran incidencia práctica en una organización supranacional como la Unión Europea, que persigue el establecimiento de un mercado único, libre de obstáculos. En coherencia con la normativa comunitaria elaborada respecto al reconocimiento de títulos, en el presente supuesto, las características del título de Magisterio austriaco de la Señora B. no justifican su inferior categoría profesional. En esta materia, v. DEL VALLE PASCUAL, J.M.: “Introducción al problema de reconocimiento de títulos europeos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 2000, pp. 1654-1661; MERCADER UGUINA, J.R.: “Libre circulación de trabajadores y reconocimiento de títulos profesionales. Las directivas 89/49, de 21 de octubre y 92/51, de 18 de junio”, en VV. AA, *Libertad de circulación de trabajadores: aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios: presente y futuro*, (coord. por José Joaquín Hervás Ortiz), 2002, pp. 327-364

3) Sentencia del TJ (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, Asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, Georgios Orfanopoulos, Natascha Orfanopoulos, Melina Orfanopoulos, Sofia Orfanopoulos y Raffaele Oliveri y Land Baden-Württemberg (asunto C-482/01) y Land Baden-Württemberg, Georgios Orfanopoulos, Natascha Orfanopoulos, Melina Orfanopoulos, Sofia Orfanopoulos (asunto C-493/01) y Raffaele Oliveri y Land Baden-Württemberg (asunto C-482/01) y Land Baden-Württemberg (asunto C-493/01).

Hechos:

– Asunto C-482/01: El Sr. Orfanopoulos, de nacionalidad griega, pasó los trece primeros años de su vida en Grecia. En 1972, entró en territorio alemán en el marco de una reagrupación familiar. Allí ha residido desde entonces, a excepción de los dos años de servicio militar en Grecia. En 1981, contrajo matrimonio con una nacional alemana. De este matrimonio nacieron tres hijas. El Sr. Orfanopoulos no posee ninguna cualificación profesional avalada por un título. Desde 1981 realizó diversos trabajos por cuenta ajena. Los períodos de trabajo se vieron interrumpidos por prolongados períodos de desempleo. Durante sus estancias en Alemania, al Sr. Orfanopoulos se le concedieron permisos de residencia temporales, el más reciente con validez hasta octubre de 1999. En ese momento, presentó una solicitud de prórroga de su permiso de residencia. De la resolución de remisión se desprende que el Sr. Orfanopoulos es toxicómano. Fue condenado en nueve ocasiones por infracciones de la legislación sobre estupefacientes y por haber cometido actos violentos. En 1999, fue encarcelado durante seis meses. En enero de 2000, fue hospitalizado para seguir un tratamiento de desintoxicación, pero se le expulsó del establecimiento por motivos disciplinarios. Desde septiembre de 2000 cumple una pena de prisión y en febrero de 2001, el *Regierungspräsidium* ordenó su expulsión de Alemania y denegó su solicitud de prórroga del permiso de residencia. La resolución de expulsión venía motivada por el número y la gravedad de las infracciones cometidas por el Sr. Orfanopoulos,

así como por el riesgo concreto de reincidencia en el futuro, debido a su dependencia del alcohol y de las drogas. Según el *Regierungspräsidium*, concurrían los requisitos legales para una expulsión obligatoria, con arreglo al artículo 47.1.2 de la *Ausländergesetz*. Por considerar que la decisión de expulsión adoptada por el *Regierungspräsidium* se basaba en disposiciones de la *Ausländergesetz* incompatibles con el Derecho comunitario, el Sr. Orfanopoulos y sus tres hijas interpusieron un recurso contra dicha decisión ante el órgano jurisdiccional remitente. El *Verwaltungsgericht* de Stuttgart decidió suspender el procedimiento y plantear al TJ varias cuestiones prejudiciales:

– Asunto C-493/01: El Sr. Oliveri, de nacionalidad italiana, nació en Alemania en 1977. Ha residido en dicho Estado de forma ininterrumpida desde su nacimiento. No posee ningún título académico. El Sr. Oliveri es toxicómano desde hace varios años. Debido a su toxicomanía, contrajo el virus del sida y una hepatitis C crónica. El Sr. Oliveri ha cometido numerosas infracciones y ha sido condenado por delitos contra la propiedad y por tráfico de estupefacientes. En noviembre de 1999, ingresó en un centro penitenciario. La condena fue suspendida durante el tiempo de un tratamiento en un centro hospitalario. Sin embargo, el Sr. Oliveri interrumpió dicho tratamiento y se puso fin a la suspensión. En abril de 2000, fue nuevamente detenido y desde entonces se encuentra en prisión.

En agosto de 2000, el *Regierungspräsidium* alemán ordenó su expulsión y amenazó con devolverlo a Italia sin señalarle plazo para su salida voluntaria. La decisión de expulsión venía motivada por la frecuencia y la gravedad de las infracciones cometidas por el Sr. Oliveri, así como por el riesgo concreto de reincidencia en el futuro, debido a su drogodependencia. Según el *Regierungspräsidium*, el Sr. Oliveri reúne los requisitos enumerados en el artículo 47.1.2 de la *Ausländergesetz* en virtud de los cuales la expulsión es obligatoria. El 25 de septiembre de 2000, el Sr. Oliveri interpuso un recurso ante el *Verwaltungsgericht Stuttgart* contra la decisión del *Regierungspräsidium*. Según él, ya no existía riesgo de reincidencia porque entre tanto había madurado, como consecuencia de las dificultades de la vida en prisión. Afirma que desea someterse a un tratamiento de desintoxicación. En estas circunstancias, el *Verwaltungsgericht Stuttgart* decidió suspender el procedimiento y plantear al TJ varias cuestiones prejudiciales:

El TJCE expone y declara:

– Asunto C-482/01: Los artículos 39 del Tratado Constitutivo y 3 de la *Directiva 64/221 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*, se oponen a una legislación o a una práctica nacional en virtud de la cual se ordena la expulsión del territorio de un nacional de otro Estado miembro que haya sido condenado a una determinada pena por ciertos delitos, basándose en la presunción de que debe ser expulsado, sin que se tenga en cuenta, en puridad, su comportamiento personal ni el peligro que constituye para el orden público.

En cambio, el artículo 39 del Tratado Constitutivo y la *Directiva 64/221* no se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro que haya sido condenado a una determinada pena

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

por ciertos delitos y que, por una parte, constituye una amenaza actual para el orden público y, por otra, ha residido durante muchos años en el Estado miembro de acogida y puede alegar circunstancias de carácter familiar contra dicha expulsión, siempre que la apreciación efectuada caso a caso por las autoridades nacionales acerca de dónde se sitúa el justo equilibrio entre los intereses legítimos en presencia se haga dentro del respeto a los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, teniendo debidamente en cuenta el respeto a los derechos fundamentales, como la protección de la vida familiar.

El artículo 9.1 de la Directiva 64/221 se opone a una disposición de un Estado miembro que no contempla ni recurso administrativo ni contencioso-administrativo, que impliquen también un examen de la oportunidad, contra una decisión de expulsión de un nacional de otro Estado miembro adoptada por una autoridad administrativa, cuando no se haya establecido ninguna autoridad independiente de ésta. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si los órganos jurisdiccionales como los *Verwaltungsgerichte* alemanes pueden examinar la oportunidad de las medidas de expulsión.

– Asunto C-493/01: Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar en qué disposiciones del Derecho comunitario, además del artículo 18 CE, apartado 1, puede, en su caso, basarse un nacional de un Estado miembro como el Sr. Oliveri. En este sentido, corresponde en particular a dicho órgano jurisdiccional comprobar si el interesado está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE, ya sea en calidad de trabajador o de persona distinta que tiene derecho a la libre circulación en virtud de las disposiciones del Derecho derivado adoptadas para la aplicación de dicho artículo, o si puede acogerse a otras disposiciones del Derecho comunitario, como la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, o el artículo 49 CE, que se aplica en particular a los destinatarios de servicios.

El artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE (*“la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de medidas de orden público o seguridad pública”*) se opone a una normativa nacional que obliga a las autoridades nacionales a expulsar del territorio a los nacionales de otros Estados miembros que hayan sido condenados por sentencia firme a una medida de internamiento de menores de, al menos, dos años o a una pena privativa de libertad por un delito doloso con arreglo a la Ley de estupefacientes, siempre que el cumplimiento de la pena no haya sido suspendido con carácter condicional.

Este artículo 3 de la Directiva 64/221 también se opone a una práctica nacional conforme a la cual se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales, al examinar la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, no tienen que tener en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate. Tal es el caso, sobre todo, cuando ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra.

Nota crítica: En esta sentencia del TJCE se aplican parámetros comunitarios para analizar la adecuación de dos pretendidas expulsiones de nacionales comunitarios, fundadas en violaciones de la normativa penal nacional. Al respecto, el Tribunal recuerda nuevamente que la excepción de orden público en el ámbito comunitario ha de interpretarse restrictivamente (v., en el mismo sentido, STC de 27 de octubre de 1977, C-30/77 o STC de 19 de enero de 1999, C-348/96). Así, para que un Estado lleve a cabo una restricción de la libre circulación por razones de orden público, de la jurisprudencia del TJCE se deriva que han de darse los siguientes requisitos cumulativos: Perturbación del orden público, amenaza real y suficientemente grave, amenaza que afecte a un interés fundamental de la sociedad y que la expulsión sea una medida proporcionada. En esta materia, v.: CUGAT MAURS, M.: “La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho Penal”, *Revista de derecho procesal y penal*, n.º. 6, 2001, pp. 23-37; , C.: “Medidas cautelares adoptadas por los tribunales españoles al examinar las órdenes de expulsión de ciudadanos nacionales de países miembros de la CEE” , n.º 108, 1994, pp. 11-22.

4) Sentencia del TJ (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-456/02, Michel Trojani y Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS).

Hechos:

El Sr. Trojani es un nacional francés que, tras una breve estancia en Bélgica en 1972, durante la cual ejerció una actividad independiente en el sector de las ventas, regresó a dicho país en el año 2000. Sin haberse inscrito en el correspondiente registro municipal, residió en varios lugares de Bélgica y a partir del 8 de enero de 2002 fue acogido en un hogar del Ejército de Salvación en Bruselas donde, a cambio de alojamiento y algo de dinero para sus gastos personales, efectúa diversos trabajos durante cerca de treinta horas semanales en el marco de un proyecto individual de reinserción socioprofesional. Al carecer de recursos, se dirigió al *Centre public d'aide sociale de Bruxelles* (CPAS) solicitando la concesión de una renta mínima de subsistencia (*minimex*), habida cuenta de que debe abonar 400 euros mensuales al centro de acogida y para tener también la posibilidad de abandonar dicho centro y vivir de un modo autónomo. La resolución denegatoria del CPAS, motivada por el hecho de que, por un lado, el Sr. Trojani no tenía la nacionalidad belga y de que, por otro, no podía invocar la aplicación del Reglamento n.º 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, fue objeto de recurso ante el *Tribunal du travail* de Bruselas. Este órgano decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

Una persona que se encuentra en una situación como la del demandante en el litigio principal, por un lado, no está incluida dentro del ámbito de aplicación de los artículos 43 del Tratado Constitutivo (cuenta propia) y 49 del Tratado Constitutivo (servicios) y, por otro lado, únicamente podrá reivindicar un derecho de residencia en calidad de trabajador, en el sentido del artículo 39 CE, si la actividad por cuenta ajena que ejerce presenta un carácter real y efectivo. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo las comprobaciones de hecho necesarias para determinar si así sucede en el asunto del que está conociendo.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

Un ciudadano de la Unión Europea que no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia en virtud de los artículos 39 CE, 43 o 49 del Tratado Constitutivo puede disfrutar, por su mera condición de ciudadano de la Unión, de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18.1 CE. El ejercicio de este derecho está supeditado a las limitaciones y condiciones previstas por dicha disposición, pero las autoridades competentes deberán velar por que la aplicación de las referidas limitaciones y condiciones se haga respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad. No obstante, una vez comprobado que una persona que se encuentra en una situación como la del demandante en el litigio principal dispone de un permiso de residencia, dicha persona podrá invocar el artículo 12 del Tratado Constitutivo (no discriminación por razón de nacionalidad) a fin de que se le conceda una prestación de asistencia social como el *minimex*.

Nota crítica: En esta Sentencia el Tribunal de Justicia aborda la cuestión del acceso a beneficios sociales. El TJCE especifica que si bien los Estados miembros pueden condicionar la residencia de un ciudadano de la Unión económicamente no activo a la disponibilidad de recursos suficientes, ello no implica que tal persona no pueda beneficiarse, durante su residencia en el Estado miembro de acogida, del principio fundamental de igualdad de trato tal como está consagrado en el artículo 12 CE. Comentando dicha Sentencia, v. KOTSCHY, B. “Droit au minimex en vertu de la citoyenneté (arrêt «Trojani»)”, *Revue du droit de l’Union Européenne*, n.º 2, 2004, pp. 327-330 y REICH, N.: “The European Constitution and New Member Countries: The Constitutional Relevance of Free Movement of Citizenship”, artículo disponible en <http://www.shef.ac.uk/law/research/cecil/CECILEvents.htm>.

5) Sentencia del TJ (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2004 , Asunto C-386/02, Josef Baldinger y Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.

Hechos:

El Sr. Baldinger nació en Austria el 19 de abril de 1927 y adquirió la nacionalidad de este Estado. Entre enero y mayo de 1945, participó en la Segunda Guerra Mundial como soldado de la *Deutsche Wehrmacht* (fuerzas armadas alemanas). Del 8 de mayo de 1945 al 27 de septiembre de 1947, fue encarcelado como prisionero de guerra en la Unión Soviética. A continuación, el Sr. Baldinger trabajó en Austria y, posteriormente, en 1954, dejó este país para buscar empleo en Suecia donde permaneció en activo hasta 1964, antes de volver a trabajar en Austria de 1964 a 1965. En abril de 1965, emigró con carácter permanente a Suecia y allí ejerció una actividad profesional y adquirió en 1967 la nacionalidad sueca, renunciando a la nacionalidad austriaca. Desde el 1 de mayo de 1986, el Sr. Baldinger percibe del *Pensionversicherungsanstalt der Arbeiter* austriaco una pensión de invalidez y de jubilación. La solicitud presentada por el Sr. Baldinger ante éste para la obtención de la prestación prevista por la *Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz* (Ley austriaca relativa a la indemnización de los prisioneros de guerra) fue denegada mediante resolución de 1 de marzo de 2002, contra la que se interpuso un recurso de anulación ante el órgano jurisdiccional remitente. Dicho órgano observa que la prestación controvertida, introducida en la legislación austriaca en el año 2000, no está vinculada a la condición de trabajador del beneficiario ni a la adquisición de derechos derivada de tal condición, en particular

de derechos a la percepción de una pensión, sino que la ley únicamente considera beneficiarios de tal prestación a quienes sean nacionales austriacos en el momento de solicitar ésta. El Sr. Baldinger considera que él cumple los requisitos objetivos para la concesión de la prestación controvertida y que ésta se le denegó únicamente porque, tras haber sido prisionero de guerra, aceptó un empleo en otro Estado miembro de la Unión Europea y adquirió la nacionalidad de este Estado. El órgano jurisdiccional se pregunta si esta consecuencia jurídica que, en cuanto a sus efectos, podría considerarse una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad y del ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores, es compatible con el Derecho comunitario, máxime cuando se basa en una ley adoptada tras la adhesión de la República de Austria y del Reino de Suecia a la Unión Europea. Por ello, se acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la una cuestión prejudicial.

El TJCE expone y declara:

Los artículos 39 CE, apartado 2, y 4, apartado 4, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, en circunstancias como las del litigio principal, deniegue la concesión de la prestación a favor de los antiguos prisioneros de guerra debido a que el interesado no posee la nacionalidad del Estado miembro de que se trate en el momento en que presenta la solicitud, sino la de otro Estado miembro (Una prestación como la controvertida en el litigio principal, además de no estar vinculada a la condición de trabajador, se concede para ofrecer a los antiguos prisioneros de guerra que hayan padecido un cautiverio prolongado un testimonio de reconocimiento nacional por las tribulaciones soportadas, atribuyéndoles una contrapartida económica por los servicios prestados a su país).

Nota crítica: Parece que las circunstancias de este caso (denegación de una pensión de 21,8 euros mensuales a quien fue prisionero de guerra en Rusia durante más de dos años) posicionarían claramente a cualquier lector –en aras de la justicia material– a favor de la postura del reclamante. En el plano jurídico, sin embargo, el análisis de esta sentencia requiere que se diferencie entre las dos cuestiones siguientes: por un lado, es correcto responder a la cuestión prejudicial en el sentido indicado por el TJ, ya que la norma austriaca no atenta contra la libre circulación de trabajadores al no depender la prestación controvertida de la condición de trabajador. Por otro lado, y teniendo en cuenta que no corresponde al TJ pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales, se estima que para impugnar el contenido sustantivo de esta ley habría de acudir a los recursos jurisdiccionales existentes en derecho austriaco. En el marco de este ejercicio, parecería razonable argumentar que el legislador austriaco debería haber vinculado el pago de la prestación, no a la nacionalidad actual del solicitante, sino a la nacionalidad que se ostentaba en el momento en que se sufrió la dura situación de prisión.

6) Sentencia del TJ (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2004, Asunto C-400/02, Gerard Merida y Bundesrepublik Deutschland.*Hechos:*

El Sr. Merida trabajó como empleado civil de las fuerzas francesas estacionadas en Baden-Baden (Alemania) hasta el 30 de noviembre de 1999, aunque residía en Francia. El *Convenio Colectivo relativo a los trabajadores por cuenta ajena de las fuerzas estacionadas en el territorio de la República Federal de Alemania de 1966* era aplicable al contrato de trabajo del interesado y las autoridades alemanas le abonaban su retribución en nombre y por cuenta de su empleador. Según el artículo 14.1 del *Convenio de 1959 entre la República Francesa y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición*, la retribución bruta que percibía el Sr. Merida por su actividad profesional estaba sujeta a imposición en Francia, una vez deducidas las cotizaciones a la seguridad social abonadas en Alemania. Dado que el tipo del impuesto francés sobre los salarios era más bajo que el aplicable en Alemania, el Sr. Merida percibía unos ingresos netos superiores a los de un empleado que se encontrase en una situación idéntica a la suya, pero que residiese en la República Federal de Alemania.

A raíz de la rescisión de su contrato de trabajo, se concedió al Sr. Merida la ayuda económica transitoria con arreglo al artículo 4 del *Convenio Colectivo de 1971 sobre Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena de las fuerzas estacionadas en el territorio de la República Federal de Alemania*. Para determinar la base del cálculo de ésta, las autoridades alemanas, mediante un cálculo ficticio, dedujeron de la retribución básica prevista en el Convenio de 1966 no sólo el importe de las cotizaciones alemanas a la seguridad social, sino también el impuesto alemán sobre los salarios. Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio de 1971 y del punto 2.9.4 de las notas explicativas y directrices, las autoridades alemanas dedujeron de la ayuda económica transitoria abonada al Sr. Merida el importe de la prestación de desempleo concedida a este último en Francia entre el 22 de febrero y el final de marzo del año 2000.

Según el Sr. Merida, la deducción ficticia del impuesto alemán sobre los salarios de su retribución básica a efectos de determinar la base de cálculo de la ayuda económica transitoria es ilícita. En su opinión, el cálculo ficticio del salario neto con arreglo al Derecho fiscal alemán con el fin de determinar el importe de dicha ayuda, además de ir en contra del objetivo que ésta persigue, que consiste en compensar la pérdida de ingresos causada por el despido, infringe el Derecho comunitario. Tanto el órgano jurisdiccional de primera instancia como el órgano jurisdiccional de apelación desestimaron el recurso del Sr. Merida, quien interpuso un recurso de casación ante el Bundesarbeitsgericht alemán. Este órgano decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJ, con objeto de saber si vulnera el artículo 39 del Tratado Constitutivo el que para determinar la base de cálculo de la ayuda económica transitoria en el supuesto previsto en el artículo 4.1.b) del Convenio de 1971, se tome en cuenta, ficticiamente, el impuesto alemán sobre los salarios [artículo 4.3.b).2 del Convenio de 1971] en un caso en que el antiguo trabajador reside en otro país, donde está sujeto a tributación.

El TJCE expone y declara:

La ficción consistente en tener en cuenta el impuesto alemán sobre los salarios influye negativamente en la situación de los trabajadores fronterizos. La deducción ficticia de este impuesto al determinar la base de cálculo de la ayuda económica transitoria perjudica a las personas que, como el Sr. Merida, residen y están sujetos a tributación en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania en relación con los trabajadores residentes y sujetos a tributación en la República Federal (...) Por ello, los artículos 39 del Tratado Constitutivo y 7, apartado 4, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, se oponen a una normativa nacional prevista por un convenio colectivo, según la cual el importe de una prestación social como la ayuda económica transitoria, abonada por el Estado miembro de empleo, se calcule de modo que el impuesto sobre los salarios devengado en este Estado sea deducido de manera ficticia al determinar la base de cálculo de dicha ayuda, mientras que, de acuerdo con un Convenio para evitar la doble imposición, los sueldos, salarios y retribuciones análogas abonadas a los trabajadores que no residen en el Estado miembro de empleo sólo sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de estos últimos.

Nota crítica: Esta sentencia del TJCE supone una nueva muestra de la compleja problemática jurídica que se genera en torno a los trabajadores transfronterizos (esto es, simplificada, aquellos que perciben sus ingresos en un Estado distinto del de su nacionalidad y/o residencia). Si concurren determinadas circunstancias, estos trabajadores pueden verse perjudicados por la confluencia de varios ordenamientos jurídicos. Para evitar esta situación, el Tribunal de Justicia viene considerando discriminatoria toda imposición de derecho nacional –a no ser que esté justificada objetivamente y sea proporcionada respecto del objetivo perseguido–, que pueda afectar/perjudicar más a los trabajadores migrantes que a los nacionales (Asunto C-237/94 o C-278/94). Más extensamente, v. “Taxation and Customs Union/Cross-border workers”, en *DICTAMEN del Comité de las Regiones de 29 de septiembre de 2004 sobre “Trabajadores transfronterizos - Balance de la situación tras diez años de mercado interior: problemas y perspectivas”* ECOS-024 Bruselas, 4 de noviembre de 2004, e IGLESIAS CABERO, M.: “Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: particular referencia a la jubilación y al desempleo”: *Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 44, 2003 (Ejemplar dedicado a: Seguridad Social), p. 51.

7) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2004, Asunto C-465/01, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria.

Hechos:

Mediante escrito de 9 de julio de 1999, la Comisión instó a la República de Austria a que presentase en un plazo de dos meses sus observaciones en relación con la Ley austriaca relativa a las Cámaras de trabajadores (*Arbeiterkammergesetz*) que la Comisión consideraba incompatible con las exigencias del Derecho comunitario, en la medida en que sólo autoriza elegir a nacionales austriacos para las Cámaras de trabajadores, por una parte, y excluye de la elección a estas Cámaras y al comité de empresa a los trabajadores empleados legalmente en un Estado

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

miembro y cuyo país de origen ha celebrado con la Comunidad un Acuerdo en virtud del cual tienen derecho a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo. El 6 de septiembre de 1999, el Gobierno austriaco reconoció que su normativa no se ajustaba a las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario por lo que se refiere a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros de la Unión o del EEE. Señaló asimismo que la normativa interna controvertida carecía de efectos por la aplicabilidad directa del Derecho comunitario. En cambio, mostró su disconformidad con la tesis de la Comisión en relación con los trabajadores a los que un acuerdo celebrado con el país tercero del que sean originarios garantiza la igualdad de trato en las condiciones de trabajo por ejercer legalmente una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro. Al no haberse modificado la normativa austriaca, la Comisión dirigió el 29 de diciembre de 2000 un dictamen motivado a la República de Austria, instándole a que adoptara, en un plazo de dos meses a partir de su notificación, las medidas necesarias para cumplir las obligaciones derivadas del artículo 39 CE, del artículo 8 del Reglamento n.º 1612/68, y del artículo 28 del Acuerdo sobre el EEE, así como de lo dispuesto en los Acuerdos bilaterales antes mencionados celebrados por la Comunidad. Dado que la respuesta del Gobierno austriaco a dicho dictamen motivado, que se halla en dos escritos de 27 de febrero y 12 de abril de 2001, no aportaba nada nuevo, la Comisión decidió interponer un recurso por incumplimiento.

El TJCE expone y declara:

El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad establecido en los Acuerdos celebrados entre la Comunidad y países terceros supone que todos los trabajadores, ya sean nacionales o procedentes de uno de los países terceros de que se trate, tienen derecho a unas condiciones de trabajo idénticas y, en particular, pueden participar de igual manera en las elecciones celebradas en los organismos de defensa y representación de los intereses de los trabajadores por cuenta ajena. Una diferencia de trato por razón de la nacionalidad es contraria a dicho principio fundamental.

Por ello, se declara que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 39 del Tratado Constitutivo y del artículo 8 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n.º 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, así como del artículo 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al negar a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o del EEE el derecho de elegibilidad en las Cámaras de trabajadores. Asimismo se declara que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de aquellos Acuerdos entre la Comunidad y países terceros, en los que se establece el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo en favor de los trabajadores nacionales de los países terceros en cuestión que ejercen legalmente una profesión en un Estado miembro, al negar a los trabajadores procedentes de un país tercero con el que la Comunidad haya celebrado ese tipo de Acuerdo, el derecho de elegibilidad en el comité de empresa y en el Pleno de las Cámaras de trabajadores.

Nota crítica: El TJCE ya declaró en sentencia de 8 de mayo de 2003 (Wählergruppe Gemeinsam, C-171/01, Rec. p. I-4301), en relación con las Cámaras de trabajadores de Austria, que el requisi-

to de nacionalidad, al que la normativa austriaca supedita el derecho de elegibilidad a dichas Cámaras, es incompatible con el principio que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de las condiciones de trabajo establecido en el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. (en esta materia, v. también las Sentencias C-213/90 y C-118/92). Más extensamente en esta materia v. HERVÁS ORTIZ, J. J.: “Contenido sustantivo del derecho a la libre circulación de trabajadores: la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el acceso al empleo, las retribuciones y demás condiciones de trabajo. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en VV.AA.: *Libertad de circulación de trabajadores: aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios: presente y futuro*, 2002, pp. 99-184.

8) Sentencia TJ (Pleno) de 19 de octubre de 2004, Asunto C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department.

Hechos:

La Sra. Chen y su marido trabajan en una empresa china con domicilio social en China. El marido de la Sra. Chen es uno de los directores de la citada empresa y posee una participación mayoritaria en ésta. En el marco de su actividad profesional, realiza con frecuencia viajes de negocios a diversos Estados miembros, entre ellos, al Reino Unido. El primer hijo de la pareja nació en China en 1998. Con el deseo de dar a luz a un segundo hijo, la Sra. Chen entró en el territorio del Reino Unido en el mes de mayo de 2000, estando embarazada de seis meses. En julio del mismo año se trasladó a Belfast (Irlanda), donde nació Catherine el 16 de septiembre siguiente. La madre y la niña viven actualmente en Cardiff, en el País de Gales (Reino Unido). Con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la *Irish Nationality and Citizenship Act 1956* (Ley de 1956 sobre la nacionalidad y la ciudadanía irlandesas), modificada durante el año 2001 y aplicable con efectos retroactivos desde el 2 de diciembre de 1999, Irlanda permite adquirir la nacionalidad irlandesa a toda persona nacida en la isla de Irlanda. Según el apartado 3 de dicho artículo, una persona nacida en la isla de Irlanda adquiere la nacionalidad irlandesa de origen si no tiene derecho a adquirir la nacionalidad de otro país. En virtud de dicha normativa, en septiembre de 2000 se expidió a Catherine un pasaporte irlandés. En cambio, según se afirma en la resolución de remisión, Catherine no tenía derecho a adquirir la nacionalidad británica, ya que, en la *British Nationality Act 1981* (Ley de 1981 sobre la nacionalidad británica), el Reino Unido se aparta del *ius soli*, de modo que el nacimiento en el territorio de dicho Estado miembro ya no confiere automáticamente la nacionalidad británica. No se discute que la estancia en la isla de Irlanda tenía por objeto permitir que la niña que iba a nacer adquiriera la nacionalidad irlandesa y, en consecuencia, que se le reconociera, en su caso, a la madre el derecho a residir con su hija en el territorio del Reino Unido. El órgano jurisdiccional remitente observa asimismo que Irlanda forma parte de la Common Travel Area (zona de circulación común) a los efectos de las *Immigration Acts* (normativa sobre inmigración), por lo cual, en la medida en que, como norma general, los nacionales irlandeses no necesitan obtener una autorización para entrar y residir en el territorio del Reino Unido, Catherine, a diferencia de la Sra. Chen, puede circular libremente por el territorio del Reino Unido y por el de Irlanda. Al margen del derecho a la libre circulación limitado a los dos Estados miembros del que disfruta Catherine, ninguna de las demandantes en el proceso principal tiene derecho a residir en el Reino Unido en virtud de la

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

normativa nacional. La resolución de remisión precisa también que Catherine depende tanto afectiva como económicamente de su madre, que ésta es la principal responsable de velar por ella, que Catherine es destinataria de servicios médicos privados y de servicios de puericultura de pago en el Reino Unido, que ha perdido el derecho a adquirir la nacionalidad china por haber nacido en Irlanda del Norte y haber adquirido, en consecuencia, la nacionalidad irlandesa y que, por ello, sólo tiene derecho a entrar en el territorio chino con un visado cuya duración máxima es de 30 días para cada estancia, que las dos demandantes en el proceso principal disponen de recursos suficientes gracias a la actividad profesional de la Sra. Chen, que no están a cargo del erario público en el Reino Unido y que no existe ninguna posibilidad razonable de que lo vayan a estar y, por último, que son titulares de un seguro de enfermedad. La negativa del Secretary of State for the Home Department a conceder a las dos demandantes en el proceso principal un permiso de residencia de larga duración se basa en que Catherine, de ocho meses de edad, no ejerce ningún derecho derivado del Tratado CE, como los previstos en el artículo 5, apartado 1, de las EEA Regulations, y en que la Sra. Chen no está autorizada a residir en el Reino Unido con arreglo a la normativa citada. La resolución de denegación fue objeto de un recurso de apelación ante la Immigration Appellate Authority, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales. Mediante sus cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en circunstancias como las del asunto principal, la Directiva 73/148, la Directiva 90/364 o el artículo 18 del Tratado Constitutivo interpretados, en su caso, en relación con los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), confieren a un ciudadano menor de edad de un Estado miembro, a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero, el derecho a residir en otro Estado miembro en el que el menor de edad es destinatario de servicios de puericultura. En caso de respuesta afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, en consecuencia, dichas disposiciones confieren un derecho de residencia en favor del progenitor del menor de edad.

El TJCE expone y declara:

En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 del Tratado Constitutivo 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.

Nota crítica: En este interesante supuesto de hecho, el TJCE proclama el derecho de libre circulación y residencia en territorio comunitario de un bebé de progenitores chinos, que al nacer adquirió la nacionalidad irlandesa por *ius soli*. En este caso (y protegiendo la unidad de la vida familiar y el efecto útil del derecho de residencia), dicho reconocimiento trae consigo la concesión extensiva de estos derechos a la madre de la menor, nacional de un tercer Estado.

En relación con este status, cada vez más pleno, de ciudadanía europea, v. FERRER LLORET, J.: “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 6, enero 2005; MIRALLES SANGRO, P. P.: “Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 1, 2001 (Ejemplar dedicado a: ¿Quo Vadis Europa?), pp. 153-158.

9) Sentencia del TJ (Sala Segunda) de 16 de diciembre de 2004, C-293/03, Gregorio My y Office national des pensions (ONP).

Hechos:

El Sr. My, de nacionalidad italiana, nacido el 20 de febrero de 1941, cotizó 19 años al régimen belga de seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, antes de entrar, a partir del 1 de junio de 1974, al servicio del Consejo de las Comunidades Europeas en calidad de funcionario y ello hasta el 31 de mayo de 2001. En marzo de 1992, el interesado solicitó a la ONP (*Office national des pensions*) la transferencia de los derechos a pensión del régimen belga al de las Comunidades Europeas, con arreglo a la Ley de 1991. En octubre de 1992, dicha Oficina le notificó sus derechos a pensión transferibles. Sin embargo, en octubre de 2000, el Consejo informó a la citada Oficina de que el Sr. My había decidido renunciar a la transferencia de sus derechos a pensión devengados al amparo de la legislación belga, según le autorizaba a hacerlo el artículo 9 de la Ley de 1991. Mediante escrito de 17 de octubre de 2000 dirigido al Sr. My, la ONP tomó nota de la citada renuncia. El 20 de octubre de 2000, el Sr. My solicitó que se le concediera una pensión de jubilación anticipada con arreglo al artículo 4, apartado 2, del Real Decreto. Mediante resolución de 2 de mayo de 2001, la ONP denegó la referida solicitud por cuanto el interesado no había cumplido 35 años de servicios efectivos en el sentido del artículo 4, apartado 2, del Real Decreto, para tener derecho a una pensión de jubilación anticipada. Para proceder de esta forma, la citada Oficina se negó a computar los 27 años de servicios prestados por el Sr. My a las Comunidades Europeas en calidad de funcionario, ya que la normativa belga no contemplaba el régimen previsto en el Estatuto. Dado que el *Tribunal du travail* de Bruselas albergaba dudas acerca de la compatibilidad con los principios de la libre circulación de los trabajadores y de no discriminación, así como con los derechos garantizados por el Tratado constitutivo a los ciudadanos de la Unión, por una parte de la Ley de 1991 y del Estatuto, en la medida en que no garantizan el derecho a la transferencia de los derechos a pensión del régimen comunitario al régimen nacional, así como, por otra parte, del artículo 4, apartado 2, del Real Decreto, en cuanto esta disposición no permite el cómputo de los periodos de actividad cumplidos al servicio de una institución comunitaria, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

El TJCE expone y declara:

Hay que reconocer que una normativa nacional como la que se cuestiona en el asunto principal puede obstaculizar y, por lo tanto, desalentar el ejercicio de una actividad profesional en una institución de la Unión Europea en la medida en que, cuando un trabajador, que ha estado afiliado a un régimen nacional de pensiones, acepta un empleo en tal institución, corre el riesgo

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

de perder las posibilidades de disfrutar, con arreglo al citado régimen, de una prestación de vejez a la que habría tenido derecho en caso de no haber aceptado tal empleo. No pueden admitirse semejantes consecuencias habida cuenta del deber de cooperación y de asistencia leales que recae sobre los Estados miembros con respecto a la Comunidad y que halla su expresión en la obligación, impuesta por el artículo 10 del Tratado Constitutivo, de facilitar a ésta el cumplimiento de su misión. El artículo 10 del Tratado Constitutivo, en relación con el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no permite que se computen los años de trabajo que un nacional comunitario haya cumplido al servicio de una institución comunitaria, en orden al reconocimiento de un derecho a pensión de jubilación anticipada en virtud del régimen nacional.

