

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.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

902 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

atn.cliente@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1695-3509

VA. 922-2002

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] **I. Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España**
JAVIER TAJADURA TEJADA
- [53] **II. El traductor en el Derecho de Extranjería: perspectivas legislativa y jurisprudencial**
M.ª CARMEN ACUYO VERDEJO

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER: REFORMA DE EXTRANJERÍA*

- [73] **Nota al Dossier**
- [75] **I. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre**
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [123] **II. Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [139] **III. La incidencia del nuevo Reglamento de Extranjería en el régimen de asilo y refugio en España**
MAURICIO VALIENTE OTS

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [151] **Índice analítico de voces**
- [151] **Asilo**
- [161] **Exención de visado**
- [167] **Expulsión**
- [172] **Derecho al trabajo**
- [183] **Permiso de trabajo**
- [193] **Derecho Penal**

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[197] **Homologación de títulos**

[201] **Nacionalidad**

[206] **Régimen comunitario**

[211] **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería. Crónica jurisprudencial, 1-julio-2003 a 30-junio-2004**

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

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

[239] **Fuentes internas**

[239] **Fuentes internacionales**

[240] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[247] **Notas bibliográficas**

[255] **I. Los derechos de los menores: situación en España**

ELENA ARCE JIMÉNEZ

[267] **II. Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes**

PILAR ANDRÉS JUSTE

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

[299] **IV. ÚLTIMA HORA**

Acerca del procedimiento de normalización. Aspectos críticos y mejorables del mismo

MARCELO BELGRANO LEDESMA

EDITORIAL

En el momento de escribir esta Editorial, el texto del Proyecto de Reglamento de la Ley de Extranjería se encuentra en la última fase de elaboración. Ni el texto reglamentario, ni la comentada disposición transitoria tercera, que contempla el denominado “Proceso de normalización”, están definitivamente cerrados y resulta incluso posible que algunas importantes aportaciones sean recogidas en el texto definitivo.

El requisito del empadronamiento, la flexibilización en la demostración de ausencia de antecedentes penales, la normalización de los trabajadores autónomos y la de los familiares directos de los trabajadores normalizados son cuestiones que todavía están siendo sopesadas por el ejecutivo.

Así las cosas parecía aventurado incorporar el texto provisional de las disposiciones reglamentarias, pues de ser modificado habría de provocar una indudable confusión.

La valoración general del Proyecto de Reglamento, hasta donde hoy conocemos, ha sido casi unánimemente favorable. Nada que objetar, si bien entendemos que el enjuiciamiento del texto reglamentario no puede separarse del régimen legal que pretende desarrollar, y es en ese sentido en el que, a nuestro juicio, deben dirigirse las reflexiones y los debates.

Los próximos meses deberán dedicarse no solo al análisis del desarrollo reglamentario, sino a la tarea de acometer la elaboración de una profunda reforma legal, que, con vocación de permanencia y bajo los principios que inspiraron la promulgación de la LO 4/2000, original, sea capaz de dibujar un régimen legal de extranjería y un Derecho migratorio, que garanticen plenamente los Derechos Humanos de las personas inmigradas.

De ahí, que en el *Dossier* de este número se haya optado por recoger un trabajo de máxima utilidad, el Texto Integrado de la LO 4/2000, con las incorporaciones operadas por la sucesivas modificaciones normativas, que sirva de ayuda al posterior estudio del texto reglamentario y a la expresada tarea reformadora.

El primer trabajo del presente número de la REDMEX, “Constitución y extranjería”, ayudará sin duda a la labor de reflexión anunciada.