Nota crítica: La decisión del TJCE es coherente con los principios de igualdad y de libre circulación de trabajadores, imperantes en el ámbito comunitario. En estas materias, v., ORDÓNEZ SOLÍS, D.: “Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”, *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2001, pp. 151-171; GALIANA MORENO, J. M.: “La libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario europeo”, en VV.AA.: *Libertad de circulación de trabajadores: aspectos laborales y de Seguridad Social comunitarios: presente y futuro/coordinado por* José Joaquín Hervás Ortiz), 2002, pp. 15-34

C) RELACIONES EXTERIORES

1) Sentencia del TJ (Gran Sala) de 28 de abril de 2004, Asunto C-373/02, Sakir Öztürk y Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.

Hechos:

El Sr. Öztürk, de nacionalidad turca, nació en 1939 y reside actualmente en Alemania. Trabajó en Austria de 1966 a 1970 y posteriormente en Alemania. Entre el 20 de julio de 1998 y el 31 de diciembre de 1999, estuvo registrado como desempleado en dicho Estado miembro y percibió una asignación por desempleo del *Arbeitsamt* (Oficina de Empleo) de Bremen (Alemania). Hasta el 1 de enero de 2000, el Sr. Öztürk había cotizado 377 meses al seguro de vejez obligatorio (323 en Alemania y 54 en Austria). A partir del 1 de enero de 2000, se le reconoció la pensión alemana de vejez anticipada. En cambio, mediante resolución de 10 de abril de 2000, la Caja laboral de pensiones austriaca denegó al Sr. Öztürk la concesión de la pensión de vejez anticipada por razón de desempleo, de conformidad con el artículo 253 bis de la ASVG (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*), basándose en que, durante los quince meses anteriores a la fecha de referencia, el 1 de enero de 2000, el interesado no había percibido prestaciones del seguro de desempleo austriaco y en que no podía invocar tampoco circunstancias de hecho asimiladas a la percepción de dicha prestación. El recurso interpuesto por el Sr. Öztürk contra dicha resolución fue desestimado en primera instancia basándose fundamentalmente en que el artículo 253 bis de la ASVG encuentra su justificación en la situación del mercado laboral austriaco; el hecho de que el interesado percibiera una prestación del seguro de desempleo alemán no podía equipararse a la percepción del seguro de desempleo austriaco. A su juicio, ni el Acuerdo bilateral ni el Reglamento n.º 1408/71 permitían llegar a una conclusión distinta. La sentencia dictada en

primera instancia fue confirmada en apelación. El Sr. Öztürk interpuso un recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof*. Este último se pregunta si el hecho de no tener en cuenta períodos durante los cuales el solicitante percibió una prestación por desempleo en otro Estado miembro a efectos de la adquisición de un derecho a pensión con arreglo al artículo 253 bis de la ASVG constituye una discriminación indirecta contra el solicitante en el litigio principal, contraria al artículo 9 del Acuerdo de asociación.

El TJCE expone y declara:

El artículo 3, apartado 1, de la *Decisión n.º 3/80 del Consejo de asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a los trabajadores turcos y a los miembros de sus familias* (DOCE 1983, C110, p. 60), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de la legislación de un Estado miembro que supedita la adquisición del derecho a una pensión de vejez anticipada por razón de desempleo al requisito de que el interesado haya percibido, durante un determinado período anterior a la solicitud de pensión, prestaciones del seguro de desempleo únicamente del citado Estado miembro.

Nota crítica: Esta Sentencia del TJ aborda la cuestión de los trabajadores migrantes que son nacionales de terceros países. En este caso, el nacional turco reside en un Estado miembro (Alemania) distinto de aquel que le deniega la concesión de la pensión de vejez anticipada por razón de desempleo (Austria). El tribunal, atendiendo a las disposiciones adoptadas entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, da respuesta al supuesto estimando que las exigencias de la normativa austriaca vulneran el principio de igualdad de trato (abordando cuestiones parejas, v. Asunto O'Flynn, C-237/94, Auto Alami, C-23/2002). Respecto al Acuerdo de asociación, v. OLESTI RAYO, A.: "El Acuerdo de Asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n.º 4, n.º 7, 2000, pp. 49-90.

2) Sentencia TJ (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2004, Asunto C-275/02, Engin Ayaz y Land Baden-Württemberg.

Hechos:

El Sr. Ayaz, nacido el 24 de septiembre de 1979 y soltero, se reunió en 1991 con su padrastro en Alemania, acompañado de su madre. El padrastro del Sr. Ayaz, de nacionalidad turca, es desde los años ochenta un trabajador que forma parte del mercado legal de trabajo del citado Estado miembro, donde reside legalmente. Según el órgano jurisdiccional remitente, la madre del Sr. Ayaz no ha sido autorizada, en ningún momento, a trabajar en Alemania. Desde su entrada en el territorio alemán, el Sr. Ayaz ha vivido con su madre y padrastro, a excepción de una interrupción a finales de 1999 por un breve período. Durante su estancia en Alemania, siguió y terminó la enseñanza primaria previa a la formación profesional y, posteriormente, asistió durante un año a una escuela de formación profesional. A continuación, inició dos cursos de formación profesional sin que terminara ninguno. Tras haber estado desempleado durante un

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

cierto período, trabajó de manera intermitente como conductor. Entre 1997 y 2001, el Sr. Ayaz fue condenado en reiteradas ocasiones por los órganos jurisdiccionales alemanes por distintos hechos delictivos. En Alemania, el interesado disfrutó de permisos de residencia temporales, el último de los cuales expiró el 31 de octubre de 1999. El 8 de julio de 1999, el Sr. Ayaz solicitó la concesión de un permiso de residencia por tiempo indefinido, sin que se adoptara respecto a esta petición ninguna decisión formal. El 24 de marzo de 2000, el Sr. Ayaz solicitó la prórroga de su permiso de residencia temporal. El *Landratsamt Rems-Murr-Kreis* denegó esta última solicitud y conminó al interesado a salir de Alemania dentro del mes siguiente a la notificación de la referida denegación; el incumplimiento de esta orden conminatoria implicaría necesariamente su expulsión a Turquía. El Sr. Ayaz interpuso un recurso contra esta resolución y al mismo tiempo solicitó al *Verwaltungsgericht Stuttgart* que le concediera la protección cautelar de sus derechos. Mediante resolución de 30 de octubre de 2000, dicho órgano jurisdiccional declaró el efecto suspensivo de ese recurso. El *Regierungspräsidium Stuttgart* desestimó por infundado el recurso que había formulado el Sr. Ayaz, al considerar que éste suponía un serio peligro para la seguridad y el orden públicos a causa de las graves infracciones que había cometido y que ni la Constitución alemana ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se oponían a su expulsión. El interesado interpuso un recurso contra la resolución del *Regierungspräsidium Stuttgart* ante el *Verwaltungsgericht Stuttgart*. Según este último órgano jurisdiccional, la resolución impugnada es conforme con el Derecho nacional, dado que la *Ausländergesetz* (Ley alemana de extranjería) prevé la expulsión automática del extranjero que, como en el presente caso, haya sido condenado por sentencia firme, en los últimos cinco años, a penas correspondientes a menores de un total de tres años y medio. Sin embargo, el tribunal remitente considera que debe averiguarse si el Sr. Ayaz puede gozar de la protección contra las expulsiones establecida en el artículo 14, apartado 1, de la *Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre, relativa al desarrollo de la Asociación*.

El TJCE expone y declara:

El artículo 7, párrafo primero, de la *Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación*, adoptada por el Consejo de Asociación instituido en virtud del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, debe interpretarse en el sentido de que el hijastro menor de 21 años o a cargo de un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro es un miembro de la familia de este trabajador, en el sentido de dicha disposición, y disfruta de los derechos que esta *Decisión* le confiere en la medida en que haya sido autorizado debidamente a reunirse con dicho trabajador en el Estado miembro de acogida.

Nota crítica: De nuevo el TJCE se ocupa aquí de un supuesto de hecho turco-alemán (lo que no es sino reflejo de la realidad social alemana, país que actualmente cuenta con más de dos millones de nacionales turcos). El tribunal declara, al hilo de la interpretación del artículo 7.1 de la *Decisión 1/80* del Consejo de Asociación, que la noción “miembro de la familia” no ha de entenderse limitada a sus parientes consanguíneos (en el mismo sentido, v. por ejemplo, *Asunto Mesbah, C-179/98*).

3) Sentencia del TJ (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2004, Asunto C-467/02, Inan Cetinkaya y Land Baden-Württemberg.

Hechos:

El Sr. Cetinkaya, demandante en el litigio principal, nació el 24 de enero de 1979 en Alemania donde siempre ha residido. Desde el 9 de marzo de 1995, es titular de un permiso de residencia por tiempo indefinido en dicho Estado miembro. En julio de 1995, el Sr. Cetinkaya obtuvo un diploma de enseñanza secundaria. Dos meses más tarde, empezó un aprendizaje como carpintero que abandonó en febrero del año siguiente. Hasta el año 1999, el Sr. Cetinkaya fue combinando diversos trabajos temporales con períodos de inactividad. Los padres y las cinco hermanas mayores del Sr. Cetinkaya, tres de las cuales adquirieron la nacionalidad alemana, residen igualmente en Alemania donde el padre estuvo empleado hasta la edad de la jubilación. Los padres y las dos hermanas del Sr. Cetinkaya que conservaron la nacionalidad turca han presentado una solicitud para adquirir la nacionalidad alemana por carta de naturaleza. El Sr. Cetinkaya fue condenado varias veces en Alemania (por un delito colectivo de robo y extorsión y por cinco tentativas de delito colectivo de extorsión, por tráfico ilícito de estupefacientes en grandes cantidades, por adquisición ilícita y tráfico de estupefacientes en ciento dos casos, por posesión ilegal de estupefacientes en grandes cantidades y su tráfico en dos casos y por importación ilícita y tráfico de estupefacientes en grandes cantidades, etc.). El 7 de enero de 2000, el Sr. Cetinkaya fue detenido e internado en un centro de menores. El 22 de enero de 2001, fue puesto en libertad para seguir una terapia de desintoxicación. Tras haber abandonado los dos primeros intentos sin alcanzar el resultado apetecido de terapia, el 10 de septiembre de 2001, el Sr. Cetinkaya inició una nueva terapia en un centro de desintoxicación que concluyó con éxito en el verano de 2002. En virtud de una resolución judicial de 20 de agosto de 2002, consiguió la suspensión de la ejecución del resto de la medida de internamiento con arreglo a la *Betäubungsmittelgesetz* (Ley de estupefacientes), lo que supone, según explica el órgano jurisdiccional remitente, que igualmente se tuviera en cuenta el interés por la seguridad de la población. Desde agosto de 2002, el Sr. Cetinkaya ha reanudado sus estudios secundarios y presta dos veces a la semana servicio nocturno en un centro de desintoxicación. El 3 de noviembre de 2000, la autoridad administrativa competente, el *Regierungspräsidium Stuttgart*, notificó al Sr. Cetinkaya su expulsión inmediata de Alemania, bajo amenaza de deportarlo a Turquía sin demora. Según esta autoridad existían razones imperiosas de seguridad y orden público, en el sentido del artículo 48, apartado 1, tercera frase, en relación con el artículo 47, apartado 1, punto 1, de la *Ausländergesetz*, que justificaban una presunción legal a favor de la expulsión. Ésta resultaba necesaria por razones generales y particulares de prevención y no era contraria al artículo 7 de la Decisión n.º 1/80 porque, debido al internamiento y a la terapia de desintoxicación que el Sr. Cetinkaya debía seguir, éste ya no se hallaba presente en el mercado de trabajo. Aunque hubiera podido invocar un derecho de residencia al amparo del artículo 7 de la Decisión n.º 1/80, se cumplirían en cualquier caso los requisitos establecidos en el artículo 14 de dicha Decisión. El 8 de diciembre de 2000, el Sr. Cetinkaya interpuso un recurso contra la resolución de expulsión ante el órgano jurisdiccional remitente. El 3 de septiembre de 2002, el *Regierungspräsidium Stuttgart* modificó esta resolución en el sentido de que se concedió plazo al Sr. Cetinkaya hasta el 4 de octubre de 2002

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

para abandonar voluntariamente el territorio. Como motivación, el *Regierungspräsidium* señalaba que el Sr. Cetinkaya había sido puesto en libertad desde el 22 de enero de 2001 para someterse a una terapia de desintoxicación, por lo que ya únicamente cabía fijar un plazo para que saliera voluntariamente del territorio. El Sr. Cetinkaya interpuso igualmente un recurso contra la resolución de modificación ante el *Verwaltungsgericht Stuttgart* que, tras haber acumulado los dos procedimientos de que se trata, decidió suspenderlos y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

El artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación instituido mediante el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, debe interpretarse en el sentido de que contempla la situación de la persona mayor de edad, hijo de un trabajador turco que forma o formó parte del mercado legal de trabajo del Estado miembro de acogida, aun cuando este hijo haya nacido y residido siempre en dicho Estado.

El artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n.º 1/80 se opone a que, a raíz de la condena a una medida de internamiento seguida de una terapia de desintoxicación, el nacional turco que se halle en la situación del Sr. Cetinkaya sufra una limitación de los derechos que esta disposición le confiere debido a una ausencia prolongada del mercado de trabajo.

A la luz de los principios consagrados en materia de la libre circulación de trabajadores nacionales de un Estado miembro y aplicables a los trabajadores turcos que disfrutan de los derechos reconocidos por la Decisión n.º 1/80, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta, al examinar la legalidad de una medida de expulsión adoptada contra un ciudadano turco, los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate. Por tanto, el artículo 14 de la Decisión n.º 1/80 se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales, al examinar la legalidad de una medida de expulsión adoptada contra un nacional turco, no tengan en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes en virtud de los cuales ya no sea posible una restricción de los derechos del interesado a efectos de la mencionada disposición.

Nota crítica: En esta resolución, el TJCE vuelve a interpretar la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía e incide nuevamente en que las autoridades nacionales no han de darle un carácter expansivo a sus políticas en materia de expulsión, ya que han de tenerse en cuenta los límites que proceden del Derecho comunitario (con el mismo problema de fondo, pero en supuestos referidos a nacionales comunitarios, v. en este comentario jurisprudencial la Sentencia de 29 de abril de 2004, Asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01). Abordando este tipo de cuestiones, v. BAQUERO CRUZ, J.: “El auto Dem, Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y el TJCE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19, 2004, pp. 935-950.

4) Sentencia TJ (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2004. Asunto C-327/02, Lili Georgieva Panayotova, Radostina Markova Kalcheva, Izabella Malgorzata Lis, Lubica Sopova, Izabela Leokadia Topa, Jolanta Monika Rusiecka y Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie.

Las solicitudes de permiso de residencia presentadas por las demandantes en el procedimiento principal con el propósito de ejercer en los Países Bajos una actividad profesional como trabajadoras por cuenta propia fueron denegadas por el jefe de la policía regional de Groningen (Países Bajos) al carecer éstas de la autorización de residencia provisional exigida por el artículo 16 a, apartado 1, de la *Vreemdelingenwet*. El *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie* desestimó las reclamaciones presentadas contra esta denegación mediante decisiones adoptadas entre el 22 de enero y el 1 de mayo de 2001. El *Rechtbank te 's-Gravenhage*, ante el que se ha presentado recurso contra dichas decisiones, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las varias cuestiones prejudiciales. A través de ellas, el órgano jurisdiccional remitente solicita fundamentalmente que se dilucide si las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de asociación deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual una solicitud de permiso de residencia presentada en su territorio con el fin de que el solicitante se establezca en él como trabajador por cuenta propia al amparo de dichos Acuerdos debe ser denegada, sin más examen, cuando el solicitante carece de una autorización de residencia provisional expedida previamente por los servicios diplomáticos o consulares de dicho Estado miembro en el país del que es originario el solicitante o donde resida habitualmente, aunque en la fecha de presentación de la solicitud se encuentre en situación regular en dicho Estado miembro a título distinto del de trabajador por cuenta propia y afirme cumplir clara y manifiestamente los requisitos materiales para la concesión de dicha autorización de residencia provisional y del permiso de residencia como trabajador por cuenta propia.

El TJCE expone y declara:

El artículo 45, apartado 1, en relación con el artículo 59, apartado 1, del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Bulgaria, por otra, aprobado por la Decisión 94/908/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994, el artículo 44, apartado 3, en relación con el artículo 58, apartado 1, del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Polonia, por otra, aprobado por la Decisión 93/743/Euratom, CECA, CE del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, y el artículo 45, apartado 3, en relación con el artículo 59, apartado 1, del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, aprobado por la Decisión 94/909/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994, no se oponen en principio a la normativa de un Estado miembro que establece un sistema de control previo que supedita el acceso al territorio de dicho Estado miembro con propósito de establecimiento como trabajador por cuenta propia a la expedición de una autorización de residencia provisional por los servicios diplomáticos o consulares de dicho Estado miembro en el país del que es originario el interesado o donde resida habitualmente. Un sistema de estas caracte-

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

rísticas puede supeditar válidamente la concesión de dicha autorización al requisito de que el solicitante pruebe que tiene realmente la intención de iniciar una actividad laboral por cuenta propia, sin ejercer simultáneamente un trabajo por cuenta ajena ni recurrir a los fondos públicos, y que dispone desde un primer momento de recursos económicos suficientes y tiene posibilidades razonables de conseguir sus objetivos. No obstante, el régimen aplicable a tales autorizaciones de residencia provisional debe basarse en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes sean tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, debiendo, además, poder recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización.

Dichas disposiciones de los Acuerdos de asociación deben interpretarse en el sentido de que tampoco se oponen, en principio, a que dicha normativa nacional prevea que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida denieguen una solicitud de permiso de residencia con propósito de establecimiento con arreglo a dichos Acuerdos de asociación presentada en el territorio de este Estado miembro cuando el solicitante carece de la autorización de residencia provisional exigida por dicha normativa. Son irrelevantes a este respecto el hecho de que el solicitante afirme cumplir clara y manifiestamente los requisitos materiales exigidos para la concesión de la autorización de residencia provisional y del permiso de residencia con propósito de establecimiento, así como la circunstancia de que dicho solicitante se encuentre en situación regular en el Estado miembro de acogida por otro motivo en el momento de presentar su solicitud, si ésta resulta ser incompatible con las condiciones expresas a que se ha supeditado la admisión del interesado en dicho Estado miembro y, en especial, las relativas a la duración autorizada de la estancia.

Nota crítica: Ante esta tipología de supuestos, que en el caso concreto afectan a nacionales búlgaros, polacos y eslovacos, la respuesta del Tribunal de Justicia admite un sistema de control previo como el vigente en Países Bajos, siempre que éste no dificulte en exceso el ejercicio del derecho de establecimiento recogido en los Acuerdos de asociación con los citados países. En relación con estas materias, v. BLÁZQUEZ NAVARRO, I.: “La libertad de establecimiento en los Acuerdos Europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE de 20 de noviembre de 2001, C-268/99, Jany e.a.)”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, año n.º 6, n.º 13, 2002, pp. 943-960; FERRER GÓMEZ, A.: “El derecho de establecimiento en los acuerdos europeos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 2002, pp. 1896-1904; PÉREZ DE NANCLARES, J.: “El derecho de establecimiento”, *Derecho comunitario material*, 2000, pp. 108-123

D) SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

1) Sentencia del TJ (Sala Cuarta) de 29 de abril de 2004, Asunto C-160/02, Friedrich Skalka y Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.

Hechos:

El Sr. Skalka es nacional austriaco. Desde el 1 de mayo de 1990 percibe del Instituto austriaco de Seguridad Social (*Sozialversicherungsanstalt*) una pensión de invalidez. Desde que cumplió los

60 años de edad, percibe esta misma prestación en concepto de pensión anticipada de vejez por haber cubierto un período largo de seguro. El Sr. Skalka tiene su residencia habitual en Tenerife desde finales de 1990. El 16 de diciembre de 1999, solicitó a la *Sozialversicherungsanstalt* la concesión del suplemento compensatorio de conformidad con la *Ley federal austriaca relativa Seguro Social para personas que trabajen en el comercio*. Dicho organismo desestimó esta solicitud el 12 de octubre de 2000, por considerar que el Sr. Skalka tenía su residencia habitual en el extranjero y que la prestación de que se trata no es exportable. El Sr. Skalka interpuso un recurso contra esta resolución desestimatoria. A juicio de los órganos jurisdiccionales que conocieron del fondo del asunto en primera instancia y en apelación, el suplemento compensatorio es una prestación especial de carácter no contributivo a efectos del artículo 10 bis del *Reglamento n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena*, que no puede concederse, conforme a dicho artículo, a una persona que resida de modo habitual en un Estado miembro que no sea la República de Austria. El Sr. Skalka interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo austriaco (*Oberster Gerichtshof*), que decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJ.

El TJCE expone y declara:

El artículo 10 bis y el anexo II bis del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, deben interpretarse en el sentido de que el suplemento compensatorio, previsto por la *Ley austriaca relativa al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos del sector comercial*, está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 [en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97] y, por tanto, constituye una prestación especial de carácter no contributivo conforme al artículo 4.2 bis, del mismo Reglamento. Por ello, la situación de quienes reúnan con posterioridad al 1 de junio de 1992 los requisitos para la concesión de dicha prestación se rige exclusivamente, a partir del 1 de enero de 1995 (fecha de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea), por el sistema de coordinación establecido en el mencionado artículo 10 bis. Ello implica que tal prestación sólo puede concederse a quienes residan habitualmente en Austria.

Nota crítica: En esta decisión, el Tribunal de Justicia admite el sistema nacional establecido respecto del pago del suplemento compensatorio, y califica a éste como una prestación especial de carácter no contributivo (esto es, se admite que se trata de una figura cuyo por objeto es el reconocimiento de ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social insuficientes. Dado que la prestación se halla estrechamente relacionada con la situación económica y social del país que la abone, su finalidad no se alcanzaría si se concediera fuera del Estado de residencia). En esta materia, v. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La naturaleza asistencial interna del complemento por mínimos de las pensiones contributivas”, *Aranzadi social*, n.º 5, 2002, pags. 917-950; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 27, 2000, pp. 65-94; y DESDENTADO BONETE, A.: “La Seguridad Social de

los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de la doctrina”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 157, 1998, pp. 89-100.

2) Sentencia del TJ (Sala Segunda) de 8 de julio de 2004. Asuntos acumulados C-502/01 y C-31/02, Silke Gaumain-Cerri y Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, y Kaufmännische Krankenkasse-Pflegekasse, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte; y entre Maria Barth y

PAX Familienfürsorge Krankenversicherung, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, en el que participa Silke Gaumain-Cerri y Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, y Kaufmännische Krankenkasse-Pflegekasse, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte; y entre Maria Barth y

PAX Familienfürsorge Krankenversicherung, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, en el que participa Silke Gaumain-Cerri y Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, y Kaufmännische Krankenkasse-Pflegekasse, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte; y entre Maria Barth y PAX Familienfürsorge Krankenversicherung, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung.

Hechos:

En Alemania, la Ley relativa al seguro contra el riesgo de dependencia (*Pflegeversicherungsgesetz*) instauró, a partir del 1 de enero de 1995, el seguro de dependencia, que tiene por objeto la cobertura de los gastos causados por la necesidad de asistencia de los asegurados, es decir, por su necesidad permanente de recurrir, en gran medida, a la ayuda de otras personas para ejecutar los actos corrientes de la vida cotidiana (higiene corporal, alimentación, movilidad, cuidado del hogar, etc.). Toda persona afiliada al seguro de enfermedad, con carácter voluntario u obligatorio, debe abonar las cotizaciones del régimen de seguro de dependencia. Entre otras cosas, este seguro cubre, bajo determinadas condiciones, las cotizaciones del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidente de la persona que se ocupa del cuidado del asegurado.

La Sra. Gaumain-Cerri, de nacionalidad alemana, y su marido, nacional francés, residen en Francia y ejercen su profesión a tiempo parcial, como trabajadores fronterizos, en una empresa establecida en Alemania. Como tales, están afiliados al seguro de dependencia alemán. Su hijo, que reside con ellos, sufre una discapacidad y, como beneficiario del seguro de sus padres, percibe prestaciones del seguro de dependencia, en particular, la asignación de asistencia. Los propios progenitores asumen, a domicilio y gratuitamente, el papel de tercero que presta asistencia a una persona dependiente. Sin embargo, la entidad del seguro de dependencia KKH, aseguradora del riesgo de dependencia en el presente asunto, se niega a asumir las cotizaciones del seguro de vejez de la Sra. Gaumain-Cerri y de su marido por su dedicación a actividades de asistencia a persona dependiente, debido a que no residen en territorio alemán. La aseguradora opina que teniendo en cuenta el carácter no profesional de aquella actividad y el hecho de no residir en el territorio nacional, no tienen ni obligación ni derecho al seguro de vejez legalmente establecido. El carácter no profesional de la actividad de que se trata tampoco

les confiere la condición de trabajador que pueda acogerse a lo dispuesto en el Reglamento n.º 1408/71.

Por su parte, la Sra. Barth, de nacionalidad alemana, reside en Bélgica, en la proximidad de la frontera alemana, y se ocupa en este último país del cuidado de un funcionario jubilado, del que percibe una retribución anual de alrededor de 400 euros. La persona dependiente de cuyo cuidado se ocupa recibe sus prestaciones de seguro de dependencia de dos organismos, el *Landesamt für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen*, como entidad propia del régimen básico de seguridad social para funcionarios fuera de servicio, y la *PAX Familienfürsorge Krankenversicherung*, como entidad de seguro complementario de contratación privada y obligatoria, sujeta a condiciones, establecidas legalmente, análogas a las aplicables al régimen básico de seguridad social. Por motivos equivalentes al caso de la Sra. Gaumain-Cerri, relacionados con la residencia fuera de Alemania, el *Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz* ordenó la interrupción del pago de las cotizaciones que permitían a la Sra. Barth adquirir sus derechos de pensión, pago que hasta entonces realizaban PAX y el *Landesamt*.

Las Sras. Gaumain-Cerri y Barth recurrieron ante el *Sozialgericht Hannover* y el *Sozialgericht Aachen*, respectivamente, las decisiones desfavorables de que fueron objeto y exigen que el seguro de dependencia cubra las cotizaciones al régimen del seguro de vejez en relación con sus actividades de asistencia a persona dependiente. En tales circunstancias, tanto el *Sozialgericht de Hannover* como el *Sozialgericht de Aachen* decidieron suspender el procedimiento y plantear al TJ varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

Una prestación como la asunción, por la entidad que asegura el riesgo de dependencia, de las cotizaciones sociales del seguro de vejez del tercero que presta asistencia domiciliaria a una persona dependiente, en las circunstancias del litigio principal, sí constituye una prestación de enfermedad de la que es beneficiaria la persona dependiente y a la que resulta aplicable el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad [en su versión actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996].

En el caso de prestaciones, como las del seguro de dependencia alemán, otorgadas en condiciones como las de los asuntos principales a un asegurado residente en el territorio del Estado competente o a una persona que reside en el territorio de otro Estado miembro y está afiliada a dicho seguro en concepto de familiar de un trabajador, el artículo 17 del Tratado Constitutivo (ciudadanía de la Unión) y el Reglamento n.º 1408/71 se oponen a que la entidad competente se niegue a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un nacional de un Estado miembro que actúa como tercero que presta asistencia al beneficiario de las referidas prestaciones basándose en que dicho tercero o tal beneficiario residen en un Estado miembro distinto al de la entidad que cubre el riesgo de dependencia.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

Nota crítica: Como afirma el Tribunal de Justicia, negarse a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un tercero que asiste a una persona dependiente, basándose únicamente en que éste no reside en el territorio del Estado cuya legislación se aplica, es una diferencia de trato que genera una discriminación prohibida por el Derecho comunitario. Analizando el tema de los seguros de dependencia, figura cada vez más utilizada, v.: FERRERAS ALONSO, F.: “La reciente implantación del seguro de dependencia en algunos países europeos y breve referencia a España”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 137, 2002, pp. 14-27; RIVERA SAGANTA, J.: “El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el estado de bienestar”, *Foro de Seguridad Social*, n.º. 5, 2001, pp. 35-48; DELGADO RUIZ, J.: “Reflexiones en torno al establecimiento del nuevo seguro de dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º. 7, 2004, pp. 232-239.

3) Sentencia del TJ (Sala Sexta) de 14 de octubre de 2004, Asunto C-193/03, Betriebskrankenkasse der Robert Bosch GmbH y Bundesrepublik Deutschland.

Hechos

En el marco de la aplicación de las disposiciones de Derecho interno alemán que regulan la cobertura de la asistencia sanitaria, R. Bosch (entidad gestora del seguro de enfermedad) ha adoptado como práctica el reembolso íntegro de los gastos en que incurren los beneficiarios del seguro de enfermedad cuando el importe que pagan por la asistencia sanitaria recibida con ocasión de una estancia en otro Estado miembro no excede de 200 marcos alemanes. Según R. Bosch, son muy numerosos los casos en los que los beneficiarios de la seguridad social pagan directamente los gastos médicos en que incurren con ocasión de una estancia en otro Estado miembro. En efecto, es frecuente que quienes han de prestar la asistencia sanitaria no reconozcan los documentos expedidos por la entidad gestora del seguro de enfermedad con vistas a la obtención de asistencia sanitaria en el extranjero o que los beneficiarios de la seguridad social no estén en posesión de tales documentos. En esas circunstancias, imperativos de simplificación administrativa y razones de economía justifican que, cuando se trata de gastos médicos de reducido importe, la institución competente proceda al reembolso íntegro de los mismos, en lugar de aplicar los largos, complejos y, según la experiencia de la propia R. Bosch, poco prácticos procedimientos que prevé el artículo 34 del Reglamento n.º 574/72. Mediante resolución de 31 de enero de 2001, el BVA (*Bundesversicherungsamt* alemán) requirió a R. Bosch para que pusiera término a la práctica controvertida, que consideraba contraria a lo que exige el apartado 34 del mencionado artículo. Para fundamentar el recurso que interpuso contra la citada resolución, R. Bosch alega que ésta incurre en un error de apreciación y vulnera el principio de proporcionalidad. El *Sozialgericht Stuttgart* parece considerar que la práctica controvertida presenta efectivamente ventajas en términos de eficacia, que permite realizar ahorros y que resulta beneficiosa para los afiliados a la seguridad social, que obtienen el reembolso con mayor rapidez. Dicho órgano jurisdiccional afirma, por otro lado, que tanto el artículo 34, apartado 4, del Reglamento n.º 574/72 como las resoluciones basadas en el mismo que fijaron en 500 euros, primero, y en 1.000 euros, más tarde, el límite máximo por debajo del cual las instituciones competentes estaban autorizadas, en determinadas condiciones, a aplicar sus propias tarifas de reembolso en lugar de las tarifas aplicables por la institución del lugar de estancia, se hacen

eco de preocupaciones análogas a las que subyacen a la práctica controvertida. En tales circunstancias, el Sozialgericht Stuttgart decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

El TJCE expone y declara:

El artículo 34 del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1399/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la práctica de una entidad gestora del seguro de enfermedad que se inscribe en el marco de la aplicación de una normativa interna y que consiste en reembolsar íntegramente los gastos médicos en que incurren sus beneficiarios con ocasión de una estancia en otro Estado miembro, cuando tales gastos no exceden de un importe de 200 DEM.

Nota crítica: En este caso, el tribunal concluye que lo establecido en la normativa comunitaria en materia de reembolso no se opone a la práctica que venía desarrollando la entidad gestora alemana (resultado este que favorece a los beneficiarios). En materia de reintegro de gastos médicos: GRAU PINEDA, M. C.: “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Khol del TJCE”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 19, 1999, pp. 55-80; BLASCO LAHOZ, J. F.: “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, *Aranzadi social*, n.º 11, 2004, pp. 53-82.

4) Sentencia del TJ (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2004, Asunto C-372/02, Roberto Adanez-Vega y Bundesanstalt für Arbeit.