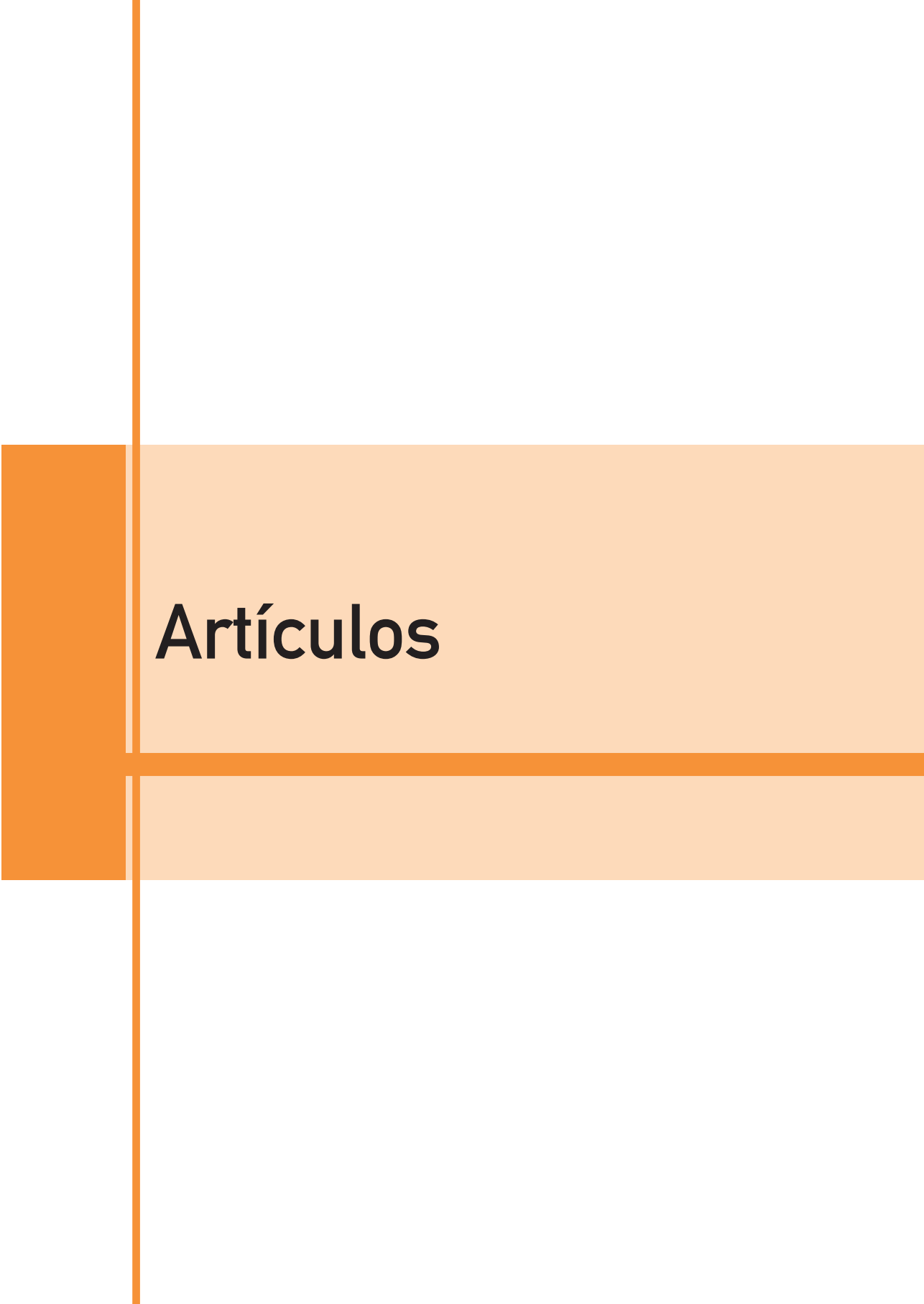
Asimismo, conscientes de la necesidad de orientar la práctica profesional, en este complejo campo de trabajo, se han incluido varios artículos de indudable novedad, como “El traductor en el Derecho de Extranjería”, “La incidencia del Reglamento de extranjería en el régimen de asilo

y refugio”, y unas importantes notas sobre “Los derechos de los menores en España” e “Inmigración y derechos sociales”.

En última hora se incluyen la propuesta de posible mejora del texto de la disposición transitoria tercera, Proceso de Normalización, que la Subcomisión de Extranjería del CGAE ha dirigido a la Secretaría de Estado.

El apartado de Crónica de jurisprudencia, incluye además de un capítulo especial sobre aspectos laborales, una completa crónica jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que con carácter anual se publica en la REDMEX. Se completa el número con las habituales secciones, que esperamos resulten de plena utilidad.

Sólo nos resta desear a todas y todos unas felices vacaciones navideñas y un provechoso nuevo curso 2005.



Artículos

JAVIER TAJADURA TEJADA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco
(dtptatej@lg.ehv.es)

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

RESUMEN

CONSTITUCIÓN Y EXTRANJERÍA: LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES NO COMUNITARIOS EN ESPAÑA

El presente estudio tiene por objeto analizar cuál es el estatuto jurídico del extranjero en nuestro ordenamiento constitucional. Ello exige examinar el marco configurado por la Constitución española (artículos 13 y 10), los Tratados internacionales sobre la materia, la legislación específica de extranjería, esto es la LO 4/2000 modificada por la LO 8/2000, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (especialmente SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 112/1991, 94/1993, 196/1993 y 95/2003). Esta última adquiere una importancia fundamental y ocupa por ello un lugar central en este estudio. Estudio que se divide en dos partes: en la primera, se expone el marco constitucional del régimen jurídico de los extranjeros tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional; y, en la segunda, se aborda la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en la LOEx así como las garantías jurídicas de los mismos, y la conformidad o no de dicha regulación con la jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

CONSTITUTION AND ALIEN STATUS

The present article tries to analyze which the alien juridical statute is in our constitutional law. It demands examine the mark configured by the Spanish Constitution (articles 13 and 10), the international Treaties on the matter, the specific legislation on alienage, this is the LO 4/2000 modified by the 8/2000, and the Constitutional Court judgements (in particular 107/84, 99/85, 115 /87, 112/91, 94/93, 196/93 and 95/2003). This last one acquires a great importance and it occupies for it a central place in this study. This study is divided in two parts: in the first one, the constitutional mark of alien's juridical regime is exposed like it has been understood by the Constitutional Court; and secondly it's approached the regulation of the rights and privileges of aliens in the LOEx as well as the juridical guarantees of them, and the conformity or not of this regulation with the constitutional jurisprudence.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El marco constitucional.

III. La doctrina del Tribunal Constitucional.

IV. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

V. Los derechos y libertades de los extranjeros en la LO 8/2000. A) El derecho a la documentación (artículo 4). B) El derecho a la libre circulación y residencia (artículo 5). C) El derecho a la participación política y a intervenir en asuntos públicos (artículo 6). D) Los derechos de reunión, manifestación y asociación (artículos 7 y 8). E) El derecho a crear partidos políticos (STC 48/2003). F) El derecho a la educación (artículo 9). G) El derecho a la libertad sindical y de huelga (artículo 11). H) El derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12). I) El derecho a solicitar ayudas en materia de vivienda (artículo 13). J) Libertad individual e internamiento de extranjeros (artículos 60, 61 y 62).

VI. Garantías constitucionales de los derechos de los extranjeros en España. A) El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20.1). B) El derecho a los recursos (artículo 21.1). C) Derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete (artículo 22).

VII. Problemas de constitucionalidad de la LO 8/2000. A) ¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos y libertades de los extranjeros que establece la LOEx y que ya hemos expuesto? B) ¿Tiene sentido la distinción realizada por la ley entre titularidad y ejercicio de los derechos? C) ¿Puede considerarse la residencia legal en España un criterio constitucionalmente admisible para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades? D) ¿Debería garantizarse también el derecho de huelga a quienes ejercen actividad laboral al margen de los requisitos legales? E) ¿Son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita? La STC 95/2003.

VIII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El estatuto jurídico del extranjero no comunitario debe situarse en un marco configurado básicamente por la Constitución española (artículos 13 y 10), los Tratados Internacionales sobre la materia, la legislación específica de extranjería, esto es la LO 4/2000 modificada por las LO 8/2000, 11/2003 y 14/2003, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (especialmente SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 112/1991, 94/1993, 196/1993 y 95/2003). Esta última adquiere una importancia fundamental. Y es que, efectivamente, existen dos ámbitos en los que la labor no sólo hermenéutica, sino también, me atrevo a decir, auténticamente conformadora, del Tribunal Constitucional, ha resultado crucial. Dichos ámbitos son los referidos a la organización territorial del Estado y los derechos fundamentales. Por ello, el análisis de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional de España ocupará un lugar central en esta exposición. Exposición que voy a dividir en dos partes: la primera la dedicaré a exponer el marco constitucional del régimen jurídico de los extranjeros tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional; y, en la segunda, abordaré la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en la LOEx, así como las garantías jurídicas de los mismos, y la conformidad o no de dicha regulación con la jurisprudencia constitucional sobre el tema. Aunque la última palabra corresponderá siempre al Tribunal Constitucional, asumiré el riesgo de formular mi propia opinión al respecto.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL

El punto de partida imprescindible para el estudio del régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España se encuentra en la Constitución. En este sentido, la doctrina ha subrayado que nuestra Constitución de 1978 contempla con una muy notable amplitud los derechos de los extranjeros. Así por ejemplo, el profesor ALZAGA, que a su condición de Catedrático une la de haber formado parte de las Cortes Constituyentes, señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España¹.

Dos son, inicialmente, los preceptos de nuestro Texto Fundamental que configuran el estatuto jurídico del extranjero. En primer lugar el artículo 13, apartado primero que dispone lo siguiente:

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley.”

De este precepto se deduce, por un lado, que los extranjeros son titulares de los derechos y libertades reconocidos a los españoles; por otro, que las condiciones de ejercicio de dichos derechos

(1) ALZAGA, O.: *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 2.ª edición, Madrid, 1998, p. 53. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre” en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001, p. 67. Opinión esta que ha sido también expresada en sede jurisdiccional: Voto particular formulado por los Magistrados TOMÁS Y VALIENTE, RUBIO LLORENTE y GARCÍA-MON, a la STC 115/1987, de 7 de julio, que luego examinaremos.

y libertades se remiten a lo que dispongan los Tratados y la Ley. Esta disposición constitucional ha sido definida, acertadamente, como “una unidad compleja al borde de la fractura”². Para evitar esta fractura, y superar la tensión interna del precepto, tendremos que considerar, como veremos después, que la remisión al legislador orgánico e internacional, no significa que quede en sus manos el entero contenido de los derechos y libertades reconocidos por el constituyente a favor de los extranjeros. Dicho con otras palabras, el problema principal que dicho precepto plantea no es otro que determinar el alcance de esa remisión, esto es, establecer con claridad los límites que el legislador orgánico deberá, en todo caso, respetar.