Hechos:

El Sr. Adanez-Vega tiene la nacionalidad española y, desde su nacimiento en 1974, ha tenido permanentemente su residencia principal declarada en Alemania. Del 1 de septiembre de 1991 al 4 de diciembre de 1992, cursó un programa de formación en España que estaba sujeto a la seguridad social (en particular, al seguro de desempleo). Posteriormente, del 3 al 31 de agosto de 1994 y del 3 de noviembre de 1994 al 20 de abril de 1995, ocupó en Alemania un empleo también sujeto a la seguridad social (en particular, al seguro de desempleo). El 21 de abril de 1995, el Sr. Adanez-Vega se trasladó a España, donde realizó su servicio militar obligatorio del 18 de mayo de 1995 al 15 de febrero de 1996. Al terminar su servicio militar, volvió a Alemania. A su regreso a Alemania, el Sr. Adanez-Vega se registró el 25 de abril de 1996 como desempleado en el *Bundesanstalt*, donde solicitó una prestación por desempleo. El 30 de mayo de 1996, encontró un nuevo empleo. El *Bundesanstalt*, mediante resolución de 31 de mayo de 1996, le denegó la prestación por desempleo en relación con el período comprendido entre el 25 de abril y el 29 de mayo de 1996 debido a que no se cumplía el período de carencia previsto en los artículos 104 y

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Extranjería

134 de la *Arbeitsförderungsgesetz* para tener derecho a las prestaciones por desempleo (prestación por desempleo o subsidio por desempleo). En efecto, dado que, según el *Bundesanstalt*, no había que computar el período de servicio militar realizado en España, el Sr. Adanez-Vega no cumplía el requisito del período de carencia de 360 días a lo largo de un período de referencia de tres años, recogido en el artículo 104 de la *Arbeitsförderungsgesetz*, ni el del período de carencia de 150 días a lo largo de un período de referencia de un año, contemplado en el artículo 134 de esa misma Ley. La reclamación del Sr. Adanez-Vega contra dicha resolución fue desestimada por el *Bundesanstalt*. El recurso contra esta resolución que interpuso el Sr. Adanez-Vega ante el *Sozialgericht Hannover* (Alemania) fue estimado. La apelación del *Bundesanstalt* ante el *Landessozialgericht Niedersachsen* (Alemania) fue desestimada. El *Bundesanstalt* interpuso entonces un recurso de casación ante el *Bundessozialgericht*. Éste decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

El TJCE expone y declara:

Una persona que, como el Sr. Adanez-Vega, reside en un Estado miembro donde está desempleada tras haber realizado su servicio militar obligatorio en otro Estado miembro, está sujeta, en virtud del artículo 13, apartado 2, letra f), del Reglamento n.º 1408/71, a la legislación del Estado miembro de residencia. Por tanto, con arreglo a las normas generales de conexión del título II del Reglamento n.º 1408/71, procede aplicar la legislación alemana para determinar si el Sr. Adanez-Vega reúne o no los requisitos para que exista el derecho a una prestación por desempleo.

El artículo 71, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 1408/71, que contiene normas particulares relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de prestaciones por desempleo, no puede modificar las anteriores consideraciones.

Un período de servicio militar obligatorio en otro Estado miembro constituye un «[período de empleo cubierto] como [trabajador] por cuenta ajena bajo la legislación de [ese] otro Estado miembro» en el sentido del artículo 67, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71 cuando, por un lado, está definido o admitido como tal por la legislación de ese otro Estado miembro o está asimilado y reconocido por dicha legislación como equivalente a un período de empleo y, por otro lado, el interesado estuvo asegurado en el sentido del artículo 1, letra a), del mismo Reglamento durante su servicio militar.

El requisito de que «el interesado haya cubierto en último lugar (...) períodos de seguro (...) con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones» en el sentido del artículo 67, apartado 3, del Reglamento n.º 1408/71 sólo se opone a la obligación de totalizar períodos de empleo en el caso en que se haya cubierto un período de seguro en otro Estado miembro después del último período de seguro cubierto bajo la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones.

Habida cuenta de lo anterior, en circunstancias como las del asunto principal, el artículo 3 del Reglamento n.º 1408/71 no se opone a que una institución competente, a efectos del examen

del derecho a las prestaciones por desempleo, no compute, en el cálculo de los períodos de seguro cubiertos, un período de servicio militar obligatorio realizado en otro Estado miembro.

Nota crítica: En este supuesto, en el que está implicado un nacional español, el Tribunal de Justicia admite una práctica de cómputos alemana que, en materia de prestación por desempleo, supone no tener en cuenta un período de servicio militar obligatorio realizado en otro Estado comunitario. En torno a estas materias, v. SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “El mantenimiento de la prestación por desempleo en la migración intracomunitaria”, *Actualidad laboral*, n.º 1, 1993, pp. 43-49; SELLAS I BENVINGUT, R.: “Libre circulación de trabajadores y prestación por desempleo: el caso del Caso BOSMAN contra el INEM”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 76, 1997, pp. 34-44.

IÑAKI ALMANDOZ
Abogado Coordinador del Turno de Extranjería del
Colegio de Abogados de Gipuzkoa

Expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Falta de notificación al letrado- representante. Medidas cautelares. Posibles responsabilidades penales.

Con fecha 15 de febrero de 2005 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de San Sebastián ha acordado una medida cautelar, de

“.. RETORNO al punto del territorio español en que se encontraba el 16 de noviembre de 2004, retorno cuya realización deberá producirse de inmediato y a costa de la Administración demandada ...”,

a los efectos de restablecer su situación jurídica, de una ciudadana boliviana, llamada Gabriela, expulsada desde el aeropuerto de Madrid-Barajas en la madrugada del día 18 de noviembre de 2004.

Antecedentes

Gabriela había llegado a España el 2 de abril de 2004. Venía, junto con otro hermano, a la boda en Irún (Gipuzkoa) de una hermana suya, que contraía al día siguiente matrimonio con un vecino, de nacionalidad española, de dicho municipio.

A mediados de octubre, de dicho matrimonio nace una niña, que ostenta, pues, la nacionalidad española.

Gabriela vivía en Irún, con la nueva familia.

A comienzos del mes de septiembre, es controlada por agentes de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía. Careciendo de autorización de residencia, se le incoa un expediente preferente de expulsión.

Le asiste un letrado del Turno de Extranjería del Colegio, al que designa como representante, plasmándose dicha designación en un documento que de inmediato se une al procedimiento.

Tras presentar el letrado sus alegaciones, y practicarse los trámites habituales, finalmente el expediente es remitido a la Subdelegación del Gobierno.

Dictada la resolución de expulsión, el expediente regresa a la Comisaría, que debe proceder a la notificación.

Dado que Gabriela debe presentarse de forma periódica (medida cautelar acordada por el instructor), en la visita rutinaria se le detiene (media tarde del 16-XI-2004); se le notifica la resolución, iniciándose los trámites de ejecución inmediata.

Desde la Comisaría ningún intento de contacto con el letrado-representante se realiza.

El día 17 es trasladada a Madrid, y a las 0,30 horas del día siguiente, 18, parte su avión hacia Bolivia.

Seguidamente, la Comisaría de Policía remite al letrado-representante una comunicación en la que, además de adjuntarle la resolución de expulsión, le notifica que ésta ya ha sido ejecutada.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, posteriormente se formula una solicitud de medida cautelar, resuelta, de forma positiva, como inicialmente se ha señalado.

Razonamientos jurídicos del Auto judicial

Tras recordar la doctrina jurisprudencial referida a las medidas cautelares, y la prevalencia del *periculum in mora* fundamentalmente, sobre el criterio del *fumus boni iuris*, el Auto entra a valorar los diferentes motivos, que la parte demandante aduce en defensa de la adopción del retorno de la ciudadana expulsada.

Las razones formales, planteadas en primer lugar, se centran en la falta de notificación de la resolución de expulsión al letrado-representante.

La juzgadora entiende que, de haber conocido éste la resolución, habría solicitado la suspensión de la expulsión, que se habría acordado,

“... no por la inminencia de la ejecución de la expulsión sino por el resultado que arroja el análisis de la situación personal de la recurrente” ... la acreditación del arraigo apuntado por el Alto Tribunal, justificándose sobradamente, mediante la aportación documental ...”.

Además del arraigo personal y familiar, obraba en las actuaciones un Acta Notarial, en el que una persona de nacionalidad española manifiesta haber decidido contratar a Gabriela como empleada de hogar-asistenta interna.

En consecuencia, entiende el Auto que el único motivo para no pedir la suspensión de la expulsión lo constituyó la falta de notificación de la decisión administrativa, ausencia todavía más grave, al transcurrir casi tres días desde la detención hasta la materialización de la expulsión.

“Actuación administrativa que no puede entenderse sino como una omisión voluntaria en la notificación a la representación letrada por cuanto de otro modo no se explica que posteriormente sí se dirigiera comunicación al Letrado representante poniendo en su conocimiento la orden de expulsión y su propia ejecución” ...

De ese modo, la ejecución anticipada de la resolución administrativa de expulsión sin otro participante y árbitro sentenciador que la autoridad administrativa que, excediéndose, del ámbito de

Expulsión de los ciudadanos extranjeros en situación irregular

sus competencias se permite obviar de su conocimiento a un órgano integrado en el Poder Judicial con el agravante de que éste pueda ejercitar uno de los pilares básicos del ordenamiento como es el derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 24.2 CE a la tutela judicial efectiva, parece evidente que ha provocado una situación que sólo será reversible y reparable mediante el exigido retorno de la ciudadana extranjera a su punto de partida.”

Junto con las circunstancias que rodearon la falta de notificación al letrado-representante, acepta igualmente la juzgadora los argumentos planteados en la solicitud referidos a la irreparabilidad de los perjuicios, ante el proceso de regularización o normalización abierto hasta el 7 de mayo.

Se defendía en la solicitud que Gabriela reunía todos los requisitos para ser regularizada: permanencia en España antes del 7 de agosto; carencia de antecedentes penales (se acompañó certificado); contrato de trabajo (Acta notarial del empleador). Y que debía hallarse en territorio español antes del 7 de mayo para poder cumplir la última condición exigida.

En consecuencia,

“... si bien el perjuicio que a la actora le ha causado su expulsión anticipada del territorio español ya no cabe ser corregido sino, en su caso, reparado económicamente a través de la oportuna reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración causante del daño por su funcionamiento, sí se está en tiempo de impedir la fatal consecuencia que para el proceso de regularización tendría la ausencia de la actora del territorio español por cuanto de no hallarse en España en el momento de realizar la solicitud (*sic*, Disposición Transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004) no podrá acceder al proceso de normalización o regularización de extranjeros”

Considera el Auto citado que los términos de comparación adecuados deben ser

“la eficacia inmediata del poder sancionatorio administrativo y la tutela judicial efectiva, derecho fundamental dotado entre otras garantías de la reserva de Ley Orgánica, del respeto al contenido esencial a la hora de su regulación, del recurso de amparo y, por último, de la imposibilidad de su remoción si no es por medio de una reforma agravada de la Constitución, todo lo cual, en su conjunto, se convierte en un límite insoslayable a cualquier ejercicio del poder por parte de la Administración.”

Y finaliza su exposición, de profundo contenido jurídico, con dos frases que de nuevo merecen ser transcritas:

“... de no decretarse la suspensión de la orden de expulsión, podríamos encontrarnos con que el derecho a obtener una resolución judicial efectiva acabe siendo fatal e irreversiblemente vulnerado.

Si ha de optarse entre la tutela judicial efectiva, que debe reportar al justiciable una respuesta directa frente al acto recurrido, y la ejemplaridad que nace de la pronta ejecución de las sanciones impuestas, es obvio que ha de resolverse en favor de la primera; ...”.

Tratándose de un Auto de Medidas Cautelares, su ejecución es inmediata, realizándose desde el primer momento las gestiones pertinentes para el retorno de dicha ciudadana boliviana, a Irún, lugar de residencia suyo durante el año 2004, y desde el que se inició la ejecución de su expulsión.

Posibles responsabilidades penales

El supuesto relatado no constituye un hecho aislado. Se ha constatado, y documentalmente acreditado, que en la segunda quincena del mes de noviembre de 2004, desde la Comisaría de Irún se han iniciado los trámites de ejecución de cuatro resoluciones de expulsión (uno de los cuales es el antes explicado), habiéndose realizado la deportación en tres de ellos.

En el cuarto, una serie de coincidencias determinó que el letrado-representante tuviera conocimiento de forma oficiosa de la detención de su patrocinada, una ciudadana brasileña, y pudiera recurrir al Juzgado de lo Contencioso solicitando una medida cautelarísima. Acordada ésta, al día siguiente se celebró una vista oral, aceptando el Juzgado de lo Contencioso número 2 de San Sebastián la suspensión de la expulsión, al acreditarse documentalmente que dicha mujer se hallaba en trámites de contraer matrimonio con un ciudadano de nacionalidad portuguesa.

Ya se ha señalado que las expulsiones en los otros supuestos, dos hombres marroquíes y Gabriela, la mujer boliviana, fueron materializadas.

Tras dicha ejecución, la Comisaría de Policía de Irún envía al letrado-representante la resolución de expulsión, y le confirma que su cliente ha sido deportado.

Desde el Colegio de Abogados, inicialmente desde el propio Turno de Extranjería, se entiende que la conducta de los funcionarios policiales, con el Responsable del Grupo de Extranjeros a la cabeza, puede constituir una infracción penal de los artículos 404 (prevaricación) y 542 (impedimento de ejercicio de derechos fundamentales).

En consecuencia, se presenta ante el Juzgado de Guardia de Irún una denuncia, suscrita por el Coordinador del Turno de Extranjería.

Admitida ésta a trámite, se incoan ante el Juzgado de Instrucción número 2 Diligencias Previas, en las que, por acuerdo de la Junta de Gobierno, el Colegio de Abogados de Gipuzkoa se persona como acusación.

En la otra Comisaría de Policía guipuzcoana, con Grupo de Extranjeros, en San Sebastián, el Colegio tiene igualmente conocimiento de que actuaciones similares se han producido en las primeras semanas del año en curso.

Sin embargo, existe algún matiz diferente.

Se ha procedido –hasta el momento conocemos tres episodios– a la expulsión de tres ciudadanos extranjeros, dos mujeres brasileñas y un hombre marroquí. No se ha comunicado absolutamente nada al letrado-representante.

Expulsión de los ciudadanos extranjeros en situación irregular

Personas allegadas a la persona expulsada han confirmado al letrado-representante que la expulsión ha sido realizada. El letrado-representante carecía de cualquier noticia desde la fase de alegaciones en el procedimiento preferente.

Considerando que los mismos preceptos del Código Penal han podido ser infringidos, se ha presentado una denuncia también desde el Turno de Extranjería.

El Juzgado de Instrucción número 5 incoa a comienzos del mes de marzo las correspondientes diligencias previas, en las que se persona como acusación el Colegio de Abogados.

Se trata, en definitiva, de actuaciones policiales que entendemos de suma gravedad, en detrimento y vulneración de los derechos fundamentales y del ejercicio del derecho de defensa.

Donostia-San Sebastián, marzo de 2005

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider one in the middle and a narrower one below it. The text is centered within the middle band.

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

– Sentencia de 13 de octubre de 2004, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anula el inciso «ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones» que se contiene en el n.º 3 del artículo 1.1 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros (BOE n.º 311, de 27 de diciembre de 2004).

– Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n.º 29, de 3 de enero de 2005).

– Resolución de 4 de febrero de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Convenio de colaboración entre la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y la Subsecretaría de Administraciones Públicas para la realización del proceso de normalización laboral de extranjeros (BOE n.º 31, de 5 de febrero de 2005).

– Resolución de 4 de febrero de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de diciembre de 2004, por el que se prorroga la vigencia del Acuerdo de 19 de diciembre de 2003, por el que se determinó el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004 (BOE n.º 31, de 5 de febrero de 2005).

Crónica legislativa de un semestre

- Orden TAS/244/2005, de 10 de febrero, por la que se crean las cajas pagadoras de los centros de acogida a refugiados y de los centros de estancia temporal de inmigrantes (BOE n.º 37, de 12 de febrero de 2005).
- Resolución de 9 de febrero de 2005, del Director General de Enseñanza por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el sistema educativo (DOGV n.º 4952, de 23 de febrero de 2005).
- Sentencia de 21 de octubre de 2004, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se declara la nulidad de pleno derecho del apartado 5 («Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso, que, con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo») del artículo 84 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social (BOE n.º 51, de 1 de marzo de 2005).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Argentina, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997 y el Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio, hecho en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1997 (BOE n.º 297, de 10 de diciembre de 2004).
- Acuerdo entre el Reino de España y la Confederación Suiza sobre la readmisión de personas en situación irregular y Protocolo para su aplicación, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 2003 (BOE n.º 17, de 20 de enero de 2005).
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho en Madrid el 3 de junio de 2003 (BOE n.º 21, de 25 de enero de 2005).
- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, hecho “ad referendum”, en Madrid el 16 de junio de 2003 (BOE n.º 31, de 5 de febrero de 2005).
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y oficiales de servicio, hecho en Quito el 20 de noviembre de 2003 (BOE n.º 33, de 8 de febrero de 2005).
- Resolución de 26 de enero de 2005, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (BOE n.º 34, de 9 de febrero de 2005).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Lituania 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 45, de 22 de febrero de 2005).

Crónica legislativa de un semestre

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Decisión del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010 (DOUE, L. 381, de 28 de diciembre de 2004).
- Decisión del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2002/463/CE por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO) (DOUE, L. 371, de 18 de diciembre de 2004).
- Reglamento (CE) n.º 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder el sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común (DOUE, L. 369, de 16 de diciembre de 2004).
- 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 voluntariado (DOUE, L. 375/12, de 23 de diciembre de 2004).
- Reglamento sobre la obligación de sellado de documentos de viaje de nacionales de terceros países al cruzar fronteras exteriores de los Estados miembros (DOUE, de 13 de diciembre de 2004).
- Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004, sobre la ejecución de partes del acervo de Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DOUE, L. 395/70, de 31 de diciembre de 2004).
- Reglamento (CE) n.º 77/2005, de la Comisión, de 13 de enero de 2005, que modifica 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, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE L. 016, de 20 de enero de 2005).
- Reglamento (CE) n.º 2007/2004, del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L. 349, de 25 de noviembre de 2004).
- Decisión del Consejo, de 8 de junio de 2004, por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS) (DOUE L. 213, 15 de junio de 2004).
- Reglamento (CE) n.º 2133/2004, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación para las autoridades competentes de los Estados miembros de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común (DOUE L. 369, 16 de diciembre de 2004).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Firma de la Constitución Europea

Los Jefes de Estado y de Gobierno y los ministros de Asuntos Exteriores de la UE han firmado la Constitución Europea, el pasado 29 de octubre de 2004, en una solemne ceremonia celebrada en Roma. La nueva Constitución introduce importantes cambios para una mayor democracia, eficacia y transparencia: la gran mayoría de las leyes europeas tendrán que ser adoptadas conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros; por primera vez, los ciudadanos podrán contribuir directamente a la elaboración de las leyes europeas; se adoptarán más decisiones por mayoría; y se establecerán nuevos mecanismos de democracia participativa. En los próximos meses, los Gobiernos y los ciudadanos de los 25 países miembros de la UE tendrán que lograr que el nuevo Tratado constitucional sea ratificado por los Parlamentos o los ciudadanos. Una nueva página Web con extensa información sobre la Constitución europea así como el texto completo se encuentra disponible en la siguiente dirección de Internet: http://www.europa.eu.int/constitution/index_en.htm.

(1 de noviembre de 2004).

Desarrollo del nuevo Sistema de Información Schengen

La Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea ha firmado un contrato de 40 millones de euros con un consorcio multinacional de empresas de tecnologías de la información (liderado por Francia y Bélgica) para desarrollar un nuevo Sistema de Información Schengen (SIS II) y un nuevo Sistema de Información de Visados (VIS). El SIS es un sistema de información que permite a las autoridades competentes de los Estados miembros disponer de información relativa a algunas categorías de personas y objetos. Constituye, pues, un elemento esencial del buen funcionamiento del espacio de seguridad, libertad y justicia.

(1 de noviembre de 2004).

Nuevo folleto explicativo sobre Fondo Europeo para los Refugiados

El nuevo folleto explicativo sobre el Fondo Europeo para los Refugiados se encuentra disponible en línea (http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/key_issues_en.htm). El Fondo proporciona ayuda financiera a las acciones dirigidas a los solicitantes de asilo, a los refugiados y a las personas desplazadas, en relación, entre otros aspectos, con la acogida de solicitantes de asilo, que comprende la ayuda con los trámites administrativos y judiciales, incluida la asistencia legal. Otros folletos disponibles recogen información sobre la orden europea de

(*) 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*.

detención y entrega, los derechos fundamentales, la inmigración o la Constitución europea. (15 de noviembre de 2004).

Manual sobre la integración de los inmigrantes

La Comisión Europea ha publicado la primera edición del *Manual sobre la integración de los inmigrantes*, donde se recogen numerosos ejemplos y buenas prácticas existentes en la UE para integrar con éxito a los inmigrantes. Entre las medidas recomendadas están el reconocimiento de títulos académicos y la formación continua para inmigrantes con formación académica en sus países de origen. Otra de las prácticas incluidas en el manual hace referencia a cursos de “orientación social” que informen a los inmigrantes sobre el funcionamiento y los valores de la sociedad de acogida. Estos cursos pueden incluir formación sobre el respeto de los Derechos Humanos y la democracia, la igualdad de género o los derechos de los niños.

(8 de noviembre de 2004).

Modificación Programa ARGO de Cooperación en asilo e inmigración

El Parlamento Europeo votará esta semana en Estrasburgo la propuesta de Decisión por la que se modifica el programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO). De aprobarse la nueva Decisión, el programa ARGO mantendría los mismos objetivos (reforzar el control en pasos fronterizos, ayudar a implementar las normas comunitarias sobre gestión de fronteras y expedición de visados, formación en intercambio de personal, etc.), pero cambiaría el método de financiación: bastaría con que un solo Estado solicite las ayudas y se acoja en solitario al programa, sin necesidad de acuerdo con otros países. Además, se prevé un aumento sustancial de fondos para el año 2004. El importe global del programa 2002-2006 es de 48,2 millones de euros. Las modificaciones de ARGO pretenden evitar los modestos resultados del 2003.

(15 de noviembre de 2004).

Conferencia Ministerial sobre la Integración de los Inmigrantes

Los ministros de la UE se reunieron los pasados 9, 10 y 11 de noviembre, en Groningen (Holanda), en el marco de una Conferencia Ministerial sobre la Integración de los Inmigrantes, donde se debatieron cuestiones como la lucha contra el radicalismo, el papel de los progenitores y la lucha contra la discriminación. Entre los objetivos de la Conferencia estaba enviar una señal política clara sobre la importancia de la integración para el crecimiento, la estabilidad y la cohesión en los Estados miembros. Asimismo, se pretendía iniciar un debate sobre la integración de los inmigrantes, centrándose tanto en los desafíos como en la búsqueda de soluciones prácticas, así como intercambiar buenas prácticas. Las conclusiones de la Conferencia se encuentran disponibles en http://www.eu2004.nl/default.asp?CMS_TCP=tcpAsset&id=8606D4A9B1A449E685684ACC9463D40BX1X68405X61.

(15 de noviembre de 2004).

Europa en breve

II

Conclusiones sobre política de integración de inmigrantes en la UE

Los ministros de Justicia e Interior han aprobado una serie de conclusiones sobre la política de integración de los inmigrantes en la UE. Los ministros señalan que una correcta integración pasa por el compromiso de las instituciones, en el nivel local, regional y nacional, con las que se relacionan los inmigrantes, tanto en asuntos públicos como privados. El Consejo concluye que el desarrollo y la implementación de la política de integración es una responsabilidad, en primer término, de los Estados miembros a título individual, más que de la Unión Europea en su conjunto. Sin embargo, reconoce que es necesario establecer unos principios básicos comunes en este ámbito, principios que recoge en el texto aprobado.

(22 de noviembre de 2004).

Normas mínimas para los procedimientos de asilo

Los ministros de Justicia e Interior han alcanzado un acuerdo político 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. La propuesta de Directiva establece principios básicos y garantías comunes en relación con los procedimientos de asilo (acceso al procedimiento de asilo, derecho a ser escuchado, acceso a la interpretación, a la representación jurídica y a las garantías en el marco de la detención) así como en relación con los procedimientos en primera instancia y los recursos. La adopción de una lista de países seguros ha quedado pospuesta, ante la falta de acuerdo. El texto acordado será remitido al Parlamento Europeo para nueva consulta, tras la adopción formal del texto por el Consejo.

(22 de noviembre de 2004).

Seguridad Social de trabajadores que se desplazan en la UE

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación sobre la Posición común adoptada por el Consejo el pasado 15 de noviembre de 2004, con vistas a la adopción de un Reglamento que modifica 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 a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) n.º 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación. La propuesta actualiza 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.

(22 de noviembre de 2004).

Creación de centros para inmigrantes en terceros países

El pleno del Parlamento Europeo se pronunciará esta semana sobre un Informe de Iniciativa relativo al procedimiento de asilo y a la protección en las regiones de origen. En el informe, se proponen un conjunto de criterios comunes que deberán respetar todos los Estados miembros a la hora de adjudicar el asilo o refugio político a ciudadanos de terceros países. Asimismo, se

Europa en breve

II

considera inaceptable la creación de centros para “candidatos a la inmigración” en el país de tránsito final, ya que estos centros plantean numerosas dudas en cuanto a su capacidad para respetar los Derechos Humanos.

(13 de diciembre de 2004).

Tráfico de seres humanos. Informe grupo de expertos

El Grupo de Expertos para la lucha contra el tráfico de seres humanos ha presentado un informe en el que recoge los métodos para reforzar la acción de la UE en este ámbito. El informe consta de tres partes principales, centradas en la prevención, la asistencia y protección de las víctimas y la aplicación de la legislación existente. El informe resalta que, hasta el momento, los Estados se han centrado en el control del delito y en las políticas de inmigración más que en la asistencia a las víctimas y su protección. Los autores del informe consideran fundamental el desarrollo de este último aspecto de asistencia a las víctimas.

(10 de enero de 2005).

Reglamento relativo al Sistema de Información de Visados (VIS)

La Comisión Europea ha aprobado una propuesta de Reglamento relativo al Sistema de Información de Visados (VIS) y al intercambio de datos sobre visados para estancias de corta duración. El sistema VIS incluye una base de datos central europea, conectada a los sistemas nacionales, que permitirá a los consulados y otras autoridades competentes de los Estados miembros acceder y consultar datos sobre las solicitudes de visados y las decisiones adoptadas respecto a dichas solicitudes. El Reglamento establece los objetivos, procedimientos y responsabilidades en relación con el sistema VIS. Las negociaciones para la adopción de la propuesta de Reglamento, en el marco del procedimiento de codecisión, comenzarán en 2005.

(10 de enero de 2005).

Fondo Europeo para los refugiados para el período 2005-2010

La Decisión del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010, ha sido publicada en el DOUE (L 381/52 de 28 de diciembre de 2004). El Fondo se destinará a apoyar y fomentar, mediante la cofinanciación de las acciones previstas en la Decisión, los esfuerzos realizados por los Estados miembros para acoger a refugiados y personas desplazadas y asumir las consecuencias de esta acogida. El importe de referencia financiera para la ejecución del Fondo desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2006 será de 114 millones de euros. Entre las acciones nacionales subvencionables, se encuentra la prestación de asistencia jurídica.

(10 de enero de 2005).

Europa en breve

II

Admisión de nacionales de terceros países a efectos de estudios

La 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 voluntariado, ha sido publicada en el DOUE (L 375/12 de 23 de diciembre de 2004). La Directiva define los requisitos y el procedimiento de admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros, por un período de tiempo superior a tres meses, a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. El plazo de transposición de la Directiva finaliza el 12 de enero de 2007. *(10 de enero de 2005).*

Aplicación en Reino Unido determinadas partes del Acervo Schengen

La Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004 sobre la ejecución de partes del acervo de Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ha sido publicada en el DOUE (L 395/70 de 31 de diciembre de 2004). El Reino Unido aplicará determinadas partes del acervo de Schengen como las relativas a la cooperación judicial, la cooperación en materia de droga y la cooperación policial. Entre los actos que serán de aplicación figuran la Decisión marco 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares o la Directiva 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. El texto publicado incluye el acuerdo entre España y Reino Unido en relación con Gibraltar. *(10 de enero de 2005).*

Asistencia a terceros países en ámbito de inmigración y asilo

Iniciativa Europea de Derechos Humanos (IEDDH). Programa AENAS. Asistencia técnica y financiera a países terceros en el ámbito de la inmigración y el asilo. El programa incluye la financiación de acciones como la difusión de información y el asesoramiento jurídico a terceros países sobre las modalidades de inmigración legal y sobre los riesgos de la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos o el apoyo a la mejora del marco legislativo e institucional en terceros países en materia de protección internacional y asilo. La fecha límite de recepción de las solicitudes es el 30 de marzo de 2005. Más información: EuropeAid-programme-aeneas@cec.eu.int *(10 de enero de 2005).*

Igualdad entre hombres y mujeres (incluidas mujeres inmigrantes)

Convocatoria de propuestas VP/2004/021. Iniciativas para promover la igualdad entre mujeres y hombres, incluidas las actividades relacionadas con mujeres inmigrantes. La convocatoria de propuestas se enmarca dentro de la Decisión 848/2004/CE por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en

Europa en breve

II

el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres. Las acciones financiadas incluyen estudios, campañas, seminarios, difusión de información o mejores prácticas, formación etc. El plazo para la presentación de solicitudes finaliza el 1 de febrero de 2005.

(10 de enero de 2005).

Gestión de la inmigración económica en la UE. Libro Verde

La Comisión Europea ha publicado un Libro Verde sobre el planteamiento de la UE en relación con la gestión de la inmigración económica. En el Libro Verde se recoge la importancia de garantizar que la política de inmigración económica de la UE ofrezca un estatuto jurídico seguro y un conjunto de derechos garantizados que contribuyan a la integración de los admitidos. Los comentarios pueden enviarse, antes del 15 de abril de 2005, a la siguiente dirección: Director General. Dirección General justicia, libertad y seguridad. Comisión Europea. B-1049 Bruselas. jls-economic-migration@cec.eu.int. Una vez finalizado este proceso de consulta, la Comisión organizará una audición, en julio de este año, y presentará, a finales de 2005, un plan de política en materia de inmigración legal, que incluya procedimientos de admisión.

(17 de enero de 2005).

Conferencia sobre derechos humanos y política de inmigración de la UE

Los “stagiaires” (becarios) de la Comisión Europea organizan el 19 de enero de 2005 en Bruselas una Conferencia sobre los Derechos Humanos y la política de inmigración de la UE. Entre los ponentes se encuentran miembros de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo, así como el coordinador de la red de expertos independientes en materia de Derechos Fundamentales. Más información: <http://www.migration2005.com/>

(17 de enero de 2005).

Programa de trabajo y objetivos de la Comisión Europea

El documento de la Comisión Europea titulado “Objetivos estratégicos 2005-2009. Europa 2010: un partenariado para la renovación europea. Prosperidad, solidaridad y seguridad”, se encuentra disponible en línea, junto al Programa de Trabajo de la Comisión para 2005. En el ámbito de la seguridad, el programa de la Comisión está centrado en la creación de la Agencia de Derechos Fundamentales, a fin de consolidar los derechos de los ciudadanos en la UE, en el reparto de los costes de control de las fronteras y en un nuevo enfoque para aprovechar el potencial de la inmigración legal en la UE. Asimismo, está disponible la lista de propuestas legislativas y actos no legislativos, previstos para 2005, entre las que se encuentran propuestas sobre normas mínimas para los procedimientos de retorno y el reconocimiento mutuo de los procedimientos de expulsión de inmigrantes o sobre la mejora de la ejecución de decisiones en materia de alimentos.

(31 de enero de 2005).

Europa en breve

II

Libro Blanco sobre intercambio de información de antecedentes penales

La Comisión Europea ha publicado un Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre antecedentes penales en la UE. El Libro Blanco reflexiona sobre la diversidad de sistemas de registro de antecedentes penales existentes en los países de la UE, las dificultades para intercambiar datos y las soluciones para mejorar este intercambio de información. En una primera fase, se elaborará un índice europeo de personas condenadas que permitirá conocer el Estado miembro en que una persona ha sido condenada. Posteriormente, se adoptará un formato único europeo para el intercambio de información, que facilitará la comprensión de los datos remitidos. El Libro Blanco contiene un anexo con las características de los diversos sistemas de registro de antecedentes penales existentes en la UE.

(31 de enero de 2005).

Informes sobre el empleo y la integración social

La Comisión ha publicado dos comunicaciones relativas al proyecto de informe conjunto sobre el empleo 2004/2005 [COM (2005) 13 final de 27 de enero de 2005] y al proyecto de informe conjunto sobre la protección social y la inclusión social [COM (2005)14 final de 27 de enero de 2005]. Entre las recomendaciones de este último documento para mejorar la integración social, se incluyen, entre otras, mejorar el acceso a servicios de calidad y eliminar la discriminación, reforzando la inserción de las minorías étnicas y de los inmigrantes.

(31 de enero de 2005).

Intercambio de información de registros antecedentes penales

La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo ha aprobado, en el marco del procedimiento de consulta, un informe sobre la propuesta relativa al intercambio de la información de los registros de antecedentes penales. El Informe modifica el plazo de respuesta (de cinco días en la propuesta inicial), estableciendo que la autoridad central del Estado miembro requerido transmitirá su respuesta, inmediatamente y en un plazo que en ningún caso podrá superar los 10 días laborables a partir del día de recepción de la solicitud, o en un máximo de 48 horas en caso de urgencia. Asimismo, se considera necesario que, en tanto se elabora un texto único que proteja el uso de los datos de carácter personal en este ámbito, el texto debe contener una referencia a los convenios existentes en materia de protección de datos personales. El informe se votará este mes en sesión plenaria.

(7 de febrero de 2005).