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 13 contiene la excepción a ese reconocimiento general de derechos a favor de los extranjeros:

“Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”

El artículo 13.2 confirma, implícitamente, el significado que hemos dado al artículo 13.1. Excepción el artículo 23, que sólo tendrá como titulares a los españoles –exclusividad relativizada por la propia excepción contenida en el propio artículo–³, parece que todos los demás derechos y libertades que la Constitución proclama tienen como titulares a españoles y a extranjeros, aunque respecto a estos últimos, el ejercicio de los derechos vendrá condicionado por lo dispuesto en los Tratados y en la Ley. Y digo parece, porque como veremos después, es preciso acudir a la literalidad de cada una de las disposiciones constitucionales que recogen derechos y libertades para comprobar esta afirmación.

Junto con el artículo 13, el artículo 10, primero del título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, es el otro pilar constitucional sobre el que debe construirse el estatuto jurídico del extranjero. Dicho precepto, como es bien sabido, contiene el presupuesto axiológico de todo el ordenamiento⁴:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

(2) ÁLVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales de los extranjeros en España” en *El nuevo Derecho de Extranjería* (Andrés RODRÍGUEZ y César HORNERO, coord.), Granada, 2001, p. 31.

(3) La conexión histórica existente entre el derecho de participación política y el estatuto de ciudadanía explica y justifica esta excepción. Por todos, PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1999, pp. 262-264.

(4) Para comprender los orígenes, significado y alcance de la dignidad de la persona como presupuesto axiológico del Estado Constitucional, resulta imprescindible un brillante y sugerente ensayo del profesor PECES-BARBA a cuya lectura me remito: PECES-BARBA, G.: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, 2.ª edición, 2003. Sobre la dignidad humana como fundamento del orden político resulta de interés la obra del profesor HABERLE, P.: *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Lima, 2001. Y en la doctrina española, LUCAS VERDÚ, P.: “Persona, derechos fundamentales y pluralismo en la Constitución de 1978” en *Curso de Derecho Político*, volumen IV, Madrid, 1984, pp. 318-325; así como la monografía de ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, 1996; y el estudio de FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español” en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 43, 1995, pp. 49-80.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

Fácilmente se concluye que el marco constitucional resulta confuso e insuficiente, y permite interpretaciones muy variadas. Es por esta razón por lo que la jurisprudencia de quien, por imperativo constitucional, es el intérprete supremo y último de la voluntad del constituyente, adquiere una importancia decisiva.

En todo caso, y para situar el tema, conviene recordar que, desde una perspectiva teórica, la cuestión que vamos a abordar ha estado presente en los inicios de todo proceso constituyente, me refiero, claro está, a la distinción entre libertad natural y libertad civil, o, dicho con otras palabras, entre derechos humanos y derechos fundamentales. De los primeros son titulares todas las personas en cuanto personas, mientras que la titularidad y las condiciones del ejercicio de los segundos dependerá de lo que haya dispuesto el Poder Constituyente⁵. Esto es lo que explica que siga siendo válida la afirmación de SCHMITT en el sentido de que, la única distinción admisible en el seno de un Estado Constitucional, es la de ciudadano y no ciudadano⁶.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En 1984, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se pronunció, por unanimidad, sobre el significado y alcance de la previsión contenida en el artículo 13.1 de la Constitución (STC 107/1984). En el fundamento jurídico tercero de dicha sentencia se rechaza tajantemente que los derechos de los extranjeros hayan quedado desconstitucionalizados al mismo tiempo que se afirma, de forma un tanto contradictoria, que todos ellos son de configuración legal. Según el Alto Tribunal, la remisión que el artículo 13.1 hace a la ley:

“No supone, sin embargo, (...) que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los Extranjeros gozarán en España de las libertades que le atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley» de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal.”