Inmigración. Sistema de información y alerta mutua

Con vistas al próximo Consejo de Justicia e Interior de la UE (JAI), que tendrá lugar el 24 de febrero de 2005, y en relación con la decisión adoptada en España sobre la regularización de

Europa en breve

II

inmigrantes, la Presidencia Luxemburguesa de la UE y la Comisión Europea han propuesto la adopción de 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. En esta línea la Presidencia y la Comisión han redactado una carta destinada a los miembros del Consejo JAI, que se encuentra disponible en la página:

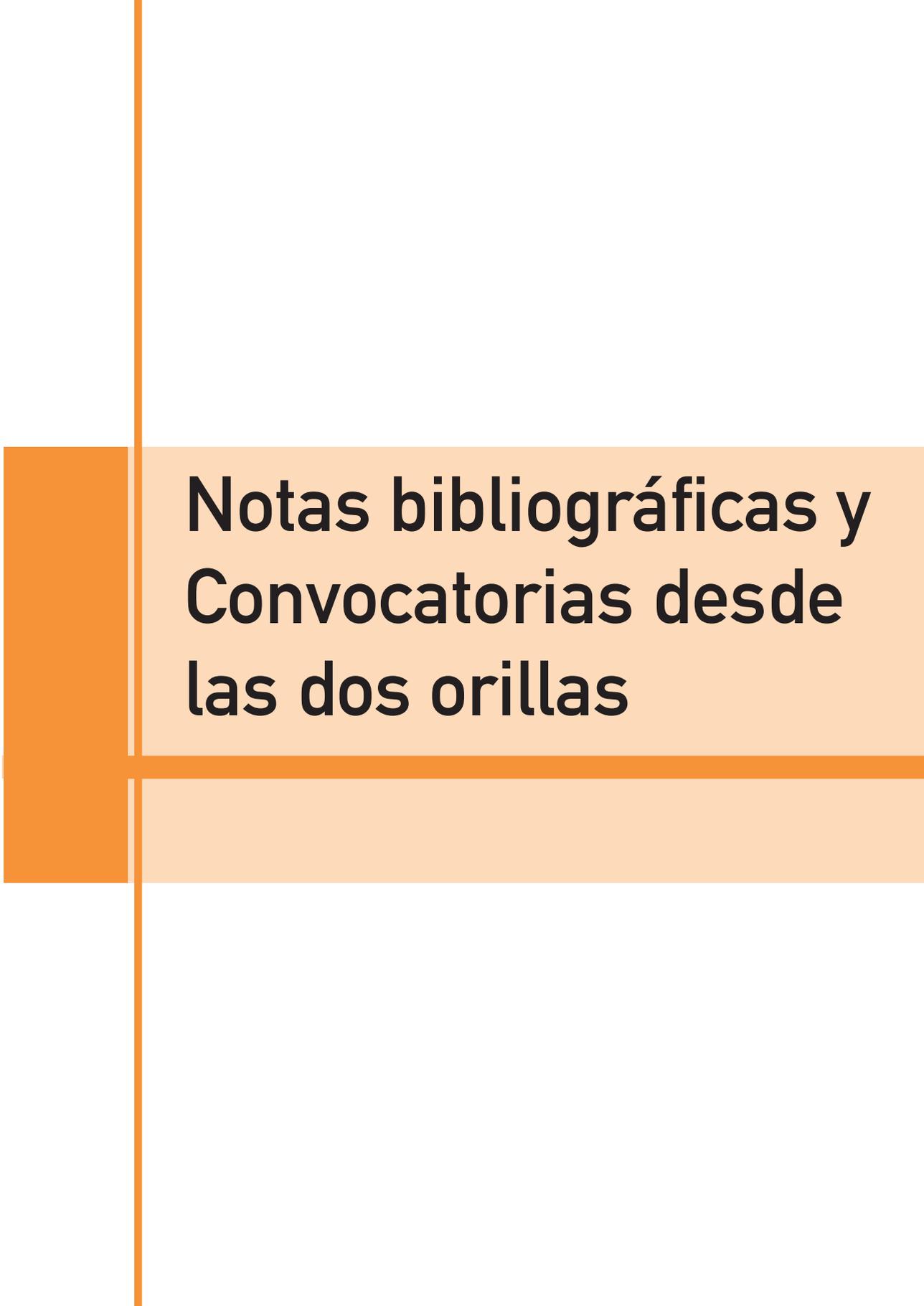
<http://www.eu2005.lu/en/actualites/communiqués/2005/02/11schmit-jai/index.html>

(14 de febrero de 2005).

Tiempo de trabajo de trabajadores ferroviarios transfronterizos

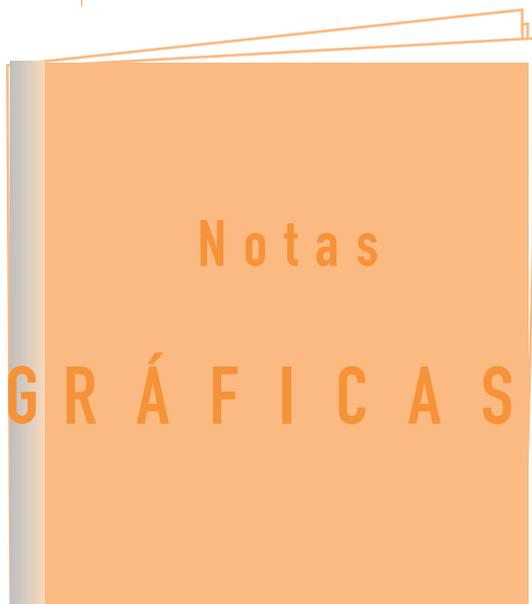
La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Directiva relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del transporte (ETF) sobre determinados aspectos de las condiciones de prestación de servicio de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza. La propuesta de Directiva establece normas específicas sobre el tiempo de trabajo (con disposiciones relativas al descanso, las pausas o el tiempo de conducción) de los trabajadores miembros de la tripulación de un tren que desarrollen su actividad diaria en la red ferroviaria de al menos dos Estados miembros.

(14 de febrero de 2005).



**Notas bibliográficas y
Convocatorias desde
las dos orillas**

BIBLIOGRÁFICAS



- J. ARANGO y R. SANDELL (coords.), *Inmigración: Prioridades para una nueva política española*, Instituto Universitario Ortega y Gasset-Real Instituto Elcano, Madrid 2005, 62 pp. (en <http://www.realinstitutoelcano.org/default.asp>).
- U. BIRSL y C. SOLÉ, *Migración e interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*, Ánthropos, Madrid, 2004, 383
- J.A. CABALLERO GEA, *Asilo, extranjería, inmigración y homologación de títulos*, Dykinson, Madrid, 2005, 554 pp.
- Consecuencias jurídicas de la irregularidad. La inmigración irregular: vías de llegada y condiciones de vida. Migraciones.
- COUNCIL OF EUROPE, *Mechanisms for the implementation of minority rights*, Estrasburgo, 2005, 300 pp.
- R. CHOLEWINSKI, *Le statut juridique des migrants à des fins d'emploi. Étude comparative*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo 2005, 100 pp. (publicado asimismo en inglés).
- Cl. FAUQUÉ y M.-J. THIEL, *Les routes de l'esclavage*, Éditions de la Lamartinière, París, 2004, 215 pp.
- N. GARCÍA CANCLINI, *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Gedisa, Barcelona, 2004, 223 pp.
- GISTI, *Guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, 6.ª edic., La Découverte, París 2005, 230 pp.
- C. GÓMEZ BAHILLO (coord.), *La inmigración en Aragón. Hacia su inclusión educativa, social y laboral en un mundo globalizado*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2004, 237 pp.

Notas bibliográficas

- J. GODOY, *L' Islam en Europe: Histoire, échanges, conflit*, La Découverte, París, 2004, 211 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Internal Migration and Development: A Global Perspective*, Ginebra, 2005, 80 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *The World in motion: Short Essays on Migration and Gender*, Ginebra, 2004, 114 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration*, Ginebra, 2004, 78 pp.
- J. LACOMBA, *Migraciones y desarrollo en Marruecos*, Los Libros de la Catarata, Madrid 2004, 283 pp.
- G. LAHAV, *Immigration and Politics in the New Europe: Reinventing Borders*, Cambridge University Press, 2004, 316 pp.
- U. MARTÍNEZ VEIGA, *Trabajadores invisibles*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2004, 251 pp.
- J. NIESSEN y Y. SCHIBEL, *Handbook on Integration for policy-makers and practitioners*, Comunitàes Europeas, Bruselas, 2004, http://europa.eu.int/comm/justic_home/, 84 pp.
- J. NIESSEN y I. CHOPIN (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff, Leyden, 2004, 354 pp.
- A. TERRÓN, *Migraciones y relaciones con países terceros*, Migraciones n.º 2, julio 2004
- A. de TINGUY, *La grande migration. La Russie et les Russes depuis l'ouverture du rideau de fer*, Plon, París, 2004, 254 pp.
- VV.AA., *Genèse et enjeux des migrations internationales. Points de vue du Sud*, Syllepse, París, 2004, 345 pp.

Notas bibliográficas

Una nueva forma de ordenar
la inmigración de España.
estudio de la LO 14/2003 y su
Reglamento de desarrollo
2393/2004

M.^a LUISA TRINIDAD y
JAIME MARTÍN MARTÍN
Lex Nova, 2005

PASCUAL AGUELO NAVARRO

ABOGADO, PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.
DIRECTOR DE LA *REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA*

1. Un libro importante y necesario

Desde el primer momento en que durante las pasadas Navidades leí el contenido del índice del libro

que, a mi despacho, me enviaban María Luisa Trinidad y Jaime Martín, comprendí el mérito e importancia del mismo. Por mi anterior experiencia en similares tareas conozco el arduo trabajo que supone desarrollar una obra de las características y envergadura del texto que presento, principalmente cuando, por su novedad, se carece de otras referencias bibliográficas sistematizadas.

Los vaivenes producidos en la legislación sobre extranjería desde el año 2000 exigían un minucioso examen de todas las normas que, durante estos años, han venido a modificar la regulación original de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, para finalmente poder ofrecer un análisis del contenido del texto integrado, con todas las reformas introducidas, a las que había que añadir los reveses sufridos por los textos legislativos y reglamentarios como consecuencia de las sentencias del TS¹ y TC² del año 2003. Y todo ello, sin olvidar que las sucesivas reformas legislativas han sido sometidas a poderosas dudas de constitucionalidad³.

El libro que presento tiene el mérito de comprender todo esto, y, más aún, de abordar de forma rigurosa y didáctica el contenido de las principales modificaciones introducidas por las últimas reformas legislativas y el novísimo Reglamento de desarrollo,

(1) STS de 20 de marzo de 2003, declarando ilegal un buen número de artículos del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería.

(2) STC de 22 de mayo del 2003, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 1555/1996, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso "que residan legalmente en España" del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

(3) Frente a la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, se llegaron a interponer nueve recursos de inconstitucionalidad en relación con los artículos de la LOEX, 7.1, 8 y 11, relativos a libertades de reunión y manifestación, sindicación y huelga; al artículo 9, relativo al derecho a la educación post obligatoria de los menores de edad; el artículo 22, relativo al derecho a la Justicia Gratuita; al artículo 27.6 relativo a la no necesidad de motivación de determinadas resoluciones administrativas; al artículo 57.2 y 8 relativo a infracción del *non bis in idem* y del principio de reeducación y reinserción social; al artículo 60 por vulneración del derecho a la libertad y al artículo 63 por regulación del procedimiento preferente de expulsión que produce indefensión. Frente a la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003, se interpuso Recurso de Inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco que afecta a los artículos de la LOEX, 59, 62, 64.3, 66.1, 66.2.2.) y nueva disposición adicional cuarta.

Notas bibliográficas

aprobado por Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre (BOE de 7 de enero de 2005), que entró en vigor el pasado 7 de febrero de 2005.

Durante treinta años me he venido dedicando al libre ejercicio de la abogacía, de ahí que sepa de la importancia de contar con una rigurosa herramienta que pueda servir de guía y orientación para una correcta y eficaz práctica profesional. En este sentido, la obra de María Luisa Trinidad y Jaime Martín, que incorpora la más reciente y significativa jurisprudencia producida sobre la materia, es sin duda un valioso instrumento que puede orientar el trabajo cotidiano de cuantos nos dedicamos e intervenimos en este campo de actuación profesional y nos debe servir de ayuda para lograr sobrevivir hasta la próxima y ya anunciada reforma de la Ley de Extranjería.

2. La convulsa regulación legislativa de la extranjería

Desde el año 2000, en que se produce la derogación de la vieja regulación de la extranjería, mediante la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, la normativa de extranjería ha sufrido destacadas y frecuentes modificaciones.

Unas a través de los correspondientes procedimientos legislativos parlamentarios: Leyes Orgánicas de reforma, 8/2000, 11/2003, 14/2003, otras, mediante procedimientos legislativamente poco adecuados, Reglamento de ejecución de la LOEx 8/2000, que pretendió modificar/restringir el tenor legal hasta extremos declarados *contra legem* por la sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 20 de marzo 2003, o la Ley de Acompañamiento de diciembre 2003⁴, que atemperó el alcance del importante ar-

tículo 36.3 de la LOEX. A ello habría que añadir la pretensión de introducir modificaciones en la Ley, a través de normas de menor jerarquía, como en la regulación de los sucesivos procedimientos del contingente, o algunas instrucciones ministeriales, entre otros.

La elaboración normativa aparece así como precipitada, poco reflexiva y sin una voluntad de permanencia. Las reformas parecen motivadas por consignas de última hora, más orientadas a captar voluntades indecisas en los sucesivos y frecuentes procesos electorales vividos en nuestro país, que a regular con racionalidad, rigurosidad y consenso el fenómeno migratorio, que teniendo en cuenta su creciente importancia merecería un intento serio por tratar de construir un edificio normativo perdurable y sólido fundamentado en el respeto de los Derechos Humanos de las personas inmigradas.

3. Algunos ejemplos de estas deficiencias

Lejos de ello, la Ley Orgánica 4/2000 original, que promueve la derogación del viejo orden de la extranjería, es publicada sin Exposición de Motivos, caso insólito de las sucesivas legislaturas democráticas.

La posterior reforma, realizada mediante la Ley Orgánica 8/2000, es aprobada con las importantes dudas de constitucionalidad a las que me he referido más arriba.

La Ley Orgánica 11/2003 disfraza, entre normas de muy diversa naturaleza, como violencia doméstica, seguridad ciudadana e integración social de los extranjeros, una regulación del hecho migratorio de marcado tinte represivo que tensiona el fundamental derecho a la defensa y presunción de inocencia de las personas extranjeras.

(4) Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Notas bibliográficas

Por último, la reforma producida por la Ley Orgánica 14/2003 ha venido a consumir un régimen administrativo especial por razón del sujeto extranjero administrado, en el que los derechos y garantías jurídicas se encuentran muy debilitados, lo que motivó la interposición de recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco presentado el 19 de febrero de 2004 ante el Tribunal Constitucional⁵.

4. El giro electoral y la elaboración del nuevo Reglamento de Extranjería

En la primavera del 2004, se produce un vuelco electoral que abrió la puerta a una esperanzadora expectativa de regreso a los principios inspiradores de la LOEx 4/2000 original, más acorde con el mandato constitucional: igualdad en derechos fundamentales; tratamiento de la irregularidad desde criterios garantistas y de justicia, vuelta a la normalidad administrativa, que había imperado desde el Reglamento del año 1996.

La tarea no podía resultar sencilla partiendo de un corsé normativo tan estrecho, impuesto por las sucesivas reformas y más particularmente por la última de ellas, la introducida por la Ley Orgánica 14/2003.

De ahí que, en su momento, nos pronunciáramos por un desarrollo reglamentario mínimo, de aquellos puntos estrictamente indispensables, tal y como ordenaba el mandato legal reformador. Para, sin precipitaciones pero sin pausa, promover un serio y amplio debate, con las aportaciones de cuantas personas, individuales y colectivas, han venido trabajando en esta materia, para tratar de elaborar un nuevo y definitivo Texto Legal que plasmase un derecho migratorio racional y una regulación de la extranjería

eficazmente protectora de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familiares.

Sin embargo, la opción gubernamental de abordar la redacción de un extenso texto reglamentario, que desarrolla un entramado normativo tan frágil y con tan importantes dudas de constitucionalidad, presagia el riesgo más que probable de derrumbe del edificio completo, a modo de «Torre Windsor» o «El Carmel», y provoca una seria desazón cuando menos jurídica de ver comenzar a construir los cimientos por el tejado.

No nos sorprenden por ello los anuncios de posibles recursos de ilegalidad del nuevo reglamento, ni las importantes voces que nos previenen en el mismo sentido y que, por prudencia, habrían optado por mantenerse expectantes ante la anunciada voluntad reformadora del Gobierno. En definitiva, es la crónica que no hace sino profundizar en todo lo que veníamos anunciando o mejor denunciando desde hace tiempo.

Las páginas que a continuación se presentan deben servir para reflexionar sobre todo ello y como decía un poco más arriba ayudarnos a sobrellevar el «via crucis» de la extranjería hasta la próxima estación.

Pero, como lo que importa es la lectura del trabajo, sólo me resta desear un crítico y provechoso estudio del mismo y animar a la lectora y lector a profundizar en el análisis riguroso del fenómeno migratorio y de los mecanismos de protección de los derechos de las personas migrantes, como lo han hecho los autores de este libro.

No quiero finalizar estas líneas sin reivindicar, como ya lo hiciera hace ya cinco siglos el ilustre jurista, Francisco de Vitoria, el *ius migrandi*, el derecho a migrar como un derecho humano que por

(5) Recurso de Inconstitucionalidad del Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en su artículo 1, apartados 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40; y artículo 3, apartados 3 y 5. El recurso afecta a los artículos 59, 62, 64.3, 66.1, 66.2.2.) y nueva disposición adicional cuarta de la LOEx y artículo 16.3 y nueva disposición adicional séptima de Ley de Bases del Régimen Local. La Subcomisión de Extranjería del CGAE emitió un Dictamen en el que las dudas de constitucionalidad se extendían a los artículos 53 y 56 de la LOEx.

Notas bibliográficas

consiguiente debe ser respetado universalmente⁶. Derecho que como mínimo debe comprender el derecho a no emigrar, el derecho a emigrar y el derecho a establecerse libre y pacíficamente en cualquier otro territorio.

A la defensa del reconocimiento de ese Derecho de toda la Humanidad seguiremos dedicando con intensidad nuestro trabajo intelectual y profesional. En ese coincidente camino se sitúa la obra de María Luisa y Jaime que tengo el honor de prologar.

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)

ca, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México)– Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gentes en movimiento.

Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

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,

(6) Con posterioridad a escribir estas líneas, con gran satisfacción he podido comprobar que los autores del libro, en la introducción de la obra, p. 21, reivindican también este novísimo derecho. De justicia también es recordar al profesor Antonio MARZAL, que en la obra que coordina *Migraciones económicas masivas* reclama ya igualmente su reconocimiento y a quien intelectualmente debemos quizá la primicia en España de un serio intento de su reformulación jurídica. Por supuesto, también al profesor Ángel G. CHUECA cómplice con quien escribe estas líneas de tratar de desarrollar y profundizar en todo ello.

www.intermigra.info



Un Espacio abierto de Interculturalidad y Derechos Humanos

Directores

Pascual AGUELO NAVARRO
Abogado del ReICAZ.

Ángel G. CHUECA SANCHO
Profesor de Unizar.

Notas bibliográficas

Revista de Jurisprudencia do
Tribunal Regional Federal da 2.^a
Região Rio de Janeiro
Espírito Santo

Jurisprudencia.
Índices.

Población extranjera en Aragón
Año 2004

GOBIERNO DE ARAGÓN E INSTITUTO ARAGONÉS
DE ESTADÍSTICA

Índice:
Extranjeros con tarjeta o permiso de residencia en vigor.
Población.
Características demográficas de los extranjeros empadronados en Aragón.
Empleo.
Sanidad.
Educación.
Servicios sociales.
Comparativa entre cifras.

La inmigración en Aragón. Hacia
su integración educativa, social y
laboral en un mundo globalizado

VV.AA.
GOBIERNO DE ARAGÓN,
DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN.
ZARAGOZA, 2004.

Por:

ESTHER OLIVER PÉREZ.
(Universidad de Zaragoza)

El libro *La inmigración en Aragón: hacia la inclusión educativa, social y laboral* publicado por el Gobierno de Aragón, es el resultado de la investigación realizada por un grupo de profesores de la Universidad de Zaragoza pertenecientes a distintas áreas de conocimiento. Se trata de un grupo interdisciplinar dentro del Departamento de Psicología y Sociología. El trabajo refleja los principales aspectos tratados sobre la inmigración en Aragón en dos investigaciones financiadas por el Consejo Asesor de Investigación, Desarrollo e Innovación del Gobierno de Aragón, en las convocatorias de 2001, 2003 y 2004.

Los autores de este libro consiguen acercarse a la realidad del inmigrante en Aragón en su largo, y en la mayoría de las ocasiones no fácil, proceso de inclusión social, educativa y laboral a partir de, por un lado, una revisión de fuentes secundarias, estadísticas y de encuesta que proporcionan información sobre la problemática de inserción social de los niños y jóvenes inmigrantes en su contacto con el sistema educativo y, por otro lado, de las reflexiones de los propios inmigrantes que han participado de manera activa a través de entrevistas en profun-

Notas bibliográficas

dad y de grupos de discusión. A partir de una panorámica general de la situación se desciende a los significados sociales que los inmigrantes en Aragón dan al proceso de inmigrar, trabajar, sumergirse e interactuar con otra cultura que es mayoritaria en el lugar de destino y que no es la suya.

A lo largo de todo el proceso investigador se ha fomentado la colaboración entre los investigadores, las instituciones, los distintos agentes sociales y los sujetos de la investigación, rompiendo, de esta forma con la tradicional separación entre investigador y personas "investigadas", lo que le da a este trabajo un mayor rigor científico.

El capítulo primero está dedicado a la contextualización de los movimientos inmigratorios en Aragón. Se comienza analizando el hecho migratorio y las etapas en las que se producen los principales desplazamientos hacia España, para pasar a considerar la actitud que la sociedad receptora adopta ante el fenómeno migratorio, planteando dilemas como asimilación o interculturalidad, integración o inclusión. Además, se aportan datos actualizados sobre la inmigración en España y en Aragón con la finalidad de definir el perfil genérico y las características propias de la población que accede a nuestro país y, en concreto, a la comunidad aragonesa destacando los aspectos sociales, económicos, culturales y laborales.

El capítulo segundo plantea la inclusión social y cultural de la inmigración en Aragón. Para ello, se analizan los resultados de las entrevistas en profundidad realizadas a una muestra representativa de inmigrantes residentes en las tres provincias aragonesas, considerando el país de procedencia y el género, y de los grupos de discusión desarrolla-

dos con representantes de instituciones que desarrollan su actividad con este colectivo. A partir del análisis, se presentan diferentes vivencias, expectativas, realizaciones y frustraciones que han vivido a lo largo de su proceso de inclusión en la sociedad aragonesa.

En el capítulo tercero se nos presenta un análisis pormenorizado del proceso de integración socio-educativo de las familias inmigrantes así como del papel que la escuela desempeña en el proceso de inclusión social de esta población. Este análisis se realiza a partir de los resultados de una encuesta realizada a los profesores tutores y directivos de los centros docentes públicos y concertados de enseñanzas no universitarias y de entrevistas a diferentes colectivos.

El capítulo cuarto está dedicado al proceso de inclusión económica del inmigrante a través de su inserción laboral, desde una doble perspectiva. Por un lado, se analiza de un modo descriptivo, la relación entre el mercado laboral aragonés y la inmigración a partir de fuentes secundarias y, en segundo lugar, a partir de las entrevistas en profundidad y los grupos de discusión se profundiza en aspectos imposibles de abordar desde otras estrategias.

Por último decir que, como bien apuntan los propios autores, *hablar del modo de vida del inmigrante en Aragón es tan ficticio como hablar del modo de vida del aragonés* (2004:19). Sin embargo, han sabido plasmar a partir de los discursos de los inmigrantes distintas percepciones e interpretaciones que, en función de ciertas posiciones, trayectorias e intereses sociales, tienen los inmigrantes que residen en Aragón en su duro y difícil camino hacia la inclusión social en un mundo cada vez más globalizado.

PASCUAL AGUELO NAVARRO Y
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Directores de INTERMIGRA semiex
(Seminario permanente para las migraciones inter-
nacionales y la extranjería)
Codirectores de la REDMEX

I La Constitución Europea y ... los extranjeros

SUMARIO

I. La Constitución Europea o el Tratado Constitucional.

II. La importancia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y sus lagunas.
A) Derechos y principios. B) El acceso a los órganos de protección.

III. La desigualdad de derechos de los extranjeros. A) El contenido de los derechos en la Carta: dignidad y justicia. B) Libertades. C) Igualdad. D) Solidaridad. E) Ciudadanía.

IV. La convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

I. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA O EL TRATADO CONSTITUCIONAL

El “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, cuyo texto final se adoptaba a mediados de 2004, se firmaba en Roma el 29 de octubre del mismo año y se halla en proceso de ratificación¹. Estamos ante un verdadero Tratado constitutivo por medio del cual se crea una nueva Unión Europea abierta a todos los Estados europeos, que sucederá a la vieja Unión Europea constituida en su día por el Tratado de Maastricht.

El Tratado consta de cuatro partes, la primera dedicada sobre todo a la definición y objetivos de la Unión, las competencias, las instituciones y la vida democrática; la segunda incluye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; la tercera, la más amplia, se centra en las políticas y el funcionamiento de la Unión, y la cuarta se dedica a las disposiciones generales y finales, derogación de tratados anteriores, sucesión jurídica, ratificación, entrada en vigor, etc. Además consta de 36 protocolos, 2 anexos y 50 declaraciones anejas.

(1) Una exhaustiva información sobre el Tratado Constitucional puede consultarse en la página web del MAE, www.constitucioneuropaea.es y en la web europea http://europa.eu.int/constitution/futurum/index_es.htm.

Ello hace que el Texto Constitucional resulte un documento extenso y complejo, pero que viene a aliviar la actual situación con más de treinta Tratados de Derecho originario y un elevadísimo número de otros textos de valor convencional.

Se ha hecho usual denominar a este Tratado como “Constitución Europea”, sin embargo, debe quedar claro que los órganos de la Unión lo suelen llamar, con mayor rigor, “Tratado Constitucional”, pues no conviene olvidar que, sea cual sea la denominación, en definitiva estamos ante un tratado adoptado mediante una Conferencia Intergubernamental, cuya ordinaria revisión debe realizarse, por tanto, a través de otra Conferencia Intergubernamental.

El nombre formal (“Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”) puede dar lugar a confusiones, al emplear el término “Constitución” (generalmente aplicado a las normas supremas de los Estados)², aunque recordamos que ese mismo término se aplica a un buen número de tratados mediante los cuales se crean Organizaciones Internacionales. Así, en 1919 se adopta la “Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”, en 1945 se adopta la “Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura”, en 1964 se adopta la “Constitución de la Unión Postal Universal” y, finalmente, en 1989, se adopta la “Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones”.

Por ello, y como quiera que la denominación “Constitución Europea” se está generalizando, su uso deberá realizarse, como aquí lo hacemos, con las prevenciones y aclaraciones expuestas.

Sin duda esta Constitución Europea o Tratado Constitucional ofrece numerosos ángulos de interés; en este documento vamos a limitarnos a su relación con los inmigrantes o extranjeros, es decir, con las personas que son nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea, pues, los franceses que viven en España, los italianos que residen en Alemania, etc., o también los españoles que viven en Alemania o Bélgica no son extranjeros, sino ciudadanos de la Unión y disfrutan así de un elevado nivel de derechos.

Asimismo, advertimos que el balance final acerca del Tratado deberá tener en cuenta, además de los déficit observados a lo largo de nuestro análisis, elementos favorables, como los avances producidos en la integración, regulación y pacificación interna de la Unión, el mayor poder del órgano elegido directamente (el Parlamento Europeo) y la racionalización jurídica. Pero también, y en sentido menos favorable, debemos señalar, entre otros aspectos, la limitada participación de la ciudadanía en el proceso constitutivo de la Unión, las escasas garantías jurídicas del control de los Derechos Fundamentales y los pocos esfuerzos efectuados en el fomento del conocimiento de los objetivos, derecho e instituciones de la Unión en el conjunto de la población.

(2) El mismo Tratado, entre otros, en su artículo I-1, se refiere a él como “La presente Constitución...”.

II. LA IMPORTANCIA DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN Y SUS LAGUNAS

Una vez efectuadas las anteriores matizaciones previas, y en relación con el objeto principal de nuestro estudio, resalta la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión en la Parte II del Tratado Constitucional³.

Esta incorporación refuerza los mecanismos de protección, al tiempo que establece una base jurídica común, que forma parte inexcusable del Derecho de la Unión y, por consiguiente, del Derecho interno de todos los Estados miembros, que presupone el respeto de los derechos fundamentales en el espacio europeo.

Sin embargo, a pesar de ser un texto muy importante, a nuestro juicio, la Carta tiene tres lagunas o carencias principales: 1) La diferenciación entre derechos y principios, 2) el difícil acceso del individuo al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia de la UE, y 3) la desigualdad de derechos de los extranjeros. Este último punto será posteriormente objeto de particular y más extenso análisis.

A) Derechos y principios

En cuanto a la primera carencia, debe reseñarse que más de una cuarta parte de las normas de la Carta enuncian o contienen principios, no derechos; pues bien, según el propio Texto Constitucional, los derechos deben respetarse y pueden exigirse ante los Tribunales, pero los principios simplemente habrán de “observarse”, no pueden exigirse, no dan lugar a derechos inmediatos o demandas directas de acciones positivas dirigidas a las instituciones de la Unión o a las autoridades de los Estados miembros.

Dos son los criterios que permitirán que un derecho, a veces incluido como tal en la misma Carta se vea rebajado a la categoría de principio: su calificación como principio en la propia Carta o en las Explicaciones relativas a la Carta⁴, y su remisión a lo que diga el Derecho Interno, o sea a la legislación y las prácticas nacionales.

En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos de un derecho y de un principio, así, “la igualdad entre hombres y mujeres” (artículo II-83), “la protección de la vida familiar en los planos jurídico, económico y social” (artículo II-93) o “el acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales básicos” (artículo II-94).

Por su parte, y a título de ejemplo, la Carta califica como principios derechos sociales tan fundamentales como “la diversidad cultural, religiosa y lingüística” (artículo II-82), “el interés superior

(3) PARTE II: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

(4) Citamos ahora las Explicaciones relativas a la Carta por su extraordinario valor recogidas en la Declaración n.º 12 anexa al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado Constitucional, las Explicaciones “serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”, como señala el artículo II-112, párrafo 7.º del citado Tratado.

del niño” (artículo II-84.2), “los derechos de las personas mayores” (artículo II-85), “la integración de las personas discapacitadas” (artículo II-86), “el derecho a la información y consulta de los trabajadores o sus representantes” (II-artículo 87) e, incluso, “el derecho de negociación, acción colectiva” y “protección en caso de despido injustificado” (II-artículos 88 y 90). Lo mismo cabe decir de “la protección del medio ambiente” (artículo II-97) o de “los consumidores” (artículo II-98).

También han de considerarse principios los incluidos en los artículos II-95 (el principio de un alto nivel de protección de la salud humana) y II-96 (el acceso a los servicios de interés económico general).

Con esta calificación, aplicada nada menos que a catorce derechos, estamos vaciando de contenido a otros, sobre todo sociales, convirtiéndolos en simples objetivos programáticos.

Esta vía ya fue seguida en la vigente Constitución Española de 1978 y, en virtud de la misma, los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución (artículos 39 a 52) sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen y cuando los desarrollen (artículo 53.3 de la misma Constitución española). De esta forma el “derecho al trabajo”, el “derecho a una vivienda digna”, etc., serían una especie de poesía constitucional: bellos para leer, pero sin efecto jurídico preciso.

En otras palabras, esta decimonónica concepción veteroliberal (revitalizada por los “neocon” de todo tipo) niega la existencia de derechos humanos que no sean los simples derechos civiles y políticos. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos, tal doctrina debe ser claramente rechazada porque, como señala la Declaración y el Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia de la ONU en 1993, “todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”⁵.

En síntesis, comparando el contenido de la Carta con el lema de la Revolución Francesa, *liberté, égalité, fraternité*, podemos afirmar que aquélla se ha quedado en la libertad, pues, a pesar de la denominación formal de los Títulos III (Igualdad) y IV (Solidaridad), los derechos proclamados en la Carta no han llegado hasta la igualdad y ni siquiera otean en la lejanía la solidaridad o la fraternidad.

B) El acceso a los órganos de protección

Al examinar la segunda laguna o carencia, debemos hablar del acceso a los órganos de protección, y más concretamente a los mecanismos jurisdiccionales de protección.

En esta dirección podemos formularnos dos preguntas:

1.^a) ¿Quién o quiénes protegen los derechos fundamentales proclamados en la Constitución Europea?

(5) Punto I.5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993.

La Constitución Europea y ... los extranjeros

2.ª ¿A través de qué recursos los protegen?

Si a la primera pregunta respondemos que tales derechos los protege el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia⁶, nos encontraríamos que, en la actualidad existen importantes límites a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sobre todo, desde la perspectiva de la ordenación de las vías de recurso.

Ello sucede así porque, aun cuando el artículo I-29 señale que los Estados miembros “establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión” (párrafo 1), sin embargo, el particular, para el caso de que un Estado miembro no le garantice esa tutela judicial efectiva, verá muy limitado el ejercicio de acciones.

En general, además del indirecto recurso prejudicial, puede afirmarse que el Tratado Constitucional tan sólo prevé dos recursos que el particular puede utilizar directamente:

– El recurso de control de la legalidad de las leyes y leyes marco europeas y de otros actos, al que sólo puede acceder el particular si es el destinatario de esos actos o le afectan directa e individualmente (artículo III- 365, párrafo 4.º).

– El recurso por inactividad u omisión de las instituciones de la Unión, que el particular podrá interponer cuando una institución no le haya dirigido un acto obligatorio que debía dirigirse (artículo III-367).

Por tanto, no podrá interponer tales recursos en el caso de un acto cuya aplicación no se realice o se realice de modo irregular y suponga violación de los derechos fundamentales de esa persona.

Evidentemente la “constitucionalización” no será completa si nos limitamos a aprobar un catálogo de derechos fundamentales. Es necesario, asimismo, permitir el acceso directo de los particulares que vean violados tales derechos a los órganos judiciales de protección, o sea al Tribunal de Primera Instancia y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues, como afirma la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”; por tanto, en este caso, nos encontramos, por lo menos, con un serio déficit constitucional.

En definitiva, resulta ciertamente muy criticable que la Constitución Europea no haya establecido un verdadero recurso de amparo o un auténtico recurso individual para cualquier persona que se considere víctima de una violación de sus derechos fundamentales.

(6) El artículo I-29 define el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dentro del Marco Institucional y la Subsección 5.ª de la Parte III, artículos III-353 a 383, detalla su funcionamiento.

III. LA DESIGUALDAD DE DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

La tercera carencia o laguna está constituida por la desigualdad de derechos consignada en la Carta de Derechos Fundamentales. Por ser el objeto central de nuestro análisis, nos referimos a ella de forma más extensa en el punto siguiente.

En el concreto terreno elegido para el examen de la Constitución Europea o Tratado Constitucional encontramos un importante déficit democrático: la regulación de los derechos de los extranjeros en la Carta.

Para comprobar las graves carencias que en este sentido existen realizaremos un examen comparativo entre su contenido y el de algunos tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros de la Unión Europea, sobre todo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. También recordaremos algún precedente jurisprudencial verdaderamente criticable.

A) El contenido de los derechos en la Carta: dignidad y justicia

Situados en el terreno concreto de la Carta, en principio no existen problemas en el Título I (dignidad). Ello se comprueba repasando por ejemplo las normas relativas a la “Dignidad humana” (artículo II-61), al “Derecho a la vida” (artículo II-62), al “Derecho a la integridad de la persona” (artículo II-63), a la “Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes” (artículo II-64) y a la “Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado” (artículo II-65). Lo mismo sucede en el Título VI (justicia), con el “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” (artículo II-107), la “Presunción de inocencia y derechos de la defensa” (artículo II-108), los “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” (artículo II-109) o el “Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción” (artículo II-110).

En ambos Títulos se proclaman derechos que la Carta atribuye a todas las personas por el hecho de ser personas. En ambos casos se materializa, pues, el principio de igualdad y no discriminación entre extranjeros y ciudadanos de la Unión Europea.

Por el contrario, los otros cuatro Títulos de la Parte II⁷ sí pueden ser considerados como problemáticos en esta materia, porque observaremos las libertades incompletas para los extranjeros, su igualdad disminuida, una solidaridad de la Unión Europea bajo mínimos y una ciudadanía excluyente. Todo ello consagra los nefastos efectos de la paradigmática sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada el 17 de marzo de 1993 en el caso de la naviera alemana “Slooman Neptun”⁸.

(7) Título III. Igualdad, Título IV. Solidaridad y Título V. Ciudadanía.

(8) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Recopilación de Jurisprudencia, 1993-3, pp. I-927 a I-937.

La Constitución Europea y ... los extranjeros

El Tribunal de Justicia, en este caso, ante una reclamación por trato discriminatorio salarial de unos trabajadores filipinos frente a nacionales alemanes, desde una visión alicorta e ignorando el derecho de “igual salario por idéntico trabajo”, no quiso inspirarse en la Carta Social Europea ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni en diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, textos todos ellos que protegen derechos humanos de todas las personas y que habían sido ratificados por todos los Estados miembros de la UE; por eso el Tribunal de Justicia, examinando el Tratado de la Comunidad Europea desde la más cerrada perspectiva, concluyó que este Tratado permite tales discriminaciones salariales y que ello no viola los derechos humanos de los extranjeros.

B) Libertades

El Título II recoge las libertades incompletas o recortadas para los extranjeros en al menos tres de sus normas:

a) Por ejemplo, a la hora de proteger los datos de carácter personal (artículo II-68), a pesar de que el artículo reconoce el derecho para “toda persona”, la propia Unión Europea ha creado el llamado Sistema EURODAC para recogida de datos de extranjeros que, o bien solicitan asilo, o bien han sido detenidos intentando entrar irregularmente en territorio de un Estado miembro de la Unión. Pues bien, el Sistema EURODAC limita el derecho de protección de datos de las personas extranjeras sometidas a estos controles.

b) La Carta recoge la libertad profesional y el derecho a trabajar (artículo II-75). En efecto, se afirma que toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, pero posteriormente se concreta que sólo los ciudadanos de la Unión tienen la libertad de trabajar, de buscar empleo, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro. Pero ¿el derecho a trabajar –como derecho humano– no incluye también la libertad de trabajar, de buscar empleo?

Esta desacertada norma afirma, además, que sólo los nacionales de terceros países que se hallen regularmente en territorio de un Estado miembro tienen derecho “a unas condiciones laborales equivalentes a las que disfrutaban los ciudadanos”, redacción que suscita por lo menos tres interrogantes:

– ¿Ni siquiera a los extranjeros que residan legal o regularmente se les va a dar condiciones laborales “idénticas” a las de los ciudadanos?

– ¿Qué sucede entonces con el clásico principio de “a igual trabajo, igual salario”, que cimenta en gran medida los derechos económicos y sociales y la no discriminación?

– ¿Qué haremos, pues, con quienes se hallen en situación irregular? ¿Pueden ser explotados impunemente, sufriendo condiciones laborales no equivalentes a las de los ciudadanos de la UE?

c) La Carta también regula la expulsión, la extradición y la devolución de extranjeros, sin graves problemas formales (artículo II-79). En la realidad, la misma UE admite los vuelos “charter” conjuntos de extranjeros en situación irregular, que constituyen auténticas expulsiones colectivas condenadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya se trate de extranjeros en situación regular ya en situación irregular.

C) Igualdad

Por otra parte el Título III (igualdad) proclama una igualdad disminuida de los extranjeros.

Ello sucede sobre todo porque el artículo II-81 (“No discriminación”) recoge el principio esencial de no discriminación, pero su párrafo 2 proclama que la no discriminación por razón de la nacionalidad sólo beneficia a los ciudadanos de la Unión Europea.

D) Solidaridad

A su vez el Título IV (solidaridad) contempla una solidaridad de la UE para con los extranjeros bajo mínimos.

El artículo II-94 “Seguridad social y ayuda social”, en su párrafo 2.º resulta especialmente sangrante ya que dice: “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales (...)”, pero siendo este un derecho humano de todas las personas, como indica el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 9, ¿por qué razón y con qué legitimidad esta Unión Europea, que se dice tan amante de los derechos fundamentales, lo recorta en relación con las personas que residen en ella de algún modo irregular y que precisen tales prestaciones o ventajas sociales?

E) Ciudadanía

Vemos finalmente en el Título V (ciudadanía) una ciudadanía excluyente, debido a que la mayoría de los derechos sólo se conceden a los ciudadanos, no a los extranjeros que residan en la Unión Europea.

Pongamos un doble ejemplo de la ciudadanía excluyente:

– El artículo II-99 atribuye el derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo solamente a los ciudadanos de la Unión: ¿No se podía haber abierto una puerta a la participación de los extranjeros que residen regularmente en territorio de un Estado miembro?

– La misma pregunta se suscita con el artículo II-100, que atribuye el derecho de sufragio activo y pasivo para las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión.

IV. LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

Existen, sin embargo, algunas soluciones que permitirían salvar esas carencias.

En primer término debe superarse la calificación de numerosos derechos sociales como principios, pues con ello se niega a esos derechos fundamentales o humanos su cualidad de tales.

Para ello, tan sólo parece suficiente adoptar el sentido actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, en particular, la dirección tomada, por ejemplo, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que por cierto son partes los 25 Estados miembros de la Unión⁹.

Si deseamos lograr una plena unión de Derecho, la Unión Europea debe rescatar el sentido y los derechos (auténticos derechos humanos) presentes entre otros textos en el citado Pacto o en la Carta Social Europea, adoptada en el seno del Consejo de Europa.

Situándonos ahora en el terreno de las personas migratorias, la Carta de los Derechos Fundamentales no resiste un análisis comparativo entre su contenido y el contenido de los tratados de derechos humanos en los cuales, por cierto, los Estados miembros de la Unión también son partes. En esa cuestión concreta, la Unión sufre una gran carencia que se deja sentir cada día en la vida de numerosas personas. Parece como si la sombra de la sentencia dictada en el caso *Slooman Neptun*, antes citado, no dejara de crecer.

La superación de esta carencia exige una acción internacional clara de la Unión: la adhesión a la convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990 en el ámbito de las Naciones Unidas¹⁰. Sin embargo, de momento, dicha adhesión ni se plantea en el terreno institucional de la Unión.

Puesto que la Unión tiene personalidad jurídica interna e internacional, indudablemente puede celebrar tratados internacionales en las materias en las que sea competente. Al ser competente en derechos humanos y en migraciones internacionales, solamente le falta ya la voluntad de celebrar dichos tratados. Es más, el Tratado Constitucional ya obliga a la Unión a adherirse a un tratado internacional en esta materia, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como afirma el artículo I-9, 2.º.

Debe advertirse que la convención internacional citada no practica una política de puertas abiertas, porque incluye, a modo de plus, una lista de derechos que se atribuyen solamente

(9) El texto puede consultarse en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

(10) El texto se puede consultar en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm. Sobre el contenido de la Convención ver A. ÁLVAREZ, "La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 2, p. 9.

a los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular.

Pero la convención mencionada parte de la no discriminación entre las personas, y establece después un conjunto de derechos atribuibles a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, sea regular o irregular su situación migratoria. Estos derechos configuran el núcleo básico y se les atribuyen por el hecho de ser personas, respetando su dignidad humana.

En el momento en el que la Unión Europea se decida a convertirse en parte en este tratado internacional comenzará a realizar una política efectiva de derechos humanos para todas las personas, incluidos los inmigrantes, sin ninguna discriminación.

ATRIBUCIÓN DE DERECHOS EN LA CARTA

	A	B	C
TÍTULO I: DIGNIDAD			
Dignidad humana, art. II-61 (A)	X	X	X
Derecho a la vida, art. II-62 (A)	X	X	X
Derecho a la integridad de la persona, art. II-63 (A)	X	X	X
Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, art. II-64 (A)	X	X	X
Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, art. II-65 (A)	X	X	X
TÍTULO II: LIBERTADES			
Derecho a la libertad y a la seguridad, art. II-66 (A)	X	X	X
Respeto de la vida privada y familiar, art. II-67 (A)	X	X	X
Protección de datos de carácter personal, art. II-68 (A)	X	X	X
Derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, art. II-69 (A)	X	X	X
Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, art. II-70 (A)	X	X	X
Libertad de expresión y de información, art. II-71 (A)	X	X	X
Libertad de reunión y de asociación, art. II-72 (A)	X	X	X
Libertad de las artes y de las ciencias, art. II-73 (A)	X	X	X
Derecho a la educación, art. II-74 (A)	X	X	X
Libertad profesional y derecho a trabajar, art. II-75 (C, B)	X	X (-)	
Libertad de empresa, art. II-76 (A)	X	X	X
Derecho de propiedad, art. II-77 (A)	X	X	X
Derecho de asilo, art. II-78 (A)	X	X	X
Protección en caso de devolución, expulsión y extradición, art. II-79 (A)	X	X	X
TÍTULO III: IGUALDAD			
Igualdad ante la ley, art. II-80 (A)	X	X	X
No discriminación, art. II-81 (A)	X	X	X
Diversidad cultural, religiosa y lingüística, art. II-82 (A)	X	X	X
Igualdad entre hombres y mujeres, art. II-83 (A)	X	X	X
Derechos del niño, art. II-84 (A)	X	X	X
Derechos de las personas mayores, art. II-85 (A)	X	X	X
Integración de las personas discapacitadas, art. II-86 (A)	X	X	X
TÍTULO IV: SOLIDARIDAD			
Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, art. II-87 (A)	X	X	X
Derecho de negociación y de acción colectiva, art. II-88 (A)	X	X	X
Derecho de acceso a los servicios de colocación, art. II-89 (A)	X	X	X
Protección en caso de despido injustificado, art. II-90 (A)	X	X	X
Condiciones de trabajo justas y equitativas, art. II-91 (A)	X	X	X

La Constitución Europea y ... los extranjeros

	A	B	C
Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, art. II-92 (A)	X	X	X
Vida familiar y vida profesional, art. II-93 (A)	X	X	X
Seguridad social y ayuda social, art. II-94 (A, B)	X	X	
Protección de la salud, art. II-95 (A)	X	X	X
Acceso a los servicios de interés económico general, art. II-96 (A)	X	X	X
Protección del medio ambiente, art. II-97 (A)	X	X	X
Protección de los consumidores, art. II-98 (A)	X	X	X
TÍTULO V: CIUDADANÍA			
Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, art. II-99 (C)	X		
Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, art. II-100 (C)	X		
Derecho a una buena administración, art. II-101 (A)	X	X	X
Derecho de acceso a los documentos, art. 102 (C)	X		
El Defensor del Pueblo Europeo, art. II-103 (B, C)	X	X	
Derecho de petición al Parlamento Europeo, art. II-104 (B, C)	X	X	
Libertad de circulación y residencia, art. II-105 (C y B)	X	X (-)	
Protección diplomática y consular, art. II-106 (C)	X		
TÍTULO VI: JUSTICIA			
Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, art. II-107 (A)	X	X	X
Presunción de inocencia y derechos de la defensa, art. II-108 (A)	X	X	X
Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, art. II-109 (A)	X	X	X
Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción, art. II-110 (A)	X	X	X

A. Ciudadanos de la Unión; B. Residentes legales; C: Todos

SUSANA RODERA RANZ

Investigadora en migración y derechos humanos, becaria FPI del Grupo de investigación “Migraciones y mercado de trabajo: Problemas y soluciones para la España de la globalización” de la Universitat de Girona.

II

Proposición para reconocer el sufragio de los migrantes en España

El 22 de febrero el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-IU-ICV presentó una Proposición no de Ley en la que se insta al Gobierno a reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo, modificando las normativas necesarias, para los inmigrantes que hayan permanecido un año en el caso de las elecciones municipales y tres años para el resto.

Se argumenta esta proposición, acertadamente como explicaremos a continuación, desde: la integración de los migrantes, el reconocimiento de sus derechos fundamentales y la esencia de la democracia, por una parte, interrelacionados e interdependientes; y una resolución del Parlamento Europeo en 2001, por otra. Esta resolución recomendaba a diversos países, entre ellos España, que firmaran y ratificaran el Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, que amplía el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas a todos los residentes procedentes de terceros países, siempre y cuando éstos lleven residiendo legalmente en la Unión Europea al menos tres años.

No precisamos insistir en que por aquel año 2001, con la mayoría absoluta del Partido Popular, era difícil que nuestro Gobierno hiciera caso a tal resolución del Parlamento Europeo. No olvidemos que a finales de 2000, esa mayoría absoluta le permitió echar por tierra una Ley de Extranjería aprobada con un consenso muy amplio, la Ley Orgánica 4/2000, y aprobar la suya propia, la 8/2000, que ha resultado ineficaz y ampliamente criticada, entre otras razones por sus restricciones a los derechos. No ha lugar a desarrollar los puntos conflictivos de esta ley, ni a comentar las labores del anterior Gobierno en el ámbito de la migración. Ahora nos encontramos con otro Gobierno que debe mostrar su denostado “talante” al afrontar esta proposición no de ley, sin duda ambiciosa.

Si pasamos a analizar los argumentos y los objetivos de esta proposición no de ley, nos encontraremos, en primer lugar, en que el concepto que se utiliza de ciudadanía resulta más avanzado de lo que se venía utilizando hasta ahora, pues lo que se pretende, o al menos eso se deduce, es ahondar en la concepción de ciudadanía como disfrute de un abanico amplio de derechos y libertades que permiten la plena integración de la persona en la sociedad. Ese disfrute que, hasta hace poco, venía ligado a la nacionalidad, se ve ampliado con los tratados internacionales de derechos humanos y también con el Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, de 1992.

Los derechos políticos, entre los que se incluyen el sufragio activo y pasivo, se encuentran en la segunda generación de derechos –la primera generación es la de derechos civiles y la tercera, la

de económicos y sociales—. Según el grado que alcanzan las generaciones de derechos en cada nación se muestra el alcance de su democracia; así aquellos países que ya reconocen los derechos civiles, políticos, sociales y económicos a todas las personas bajo su jurisdicción, son los que poseen un nivel más avanzado de democracia, igualdad y justicia.

No es necesario que redundemos en los argumentos para defender el pleno reconocimiento del derecho al voto de los migrantes como condición de su plena integración en la sociedad. Lo único necesario para tal reconocimiento es voluntad: voluntad de modificar las normas necesarias, incluyendo la Constitución, para que se haga efectivo. Y, con una futura reforma constitucional, nos encontramos en el momento idóneo para mostrar esa voluntad. Considero que para tal reforma deben quedar claras unas condiciones: la eliminación de la exigencia de reciprocidad a los países de origen de los migrantes, exigencia recogida en la Constitución Española; la consideración de residencia, a efectos de su cómputo, como residencia regular en cualquier país de la Unión Europea; y el reconocimiento pleno de todos sus derechos y libertades.

La eliminación de la reciprocidad¹ me parece fundamental porque, como bien apuntaban AJA y Díez Bueso², “los constituyentes no pensaban en la inmigración sino en la emigración de los españoles a otros países”. En ese momento, las circunstancias eran muy diferentes a las de ahora y lo que preocupaba era el trato de nuestros nacionales en los otros países. Hoy día, y apuntando de nuevo la idea de democracia que considerábamos arriba, no podemos condicionar los derechos que otorgamos a la reciprocidad. ¿Podría justificarse la negación del derecho de educación porque en el país de origen nos lo nieguen a nosotros? Mientras en el plano internacional ha sido muy complicado que los Estados reconocieran el derecho de sufragio como derecho fundamental de toda persona³, en el europeo se ha avanzado algo más, como veremos después. Por tanto, superemos el miedo a reformas constitucionales.

En cuanto a la condición de residencia, resulta lógico que ésta sea regular, pero añadiríamos —algo que no aclara la proposición no de ley— que esta residencia sea en cualquier país de la Unión Europea, dado que para las elecciones europeas no sería relevante haber residido en uno u otro país, sino el llevar tres años residiendo; y para las elecciones municipales se exigiría un año, con lo cual hasta no alcanzar esta exigencia mínima no podrían participar en dichos comicios.

La última condición que vemos necesaria es la del reconocimiento de todos derechos y libertades. Esto que puede resultar demasiado obvio, es fundamental que quede reflejado, dada la constante restricción que se ha ido produciendo. El Derecho Internacional reconoce a los mi-

(1) Artículos 13,2 y 23 de la Constitución española.

(2) “La participación política de los inmigrantes”, AJA, E./DÍEZ BUESO, L. :*La factoría*, nº 10, octubre de 1999-enero 2000.

(3) La observación general 15 del Comité de Derechos Humanos resulta de gran importancia en el reconocimiento de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para los migrantes, con la excepción expresa del derecho al voto.

Proposición para reconocer el sufragio de los migrantes en España

II

grantes, incluso a los que están en situación irregular, derechos y libertades; sin embargo determinadas medidas jurídicas y, sobre todo, políticas están restringiendo aquéllos⁴. Por ello es necesario que explícitamente se reconozcan.

Retomando aquella resolución del Parlamento europeo que recomendaba la ratificación del Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, hemos de confirmar que poco caso se le ha hecho, puesto que a día de hoy sólo Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia, Islandia, Italia y Holanda lo han ratificado⁵. Este Convenio del 5 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de mayo de 1997, considera que “la residencia de extranjeros en el territorio nacional es ahora un rasgo permanente de las sociedades europeas” y establece la libertad de expresión, reunión y asociación de los extranjeros “en pie de igualdad con sus nacionales”, prevé el establecimiento de órganos consultivos que representen a los residentes extranjeros en el nivel local y concede el derecho de voto en las elecciones de las autoridades locales. Como decíamos, éste es un paso muy importante, pero la proposición no de ley va más allá pues reduce los cinco años de residencia que exige el Convenio a uno y tres, según a qué elecciones se refiera, y habla de reformas legislativas, haciendo especial referencia a la “inconveniente” reciprocidad.

En el ámbito europeo cabe destacar una iniciativa interesante: el Compromiso de las Ciudades por los Derechos Humanos, firmado por los representantes de 41 ciudades europeas en Barcelona⁶, el 17 de octubre de 1998, en el marco de la conmemoración del 50.º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este Compromiso reconoce en su primer apartado “el derecho de participación política, el derecho de sufragio y la libertad de asociación en el ámbito municipal a todos los ciudadanos y ciudadanas, incluidos todos aquellos que, siendo residentes en la ciudad ya durante un tiempo, no dispongan de la nacionalidad del Estado”⁷.

En todo caso, gracias a esta proposición no de ley se abre la puerta a un debate que ya era necesario. Los migrantes son personas y, si bien dada su regularidad o no, podría matizarse el reconocimiento de unos u otros derechos, en todo caso son ciudadanos de este país y deberían decidir el rumbo del mismo por medio del sufragio activo y pasivo, de igual modo a como lo están haciendo por medio de su trabajo diario.

(4) Ejemplos de ello son el recurrido asunto del acceso de las Fuerzas de Seguridad al padrón o la prohibición del derecho de huelga.

(5) Resulta interesante el análisis que hace Antidio MARTÍNEZ DE LIZARRONDO ARTOLA sobre estos países y su trayectoria legislativa, en «El rol de la ciudadanía en la gestión de la inmigración, la extensión del derecho al voto de las personas extranjeras no comunitarias», ponencia presentada al 4.º Congreso Nacional de Inmigración, noviembre 2004, Girona.

(6) Ciudades signatarias españolas: Badalona, Barcelona, Castellcir, Cerdanyola del Vallès, Córdoba, Cornellà de Llobregat, Cubelles, Donostia-San Sebastián, Esplugues de Llobregat, Figueres, Gernika-Guernica, Gijón, Girona, Granollers, L'Hospitalet de Llobregat, Lleida, Logroño, Manresa, Mataró, Olot, Palma de Mallorca, Pallejà, Reus, Sabadell, Santa Coloma de Gramenet, Santa Cruz de Tenerife, Santiago de Compostela, Tarragona, Tiana, Urzuzu-Irún, Vitoria-Gasteiz y Zaragoza.

(7) Desconocemos si en alguna de estas ciudades se han reconocido ya dichos derechos.

IGNACIO CAMÓS VICTORIA
 Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la
 Seguridad Social de la Universidad de Girona.
 Miembro de la Cátedra de Inmigración, Derechos y
 ciudadanía

III

La política de inmigración adoptada en Canadá con ocasión de las más recientes reformas y su contribución al debate abierto en España y en la Unión Europea

SUMARIO

I. Introducción.

II. Antecedentes.

III. Cronología Legislativa.

IV. La ley canadiense de inmigración y protección de los refugiados: aspectos más destacados y objetivos de la misma.

V. Las diferentes categorías de residentes permanentes: reagrupación familiar, inmigración económica, y refugiados.

VI. La carta de residente permanente.

VII. La categoría de residente temporal.

VIII. La planificación, la consulta con las provincias y territorios y la rendición de cuentas ante el Parlamento como instrumentos efectivos de la nueva política de inmigración.

IX. La justicia penal y la ley sobre inmigración y protección de los refugiados.

X. Otras medidas contenidas en la nueva legislación canadiense de inmigración: las sanciones frente a la organización de la entrada ilegal en Canadá y la Comisión de Inmigración y del Estatuto del Refugiado.

XI. A modo de conclusión final: la contribución de la nueva política de inmigración canadiense al debate abierto en España y Europa.

I. INTRODUCCIÓN

La actual política de inmigración en Canadá se basa en la Ley de inmigración y de protección de los refugiados [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) Immigration and Refugee protection Act (IRPA)*] y su reglamento de desarrollo, textos que han sustituido a la Ley sobre inmigración vigente desde 1978, una norma que se remontaba a la década de los años 70 en la que, indudablemente, el contexto migratorio era diferente del actual. La Ley de inmigración de 1978 había sido objeto de numerosas modificaciones, más de 30, lo que evidenciaba, y nadie discutía, la necesidad de una reforma de la política y del marco legislativo en materia de inmigración centrada en una Ley más clara, simple y coherente.

La Ley de inmigración y protección de los refugiados que entró en vigor el 22 de junio de 2002, aunque se inspira en las mismas bases de la Ley ya existente contiene numerosas novedades que, en opinión del Gobierno canadiense, deben no sólo permitir a Canadá superar sus propios déficit detectados a lo largo de los años sino también, y de forma muy especial, afrontar mejor los retos del siglo XXI por lo que respecta al movimiento de personas².

La reforma en materia de inmigración ha sido considerada como uno de los cambios legislativos más importantes en esta materia que se ha producido en Canadá, de hecho, ha sido calificada, sin ningún género de dudas, como el cambio más significativo de los últimos 25 años introduciendo un nuevo marco jurídico que representar la primera revisión completa de la legislación canadiense desde 1978 en un intento claro del deseo expreso de modernizar la política de inmigración de Canadá³.

Tal y como a continuación tendremos ocasión de apreciar esta nueva normativa en materia de inmigración actualiza la política canadiense dotando a Canadá, entre otras cuestiones, de los instrumentos necesarios para atraer a los trabajadores que poseen un cierto grado de flexibilidad y, por su parte, acelerar los procesos de reagrupación familiar.

Así pues, sin dejar de ser una norma estricta con respecto a quienes son una amenaza para la seguridad de Canadá, opta por preservar, de forma efectiva, la tradición humanitaria de la

(1) El presente artículo forma parte de una beca de investigación en estudios canadienses concedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá, a través del Consejo Internacional de Estudios Canadienses, abril 2004. Quiero agradecer la colaboración prestada por la profesora Catherine Dauvergne, Canada Research Chair in Migration Law and Associate professor Faculty of Law, University of British Columbia.

(2) Tal y como señala DAUVERGNE, C. aunque existen tres tipos de cambios en la nueva Ley de inmigración: aquellos que abordan lo que son ya prácticas habituales; los que incorporan parte de las recomendaciones jurídicas y, en último lugar, los que derivan directamente de la mundialización, pues, a pesar de los cambios considerables que han sido introducidos en la nueva legislación los elementos centrales de la antigua legislación han permanecido intactos. Cfr. "Evaluating Canada's New Immigration and Refugee Protection Act in its Global Context". *Alberta Law Review*, volumen 41, n.º 3, diciembre 2003.

(3) Véase, al respecto y, en general, sobre el examen práctico de estas normas: WALDMAN, L.: *Canadian Immigration & Refugee Law Practice*, Lexis Nexis, Butterworths, Octubre 2003. En este mismo sentido, MAROCCO, F.N. y GOSLETT, H.M.: *The 2004 Annotated Immigration Act of Canada*, Carswell, A Thomas Company, Toronto, Ontario, 2004.

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

sociedad canadiense presente durante muchos años, no sólo para quienes son objeto de persecución sino también para aquellos que buscan en Canadá un futuro mejor que el que tienen en su país de origen⁴.

II. ANTECEDENTES

El proceso de cambio normativo acontecido entre el año 2002 y 2003 se remonta al mes de noviembre de 1996, año en el que se constituyó un grupo, de carácter consultivo independiente, con el encargo de efectuar una revisión de la legislación en materia de inmigración y de protección de los refugiados. Este grupo presentó su informe al Ministro de Ciudadanía y de Inmigración de Canadá en diciembre de 1997 bajo el título de *Au-delà des chiffres: L'immigration de demain au Canada; Not Just Numbers: A Canadian Framework for Future Immigration* documento hecho público el 6 de enero de 1998.

Es necesario tener en cuenta que una parte muy importante de las modificaciones establecidas en la nueva normativa en materia de inmigración recogen las recomendaciones –172– incluidas en este informe cuyo objetivo no era otro que el de aconsejar al Ministerio de Ciudadanía e Inmigración (CIC) sobre las orientaciones futuras de las leyes canadienses en materia de inmigración a la luz de los desafíos y las tendencias entonces presentes y futuras, actuando como verdadero catalizador del amplio debate en torno a la política, la legislación y los programas de inmigración y de protección de los refugiados.

Eran cinco los principales ejes o recomendaciones de este Informe que, sin duda alguna, han sido recogidos, en mayor o menor medida, en el actual texto normativo.

En primer lugar, se defendía la necesidad de dotarse de un marco normativo que sea más simple que el marco precedente en el que esté presente, de forma efectiva, la claridad y la transparencia de su contenido y que cuente con una participación más activa de los gobiernos provinciales y de otros intervinientes claves en el proceso migratorio.

En segunda instancia, se abogaba por el reforzamiento de la categoría de “familia” como piedra angular de la inmigración hacia Canadá con la combinación de elementos de liberalización y restricción.

(4) A pesar de la larga tradición de Canadá como país de inmigración el encaje de la política de inmigración no siempre ha sido pacífico. La primera ley de inmigración se remonta a 1867, por su parte, la primera ruptura se produjo en el año 1885 cuando el gobierno canadiense cedió a los prejuicios populares y restringió la inmigración desde Oriente, dictó una Ley que impedía (limitaba) a los chinos inmigrar al aumentar considerablemente la tasa para inmigrar (*head tax*) de 50 \$CAD a 100 \$CAD en 1900 y a 500 \$CAD en 1903, lo que dio como resultado que en 1905 sólo entraron en Canadá 77 ciudadanos chinos. La I Guerra Mundial frenó temporalmente la política de inmigración, en 1923 se inició un nuevo período de incremento hasta la Gran Depresión (1929). Por su parte, a finales de la II Guerra Mundial se inicia uno de los más importantes períodos de inmigración hacia Canadá, de hecho desde entonces y hasta 1995 Canadá había recibido 5 millones de inmigrantes y refugiados. Véase, entre otros, GALLOWAY, D.: *Immigration Law*, Irwin Law, 1997, Chapter 1 The Evolution of Canadian Immigration Law. KNOWLES, V.: *Strangers at Our Gates. Canadian Immigration and Immigration Policy. 1540-1997*, Dundurn Press, Toronto, 1997. Sobre los aspectos críticos de la política de inmigración, especialmente la pérdida de identidad véase COLLINS, D.: *Immigration. The destruction of English Canada*, BMG Publishing Limited, Scarborough, Ontario, 1979.

Por su parte, se consideraba necesario centrarse en un modelo de selección de inmigrantes independientes basado en las cualidades necesarias para el éxito dentro de un mercado de trabajo cambiante, muy especialmente, con respecto a profesiones específicas. Optándose, por su parte, por un programa dirigido a la gente de negocios, así como por una mayor apertura respecto de los trabajadores extranjeros temporales, en definitiva, de aquellos que contribuyen, de una forma más evidente, para la economía canadiense.

También se defendía, en cuarto lugar, la necesidad de optar por la creación de agencias encargadas de forma específica de los refugiados cuyo objetivo sería no sólo reforzar su protección, sino también, disminuir los abusos que contra éstos puedan cometerse.

Y, en última instancia, se abogaba por defender un régimen de ejecución de la Ley que más que recurrir a la detención para asegurar el respeto a las reglas y/o normas de extranjería se centre en un sistema de control informático, que descansa sobre tarjetas de identificación para las personas sujetas a las medidas de ejecución de la Ley.

Presentado y hecho público el citado Informe se iniciaron una serie de audiencias públicas en numerosas ciudades de Canadá con el objetivo de recabar el mayor número posible de opiniones y facilitar, de esta manera, la elaboración posterior del texto normativo que debía recoger, en gran medida, las recomendaciones del informe y las aportaciones efectuadas al mismo por parte de quienes habían participado en las citadas audiencias públicas.

III. CRONOLOGÍA LEGISLATIVA

En el mes de abril del año 2000 fue depositado en el Parlamento el Proyecto de Ley, el núm. C-31, que se convertiría en futura Ley de inmigración, pero la celebración de elecciones generales y la correspondiente disolución del Parlamento paralizó los trámites para la aprobación de este texto. Una vez finalizado el proceso electoral, en el mes de febrero del año 2001 fue presentado un nuevo proyecto de Ley, el núm. C-11 recogiendo en el mismo parte de las enmiendas presentadas como respuestas a las preocupaciones en torno al proyecto precedente y como resultado de los trámites parlamentarios efectuados con anterioridad a la citada disolución del Parlamento canadiense.

Superados los oportunos trámites, en noviembre de 2001 el proyecto de Ley C-11 obtuvo la sanción real, entrando en vigor el 28 de junio de 2002.

Por su parte el Reglamento de desarrollo de la Ley de inmigración fue publicado en una edición especial de la Gazeta de Canada el 14 de junio de 2002 fijándose en su contenido las reglas de procedimiento que debe seguir el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración para la aplicación de la Ley que éste desarrolla.

Al igual que sucedió con la Ley de inmigración el Reglamento tuvo en cuenta los puntos de vista de un gran número de grupos y particulares que participaron de las discusiones abiertas

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

al respecto y representa, de esta manera, el resultado de un proceso de reglamentación abierto y transparente puesto en marcha por el Gobierno federal⁵.

IV. LA LEY CANADIENSE DE INMIGRACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS: ASPECTOS MÁS DESTACADOS Y OBJETIVOS DE LA MISMA

Como no podía ser de otra manera la reforma de la Ley de inmigración acometida, entre los años 2002 y 2003 destaca, de forma muy contundente, el importante papel que juega la inmigración en Canadá contribuyendo tanto a la salud social como económica del país, de hecho se es consciente de que un tercio de los puestos de trabajo vigentes dependen del comercio con extranjeros y de que la inmigración es importante, cuando no crucial, para establecer vínculos con el resto del mundo.