De esta declaración del Tribunal, pudiera parecer que el legislador orgánico e internacional es completamente libre para configurar como desee el contenido de todos y cada uno de los derechos contenidos en el título primero de la Constitución a favor de los extranjeros con la única

(5) En todo proceso constituyente se dan siempre tres momentos, el de la libertad, el del pacto social y el del acto constitucional. Como nos recuerda el profesor RUIPÉREZ para WISE (1717) la esencia del momento de la libertad es clara: de lo que se trata es, tan sólo, de determinar la “libertad civil” que va a corresponder a los ciudadanos de la nueva comunidad política. Libertad civil que, para WISE, no es otra cosa que aquella parte de la libertad natural que permanece en manos de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. La materialización de esa libertad civil se concretará en un mínimo que, en todo caso, ha de corresponder “con la libertad de los hombres ingleses”. “Sienta, de esta suerte, WISE –escribe el profesor RUIPÉREZ– las bases para la posterior distinción entre los derechos humanos, la libertad natural, y los derechos fundamentales, la libertad civil, que gravitará inevitablemente sobre la problemática de los derechos fundamentales desde que, con la aprobación, el 12 de junio de 1776, del *Bill of Rights* de Virginia, comenzó su propia Historia”. RUIPÉREZ, J.: *Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, 2003, p. 263.

(6) SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1992, pp. 224-225.

limitación negativa de que no puede extender a estos el derecho de participación política del artículo 23. Ahora bien, el Tribunal en el mismo fundamento y sentencia citados, va a rechazar tal posibilidad, alegando el propio carácter fundamental de los derechos en juego:

“Esta configuración (legal) puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos con relación a los españoles.”⁷.

Resulta claro, por tanto, que para nuestro supremo intérprete de la Constitución, la libertad de configuración del legislador no alcanza a aquellos derechos que por su propia naturaleza resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. De modo que lo que el legislador disponga sobre estos derechos no podrá venir determinado en función de la nacionalidad de los sujetos titulares⁸.

Así las cosas, en este decisivo y crucial fundamento jurídico advertimos una contradicción notable⁹. Por un lado, el Tribunal afirma que todos los derechos de los extranjeros, sin excepción, son de configuración legal, y por otro, excluye, expresamente, algunos de ellos, de esa libertad de configuración. La contradicción debe resolverse a favor de la segunda afirmación, esto es, son de configuración legal todos los derechos de los extranjeros salvo los directamente conectados con la dignidad de la persona.

Por otro lado, y establecido esto, resulta evidente que la cuestión básica a determinar en este campo, y que ni la Constitución ni el Tribunal resuelven, no es otra que, cuáles son esos dere-

(7) En la STC 99/1985, el Tribunal Constitucional incluye expresamente dentro de esta categoría el derecho a la tutela judicial efectiva: “Uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen (...) a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas...») sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 de la CE, de conformidad con el artículo 10 de la DUDH” (FJ 2). Esto permite que los extranjeros puedan recurrir en amparo ante el Tribunal con independencia de la dicción literal del artículo 53.2 de la CE y del artículo 41.2 de la LOTC, que se refieren expresamente a “los ciudadanos”. De tal modo que en la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo interpuesto por un extranjero en ningún momento se ve cuestionada la legitimidad del recurrente por razón de su nacionalidad. (STC 11/1983). La libertad individual es otro de los derechos integrantes de este bloque. Así en la STC 115/1987 (FJ 1) se dice: “El derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros”.

(8) SSTC 107/1984, 99/1985, 130/1995, 91/2000, 95/2000, 95/2003.

(9) Sobre el carácter equívoco de la expresión “derechos de configuración legal”, BORRAJO, I.: “El status constitucional de los extranjeros” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, pp. 697 y ss. PÉREZ VERA, E.: “Artículo 13. Extranjería” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* dirigidos por Óscar ALZAGA, Madrid, 1997, tomo II, p. 197.

chos y libertades que por su directa vinculación con la dignidad humana escapan del poder configurador del legislador. Bástenos ahora dejar constancia de esta excepción.

Finalmente, en esta sentencia, en el fundamento jurídico cuarto, el Tribunal Constitucional realiza una gradación basada en la mayor o menor fundamentalidad de los derechos, que le permite formular una clasificación que hoy, veinte años después, sigue siendo básica para cualquier aproximación al estatuto jurídico de los extranjeros. Dicha clasificación tripartita se formula en los siguientes términos:

“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.”

El propio Tribunal ha enunciado como ejemplos de este último grupo, los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, sindicación y huelga.

Dejando a un lado los derechos integrantes del segundo bloque cuya identificación no plantea problema alguno, respecto a los del primer bloque, insisto, la cuestión es determinar qué derechos lo integran. El propio Tribunal no lo tiene claro. La sentencia incluye una relación que finaliza con un etcétera. Por ello no creo que resulte exagerado afirmar que aquí reside el principal problema hermenéutico que el estatuto jurídico-constitucional del extranjero plantea: ¿Cuáles son esos derechos mínimos o comunes, que por su directa e inmediata conexión con la dignidad humana, no permiten que se establezcan respecto a su titularidad y ejercicio diferencias de trato entre españoles y extranjeros? El constituyente no estableció los contornos de ese grupo con la claridad necesaria y deberá ser el Tribunal Constitucional quien lo precise.