Si tuviéramos que definir, a grandes rasgos, cuáles son los aspectos más destacados de la Ley canadiense sobre inmigración y protección de los refugiados, podríamos concluir que, en síntesis, son seis estos aspectos: en primer lugar, asegurar la transparencia, la claridad de los principios y las políticas en que se basa la Ley así como velar, de forma especial, por la igualdad, la eficacia y la integridad de los procesos de decisión, de los programas de inmigración y de los procedimientos judiciales; en segunda instancia, favorecer la reagrupación familiar como mecanismo efectivo de reforzamiento de los vínculos con la sociedad canadiense; así como, en tercer lugar, proseguir la tradición humanitaria de Canadá permitiendo establecerse en Canadá a quienes son víctimas de persecución en su país; en cuarto lugar, conciliar privilegios y responsabilidad por cuanto que la posibilidad de establecerse en Canadá debe estar necesariamente vinculada al cumplimiento de un catálogo de obligaciones y responsabilidades; en quinto lugar, enriquecer los recursos humanos y escoger a los inmigrantes en función de su capacidad para fortalecer la salud económica y social de Canadá, de ahí que en el sistema de puntos ponga el acento en la capacidad de polivalencia y adaptabilidad de los seleccionados y, en última instancia, promover la seguridad pública, rechazando y/o expulsando a las personas susceptibles de dedicarse a actividades criminales.

Como puede observarse se pretende establecer un cierto equilibrio entre, de un lado, los intereses económicos de Canadá y la necesidad de preservar la integridad de un régimen de inmigración y, de otro, las obligaciones nacionales e internacionales en relación con los refugiados y los inmigrantes, siempre teniendo en cuenta la larga tradición migratoria de Canadá y la necesidad de velar por un proceso ágil y respetuoso con principios y derechos fundamentales.

(5) Dada la extensión del mismo, el proyecto de Reglamento fue presentado en dos partes, la primera fue publicada entre el 15 de diciembre de 2001 al 13 de febrero de 2003, donde se contienen las reglas de selección de los inmigrantes, las de ejecución de la Ley, refugiados y las disposiciones transitorias relativas a la citada selección, mientras que la segunda parte entre el 9 de marzo de 2002 y el 8 de abril de 2002 conteniéndose en la misma los gastos, préstamos, recaudaciones, embargos, transportes y disposiciones transitorias. Ambas partes pueden ser consultadas en: <http://www.cic.gc.ca/francais/lipr/ref-cles.html>.

A estos efectos la Ley sobre la inmigración y protección de los refugiados distingue entre objetivos en materia de inmigración (artículo 3.1) y objetivos referidos de forma específica a la categoría de refugiados (artículo 3.2), constituyendo esta distinción una de las novedades de esta Ley, reconociéndose, de esta manera, la existencia de objetivos diferenciados por lo que respecta a los programas de inmigración y los de protección de los refugiados; de hecho, tal y como tendremos ocasión de apreciar las disposiciones legislativas relativas a la protección de los refugiados han sido reagrupadas en un parte distinta de la Ley, dotándolas de una cierta y relativa autonomía pero sobre todo en aras a una mayor claridad y más fácil consulta.

Se considera, así pues, que son objetivos generales de esta normativa: permitir a Canadá obtener el máximo de ventajas sociales, culturales y económicas de la inmigración; enriquecer y reforzar el tejido social y cultural de Canadá respetando su carácter federal, bilingüe y multicultural, incluyéndose, de forma específica, una referencia expresa a la necesidad de favorecer el desarrollo de las colectividades de lenguas oficiales minoritarias de Canadá.

También se establece como objetivo general de la nueva política migratoria el favorecer el desarrollo económico y la prosperidad de Canadá y el hecho de permitir que todas las regiones y provincias que conforman dicho territorio se puedan beneficiar de las ventajas económicas vinculadas a la inmigración.

Por su parte, tal y como hemos tenido ocasión de abordar con anterioridad al abordar los aspectos más destacados de la Ley, otro de sus objetivos es el de velar por la reunificación familiar, así como promover la integración de los residentes permanente, teniendo en cuenta que de la integración se derivan una serie de obligaciones tanto para los recién llegados como para la sociedad canadiense.

Gran parte de estos objetivos no se podrían alcanzar sin instrumentos normativos renovados y modernos, de ahí que se abogue por alcanzar, a través de normas uniformes y de su aplicación efectiva, los objetivos fijados para la inmigración por el Gobierno federal después de las consultas efectuadas con las provincias.

Otra de las prioridades de la nueva política de inmigración es la de facilitar la entrada de visitantes, de estudiantes y de trabajadores temporales que llegan a Canadá en el marco de actividades comerciales, turísticas, culturales, educativas, científicas u otras, o para favorecer el buen acuerdo a escala internacional, así como la de promover acuerdos internacionales, la justicia y la seguridad para el respeto de los derechos de las personas y la prohibición de entrada en el territorio de quienes son criminales o constituyen un peligro para la seguridad, no sin olvidarse de la importancia de proteger, en caso de que sea necesario, la salud de los canadienses y, por su parte, garantizar su seguridad.

Consciente de la estructura descentralizada del Estado Canadiense, se aboga por una considerable mejora real de los instrumentos de coordinación interadministrativa, reforzando las consultas con los territorios y provincias y fijándose como objetivo específico procurar, de conformidad con las provincias, ayudas específicas para los residentes permanentes, para un mejor

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

reconocimiento de sus títulos de competencia y para favorecer una integración más rápida de éstos.

Por lo que respecta a los refugiados la Ley sobre la inmigración y protección de los refugiados añade como objetivos: reconocer que los programas para refugiados aspiran a ser un sistema que permita salvar vidas y proteger a las personas que son objeto de persecución; cumplir las obligaciones de Derecho internacional referidas a refugiados y a las personas desplazadas así como afirmar la voluntad de Canadá de participar en los esfuerzos de la comunidad internacional para prestar ayuda a favor de las personas que debe instalarse de nuevo; hacer beneficiarios a los que son objetos de persecución de un proceso igualitario reflejando las ideas humanitarias de Canadá; ofrecer asilo a quienes son objeto de persecución con ocasión de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, su pertenencia a un grupo social particular, así como a quienes pueden ser objeto de torturas o de tratamiento o penas crueles e inusitadas.

También se aboga por poner en marcha un proceso imparcial y eficaz que sea respetuoso, de una parte, con la integridad del proceso canadiense de asilo y, de otra parte, con los derechos y las libertades fundamentales reconocidos a todos los seres humanos; por fomentar la autonomía de los refugiados facilitando su reunificación familiar; promover acuerdos internacionales, la justicia y la seguridad para el respeto de los derechos de las personas y la prohibición de entrada en el territorio de quienes son criminales o constituyen un peligro para la seguridad, no sin que todo ello suponga dejar, tal y como antes he apuntado, de proteger la salud de los canadienses ni dejar de garantizar su seguridad.

En aras a conseguir una mayor claridad de esta norma y de hacer más fácil su consulta ésta se divide en 4 partes fundamentales: la primera referida a la inmigración a Canadá; la segunda centrada en la protección de los refugiados; la tercera en los mecanismos e instrumentos de ejecución de la política de inmigración; y la cuarta, en la denominada Comisión de Inmigración y del estatus de refugiado (*Commission de l'immigration et du statut de réfugié CISR; Immigration and Refugee Board, IRB*).

V. LAS DIFERENTES CATEGORÍAS DE RESIDENTES PERMANENTES: REAGRUPACIÓN FAMILIAR, INMIGRACIÓN ECONÓMICA, Y REFUGIADOS

Con carácter previo a la entrada en Canadá el extranjero que desee establecerse en dicho territorio debe proveerse de la documentación necesaria: del visado de residencia permanente cuando desea permanecer en Canadá de forma permanente o del visado de residente temporal para hacerlo de forma temporal. Por su parte, para acceder a Canadá con el propósito de trabajar se requiere un permiso de trabajo mientras que si la finalidad de la entrada es la de estudiar se exige la tenencia de un permiso de estudios.

El Reglamento de desarrollo de la Ley de inmigración y de protección del refugiado especifica cuáles son las excepciones a dicho trámite de obligado cumplimiento, o lo que es lo mismo en qué casos y bajo que condiciones la entrada en Canadá no estará sujeta a la solicitud o tramita-

ción previa de un documento acreditativo de su estado en territorio canadiense, cuestión esta que será objeto de examen en un momento posterior de este trabajo.

Centrándome, en primera instancia, en la residencia permanente, son tres las categorías de residentes permanentes reconocidas en la Ley canadiense sobre inmigración y protección de los refugiados, de un lado, los familiares (*family class*), de otro, la gente patrocinada para venir a Canadá por un familiar que es ciudadano canadiense o residente permanente; y, en última instancia, los inmigrantes económicos que son seleccionados, a través de un sistema de puntos, por su pericia, técnica o habilidades para contribuir a la economía canadiense y por su adaptabilidad. Se incluyen dentro de esta categoría tanto a los trabajadores cualificados como a la gente de negocios, dentro de cuya categoría se integra a inversores, empresarios y trabajadores autónomos y, en última instancia, refugiados y otras personas necesitadas de urgente protección, es decir aquellos refugiados que son definidos como tales por la ONU en su Convención de 1951 sobre Estatuto del Refugiado⁶.

De conformidad con lo previsto en el artículo 12.1 de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados, la selección de la categoría de “reagrupación familiar” se hace en función de la relación que éstos tienen con un ciudadano canadiense o un residente permanente, ya sea a título de cónyuge, de pareja de hecho, de menor o de padre o madre o cualquier otro miembro de la familia previsto en el Reglamento.

En este sentido, el artículo 117.1 del Reglamento especifica que pertenecen a esta categoría: no sólo el cónyuge, los menores a cargo⁷, sus ascendientes y los ascendientes de estos últimos,

(6) Para hacernos una idea sobre el número de admisiones de nuevos residentes permanentes, en el año 2003 fueron admitidos un total de 221.352 extranjeros, de los cuales, 121.055 pertenecían a la categoría de inmigración económica (105.232 trabajadores cualificados; 8.101 gente de negocios y el resto 7.722, candidatos de las provincias y territorios y auxilio familiar); 68.863 pertenecían a la categoría de reagrupación familiar y 25.981 a la de personas protegidas, siendo admitidos por motivos humanitarios un total de 5.265 inmigrantes. Por sexos existe una igualdad prácticamente absoluta por cuanto que del total de admitidos un 51,9% fueron mujeres y un 48,1% hombres, siendo muy significativa esta igualdad en el caso de la inmigración denominada económica 47,2% y 52,8% respectivamente. Por su parte para el año 2004- Plan de Inmigración, se mantenía sobre la base de entre 220.000-245.000 residentes permanentes susceptibles de ser admitidos, entre 132.000-148.000 pertenecientes a la Clase económica; entre 52.500 y 55.500 a la de Familia y entre 29.400 y 32.800 a la de personas protegidas o refugiados. Véase, al respecto, *Informe Anual dirigido al Parlamento sobre la inmigración 2004*. Informe que puede consultarse en: <http://www.cic.gc.ca/francais/pub/index-2.html#rapports>

(7) Es ciertamente significativa, la extensión que en el artículo 117 del Reglamento, vinculada a la definición de menor a cargo contenida en el artículo 2 de este mismo texto, se hace al respecto incluyéndose dentro de esta categoría a las personas que cumplen alguna de las condiciones establecidas en el párrafo b) (i), (ii) o (iii) del artículo 2 antes citado como sucede con los menores de 22 años no casados o que no convivan de hecho, estudiantes que a pesar de tener más de 22 años no han dejado de depender en lo esencial del mantenimiento financiero de alguno de sus padres así como con aquellos que a pesar de ser mayores de 22 años no han dejado de depender económicamente de sus padres con ocasión de su estado físico o mental, cuando sus padres han fallecido, cuando éstos han sido declarados abandonados por la autoridad competente del país donde éste reside, o no puede ser adoptado en el país donde reside; cuando las autoridades competentes del país donde éste reside le han autorizado por escrito a abandonar el país en compañía de algún responsable o de su representante autorizado o cuando el responsables del menor residía en Canadá cuando ha sido nombrado tutor del menor y las autoridades competentes de la provincia de destino han declarado por escrito que no se oponen a la tutela que reconocen por la aplicación del derecho provincial. Por su parte, en el artículo 117 (2), (3) y (4) del Reglamento se establecen normas específicas para los casos de adopción de menores de 18 años y/o mayores de esta edad

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

también las parejas de hecho (*conjoint de fait o, common-law partener*), considerándose como tales a las personas que viven con otra en el marco de una relación conyugal al menos durante un año, asimilándose a éstos la persona que mantiene este tipo de relación durante, al menos, un año pero que ha sido perseguida u objeto de alguna forma de represión penal no ha podido vivir con ella.

Cualquier ciudadano canadiense mayor de 18 años residente en Canadá puede apadrinar a un extranjero dentro de la categoría de reagrupación familiar, si ha presentado una solicitud de apadrinamiento (*parrainage*) asumiendo un conjunto de responsabilidades, entre las que cabe destacar, la de asumir las necesidades de éstos durante un período que oscila entre los 3 y los 10 años⁸, llegándose incluso a prever que si durante el período de apadrinamiento y mientras éste está en vigor si la persona apadrinada recibe alguna ayuda social, el responsable de éste asume la obligación de reembolsar estas ayudas.

Por lo que respecta a la inmigración económica, ésta es seleccionada en función de sus competencias o habilidades y de la capacidad de éstos para contribuir a la economía de Canadá.

Dentro de esta categoría genérica de inmigración por razones económicas en contraposición con los refugiados o inmigrantes en busca de protección y los familiares o que se desplazan con ocasión de una reagrupación familiar, se incluyen no sólo a los trabajadores cualificados sino también a la denominada gente de negocios, que tal y como he apuntado anteriormente incluye a: inversores, empresarios y trabajadores autónomos, estableciéndose criterios específicos para cada una de las citadas categorías.

En el caso de los trabajadores cualificados, categoría esta que agrupa a quienes pueden devenir residentes permanentes teniendo en cuenta su capacidad para conseguir su establecimiento económico en Canadá, la Ley y el reglamento sobre inmigración y protección de los refugiados incorporan, al respecto, una serie de cambios con la finalidad de mejorar los sistema de selección de estos trabajadores, desplazando la selección de los inmigrantes desde un modelo centrado en el oficio o la profesión del que pretende entrar en Canadá hacia un modelo en el que se tiene más en cuenta la posesión de competencias flexibles y transferibles en el marco de una economía en constate y rápida evolución basada en el saber.

La legislación canadiense tiene muy en cuenta el hecho de que la economía canadiense está necesitada de trabajadores técnicos y de obreros cualificados así como trabajadores diplomados universitarios. Se tiene, igualmente, en consideración el conocimiento del inglés o el francés, las dos lenguas oficiales de Canadá, favoreciendo la selección de quienes conocen correctamente alguna de estas dos lenguas, ya que, sin duda alguna, facilita la integración de éstos en la sociedad canadiense, considerando que son factores que favorecen, su integración social.

(8) Véase, al respecto, art. 132 (1) del Reglamento, donde se fija no sólo la duración sino también el período de inicio del cómputo de la misma.

Los trabajadores cualificados deben ser seleccionados a partir del sistema de puntos (*grille de sélection o système de points*)⁹ debiendo obtener un mínimo de 67 puntos sobre un total de 100, de los cuales 25 como máximo corresponden al capítulo de estudios, 24 al de conocimiento de las lenguas oficiales; 21 a la experiencia de trabajo; y 10 a la edad, el hecho de tratarse de un empleo reservado en Canadá y a la capacidad de adaptación respectivamente¹⁰.

Con la finalidad de obtener el derecho a entrar en Canadá los trabajadores cualificados que superen el mínimo de 67 puntos deben acreditar el cumplimiento de dos condiciones: en primer lugar, al menos un año de experiencia de trabajo durante los 10 últimos años en un puesto de gestión o en un puesto en el que se necesite habitualmente una formación universitaria, profesional o técnica, así como que esté descrito dentro de la Clasificación Nacional de Profesiones puesta a punto por el Departamento de Recursos Humanos de Canadá, así como, en segunda instancia, acreditar recursos económicos suficientes para sobrevivir a sus necesidades y a la de los miembros de su familia¹¹.

Es necesario tener en cuenta que, en virtud de los Programas de candidatos de las provincias, la mayor parte de los gobiernos provinciales y territoriales pueden designar una persona con la finalidad de que ésta obtenga el correspondiente permiso de residente permanente ajustándose a las competencias solicitadas de forma específica por la provincia o territorio.

En el caso de Québec, el acuerdo Canadá-Québec, acuerdo más antiguo y completo del conjunto de Acuerdos suscritos con las provincias y territorios da a esta provincia la entera responsabilidad de la selección de sus trabajadores cualificados y de los servicios de integración de los inmigrantes que se establecen. Así, los trabajadores que tienen la intención de vivir e instalarse en Québec deben responder a los criterios de selección de esta provincia para poder obtener el certificado de extranjero seleccionado por Québec emitido por el Gobierno provincial¹².

(9) El sistema de puntos fue introducido en 1967 cuando se optó por centrar parte de la política de inmigración sobre la composición ocupacional de la misma. Sobre la eficacia del sistema de puntos véase, entre otros, "Canadian immigration Policy: the effectiveness of the point system and other instruments", *Canadian Journal of Economics*, XXVIII, n.º 4b, november 1995, pp. 1006-1041.

(10) Véase, al respecto, especialmente los artículos 78 a 83 del Reglamento de ejecución de la ley sobre inmigración y protección de los refugiados.

(11) Teniendo en cuenta el cambio que supuso el nuevo sistema de puntos, o mejor dicho, los nuevos criterios de selección, se establecieron, en la nueva legislación, una serie de disposiciones transitorias para favorecer el tránsito de la Ley sobre la inmigración de 1976 a la nueva Ley sobre la inmigración y la protección de los refugiados, incluyéndose reglas de evaluación híbrida que permiten utilizar tanto los criterios establecidos en la Ley de 1976 como los nuevos criterios dependiendo de cuál sea más favorable para los intereses de quien presenta la solicitud.

(12) Tal y como se establece en el apartado 12 (a), (b) y (c), la región de Québec es la única responsable de la selección de los inmigrantes con destino a esta provincia, mientras que Gobierno de Canadá es el responsable de la admisión de los inmigrantes de esta provincia. Corresponde, así pues, al Gobierno provincial de Québec proceder a su selección, a partir de criterios fijados por éste, en función de sus necesidades en materia de inmigración, mientras que el Gobierno federal tiene atribuida la competencias de admisión de estos inmigrantes previamente seleccionados, de tal manera que el Gobierno de Canadá sólo admitirá sobre el territorio de Québec los inmigrantes seleccionados por el Gobierno de esta provincia.

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

En el caso de la gente de negocios éstos son elegidos en función de la capacidad que tienen para contribuir al desarrollo de una economía vigorosa y próspera en Canadá, ya sea de forma directa, por su actividad empresarial o por su trabajado autónomo, de ahí que esta categoría integre tanto a inversores, como empresarios y trabajadores autónomos.

Para ser admitido a título de gente de negocios, los solicitantes deben poseer un cierto capital neto y una determinada experiencia en negocios, capital que en el caso de los inversores debe ascender a 800.000 \$ CAD y en el caso de los empresarios es de 300.000 \$ CAD, no siendo exigido capital alguno en el caso del trabajador autónomo.

El inversor que presente una solicitud además de poseer el capital antes citado debe tener control sobre una parte del capital propio de una empresa o haber dirigido a personas ejecutando al menos el equivalente a 5 personas a tiempo completo por año en el marco de una empresa y está obligado igualmente a depositar un capital de 400.000 \$ CAD pagable al Receveur général de Canadá antes de que el permiso sea concedido. Esta cantidad es después repartida entre las provincias y territorios participantes en Canadá que dedicarán estos fondos a la creación de empleo y al desarrollo económico. El depósito de 400.000 \$ CAD queda bloqueado durante, al menos, 5 años, y restituido después al inversor sin intereses.

El empresario, además de un capital de 300.000 \$ CAD, debe controlar una parte del capital de una empresa que no haya sido explotado principalmente con el objetivo de obtener una ganancia (intereses, dividendos, ganancias de capital), y debe tener la intención y estar en posesión al menos de 33%, es decir 1/3 para asegurar la gestión de una empresa que contribuirá a la economía canadiense y que creará, al menos, un empleo a tiempo completo, que no será ocupado por él mismo ni por ningún miembro de su familia.

Los empresarios y los miembros de sus familias adquirirán la residencia permanente en virtud de las condiciones establecidas por el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, éstos deben presentar de forma periódica a un funcionario de inmigración informes en los que se hagan constar sus progresos y demostrando que han satisfecho las exigencias durante al menos un año durante el período de 3 años siguientes a la fecha de la entrada en Canadá.

En el caso de los trabajadores autónomos se les exige que acrediten que están en posesión de una experiencia suficiente y que tiene la intención y la capacidad de establecerse económicamente en Canadá creando su propio empleo y contribuyendo de manera importante en Canadá en alguno de los siguientes aspectos: la vida cultural de Canadá, la capacidad de participar en competiciones deportivas o la economía canadiense.

Para ser admitido como gente de negocios, además de las condiciones ya comentada para cada una de las categorías ya comentadas el solicitante debe participar, como en el caso de los inmi-

Debiendo éste último admitir a todos los inmigrantes que satisfagan los criterios de selección de Québec, siempre que no pertenezcan a una categoría de inmigrantes inadmisibles según la Ley federal y no pudiendo admitir, en ningún caso, a inmigrantes que no satisfagan los criterios de selección fijados por la provincia de Québec.

grantes económicos, del sistema de puntos, debiéndose obtener, en este caso, un mínimo de 35 puntos correspondiendo un máximo de 25 puntos por estudios, 35 por lo que respecta a la experiencia acreditada, 10 a la edad, 24 al conocimiento del francés y del inglés y 6 por lo que atañe a la capacidad de adaptación.

En última instancia, es necesario destacar que la provincia de Québec tiene reconocido el derecho a seleccionar a la gente de negocios según sus propios criterios, mientras que la provincia de la Colombie-Britannique ha puesto en marcha un proyecto piloto desde el año 1999 en colaboración estrecha tanto del Ministerio de Ciudadanía e Inmigración y el Ministerio de Empleo y de inversión de esta provincia, en el que incluso se invita al solicitante a visitar la provincia y a asistir a un seminario sobre la materia.

Una de las categorías también importante de inmigrantes admisibles en Canadá y a la que la Ley sobre inmigración dedica, tal y como hemos apuntado anteriormente, la segunda parte del texto legal, es la de los refugiados y otras personas necesitadas de protección urgente.

Evocando la larga tradición humanitaria canadiense consistente en ayudar a personas en dificultad y que comporta la protección de miles de personas cada año¹³, se refuerza, en la nueva legislación, esa tradición acordando la adopción de medidas para la consolidación de Programas de restablecimiento de los refugiados del extranjero y velando por un tratamiento rápido e imparcial de las demandas de asilo presentadas en Canadá.

Se aceptan dentro de esta categoría a los refugiados en el sentido dado por la Convención relativa al Estatuto de Refugiado firmada en Ginebra en 1951 y del protocolo relativo a este mismo estatuto de 1967 o de las personas necesitadas de una urgente necesidad de protección seleccionados por la administración en el extranjero o admitidos en Canadá por la Comisión de Inmigración y del Estatuto de Refugiado así como las personas en Canadá necesitadas de protección como consecuencia del examen de riesgo antes de su expulsión o devolución.

La ley sobre inmigración y protección de los refugiados prevé que los extranjeros puedan presentar una demanda de asilo en el extranjero para poder ser seleccionados, así, el Programa de *réétablissement* de los refugiados y de las personas admitidas por razones humanitarias inspirado en esa larga y valiosa tradición humanitaria de Canadá permite proteger a quienes desean establecerse en Canadá no existiendo para ellos ninguna otra posibilidad en un plazo de tiempo razonable; se admiten, de esta manera, a quienes no tienen la posibilidad de regresar a su país de origen o de residencia fija ni tampoco la posibilidad de permanecer en el país que les ha concedido el asilo temporal; éstos deberán someterse además a un examen médico y a los oportunos controles de seguridad y criminalidad.

Otra forma de admisión de este colectivo se efectúa, a imagen y semejanza de la reagrupación familiar, a través del apadrinamiento que puede efectuarse tanto por parte de organizaciones o

(13) Durante el año 2003 fueron admitidos un total de 25.981 personas protegidas, de las cuales, 13.791 eran hombres y 12.190 mujeres.

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

grupos que han firmado acuerdos de apadrinamiento, como por grupos de ciudadanos constituidos por al menos un número de 5 personas canadienses o residentes permanentes, o por las denominadas personas morales en el sentido dado por el artículo 13.2 de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados, en el marco de un programa de apadrinamiento de refugiados por parte del sector privado, quienes firman un acuerdo con el Ministerio de Inmigración y Ciudadanía¹⁴, en el que, entre otras cuestiones, se comprometen a proporcionar una ayuda esencial a los refugiados en forma de alojamiento, ropa, alimentos, etc, durante un período de un año a contar desde la fecha de llegada del refugiado.

Por su parte los demandantes de asilo, grupo que incluye también a quienes estando en territorio canadiense se dirigen a un agente de inmigración solicitando su protección, pueden obtener la protección solicitada si entran dentro de la categoría de refugiados a que hacen referencia los textos internacionales ya comentados así como en el artículo 1 de la Convención contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes.

Una persona puede ser considerada como necesitada de protección si la expulsión o devolución a su país la expone a tortura, a un riesgo para su vida o a ser objeto de un trato o penas crueles, de hecho será la Comisión de Inmigración y del Estatuto de Refugiado la que determinará si el demandante es un refugiado en el sentido de la Convención o una persona que se debe proteger.

La persona cuya demanda de asilo sea aceptada deberá presentar en el plazo máximo de 180 días una demanda de residencia permanente para él y los miembros de su familia, las personas cuya solicitud sea rechazada reciben una carta en la que se exponen las razones o motivos del rechazo y el deber de abandonar el país; si esta persona considera que existe verdaderamente un riesgo en caso de regresar a su país de origen o de residencia habitual, puede solicitar una demanda de examen de riesgo ante la expulsión antes de ser devuelta; si el resultado de dicha solicitud es positivo podrá solicitar la residencia permanente a título de persona protegida.

Se reconocen ciertos derechos a las personas demandantes de asilo. Así, pueden solicitar un permiso de trabajo si no están en condiciones de subsistir sin recurrir a la ayuda social, pueden igualmente presentar una solicitud de permiso de estudios mientras esperan que se tome alguna decisión respecto a su solicitud de asilo. Por su parte, los menores pueden ir a la escuela primaria y secundaria sin ser titulares del permiso y el programa federal de salud interinaria del Ministerio de Ciudadanía e Inmigración CIC cubre las atenciones de salud esenciales y urgentes de los demandantes de asilo y de los refugiados que se encuentran en Canadá y que no están todavía admitidos a los regímenes de seguro sanitario provincial.

(14) De conformidad con lo establecido en el artículo 152 (2) del Reglamento de ejecución de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados, el acuerdo de apadrinamiento incluye: a) los planes de establecimiento, b) las obligaciones financieras, c) la asistencia que debe prestar el Gobierno canadiense, d) las líneas de conducta que se han de seguir por el signatario o garantista, e) los informes que se han de presentar y, en última instancia f) los motivos de suspensión o anulación del acuerdo. Tal y como se especifica en el art. 153 (3) del citado texto, todas las partes del apadrinamiento son responsables solidarios de todas las obligaciones previstas en el contrato o compromiso de apadrinamiento.

VI. LA CARTA DE RESIDENTE PERMANENTE

En virtud de la nueva legislación de extranjería canadiense se ha creado un documento nuevo para los residentes permanentes: la carta de residente permanente que ha sido librada a todos aquellos nuevos residentes permanentes desde la entrada en vigor de la nueva Ley de inmigración.

Este documento, que tendrá, en principio, validez por 5 años¹⁵ será remitido por el Ministerio de la persona a quienes hayan devenido residentes permanentes, tanto en virtud del régimen legal establecido en la nueva Ley de inmigración o como consecuencia de los textos legales precedentes, previa solicitud de éstos, realizada a través de un formulario específico, en la que deberá constar, de forma expresa, una declaración efectuada por un tercero que actúa a modo de garante del extranjero. Declaración esta que también será firmada por el solicitante.

A estos efectos se establece un formulario de declaración en el que se hace constar que el tercero conoce personalmente al demandante, confirmando la identidad de éste y el conocimiento de la información contenida en el formulario cumplimentado. Si el solicitante no pudiera contar con la declaración de un tercero en su demanda de solicitud deberá hacer constar este hecho exponiendo las razones por las cuales no puede aportar esta declaración.

Junto a la solicitud y el formulario-declaración con la firma conjunta del que actúa de garante y del solicitante de la carta de residente permanente, deberán acompañarse un conjunto de documentos complementarios.

El Reglamento de inmigración pone un acento especial en la necesidad de proceder a la firma individualizada del documento de solicitud de la carta de residente permanente, hasta el punto de que los mayores de 14 años y menores de 18 deben incluso hacer constar su firma que irá acompañada de las de sus padres. Sólo en el caso de los menores de 14 años la solicitud deberá ir firmada por uno de sus progenitores, salvo en el supuesto en que la responsabilidad del menor haya sido confiada a un tercero, en cuyo caso será este tercero el que procederá a firmar la solicitud, así como en el supuesto de que hayan fallecido los padres, debiéndose hacer constar en este supuesto la firma de la persona legalmente responsable del menor.

A efectos de poder remitir la carta de residente permanente, el solicitante deberá proporcionar, dentro de los 180 días siguientes a su entrada, su dirección en Canadá. Recibida la notificación

(15) La validez de 5 años se reduce a 1 año si el residente permanente en el momento de la expedición de la misma es objeto de un proceso de pérdida de la residencia permanente al comprobarse en última instancia el acta, fuera de Canadá, de incumplimiento de la obligación de residencia; cuando sea parte de un informe para determinar si éste se encuentra de forma irregular; también cuando sea parte de una medida de reenvío tomada por el Ministro al comprobarse la prohibición de estancia en territorio canadiense o el incumplimiento de la obligación de residencia y, en definitiva, frente a cualquier supuesto trasladado a la Sección de inmigración para que sea objeto de investigación, cuando el plazo de apelación frente a la decisión de la citada sección no haya expirado o en caso de apelación o recurso si no ha estado establecida una última competencia sobre el mismo.

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

de que la carta de residente permanente está preparada, el solicitante de la misma deberá personarse al lugar mencionado en la notificación para que ésta le sea librada, teniendo en cuenta que si no comparece la carta será destruida y deberá proceder a solicitar una nueva carta.

Este documento no sólo permite reconocer al extranjero que ostenta la condición de residente permanente y que ha accedido a Canadá bajo este estatus su categoría de residente permanente, sino que le facilita también, desde el enero del 2004, la posibilidad de regresar a Canadá después de una estancia en el extranjero ya que deberán presentar esta carta para confirmar su estatus en el momento de su regreso a Canadá.

Este documento será revocado si el titular de la misma fallece, obtiene la ciudadanía canadiense o pierde su estatus de residente permanente, así como si ha sido objeto de robo o de pérdida.

VII. LA CATEGORÍA DE RESIDENTE TEMPORAL

La Ley canadiense de inmigración y protección de los refugiados y su norma de desarrollo incluye una serie de particularidades que afectan a la categoría de residentes temporales, dentro de cuya categoría se incluyen a los visitantes, trabajadores o estudiantes.

En principio, con las salvedades establecidas en el artículo 185 del Reglamento de desarrollo de la Ley, el derecho a trabajar y, en su caso, el derecho a estudiar aparece sumamente limitado, por cuanto que este derecho aparece condicionado tanto por lo dispuesto en el capítulo específico relativo al permiso de residencia temporal como en el capítulo o parte referida expresamente a los trabajadores y/o estudiantes según el caso.

En cualquier caso, lo más relevante es que superado el período de vigencia del visado de residencia temporal el extranjero deberá abandonar Canadá, aunque se reconoce la posibilidad de ampliar la autorización de estancia como residente temporal si estando conforme con las condiciones que se le han impuesto en el momento de su entrada en Canadá el extranjero efectúa la correspondiente solicitud dentro del período de vigencia de la estancia autorizada. Si la solicitud se efectúa con posterioridad a su expiración se procede a la prolongación del permiso hasta el momento de la decisión en el supuesto de que se opte por no prorrogar la citada residencia temporal ya extinguida, o bien, hasta la expiración del período de prolongación acordado.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que no siempre es necesario disponer de un permiso de trabajo, ya que se puede trabajar sin necesidad del citado permiso a título, por ejemplo, de visitador comercial, entendiendo por visitador comercial, entre otros, las personas que buscan participar en actividades comerciales internacionales en Canadá sin integrarse directamente en el mercado de trabajo de Canadá.

También entran dentro de esta categoría específica de visitador comercial, los extranjeros que adquieren bienes y servicios canadienses por cuenta de una empresa o de un Gobierno extranjero o adquieren una formación vinculada a estos bienes o servicios o se familiarizan con ellos o

los extranjeros que reciban una formación de la sociedad madre o de la filial canadiense de una empresa que les emplea en el exterior de Canadá, si la producción de bienes o servicios de la que deriva es accesoria y, en última instancia, se consideran visitadores comerciales a quienes representan a una empresa o a un Gobierno extranjero en el objetivo de vender bienes por su cuenta, si éste no accede a la venta al por menor, es decir, al gran público canadiense.

Tampoco es necesario disponer siempre que se pretenda permanecer en Canadá con el objetivo de estudiar del correspondiente permiso de estudios ya que en determinados casos se permite estudiar en Canadá sin necesidad de que el extranjero disponga o solicite el citado permiso.