Pero es la última frase del último párrafo la que nos suscita más dudas: “existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes”. ¿Quiere decir el Tribunal que existen una serie de derechos que sólo se integrarán en el patrimonio jurídico del extranjero, si así lo reconocen los tratados o la ley? Dicho con otras palabras, ¿el artículo 13.1 concede al legislador la facultad de otorgar o no otorgar a los extranjeros, los derechos que no se integran en el primer bloque de la clasificación? Una interpretación literal de lo afirmado por el Tribunal nos llevaría a responder afirmativamente.

Sin embargo, tres años después, el Tribunal realiza un cambio significativo. En la STC 115/1987, de 7 de julio, recaída en el procedimiento de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 7/1985 promovido por el Defensor del Pueblo, el Tribunal abandona la tesis de la mayor o menor fundamentalidad de los derechos y la sustituye por otra jurídicamente más controlable.

En esta sentencia, el Tribunal sostiene que el legislador orgánico no puede ignorar que, por deseo expreso del constituyente, hay derechos que, aunque pueda discutirse su carácter esencial para la preservación de la dignidad humana, pertenecen también a los extranjeros habida cuenta de la titularidad genérica con la que se incorporan a la Constitución.

Combinando ambas tesis (existencia de una serie de derechos vinculados a la dignidad humana, cuya titularidad y ejercicio son compartidos por españoles y extranjeros en pie de igualdad y, existencia de otra serie de derechos cuya titularidad es también compartida pero cuyo régimen de ejercicio puede ser diferente para españoles y extranjeros) el Tribunal precisa el verdadero significado del artículo 13.1 de la Constitución.

Así, interesa subrayar los pronunciamientos relativos a los derechos de reunión y asociación (fundamentos jurídicos segundo y tercero). Respecto al primero, el Tribunal, asumiendo la tesis mantenida por el Defensor del Pueblo en su recurso, afirma:

“El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que «se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas», sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el título I, donde se menciona expresamente a los «españoles», y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos.”

Con mayor claridad y respecto al derecho de asociación, en el fundamento jurídico tercero se afirma:

“Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación.”

Y es que, efectivamente, respecto a estos y otros derechos, si bien es cierto que resulta difícil otorgarles el carácter de derechos imprescindibles para preservar la dignidad humana, no lo es admitir que la literalidad de los artículos 21 y 22 señala una titularidad genérica que incluye tanto a nacionales como a extranjeros. Se entiende, por tanto, que si el constituyente que pudo haber distinguido a la hora de atribuir tales derechos sólo a los nacionales, no quiso hacerlo, su voluntad debe ser respetada por el legislador.

Sin embargo, es preciso advertir que respecto a aquellos derechos que la Constitución reserva literalmente a los españoles o a los ciudadanos, la jurisprudencia del Tribunal no se ha visto constreñida por esa literalidad. Así, el Alto Tribunal ha entendido que, con la salvedad de lo dispuesto por el artículo 13.2 respecto a los derechos del artículo 23, todos los restantes derechos y libertades reservados por el constituyente a los españoles, podrán pertenecer o no a los extranjeros en la medida en que así lo decida el legislador orgánico o internacional. Sólo respecto a estos derechos, el legislador orgánico ostenta una potestad constitutiva, esto es, la facultad de decidir si su titularidad se extiende a los extranjeros o no. El interrogante planteado por la STC 107/1984 queda así resuelto.

Recapitulando, y resumiendo la doctrina contenida en estas dos importantes sentencias (SSTC 107/1984 y 115/1987) nos encontramos con lo siguiente:

a) Respecto de aquellos derechos vinculados a la dignidad de las personas, los españoles y extranjeros se encuentran en una posición de igualdad respecto a su titularidad y ejercicio.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

b) Respecto de aquellos derechos que la Constitución reconoce indistinta y genéricamente a españoles y extranjeros, aunque no se encuentren vinculados a la dignidad humana, la titularidad de los mismos alcanza por igual a españoles y extranjeros, si bien el legislador puede establecer diferencias en cuanto a las condiciones del ejercicio de los derechos (“puede establecer condicionamientos adicionales” a dicho ejercicio).

c) Respecto de aquellos derechos que la Constitución atribuye a los españoles o a los ciudadanos, el legislador orgánico es libre de extender o no la titularidad de los mismos a los extranjeros y de regular diferentes condiciones de ejercicio para españoles y extranjeros.

d) Finalmente, los derechos contenidos en el artículo 13.2 pertenecen, por expreso mandato constitucional, exclusivamente a los españoles por lo que su eventual extensión a los extranjeros requeriría, necesaria e inexcusablemente, la previa reforma constitucional.

Con lo expuesto queda resuelta la cuestión relativa a la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros¹⁰. Cuestión distinta, pero no menos fundamental, es la de determinar la intensidad con la que el legislador puede regular el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución a los extranjeros y que no están vinculados, de forma directa e inmediata, a la dignidad humana. Es decir, ¿qué significado y alcance tiene la remisión a los términos que establezcan los tratados y la ley? ¿Es el legislador absolutamente libre a la hora de configurar el contenido de estos derechos? La existencia y determinación de cuáles sean los límites del legislador en este campo distan mucho de ser cuestiones pacíficas. La sentencia que nos ocupa (STC 115/1987) es una buena muestra de ella. Las respuestas del fallo mayoritario y del voto particular suscrito por tres magistrados son expresión de esta controversia.

Para la mayoría del Tribunal, el legislador orgánico a la hora de regular el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos de los extranjeros, se encuentra limitado por el contenido esencial de los derechos constitucionalmente garantizados¹¹. Para los magistrados discrepantes ese límite viene configurado por los Tratados Internacionales sobre la materia.

(10) Relativamente resuelta porque como advierte Díez-PICAZO: “¿Hasta qué punto puede decirse «que pertenecen a la persona en cuanto tal» la libertad de expresión, los derechos de reunión y manifestación, la libertad de asociación, los derechos de sindicación y huelga, por no hablar de educación, propiedad privada o libertad de empresa? Aquí la respuesta sólo puede ir construyéndose a base de sucesivas distinciones jurisprudenciales, sin que parezca posible hallar a priori un criterio de alcance general”. Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003, p. 123. En este sentido, los que impugnan la regulación de los derechos de los extranjeros contenida en la vigente LOEx, fundamentan su recurso en el rechazo de esa distinción. Así, por ejemplo, el profesor DE LUCAS afirma: “Hoy no se puede separar entre unos y otros derechos por lo que se refiere a su vinculación con la dignidad humana”. DE LUCAS MARTÍN, J.: “La difícil igualdad” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Valladolid, n.º 3, 2003, p. 214. Frente a esta tesis, que como opción ideológica comparto plenamente, debo reconocer, sin embargo, que tanto una interpretación sistemática de la Constitución de 1978 como la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obligan a admitir una gradación de los derechos.

(11) Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, ALEXI, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993. MARTÍN RETORTILLO, L.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

Como vamos a ver, la opinión mayoritaria podría vaciar de contenido –lo advierten así expresamente los firmantes del voto particular– el artículo 13.1.

El problema se suscita en torno al derecho de asociación:¹²

“El problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la CE. *El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros*, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra cosa es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.”

Este pronunciamiento resulta de capital importancia, como veremos después, para analizar la constitucionalidad de la vigente LOEx. El Alto Tribunal admite expresamente la posibilidad de que el legislador establezca *condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros*¹³. Ahora bien, a la hora de regular el contenido de los derechos, se encuentra limitado por su contenido esencial. Es, por tanto, la propia jurisprudencia constitucional la que nos obliga a distinguir entre titularidad, ejercicio y contenido de los derechos. Los límites impuestos por la Constitución al legislador respecto a cada una de estas categorías varían.

Esta forma de razonar no es compartida por los tres magistrados que firman el voto particular. Y ello, fundamentalmente, porque el artículo 13.1 de la Constitución, interpretado como lo hace la mayoría

“queda totalmente vaciado de contenido, pues es claro que si su significación se redujese, como se pretende, a la habilitación al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya «a contrario» del artículo 14 de la CE que refiere sólo a los españoles el principio de igualdad ante la ley.”

Según el voto particular, el límite que el legislador orgánico debe respetar a la hora de regular el contenido de los derechos de los extranjeros (los no vinculados directamente a la dignidad humana) se encuentra en lo dispuesto para tales derechos en los Convenios o Tratados de Derechos Humanos ratificados por España, y no en el contenido esencial de los derechos.

(12) La LO 7/1985 establecía la posibilidad de que el Consejo de Ministros suspendiera o disolviera asociaciones de extranjeros. Previsión esta que fue impugnada por el Defensor del Pueblo en la medida que no respetaba el contenido esencial del derecho de asociación (22.4 de la CE) que incluye la reserva al juez de esas facultades de suspensión y disolución.

(13) Y conviene recordar que entre los condicionamientos adicionales que se tienen por constitucionalmente admisibles figura el de hallarse legalmente en España para poder ejercer numerosas libertades públicas.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

“No cabe decir, ciertamente, que el legislador español no se vea de alguna manera limitado al regular las libertades públicas de los extranjeros, pero *esos límites no derivan de los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles, sino de los Tratados internacionales*, bien porque éstos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen.”