En concreto, el extranjero puede estudiar sin permiso específico de estudios cuando se encuentre en alguna de las siguientes tres circunstancias: a) que sea miembro de una familia o miembro de personal privado de un representante extranjero que se encuentra en Canadá debidamente acreditado por parte del Ministerio de Asuntos exteriores y de Comercio Internacional para ejercer sus funciones oficiales en calidad de agente diplomático, funcionario consular, representante o funcionario de un país extranjero, de Naciones Unidas o de algún organismo en el que Canadá sea miembro; b) que sea miembro de las Fuerzas Armadas de un Estado citado en la Ley sobre fuerzas armadas extranjeras presentes en Canadá, incluyéndose a las personas que formen parte de los cuerpos civiles de estas fuerzas extranjeras presentes en Canadá, y c) cuando se siga un programa de estudios cuya duración máxima sea de 6 meses y que será finalizado dentro del plazo de estancia autorizada en el momento de su entrada en Canadá. Este último supuesto de exención de permiso de estudios es relativo ya que el propio Reglamento reconoce la posibilidad de solicitar este permiso en el momento de formalizar la entrada en Canadá.

Retomando el tema del visado o permiso de residencia temporal, el artículo 190 del Reglamento de desarrollo de la Ley canadiense de inmigración y protección de los refugiados incluye un listado de países, cuyo total es de 47 y dentro de los que se encuentra España, que quedan eximidos de la obligación de obtener el citado visado de residente temporal.

Esta exención de visado de residencia temporal se extiende a los ciudadanos británicos, los ciudadanos británicos de ultramar, y a los ciudadanos de territorios británicos en los que la ciudadanía se adquiere por nacimiento, descendencia, naturalización, o su registro en alguno de los territorios británicos citados (10) entre los que se encuentra, a título de ejemplo, Gibraltar. También se extiende la citada exención a favor de los ciudadanos de los Estados Unidos y a las personas legalmente admitidas en este país a título de residente permanente.

En determinados casos, en cambio, para poder beneficiarse de la exención de visado se requiere poseer ciertos documentos como por ejemplo de un pasaporte que incluya una aceptación diplomática, consular o cualquier aceptación oficial emitida por el jefe de Protocolo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Comercio de Canadá actuando en nombre del Gobierno canadiense; de un pasaporte o título de viaje de la Santa Sede; un pasaporte israelita, o de la zona administrativa especial de Hong Kong de la República China; o, en última instancia, de un pasaporte que lleve por título "British National (Overseas) Passport" emitido por el Reino Unido a las nacidas, naturalizadas o registradas en Hong Kong.

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

También existe una exención de la obligación de obtener el correspondiente visado de residente temporal dependiendo del motivo por el cual se efectúa la entrada en territorio canadiense.

Así, a expensas de la existencia de un acuerdo entre Canadá y uno o más países en sentido contrario, quedarán exentos de la obligación de obtener visado los extranjeros cuya entrada y estancia en Canadá tenga por objeto trabajar como miembro de tripulación a bordo de un medio de transporte que tenga como destino Canadá o que se encuentre en Canadá, o transitar por Canadá después de haber trabajado como miembro de una tripulación o se esté en vías de hacerlo, para lo cual será necesario disponer de un título de transporte en el que conste la previsión de salida dentro de las 24 horas siguientes a su llegada.

Tampoco necesitan solicitar el correspondiente visado quienes transiten por Canadá como pasajeros de un vuelo y hagan escala en Canadá sólo con el objetivo de efectuar el correspondiente repostaje y se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: se trate de vuelos con destino a los Estados Unidos y estén provistos de un visado para entrar ahí o bien, se trate de vuelos provenientes de Estados Unidos cuyos pasajeros hayan sido admitidos legalmente en los Estados Unidos¹⁶.

Por su parte están exentos del citado visado también los que transitan por Canadá como pasajeros de un vuelo si a la vez su transporte es un transporte comercial que tiene concluido con el Ministerio de Protocolo un acuerdo que les permite transitar sin el correspondiente visado, los extranjeros que poseen un pasaporte o un título de viaje expedido por uno de los países mencionados en el protocolo de acuerdo y del cual el extranjero es ciudadano o nacional, así como los extranjeros poseedores de un visado que les permite la entrada en el país de destino¹⁷.

El listado de exenciones de visado en función del motivo de entrada es más extenso ya que se extiende a otros colectivos como por ejemplo, a quienes ejercen las funciones oficiales a título de miembros de las Fuerzas Armadas de uno de los Estados citados en la Ley sobre las fuerzas extranjeras presentes en Canadá aunque no sin ciertas salvedades, ya que no se extiende la citada dispensa a quienes forman parte de las citadas fuerzas en calidad de cuerpos o miembros civiles¹⁸.

(16) No debemos olvidar que desde el año 2000 los Gobiernos de Canadá y Estados Unidos han puesto en marcha un Acuerdo sobre frontera común, véase el contenido del Acuerdo Canada-United States Accord on Our Shared Border: Update 2000, en <http://www.cic.gc.ca/english/pub/index-2.html>

(17) Este protocolo de acuerdo contiene, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 190 del Reglamento, disposiciones relativas a los países y los vuelos regulares a los que se aplica y la obligación del que asume el transporte comercial de controlar la circulación de los pasajeros en tránsito.

(18) Véase la citada Ley en <http://lois.justice.gc.ca/fr/V-2/>

VIII. LA PLANIFICACIÓN, LA CONSULTA CON LAS PROVINCIAS Y TERRITORIOS Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS ANTE EL PARLAMENTO COMO INSTRUMENTOS EFECTIVOS DE LA NUEVA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

Se mantiene en la nueva normativa de inmigración canadiense la dinámica de los planes de inmigración en los que la consulta y participación con las provincias es un elemento clave, así como también las estrategias de desarrollo durable que desde el año 1995 deben presentar cada tres años todos los ministerios federales al Parlamento y, muy especialmente, los informes anuales que el Ministerio de la Ciudadanía y de la Inmigración deben presentar al Parlamento donde se incluyen, entre otras cuestiones, las actividades dirigidas por este Ministerio en el ámbito de la inmigración¹⁹.

En relación con esta última cuestión, el artículo 94 de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados establece que antes del 1 de noviembre o dentro de los 30 días siguientes a esta fecha, el Ministro de Ciudadanía e Inmigración deberá depositar ante cada Cámara del Parlamento un informe sobre la aplicación de la citada Ley llevada a cabo durante el año precedente.

El informe deberá comprender la exposición de las actividades e iniciativas en materia de selección de extranjeros y de forma especial las medidas puesta en marcha en cooperación con las provincias; deberá indicar el número global de extranjeros que hayan devenido residentes permanentes, así como las previsiones para los años siguientes, indicando de forma expresa el perfil lingüístico de estos extranjeros.

Por su parte en el nivel de cada provincia, cuando se trate de una provincia que forma parte de un acuerdo de los previstos en el artículo 9 párrafo 1.º de la Ley, para la selección de sus extranjeros que desean establecerse como residentes permanentes, deberá indicarse el número, por categoría, de estos extranjeros, así como los que se prevean para los años posteriores.

También deberá contener el informe anual el número de extranjeros con permiso de estancia temporal expedidos de conformidad con lo previsto en el artículo 24 que se libra a aquellos extranjeros a los que el agente estima que tienen prohibida la entrada en el territorio o que no son conformes a la Ley de inmigración y protección de los refugiados, pudiendo expedirles un permiso de estancia temporal cuando se estime que las circunstancias lo justifican teniéndose en cuenta que se trata de un permiso revocable en cualquier momento y el número de extranjeros a los que el estatuto de residente permanente ha sido otorgado por motivos de orden humanitario, teniendo muy en cuenta, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley el interés superior del menor afectado.

En última instancia, el informe deberá contener un análisis comparado entre sexos de las repercusiones de la Ley de inmigración y protección de los refugiados.

(19) Véanse los informes correspondientes a los años 2002, 2003 y 2004 en: <http://www.cic.gc.ca/francais/pub/index-2.html#rapports>

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

Así, en el informe anual dirigido al Parlamento sobre inmigración 20004, se pone de manifiesto cuáles son las cifras de residentes permanente admitidos en Canadá durante el año 2003, un total de 221.352 inmigrantes y refugiados, y cuáles son las previsiones para el año 2005, año en el que está previsto acoger entre 220.000 y 245.000 nuevos residentes permanentes.

A pesar de ser ciertamente difícil comparar las estadísticas sobre migraciones internacionales teniendo en cuenta la variedad de sistemas de registro de las cifras y de las diferencias en las respectivas legislaciones, comparando las cifras de Canadá con Australia y Estados Unidos, en el año 2001 Australia contaba con 4.482.000 personas nacidas en el extranjero lo que representaba un 23% de su población, mientras que en Estados Unidos el número de nacidos en el extranjero se situaba en torno al 11%, siendo el total de estas personas de 31.811.000, y en Canadá la cifra porcentual se elevaba al 18,4% al contar con 5.448.485 extranjeros nacidos en el extranjero.

Tal y como manifiesta la Honorable Sra. Judy Sgro, Ministra actual de la Ciudadanía e Inmigración en Canadá, en el mensaje contenido en el preámbulo del informe, los inmigrantes continúan escogiendo Canadá como su país de acogida teniendo en cuenta la calidad de vida de este país y las oportunidades que les ofrece. El Ministro, por su parte, es consciente de la necesidad de que los inmigrantes continúen escogiendo Canadá, y es por ello que cree necesario esforzarse en superar las dificultades que encuentran los inmigrantes para su integración en el mercado de trabajo y contribuir, mediante esta inserción, al enriquecimiento económico y cultural del país.

En el informe presentado al Parlamento se pone de manifiesto la importancia de la creación en el año 2003 de un fórum constituido por 13 ministros federales para unir sus esfuerzos con la finalidad de aproximar las acciones llevadas a cabo para facilitar la integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo, especialmente, en lo que atañe a la evaluación y reconocimiento de títulos adquiridos en el extranjero, el ofrecimiento de cursos de lengua de nivel avanzado, la difusión de información sobre el mercado de trabajo.

También se dota de importancia en la nueva Ley como no podía ser de otra manera dada la práctica desarrollada a los acuerdos con las provincias y territorios que conforman Canadá.

Teniendo en cuenta que la inmigración es una competencia compartida entre el Gobierno federal y las provincias, la colaboración intergubernamental es esencial para la realización de los objetivos establecidos por el Ministerio de Inmigración y Ciudadanía federal.

Reservándose el Gobierno federal la responsabilidad de fijar las normas y los objetivos nacionales, respecto a la definición de las categorías de inmigrantes que se establecerán cada año en Canadá y el volumen o los niveles globales de inmigración, tienen una importancia trascendental los acuerdos con las provincias y territorios en el diseño de la política de inmigración canadiense.

El artículo 8 de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados autoriza al Ministerio de la Ciudadanía y de la Inmigración a firmar acuerdos con las provincias y territorios a fin de facilitar la coordinación y la puesta en práctica de las políticas y los programas de inmigración.

Acuerdos en los que se establecen las responsabilidades de las partes y donde se prevén los mecanismos que permiten a las provincias y territorios participar en la elaboración de la política de inmigración y de los programas de inmigración.

A fecha de hoy han sido firmados un total de 10 acuerdos (véase anexo 1, donde constan la fecha de firma y expiración), dos de los cuales tienen el carácter de permanentes: el Acuerdo Canadá-Québec que es el acuerdo más antiguo ya que se remonta al año 1991 y, sin duda, el más amplio por cuanto que se da al gobierno de Québec la potestad de fijar sus propios objetivos anuales en materia de inmigración y se le transfiere la potestad de seleccionar a los inmigrantes que se establecerán en su territorio con la excepción de los refugiados reconocidos como tales por Canadá o los miembros de la categoría de reagrupados familiares. También tiene el carácter de acuerdo permanente el Acuerdo Canadá-Manitoba, que aunque fue adoptado el 22 de octubre de 1996 ha sido renovado el 6 de junio de 2003.

Existe una gran variedad de acuerdos, algunos se centran tan sólo en la selección de inmigrantes como es el caso de los acuerdos con Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador, Alberta y con Nouvelle-Écosse, permitiendo a estas provincias y territorios designar un determinado número de candidatos para poder responder a sus necesidades económicas regionales y locales, mientras que el resto de acuerdos, como es el caso de Québec, Maníota, Saskatchewan la Colombia-Britannique, y la Ille-du-Prince-Edouard, abordan más cuestiones que la simple, pero importante, selección de inmigrantes, incluyendo cuestiones relativas a los servicios de integración de los inmigrantes, formación lingüística, acceso a los mercados de trabajo, y los programas de candidatos de las provincias.

Por lo que respecta a los Programas de inmigración y ciudadanía²⁰ elaborados por el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración de Canadá, han sido tradicionalmente otro instrumento muy útil en el diseño de la política en esta materia por parte de Canadá. Así, muy condicionado por el inicio de un período de transición durante el año financiero 2004-2005 con motivo de la reestructuración de la Administración federal anunciada a finales del año 2003, que, entre otras cuestiones, ha comportado la transferencia de ciertas competencias relativas a la aplicación de la Ley de inmigración y protección de los refugiados y de información sobre las mismas del CIC a la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (ASFC).

Los nuevos objetivos del CIC no son otros que los de favorecer la migración de residentes temporales y permanentes vinculándola a las necesidades económicas, sociales y culturales de los canadienses; contribuir a la gestión de los movimientos migratorios mundiales incluyendo los refugiados; filtrar los nuevos inmigrantes para proteger la salud y seguridad de los súbditos canadienses; favorecer la integración de los recién llegados; y, en última instancia, promocionar la ciudadanía canadiense.

(20) Véase el Programa para 2004-2005 en formato pdf (versión francesa) *Rapport sur les plans et priorités* en: http://www.tbs-sct.gc.ca/est-pre/20042005/CI-CI/pdf/CI-CI_f.pdf

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

Reconociendo el papel jugado por la inmigración en Canadá tanto en el pasado como en el presente y la voluntad de que ésta continúe enriqueciendo a la sociedad canadiense, son 3 las nuevas prioridades que han de orientar la acción del Ministerio de la Ciudadanía e Inmigración durante el año 2004-2005, de un lado, mejorar los resultados de la inmigración a partir de una visión conjunta del proceso migratorio por lo que respecta a la adquisición de la residencia permanente y, más adelante, la ciudadanía y la integración inicial en la sociedad de acogida; en segundo lugar, afirmar el papel de Canadá en la gestión de las migraciones internacionales y, en última instancia, construir el nuevo ministerio.

Por su parte el conjunto de acciones y actuaciones planificadas y debidamente presupuestadas giran en torno a cuatro ejes estratégicos como son: maximizar las ventajas económicas y sociales de las migraciones para Canadá; proteger a los refugiados y a otras personas necesitadas de protección; favorecer el establecimiento de los recién llegados así como su adaptación e integración a la sociedad canadiense; y guiar el acceso a Canadá.

IX. LA JUSTICIA PENAL Y LA LEY SOBRE INMIGRACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS

Otro de los aspectos que se deben tener en cuenta sobre la nueva política de inmigración canadiense afecta a la aplicación de la justicia penal por cuanto que las condiciones que pueden dar lugar a un proceso de expulsión así como las restricciones referidas a los derechos de recurso frente a la Sección de Recursos de Inmigración (*Section d'Appels en matière d'immigration/Immigration Division*) y frente a la Comisión de Inmigración y del Estatuto de Refugiado han sido modificadas por la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados.

Las personas reconocidas como culpables de una infracción en Canadá pueden ser objeto de una medida de expulsión. Los elementos determinantes son su estatuto en Canadá, la naturaleza de la infracción, así como la duración de la pena.

La Ley sobre inmigración y protección de los refugiados en la sección dedicada a las prohibiciones en el territorio por razones de seguridad, una vez expuestos los supuestos generales de prohibición por este motivo recogidas en el artículo 34 de la citada Ley, efectúa una importante distinción entre aquellos supuestos que comportan la prohibición general de permanencia o estancia en el territorio bajo el parámetro de la “gran criminalidad” [artículo 36 (1)] o de la “criminalidad organizada”; y los supuestos en los que la prohibición no aplica con carácter general ya que quedan excluidos los residentes permanentes (artículo 36.2), bajo el paraguas o epígrafe de “criminalidad”.

Aunque la decisión de la expulsión no se toma de forma automática por cuanto que una persona delegada por el Ministerio de la Seguridad Pública y de la Protección Civil examina las circunstancias de cada caso, se han ampliado las posibilidades de proceder a la expulsión de un extranjero.

Un importante cambio ha sido introducido en la nueva ley si la comparamos con la antigua, no es otro que el de haber negado la posibilidad de que el residente permanente condenado a una

pena de prisión de al menos 2 años pueda acudir, frente a la adopción de una medida de expulsión frente a la Sección de Recursos en Materia de Inmigración o la Comisión de Inmigración y del Estatuto del Refugiado ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 64. 2 de la Ley pierde su derecho a interponer el correspondiente recurso frente a esta medida ante estos órganos. No obstante sí puede solicitar a la Corte Federal que ésta actúe efectuando un control judicial de la orden de expulsión aunque este control se limite a los errores de Derecho y de procedimiento.

Esta medida simplifica, considerablemente, la expulsión del residente permanente que sea condenado al menos a 2 años de prisión al impedir que una orden de expulsión pueda ser anulada por la Sección de Recursos de Inmigración, atendiendo a motivos humanitarios una vez el Gobierno ha decidido que las circunstancias del caso justifican la expulsión de la persona una vez que ésta haya cumplido la pena. No se aplica esta disposición, en sentido contrario, a quienes sean condenados a menos de 2 años de prisión ya que éstos conservan su derecho a interponer un recurso contra la orden de expulsión frente al Sección de Recursos de Inmigración.

Es necesario tener en cuenta que la ejecución de una medida de expulsión comporta la prohibición de regresar a Canadá, salvo que se incluya una autorización específica del agente, por escrito, en la que se especifique el momento de regreso después de la ejecución de la medida de expulsión, circunstancia esta que no se aplica en los supuestos en los que se haya agotado un período de 1 año o 2 con posterioridad a la orden de expulsión cuando ésta es de corta duración.

A modo de comentario curioso parece oportuno señalar que tal y como expresamente se establece en el artículo 243 del Reglamento, el regreso del extranjero expulsado queda condicionado a que éste si no lo ha hecho en su momento abone los gastos de la expulsión, en concreto, 750 \$ CAD en el caso de una expulsión hacia Estados Unidos o Saint-Pierre-et-Miquelon o 1.500 \$ CAD en el supuesto de expulsión a otro país.

Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la ley sobre inmigración y protección de los refugiados, permite, en su artículo 230.1 que el Ministro prorrogue la orden de expulsión, con algunas excepciones recogidas en el apartado 3 de este mismo artículo cuando se trate de un país en el que se exponga al conjunto de la población civil a un riesgo generalizado por la existencia de un conflicto armado o un desastre que perturbe las condiciones de vida. Esta prórroga de la orden de expulsión puede ser revocada en cualquier momento cuando no se aprecien las circunstancias que la justifican.

X. OTRAS MEDIDAS CONTENIDAS EN LA NUEVA LEGISLACIÓN CANADIENSE DE INMIGRACIÓN: LAS SANCIONES FRENTE A LA ORGANIZACIÓN DE LA ENTRADA ILEGAL EN CANADÁ Y LA COMISIÓN DE INMIGRACIÓN Y DEL ESTATUTO DEL REFUGIADO

En la nueva ley sobre inmigración y protección de los inmigrantes se incluye, en su artículo 117 y siguientes un severo capítulo de sanciones que puede llegar hasta cadena perpetua o multa de hasta 1 millón de \$ CAD para quienes se nutren del tráfico de personas, con el propósito no tanto

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

de reforzar la aplicación y/o ejecución de estas normas sino, muy especialmente, reprimir las conductas delictivas en las que se utilice extranjeros de una manera organizada, sancionando duramente, por primera vez, de forma específica, el tráfico de personas.

En concreto, en caso de iniciarse una causa por haber participado conscientemente, ayudado o, en su caso, alentado, en la organización de la entrada en Canadá de una o más personas sin la documentación necesaria exigida por la Ley por una primera infracción se impondrá una multa máxima de 500.000 \$ CAD y de una pena de prisión de hasta 10 años o cualquiera de las dos. En caso de reincidencia la sanción económica se eleva al millón de \$ CAD y la pena de prisión a 14 años, mientras que en el caso de que se instruya un procedimiento sumario, la multa máxima será de 100.000 \$ CAD y de una pena de prisión máxima de 2 años.

Cuando la infracción cometida afecte a un grupo de 10 o más personas es posible, a partir de la declaración de culpabilidad establecida en el marco de un proceso, la imposición, tal y como he apuntado, de una multa de 1 millón de \$ CAD y la prisión a cadena perpetua.

El régimen de sanciones establecido en la Ley también se aplica en los casos de fraude o falsificación de documentos, oscilando, en este caso la pena (no multa) entre 5 años si sólo se está en posesión de documentos falsos o hasta 14 años si se han utilizado para entrar o permanecer en Canadá, o se importa o exporta estos documentos o se hace negocio con ellos.

Para la imposición de alguna de las penas establecidas en estos artículos de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados, los Tribunales en cuestión deberán tener en cuenta, como novedad ya que no existía en el texto precedente, una lista de factores agravantes de las penas que se deben imponer. Así, deberá valorarse, además de si se ha producido la muerte o se han infringido lesiones, si la infracción ha sido cometida en provecho o bajo la dirección de una organización criminal o en asociación con una o se ha efectuado en provecho de uno mismo sin la intervención de ninguna asociación delictiva.

Se entiende por organización criminal a estos efectos, tal y como se establece en el artículo 121.2, la organización en la que se aprecian motivos razonables para creer que se dedica o se ha dedicado a actividades que forman parte de un plan organizado de actividades criminales por parte de varias personas, actuando con el objetivo de cometer una infracción de la Ley federal punible por medio de una acusación o de la comisión fuera de Canadá de una infracción que en caso de ser cometida en territorio canadiense constituiría un infracción.

Por su parte, es importante destacar que la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados refuerza, al introducirse mejoras, el régimen jurídico de la Comisión de Inmigración y del Estatuto del Refugiado (CISR-IRB)²¹, comisión ajena al Ministerio de Inmigración y Ciudadanía pero integrada por expertos en materia de inmigración quienes dilucidan sobre la correcta aplicación de la normativa en materia de extranjería.

(21) Véase la página web de esta Comisión en <http://www.cisrb-irb.gc.ca>. Aunque la sede está situada en Ottawa. *La Comisión tienen oficinas repartidas por el país en concreto en Vancouver, Calgary, Toronto, Ottawa y Montreal.*

La Comisión de Inmigración y del Estatuto del Refugiado es una organización gubernamental independiente que examina las decisiones planteadas sobre las cuestiones relativas a los inmigrantes y los refugiados, conforme a la Ley, ejerciendo sus tribunales administrativos funciones casi judiciales.

Esta Comisión integrada por un presidente y un número indeterminado de miembros necesarios para la ejecución de sus trabajos está formada por 4 secciones al incorporarse a las 3 ya existentes la Sección de Recursos en Materia de Refugiados; así las secciones existentes son: Sección de Protección de los Refugiados, Sección de Recurso en Materia de Refugiados, Sección de Inmigración (anteriormente Sección de Arbitraje) y Sección de Recursos de Inmigración.

La Comisión cuenta con cuatro sectores de actividad: protección de los refugiados; investigaciones y control de los motivos de detención; recursos en materia de inmigración y gestiones y servicios generales. Los tres primeros sectores de actividades se corresponden con las funciones decisorias de la Comisión y comprende tanto actividades de preparación de los casos y de investigación como audiencias, servicios jurídicos, servicios de interpretación en lenguas extranjeras, así como servicios de apoyo tecnológico, de traducción y de apoyo administrativo.

La Sección de Protección de los Refugiados se encarga de establecer si una persona en Canadá merece la consideración y el estatus de refugiado en el sentido de la Convención o de la persona que se ha de proteger. La Sección de Inmigración, por su parte, se ocupa de las investigaciones para los residentes canadienses y extranjeros que hayan solicitado la entrada en Canadá o que están ya en Canadá pero tienen prohibida su estancia en el territorio. La Sección de Recursos de Inmigración es un tribunal independiente investido de poderes propios de Tribunal que se ocupa de los recursos sobre las numerosas cuestiones vinculadas con la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados, en concreto, los recursos contra el rechazo de una demanda de apadrinamiento, recurso contra una medida de expulsión emitida por un agente de la Agencia de servicios fronterizos de Canadá o por la Sección de Inmigración de la Comisión (Véase anexo II); los recursos referidos a la falta de las obligaciones de residencia, así como recursos del Ministro contra una decisión de la Sección de inmigración de la Comisión²².

Por su parte la Sección de Recursos de los Refugiados vela por que las solicitudes de asilo rechazadas sean revisadas.

Una de las novedades incorporadas en la ley es el reconocimiento establecido en el artículo 156 de la Ley de un cierto y amplio grado de inmunidad para los miembros de la Comisión de Inmigración y del Estatuto del Refugiado con el objetivo de reforzar, sin duda alguna, su independencia.

(22) Los recursos serán admitidos por la Sección de Recursos de Inmigración si la decisión que sustancia el recurso es errónea en derecho o de hecho; si se ha contravenido un principio de justicia natural (por ejemplo, la ausencia del derecho a la audiencia o a hacerse escuchar por alguien imparcial), o en ciertos casos, por razones de orden humanitario.

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

Cada una de las secciones tiene competencias exclusivas para conocer de todas las cuestiones de hecho o de derecho en el marco de los asuntos que puedan ser sometidos a la Comisión y, en concreto, a cada una de las secciones de la misma. Así, a título de ejemplo, la Sección de Recursos en Materia de Inmigración, tiene las atribuciones de una jurisdicción superior en relación con cualquier cuestión de su competencia y, especialmente, para la comparecencia y el interrogatorio de testigos, la presentación de juramento, la realización de exámenes de los documentos así como respecto a la ejecución de sus decisiones.

El papel desempeñado por esta Comisión es crucial a efectos de la aplicación de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados y de sus normas de desarrollo, ya que se trata de un organismo pseudo-judicial dedicado, de forma exclusiva, a la supervisión de los problemas derivados de la aplicación de la normativa de extranjería convirtiéndose en un soporte de primer orden para la ejecución de la política de inmigración.

Así, mediante un instrumento de este tipo, en el que los Comisarios, sean éstos a tiempo completo o a tiempo parcial, actúan investidos de un cierto poder para ejercer las funciones encomendadas sin apenas formalismos y con la exigencia de una cierta celeridad se tratan de dilucidar, en primera instancia, las decisiones conflictivas en torno al desarrollo de la aplicación de la compleja normativa en materia de inmigración.

Las decisiones tomadas por el o los Comisarios, ya que las audiencias pueden realizarse ante un solo comisario o ante tres comisarios si el Presidente estima necesario constituir un Tribunal de 3 comisarios, deben ser todas motivadas, generalmente efectuadas de forma oral excepto cuando se trata de un recurso en materia de refugiados que deberá efectuarse por escrito. Los plazos para el control judicial de las decisiones tomadas empiezan a computarse desde la notificación de la decisión y la transmisión de los motivos escritos.

Como es obvio la intervención de esta Comisión no excluye la posibilidad de acudir ante la Corte Federal de Canadá para solicitar el control de una decisión de la Sección de Recursos de Inmigración, pudiendo ésta rechazar la solicitud presentada o, en su caso, anular la decisión inicial de la Sección de Recursos de Inmigración y ordenar la realización de una nueva audiencia. El recurso a la Corte Federal debe efectuarse previo agotamiento de todas las vías de recurso existentes y previstas en la Ley.

XI. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: LA CONTRIBUCIÓN DE LA NUEVA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN CANADIENSE AL DEBATE ABIERTO EN ESPAÑA Y EUROPA

A pesar de ser ciertamente difícil tratar de establecer un cierto paralelismo o vínculo entre la política de inmigración desarrollada en Canadá y aquella desarrollada o que puede ser objeto de desarrollo en España y Europa a partir de las reformas acometidas en el primero de los países citados y en relación con los debates y reformas aprobadas o anunciadas tanto en España como en Europa, sí puede, en mi opinión, fijarse algún tipo de reflexión que ayude en esta ardua tarea.

Obviamente el contexto geográfico de Canadá y la larga tradición de este país como un país de inmigración cuyos orígenes se remontan al período 1873-1896, y que han situado a éste como uno de los países referentes en el mundo como receptores de inmigrantes, estando muy presente la tradición humanitaria de Canadá, son elementos que deben ser tenidos en cuenta en el momento de abordar el análisis de la política nueva o no de inmigración desarrollada en este país y la posible traslación al contexto europeo y español.

Más allá de las medidas concretas, algunas ya existentes en España y Europa, otras inviables por los condicionamientos antes expuestos y otras que merecerían ser objeto de reflexión para su posible incorporación, lo más importante, sin lugar a dudas, es valorar el acierto en la forma de tramitación de la nueva Ley y Reglamento de inmigración en Canadá.

A pesar de haber sido considerada como uno de los cambios legislativos más importantes que se han producido en Canadá en materia de inmigración y que la nueva normativa sustituye a la existente desde 1978 que había sido objeto de numerosas reformas parciales, la forma de tramitación serena de esta nueva normativa dice mucho a favor de la profundidad de los cambios introducidos.

El proceso de elaboración de esta nueva normativa ha durado un tiempo aproximado de 5 años, a diferencia de España, donde estamos, ciertamente, mal acostumbrados al abuso de la coyunturalidad para hacer frente a un hecho estructural como es la inmigración, puesta esta circunstancia de manifiesto en el hecho de que en un período de tan sólo 4 años se han aprobado 4 reformas de la Ley de Extranjería.

La elaboración de una norma del calado de la Ley sobre inmigración y protección de los refugiados parte de un estudio o informe elaborado por un grupo independiente quien, en su momento, fijó las pautas, a modo de recomendaciones, de lo que deberían ser las futuras modificaciones que se deberían establecer. Efectuadas estas modificaciones, el proyecto (o mejor proyectos debido a la disolución del Parlamento), fueron objeto de un amplio debate y período público de consultas, lo que, sin duda, enriqueció el texto y permitió un mayor conocimiento a toda la sociedad del mismo.

La aprobación de una nueva normativa en materia de inmigración alejada de las disputas partidistas pero realista con el momento presente, en el que, en el caso de España, está presente, con fuerza, la consolidación de un flujo cada vez más numeroso de nacionales de terceros países que por motivos de índole principalmente económica desean establecerse en España, flujo cuya celeridad en su crecimiento y proyección es incuestionable, requiere un debate amplio y sereno, para determinar cuáles son las prioridades, los ejes en materia de extranjería, cómo éstas prioridades o ejes se adecuan al nuevo contexto y cómo, en tercera instancia, son trasladadas de forma efectiva y con visos de permanencia, al texto legal.

Dejando de lado la forma, ciertamente elogiosa, de tramitar una norma como ésta, se impone efectuar alguna reflexión más allá de las meras procedimentales en aras a su posible traslado al debate en España y Europa así, parece ciertamente encomiable el esfuerzo efectuado para la

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

definición de las diferentes categorías de inmigrantes y las reglas contenidas en cada una de ellas, dejando de lado las cuestiones más de debate profundo sobre el cupo y la forma de selección de los inmigrantes, cuestiones estas presentes en el debate abierto en Europa en torno a la inmigración económica²³.

Por su parte, la carta de residente permanente y, especialmente, la acciones amplias de planificación, control y supervisión de las acciones puestas en marcha, incluyendo la participación y consultas con las provincias y territorios de Canadá y los informes que deben presentarse anualmente al Parlamento, garantizan la efectividad de las medidas adoptadas, la modificación de aquellas inoperantes y la redefinición permanente de objetivos y ejes prioritarios de la acción política²⁴.

Comentario aparte merecen las novedades introducidas en materia de sanciones y, especialmente, en lo referente a la expulsión del extranjero que comete una infracción ya que se han reforzado los mecanismos hasta ahora existentes, siempre en el supuesto de la comisión de una infracción grave sancionable con una pena de, al menos, 10 años, y aunque esta decisión no se toma de forma automática, se ha excluido, en determinados casos la posibilidad de acudir a la Comisión de Inmigración y del Estatuto del Refugiado, en especial, a la Sección de Recursos en Inmigración, situación esta menos garantista que la precedente.

Parece cuanto menos interesante la existencia, ya presente con anterioridad a los cambios introducidos en el período 2002-2003, de un organismo como la Comisión de Inmigración y del estatuto del Refugiado, especialmente, las Secciones de Recursos en Materia de Inmigración y, en su caso, refugiados, ya que sin excluir el acceso a la justicia ordinaria permite, en primera instancia, que los recursos planteados sean resueltos por expertos en Derecho migratorio.

(23) Véase *Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques*. COM (2004) 811 final, 11.01.2005. Véase el texto de este libro verde en: http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/immigration/work/doc/com_2004_811_fr.pdf

(24) Aunque en España ha habido algún intento en este sentido como es el caso del Programa Global de Inmigración conocido como Programa GRECO, el desarrollo del mismo ha sido un fracaso, por cuanto que ha quedado en papel mojado, vacío de contenido. Puede consultarse el contenido de este Programa en la web del Ministerio del interior <http://www.mir.es/dgei/programa.htm>.

Ignacio Camós Victoria

III

ANEXO I

ACUERDOS FEDERALES CON LAS PROVINCIAS Y TERRITORIOS DE CANADÁ

	Fecha firma	Fecha expiración
Acuerdo Canadá-Québec.	5 de enero de 1991	Permanente
Acuerdo Canadá-Manitoba en materia de inmigración	22 de octubre de 1996 Renovado 6 de junio de 2003	Permanente
Acuerdo Canadá-Saskatchewan	16 de marzo de 1998 Prorrogado: 16 de marzo de 2004	16.03.2005
Acuerdo Relativo a la colaboración entre Canadá y Colombia-Britannique en materia de inmigración	19 de mayo de 1998 Renovado 5 de abril de 2004	05.04.2009
Acuerdo Canadá-Nouveau-Brunswick sobre candidatos de las provincias	22 de febrero de 1999 Prorrogado: 22 de febrero de 2004	22.01.2005
Acuerdo Canadá-Terre-Neuve-et-Labrador sobre candidatos de la Provincia	1 de septiembre de 1999	31.12.2004
Acuerdo Relativo a la colaboración entre Canadá y l'Île-du-Prince-Édouard en materia de inmigración	29 de marzo de 2001	29.03.2006
Acuerdo de colaboración Canadá-Yukon en materia de inmigración	2 de abril de 2001	02.04.2006
Acuerdo Canadá-Alberta sobre candidatos de la provincia	2 de marzo de 2002 Prorrogado: 16 de octubre de 2003	02.03.2005
Prorrogado:		
Acuerdo Canadá-Nouvelle-Écosse sobre candidatos de las provincias	27 de agosto de 2002	27.08.2007

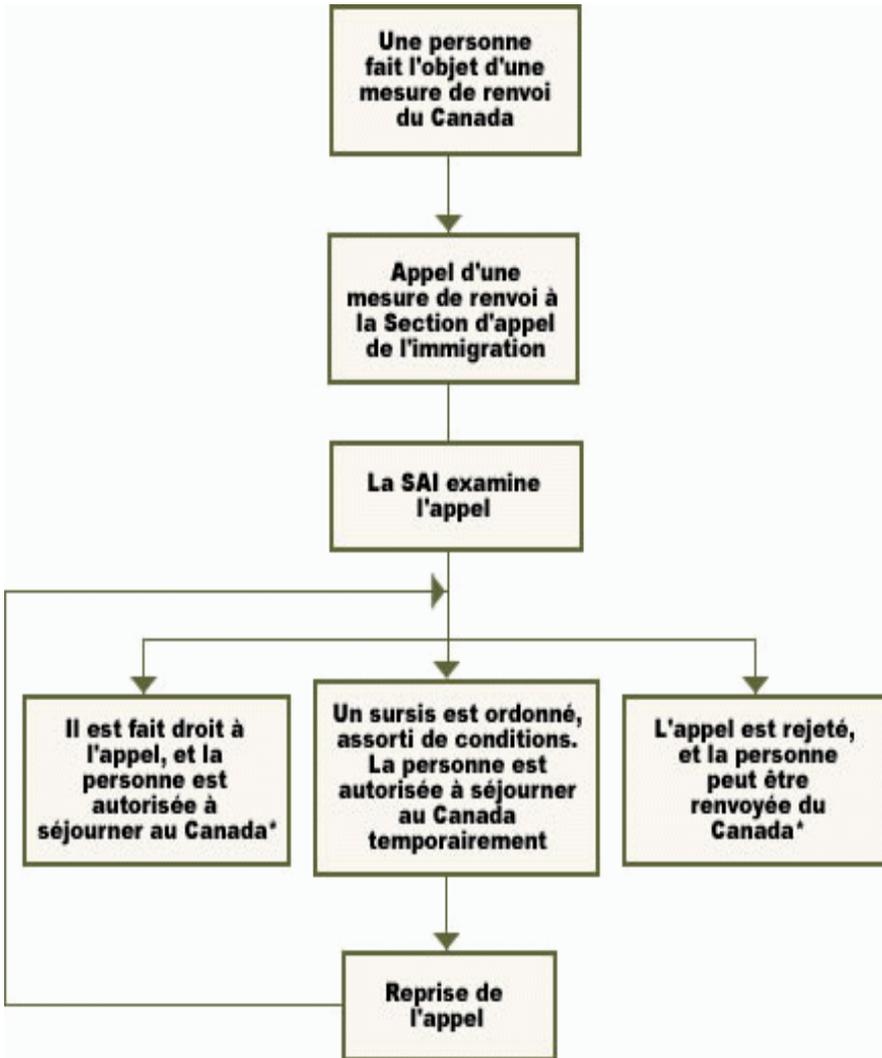
Fuente: *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2004.*

La política de inmigración adoptada en Canadá

III

ANEXO II.

PROCESO DE RECURSO FRENTE A UNA MEDIDA DE EXPULSIÓN.



SAI: Sección de recursos de inmigración.

Procedimiento de recurso frente a una medida de expulsión.

Los recursos contra medidas de expulsión deben ser presentados en los 30 días siguientes a la fecha en la que se haya adoptado la medida de expulsión. Un Comisario atenderá el recurso.

Si tuviera derecho al recurso, la medida de expulsión sería anulada y la persona será autorizada a permanecer en Canadá. Si el recurso es rechazado, la medida de expulsión será mantenida y el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración puede expulsar a la persona de Canadá.

La Sección de Recursos de Inmigración puede decidir aplazar la medida de expulsión lo que significa que la medida de expulsión no será ejecutada durante un período determinado. La persona debe así respetar ciertas condiciones. La Sección de Recursos de Inmigración puede modificar las condiciones de la prórroga, revocar la prórroga o modificar la duración de la prórroga. Si se revoca la prórroga, tendrá entonces derecho al recurso o lo rechazará.

Como en el caso de las decisiones relativas a los recursos en materia de apadrinamiento, la persona en cuestión, o el Ministerio de la Ciudadanía e Inmigración, pueden contestar la decisión de la Sección de Recursos de Inmigración presentando una demanda de autorización de control judicial ante la Corte Federal de Canadá.

ELENA ARCE JIMÉNEZ
 Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de
 Córdoba
 (elenaarce@terra.es)

IV

Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar

El Convenio Europeo de Derechos Humanos protege el derecho a vivir en familia y admite la injerencia de la autoridad pública siempre que se cumplan dos supuestos:

1.º- Que esté prevista por la ley.

2.º- Que constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la infracción de sanciones penales, protección de la salud, de la moral, protección de derechos y libertades del otro.

La reagrupación familiar es, conforme señala el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2000, un derecho del extranjero residente. Sin embargo, las condiciones para el ejercicio del derecho que se regulan en el desarrollo reglamentario han ido devaluando poco a poco la virtualidad real del ejercicio del derecho. El Real Decreto 2393/2004 supone el último recorte, de consecuencias muy graves, a ese cada vez más desdibujado derecho a vivir en familia. La última reforma de la Ley 4/00, Ley Orgánica 14/2003 ya anunciaba lo que ha ocurrido con su desarrollo reglamentario. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003 revelaba ya, de manera clara, que la vida en familia del extranjero residente legal había dejado de ser un elemento para la integración de la (inexistente) política migratoria en nuestro país. Justificaba para la reforma que acometía, en primer lugar, que durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/2000 *“han acontecido diversas circunstancias que, consideradas en su conjunto, han planteado la necesidad de adaptar aquélla a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio”*. Esas circunstancias eran en primer término el *“considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años”*.

En segundo lugar se refería a la *“necesidad de incorporar nuevos instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios”*. De la lectura del texto de la Ley no se alcanza a vislumbrar cuáles son esos instrumentos que posibiliten el loable deseo de ordenar los flujos migratorios. Tan sólo se regulan nuevas formas de impedir, hasta

hacerlas prácticamente imposibles, vías de regularización para las personas que se encuentran en nuestro país en situación documental irregular.

Evidentemente, y aunque en las circunstancias actuales nadie parezca quererlo recordar, el Real Decreto 2393/2004 no hace sino desarrollar los principios esbozados en la Ley Orgánica 14/2003, que, no olvidemos, aunque tampoco parezca ser el momento de recordarlo, se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional. La Exposición de Motivos del Reglamento no menciona en una sola ocasión (al igual que la Ley Orgánica 14/2003) el término reagrupación familiar. Justifica la necesidad de esta nueva norma, entre otras cuestiones en: “... *esfuerzo por priorizar la inmigración legal, a los que se añaden nuevos instrumentos para perseguir más eficazmente la inmigración irregular*”. Y por último vincula, tal y como se encargan de recordarnos últimamente en cada una de sus intervenciones los responsables políticos, “*la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la cobertura de puestos de trabajo...*”.

Resulta paradójico que en el año 2005, veinte años después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, hayamos vuelto al lugar del que partimos: inmigrante=trabajador. La gran diferencia es que hoy, en el año 2005, la ignorancia del legislador acerca de la realidad de la inmigración en nuestro país, resulta ya inexcusable. En el año 1999 la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge publicó un trabajo titulado *Propuestas para una Política Alternativa de Inmigración*¹; decíamos entonces que una política migratoria que pretenda entre sus fines facilitar la integración de las personas inmigrantes ha de tener la reagrupación de la familia como su primer objetivo. En el año 2000, se avanzó al cambiar el título de la Ley, que pasó a llamarse: de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La Ley Orgánica 4/2000 inició el camino hacia la protección de la institución familiar, entendiéndose que la misma no existirá, si el Estado en el que reside el extranjero no garantiza la posibilidad efectiva y real de que la familia pueda estar reunida a en el territorio de ese Estado. Sin embargo, el tímido camino iniciado por la Ley Orgánica 4/2000, finalizó bruscamente con las sucesivas reformas de la misma.

Llegando, como veremos, a extremos desconocidos hasta ahora en nuestro Derecho de Extranjería, como son la imposibilidad de acceder a la residencia legal para el cónyuge que se encuentra en territorio español del residente legal y a supeditar a dos años de estancia en territorio español al hijo menor de edad del residente legal para que pueda acceder a la residencia legal.

En materia de reagrupación familiar el camino hacia la devaluación del derecho comenzó con la nueva concepción del visado. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003 justifica este cambio desde una nueva concepción del visado como un elemento que agiliza y simplifica los trámites para el extranjero. Sin embargo, a mi juicio, parece que lo que pretende evitar es la interpretación jurisprudencial constante y contraria a los continuos intentos del legislador de ceñir a un número cerrado de supuestos lo que son motivos excepcionales; lo excepcional no es sinónimo de poco frecuente. Es conocida la distinción jurisprudencial que subyace en las resoluciones que revisaban la actividad de la Administración en las denegaciones de exencio-

1(1) ANDALUCÍA ACOGE: *Propuestas para una Política Alternativa sobre Inmigración*, Editorial Aljama, Málaga, 1999.

Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular

IV

nes de visado: en la concesión de un visado existe un amplio margen de discrecionalidad de la Administración; cuando el extranjero traspasa el umbral de nuestro Ordenamiento jurídico ese interés del Estado español ha de decaer en favor de otros derechos.

La reforma del artículo 27² por la Ley Orgánica 14/2003 ha añadido un nuevo significado al concepto visado *“habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero”*.

Y ésa es la clave en la que se explica la desaparición de la figura de la exención de visado. No se puede eximir de visado al extranjero que se encuentra en España, ya que es precisamente ese visado el que le habilita a permanecer en España para la situación en la que ha sido expedido. Argumento que a mi juicio, no sólo es muy endeble desde el punto de vista jurídico, sino más que discutible tras la lectura del procedimiento de visados que realiza el nuevo Real Decreto 2393/2004.

No obstante, la Ley Orgánica, artículo 31.3, reconoce la existencia de supuestos en los que no será exigible el visado: *“La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras razones excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.”* El nuevo desarrollo reglamentario de este artículo, artículos 45 y 46 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, reitera que *“la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado...”*

En el caso de los visados por reagrupación familiar la “artificial construcción” que realiza el Reglamento a partir de esa nueva concepción del visado, es aún más difícil de sostener. Si sigue siendo cierto que la reagrupación familiar es un derecho del reagrupante, y es al reagrupante al que se le notifica la concesión de la autorización de residencia temporal para el familiar reagrupable, cuya validez se supedita a la efectiva concesión del visado, ¿cómo puede ser el procedimiento para la concesión del visado por reagrupación familiar idéntico al resto de los visados? ¿Cómo puede ser compatible la Disposición Adicional quinta del Real Decreto 2393/04 con el derecho del residente legal a que se reúnan con el sus familiares? ¿Qué papel juega el reagrupante en el procedimiento de solicitud de visado del familiar?

La nueva tramitación de los visados de reagrupación familiar

El procedimiento que detalla el Real Decreto 2393/2004, deja sin solucionar muchos de los problemas que veníamos detectando en la práctica en anteriores Reglamentos; fundamentalmente

(2) Se modifica el apartado 1 y se introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 27 quedando redactado de la forma siguiente, y pasando los actuales apartados 2, 3, 4 y 5 a ser 3, 4, 5 y 6 respectivamente: “1. El visado se solicitará y se expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente. 2. La concesión del visado: a). Habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. b). Habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiere sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero.”

en faltas de garantías procedimentales para el solicitante y en la inadecuación de los plazos a la realidad existente, tanto para la organización consular como para la situación de los países de los que provienen los familiares.

Se introduce de manera expresa para la tramitación de los visados de reagrupación familiar lo preceptuado en dos de los preceptos, recurridos ante el Tribunal Constitucional, de la Ley Orgánica 14/2003. En primer lugar, la obligatoriedad de presentación personal de las solicitudes de visado y recogida³. En segundo término, se especifica que constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación del mismo, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por cualquier otro documento aportado en la solicitud.

En la Disposición Adicional sexta se detalla el procedimiento general en materia de visados, que habrá de seguirse también en los visados de reagrupación familiar:

1. En primer lugar la Misión Diplomática u Oficina Consular receptora de la solicitud de visado devolverá una copia sellada de la misma con indicación de la fecha y el lugar de recepción o remitirá el acuse de recibo al domicilio fijado a efectos de notificación en el ámbito de la demarcación consular. Este primer apartado nos da la primera clave muy importante para entender hasta qué punto las “especialidades” en el procedimiento de solicitud de visados, que no debemos olvidar es un procedimiento administrativo, puedan llevar a dejar sin contenido práctico algunos derechos fundamentales del administrado que consagra la Ley 30/1992 reguladora del procedimiento administrativo común. No puedo compartir que el hecho de que exista un procedimiento especial especificado en la Ley Orgánica EXIS para la tramitación de los visados pueda dejar sin efecto las garantías esenciales del procedimiento común.

Una de esas especialidades es la peculiar manera que tiene este apartado primero de establecer algo tan simple y a la vez tan importante para el inicio de un procedimiento administrativo con garantías como es que el administrado reciba una copia sellada de la solicitud que presenta. En el procedimiento administrativo común es un principio claro que el administrado tiene derecho a recibir una copia sellada de cualquier solicitud que presente ante la Administración. Es obvio que la copia sellada se debe devolver al administrado en el mismo momento en que éste presenta la solicitud, a fin de servir de acreditación de la solicitud de inicio del procedimiento por parte del administrado.

Este precepto deja claro que el extranjero solicitante del visado no tiene derecho alguno a solicitar de manera inmediatamente posterior a la solicitud una copia sellada de la misma. La pre-

(3) Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la Disposición Adicional tercera, la Misión Diplomática u Oficina Consular aceptará la presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la Misión u Oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad. En el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado.

Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular

IV

gunta es evidente, ¿qué ocurre desde que el extranjero presenta una solicitud (que en algunos Consulados ni siquiera se presenta frente a un funcionario sino que se deposita en un buzón situado en el muro exterior del Consulado, en otros, como el Consulado de España en Islamabad, la solicitud ha de ser entregada a una empresa privada de mensajería que se encarga de remitirla al Consulado) hasta que recibe la copia sellada de la misma? ¿Quién puede reclamar por los meses que llegan a transcurrir desde que se deposita la solicitud en un buzón hasta que es avisado en su domicilio para personarse en el Consulado? No puedo dejar de preguntarme ¿qué ocurre si el hijo cumple los 18 años en esos meses? ¿Qué ocurre si la esposa da a luz? Preguntas que, sin duda, pueden ser tachadas de demagógicas o cuando menos irrelevantes, pero que, en la práctica, son las únicas pruebas que pueden hacer creíble la política de un Estado en cuanto al respeto al derecho a vivir en familia.

2. La Oficina Consular y el solicitante, a tenor de las posibilidades técnicas existentes en el territorio (la pregunta inmediata que surge del conocimiento directo de las posibilidades técnicas actuales de nuestras oficinas consulares es: ¿se han puesto ya en marcha planes urgentes para incrementar, por ejemplo, las líneas telefónicas de atención?) pueden convenir, dejando mención sucinta de ello en el expediente y en la copia de la solicitud que se devuelve como recibo, el domicilio –que ha de estar en todo caso dentro de la demarcación consular– y el medio para efectuar los requerimientos de subsanación o de aportación de documentos o certificaciones exigidos, así como para efectuar las citaciones de comparecencia y las notificaciones de resolución. Las citaciones y requerimientos se realizarán a través del teléfono o del telefax de contacto proporcionado por el interesado o su representante legal y se dejará constancia de su realización en el expediente. Si la citación o requerimiento efectuado a través de llamada al teléfono de contacto convenido hubiera sido desatendido, se cursarán por escrito las citaciones, requerimientos o notificaciones al domicilio fijado a este efecto en la solicitud, el cual deberá encontrarse situado en el ámbito de la misma demarcación consular.

Sin perjuicio de lo establecido para los supuestos de comparecencia personal y entrevista de los solicitantes de visado, las citaciones o requerimientos cursados deberán atenderse en un plazo máximo de diez días. Cuando, intentada la notificación escrita de conformidad con lo establecido en la presente disposición, no se hubiese podido practicar, cualquiera que fuere la causa, dicha notificación se hará mediante anuncio publicado durante diez días en el correspondiente tablón de la Oficina Consular. Sorprende el “doble rasero” existente en todo el procedimiento de concesión de visados, con plazos generosamente amplios cuando se trata de trámites que debe realizar por el Consulado y de plazos muy cortos para el interesado (no olvidemos que se trata en muchas ocasiones de países con sistemas de transporte y comunicaciones muy deficientes)⁴.

(4) El informe del Defensor del Pueblo del año 2002, pág. 254, resalta al referirse a la situación de los Consulados españoles en el extranjero que “no es sólo un asunto de medios, es también y principalmente, un problema de concepción de estos organismos ... si no se ponen los medios para acometer una adaptación sustancial a las nuevas necesidades, la gestión ordenada de los flujos será inviable”.

De resultar desatendidos en su plazo los requerimientos o citaciones, se tendrá al solicitante por desistido, notificándose la resolución por la que se declara el desistimiento por el mismo procedimiento del apartado anterior. La resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

3. La Misión Diplomática u Oficina Consular ante la que se presente la solicitud de visado, si mediara una causa que lo justifique, además de la documentación que sea preceptiva podrá requerir los informes que resulten necesarios para resolver dicha solicitud.

4. Si el solicitante, al momento de resolver, no figura en la lista de personas no admisibles, la Misión Diplomática u Oficina Consular valorará la documentación e informes incorporados al efecto junto, en su caso, con la autorización o autorizaciones concedidas, y resolverá la solicitud del visado.

Continúa el apartado 7 de esta Disposición Adicional señalando que, sin perjuicio de la eficacia de la resolución denegatoria, y con independencia de que el interesado haya o no presentado recurso contra la misma, el extranjero conocedor de una prohibición de entrada por su inclusión en la lista de personas no admisibles, podrá encauzar a través de la Oficina Consular una solicitud escrita dirigida al Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior si quisiere ejercer su derecho de acceso a sus datos o a solicitar la rectificación o supresión de los mismos en el Sistema de Información de Schengen.

8. Las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, en el plazo máximo de quince días desde su expedición, deberán comunicar a la Dirección General de Inmigración, a través de los órganos centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores, las resoluciones sobre visados que hubiesen realizado, salvo los de tránsito y estancia por turismo.

La resolución denegatoria de un visado se notificará al solicitante de forma que le garantice la información sobre el contenido de la misma, las normas que en Derecho la fundamenten, el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que hubiere de presentarse y el plazo para interponerlo.

La denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá ser motivada, informando al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria.

El artículo 43 del Reglamento, en sus apartados 4 a 6, detalla el procedimiento que se ha de seguir para la notificación en los visados de reagrupación familiar. 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 los motivos alegados para notificar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización.

En el caso de concesión la Misión Diplomática u Oficina Consular notificará la concesión del visado, en su caso, en el plazo máximo de dos meses. El solicitante deberá recogerlo personalmente, en el borrador del Reglamento se decía que en el plazo de un mes; dicho plazo ha desaparecido del texto publicado en el BOE y ahora dice: “De no efectuarse en el plazo mencionado (no menciona ninguno) la recogida, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento”.

Señala el artículo 43.6 del Reglamento que recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de aquél, que en ningún caso será superior a tres meses, de conformidad con lo establecido en el capítulo I de este reglamento. En el plazo de un mes desde la entrada, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero, salvo en el caso de los menores, en que podrá ser solicitado por su representante.

Procedimiento para la reagrupación familiar

El artículo 18.1 de la Ley y su desarrollo reglamentario en el artículo 42 señalan los pasos que se han de seguir por el residente legal. Como hemos dicho antes, y a pesar de que el Real Decreto 2393/2004 insiste en la línea del anterior, en el sentido de relatar un procedimiento en el que parece que es el reagrupante el que ejerce el derecho, si hubiera iniciado la explicación del procedimiento en este artículo 42, la conclusión, a mi juicio, sería errónea. Ha desaparecido el anterior informe gubernativo, que regulaba el Real Decreto 864/2001, y el procedimiento pivota alrededor de una concesión de autorización de residencia temporal concedida al familiar reagrupado, antes de que se le haya concedido el visado, y supeditada a la condición de éste.

Es a partir del momento que recoge el apartado 5 del artículo 42 donde se produce el verdadero cambio de regulación respecto al Reglamento anterior. Así, mientras que hasta la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, lo que se le notificaba al familiar reagrupante era la existencia de un informe gubernativo favorable o no a la reagrupación familiar; lo que se le notifica ahora es la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, suspendiéndose la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y a la efectiva entrada del familiar en territorio nacional.

Sigue produciéndose a mi juicio una paradoja, si, como dice el apartado 6 del artículo 42 del Real Decreto 2393/2004, el reagrupante es el interesado en este procedimiento (... *la resolución se comunicará al reagrupante y, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y a la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida el extranjero. En la comunicación al interesado se hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular, salvo en los supuestos en que pueda quedar exento de esta obligación por ser aplicable una circunstancia excepcional prevista legal o reglamentariamente*), y la autorización no despliega sus efectos hasta la obtención del visado al familiar, debería ser el reagrupante el legitimado para recurrir la denegación de ese

visado. Soy consciente de que esta interpretación choca con el reparto de competencias entre los distintos Ministerios, y que es el Ministerio de Asuntos Exteriores quien concede los visados. Pero, si como señala el apartado 2.a del artículo 42, el reagrupante ha debido acreditar los vínculos familiares, la edad y la dependencia legal y económica, la concesión del visado en los supuestos de reagrupación familiar, excepción hecha obviamente de supuestos de orden público, debiera ser automática. Como hemos visto, en los apartados anteriores, la concesión del visado en los supuestos de reagrupación familiar queda lejos de ser automática, siendo un tipo de visado más, con especialidades procedimentales, en que el derecho del reagrupante a vivir en familia queda supeditado a los intereses que señala el Reglamento para el resto de los visados.

Familiares reagrupables

La Ley Orgánica 14/2003 y su posterior desarrollo reglamentario, Real Decreto 2393/2004, parecen haber añadido un nuevo inciso al artículo 16.2 de la Ley, que recordemos dice: “ Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.” Ese nuevo inciso podría ser “que no se encuentren en España”. No existe ese cambio, pero ciertamente al dejar al desarrollo reglamentario (apartado 4 del artículo 17) las condiciones en las que podrá ejercerse el derecho, deja la puerta abierta a situaciones como las creadas, tras la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004.

a) Cónyuge: Hasta la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, al cónyuge en situación documental del residente legal, que cumplía las condiciones para ejercitar el derecho a la reagrupación familiar, se le podía documentar por la vía del desarrollo reglamentario del artículo 31.3 de la Ley Orgánica, artículo 49 del Real Decreto 864/2001 (artículo que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003 y hasta la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, era interpretado como un catálogo de supuestos de residencia por circunstancias excepcionales). Ahora, derogado el Real Decreto 864/2001 el desarrollo reglamentario del artículo 31.3 de la Ley Orgánica, lo realiza el artículo 45 que no se refiere en ningún apartado a los cónyuges reagrupables. Tan solo si el cónyuge demuestra un determinado tiempo de estancia en nuestro país y la incorporación real o potencial, según los supuestos, al mercado laboral, podrá ser documentado con una autorización de residencia temporal. También podrá ser documentado, no ya por ser el cónyuge de un residente legal, sino por hallarse en uno de los otros dos supuestos que recoge el artículo 45: razones de protección internacional o humanitarias. En el resto de los supuestos, esto es cuando el cónyuge se encuentre en nuestro país y no desarrolle actividad laboral alguna, no podrá ser documentado. La gravedad de la situación es aún mayor cuando esa imposibilidad de ser documentado se aplica, no sólo en los supuestos del cónyuge que se encuentra en territorio nacional, sino en aquellos supuestos en los que pretende ser documentado volviendo a su país de origen para iniciar la solicitud de visado, una vez que al reagrupante se le ha concedido la documentación, ya que no olvidemos que la Ley Orgánica 14/2003 prevé que constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación del mismo, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por cualquier otro documento aportado en la solicitud. La interpretación

Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular

IV

que la Oficina Consular haga del inciso “cualquier otro documento...” puede tener graves consecuencias; por ejemplo, el pasaporte con sello de entrada y salida de territorio español una vez finalizado el periodo de estancia⁵.

b) Hijo: Es en este supuesto donde, a mi juicio, se ha producido una vulneración más flagrante de derechos en aras de una pretendida ordenación de los flujos migratorios. Por su importancia, reproduzco el artículo 94.2 del Real Decreto 2393/2004: *“Los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que o bien sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, podrán obtener una autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos por este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá acreditar adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su tiempo de permanencia en España. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado.”*

Son varias las dudas de legalidad que presenta este artículo; en primer lugar la referencia a los hijos de españoles es absolutamente improcedente ya que el régimen jurídico de la entrada, estancia y permanencia de los hijos menores de edad de los españoles y sus cónyuges se encuentra regulado en el Real Decreto 178/2003. También presenta serias dudas de legalidad el plazo de dos años al que se somete la estancia en España del menor, hijo de residente legal, para poder ser documentado. Esa exigencia es abiertamente contraria al interés superior del menor y por lo tanto esa exigencia reglamentaria contraviene la Convención Internacional de Derechos del niño y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor. Además, en la práctica, este precepto está adelantando la mayoría de edad para estos menores de edad, ya que no podrán ser documentados, aun cumpliendo con los requisitos que señala el artículo, los que lleguen a España con 16 años de edad ya que cuando transcurran los dos años, ya habrán alcanzado la mayoría de edad.

Por último la “penalización” al menor por no haber sido escolarizado, carece también de respaldo legal. Las consecuencias de la no escolarización deberían ser tenidas en cuenta para una posible sanción, en su caso a los progenitores, pero no parece de recibo que se castigue doblemente al menor: primero no escolarizándolo y luego no documentándolo.

c) Ascendientes: Reproducimos lo ya dicho respecto a los anteriores familiares reagrupables. Nos centramos ahora en las consecuencias que el artículo 40 del Real Decreto 2393/2004 tie-

(5) Ésa ha sido la interpretación que el Consulado de España en Quito (Ecuador) ha dado al precepto citado al inadmitir a trámite la solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena de trabajadores que acudían con la resolución laboral favorable de la Subdelegación correspondiente y copia de su pasaporte que evidenciaba que habían permanecido en España en situación documental irregular.

ne para el ejercicio de la reagrupación por los ya reagrupados. Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

En el supuesto de los ascendientes, éstos sólo podrán ejercitar, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residente permanente de manera independiente respecto al reagrupante y acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretenden reagrupar. De manera excepcional, ya para el caso de que tenga a su cargo un hijo menor o incapacitado, sin tener que esperar a la residencia permanente. La evidente discriminación que supone que el ascendiente haya de adquirir la residencia permanente para poder ejercer la reagrupación, presenta serias dudas de legalidad.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza.
Director del Postgrado E-Learning
sobre Migraciones Internacionales
y Extranjería y Director Adjunto de la *Revista de
Derecho Migratorio y Extranjería*
(agchueca@unizar.es)

V

Avanza la ratificación de la convención de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

ÚLTIMA HORA

El 1 de julio de 2003 entraba por fin en vigor la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada el 18 de Diciembre de 1990. Tras doce años y medio reunía en aquel momento 21 Estados partes, cumpliendo así su artículo 87, que exigía un mínimo de 20 Estados partes.

Menos de dos años después son 28 los Estados obligados por este importante tratado internacional, el texto más avanzado en la materia, que gira sobre el eje de los derechos humanos de todas las personas sea cual fuere su situación migratoria. Los dos últimos Estados en comprometerse han sido TURQUÍA y CHILE, al entrar en vigor para ellos respectivamente el 27 de septiembre de 2004 y el 21 de marzo de 2005.

Revisando el estado actual de ratificaciones y adhesiones, encontramos también nada menos que ocho Estados que han firmado la Convención en 2004 pero aún no han procedido a la ratificación de la misma; son Argentina, Camboya, Gabón, Indonesia, Lesotho, Liberia, Perú y Serbia-Montenegro. Esta esperanzadora circunstancia hace previsible que el número de partes se irá incrementando los próximos meses.

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

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

1.ª Puesto que ya tiene importantes competencias en materia de migraciones, ¿cuándo se planteará la Unión Europea la adhesión a este tratado internacional?

2.^a ¿Cuándo se planteará España la adhesión a esta Convención?

3.^a ¿Hasta cuándo seguirá en España la actual situación, en la cual la Convención resulta una gran desconocida y ni siquiera se plantea esta cuestión a nivel político ni académico ni social?

Obviamente la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ni realiza una política de puertas abiertas (pues diferencia entre migrantes en situación regular y migrantes en situación irregular) ni soluciona todas las cuestiones que la inmigración ofrece hoy.

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

En todo caso, la Convención Internacional ahora brevemente reseñada es actualmente el texto que más se aproxima al DERECHO A MIGRAR COMO DERECHO HUMANO, al *Ius Migrandi*, con su triple caracterización: El derecho a no emigrar del Estado en el que se resida (en resumen, el derecho al desarrollo), el derecho a emigrar y el derecho a establecerse pacíficamente.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Seminario sobre “Migraciones y Desarrollo: Propuestas institucionales y experiencias prácticas”

15 de diciembre de 2004, Madrid (Universidad San Pablo-CEU).

- ✓ Análisis y aplicación práctica del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería

28 de enero de 2005, Diputación de Valladolid.

- ✓ El nuevo Reglamento de Extranjería y el proceso de normalización laboral

11 y 23 de febrero de 2005, Madrid y León.
2 y 4 de marzo de 2005, Ponferrada y Valladolid.

- ✓ La inmigración en la Unión Europea: un análisis multinivel

21 y 22 de febrero de 2005 (Vitoria-Gasteiz).

- ✓ Jornadas antirracistas

15-18 de marzo de 2005, Madrid, (SOS Racismo).

- ✓ Mujeres, integración y prisión. Un análisis de los procesos de integración sociolaboral de las mujeres presas de Europa (2002-2005)

8 de abril de 2005, Barcelona.

A CELEBRAR

- ✓ Seminario sobre contratación y Ley de Extranjería

21 de abril de 2005, Getafe

- ✓ XV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

28-30 de abril de 2005, Zaragoza.

- ✓ I Congreso Nacional sobre Información, Seguridad y Defensa
10-13 de mayo de 2005, Segovia (Universidad SEK).
- ✓ Europa y Marruecos: diez años del Proceso de Barcelona
20 y 21 de octubre de 2005, Madrid (Universidad San Pablo-CEU).
- ✓ La movilidad en femenino
16-19 de noviembre de 2005, Tánger (Marruecos).
- ✓ LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES Y LA EXTRANJERÍA HOY (Curso de Verano de la Universidad de Zaragoza)
Organizado por INTERMIGRA, Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería
Dirigido por P. AGUELO y Á. CHUECA.
Programa centrado en tres ejes: Derechos Humanos, Ley y Reglamento de Extranjería y las Comunidades Autónomas y las Migraciones.
Profesorado de varias Universidades, Colegios de Abogados y Administración (Pascual AGUELO, Federico ABIZANDA, Ángel CHUECA, Pedro CODURAS, Concha GIL, Javier GALPARSORO, Ch. MARCUELLO, F. MARIÑO, Antonio ORTIZ-ARCE y Ricard ZAPATA).
 - Lugar de celebración: JACA (Huesca)
 - Fechas de celebración: 31 de Agosto, 1 y 2 de Septiembre
 - Información general (incluido alojamiento) y MATRICULACIÓN:
 - 1) Universidad de Zaragoza: <http://moncayo.unizar.es/cv/cursosdeverano05.nsf/CursosPorArea?OpenView>
 - 2) Intermigra: <http://www.intermigra.info/semiex/index.php>

NORMAS PARA COLABORACIONES

REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA publicará, en la medida de lo posible, las colaboraciones que se le envíen.

Los estudios deben tener alrededor de 25 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos. El autor adjuntará un resumen, en castellano e inglés o francés, de un máximo de 15 líneas. Y también el soporte informático. Las notas y colaboraciones abarcarán un máximo de 15 páginas.

La Dirección de la Revista decidirá acerca de la inclusión en la revista de cada artículo o reseña, que se enviarán a la dirección: revista@intermigra.info.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También daremos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado *Convocatorias desde las dos orillas*.

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el número de verano el 1 de junio, respectivamente.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