Según esta tesis, que me parece la más correcta, la interpretación del artículo 13.1 de la CE debe partir de su dicción literal. Este precepto no habla de derechos fundamentales sino de libertades públicas. De ello resultaría que los derechos inherentes a la persona quedan fuera. El precepto se refiere por tanto a los derechos que podemos denominar de ejercicio colectivo entre los que se encuentran los de reunión y asociación. El contenido esencial del derecho sólo debería operar como límite al legislador en relación con los derechos vinculados a la dignidad humana. Para el resto, esto es para las libertades públicas o derechos de ejercicio colectivo, el legislador no tiene más límite que lo dispuesto en los Tratados internacionales¹⁴.

Una vez más, aquel voto particular revistió, en cierta medida, el carácter de pionero o precursor de interpretaciones mayoritarias en el futuro¹⁵. Y ello porque, en la actualidad, el Tribunal Constitucional sostiene que en aquellos casos en que el legislador orgánico goza de una auténtica facultad constitutiva, esto es, de la posibilidad de atribuir o no la titularidad de determinados derechos a los extranjeros (los no imprescindibles para preservar la dignidad humana, y atribuidos por la Constitución a los españoles), no está limitado por el contenido constitucionalmente garantizado del derecho en cuestión, sino por la regulación propia de los Tratados Internacionales. Así en la STC 94/1993, la Sala Segunda del Alto Tribunal no duda en establecer como límite al legislador, no el contenido esencial del derecho, sino el reconocimiento y garantía que ese mismo derecho (en concreto, la libertad de circulación y residencia) tiene en un concreto Tratado ratificado por España:

“La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta, como da por supuesto la Sentencia impugnada en este recurso de amparo. El Pacto

(14) Tesis esta defendida también por la profesora PÉREZ VERA, Catedrática de Derecho Internacional, experta en esta problemática, y, en la actualidad, Magistrada del Tribunal Constitucional: “En nuestra opinión –escribe en su imprescindible comentario al artículo 13 de la CE– el voto particular a la STC 115/1987 citada realiza una interpretación no sólo más acorde con el texto constitucional, sino que además resuelve esta problemática. Pues la distinción entre los derechos fundamentales (excluidos del artículo 13.1 de la CE) y las libertades públicas (supuesto de esa misma norma) permiten determinar los derechos que gozan de un contenido esencial inalterable por el legislador frente a las libertades públicas que no tienen más contenido que el dispuesto por los tratados y la ley”. PÉREZ VERA, E.: “Artículo 13. Extranjería” en *Comentarios...*, ob. cit., p. 201. Dicho esto, hay que reconocer que, en todo caso, esa distinción no es del todo pacífica, ya que la sección primera del capítulo II del título I de la CE incluye en su rúbrica a ambos. El profesor FERNÁNDEZ SEGADO comparte también esta interpretación del artículo 13. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España...”, ob. cit., p. 68.

(15) Sobre el valor del voto particular, CÁMARA VILLAR, G.: *Votos particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, 1992, pp. 17 y 18. También se han ocupado de este tema, CASCAJO CASTRO, J.L.: “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, 1986. RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a través del voto particular*, Valencia, 1988. EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *El voto particular*, Madrid, 1990.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que –a diferencia del Cuarto Protocolo del CEDH– se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 18 y 13 de la Constitución, por imperativo de su artículo 10.2. Las leyes y Tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado limitado, pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado.” (FJ 3).

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución integran así el bloque de constitucionalidad del régimen jurídico público de los derechos fundamentales de los extranjeros en España¹⁶. Lo dispuesto en dichos tratados es el límite que el legislador orgánico habrá de respetar cuando pretenda regular de modo distinto a como lo hace para los nacionales el ejercicio de derechos y libertades por parte de los extranjeros. Dicho con otras palabras, los mencionados Tratados se configuran, en cierta medida, como parámetro de constitucionalidad de la ley que teniendo por objeto la regulación de los derechos de los extranjeros en España, pretenda limitarlos¹⁷.

Recapitulando lo hasta ahora expuesto podemos afirmar lo siguiente:

- a) Respecto aquellos derechos conectados directamente con la dignidad de la persona, o que la Constitución al reconocerlos no hace distinción en cuanto a su titularidad por nacionales o extranjeros, el límite que el legislador orgánico ha de respetar es el configurado por el contenido esencial del derecho constitucionalmente garantizado. Respecto a los primeros la Constitución exige la equiparación total; respecto a los segundos, la Constitución admite sólo diferencias de trato en cuanto al ejercicio.
- b) Respecto a los derechos que no guardan conexión inmediata con la dignidad humana, y a los que la constitución atribuye a los españoles, dicho límite vendrá determinado por lo dispuesto en los Tratados Internacionales ratificados por España¹⁸.

(16) ÁLVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales...”, ob. cit., p. 41. FREIXES, T.: “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos” en *Revista de Derecho Político*, n.º 44, 1998, pp. 103-141.

(17) El alcance de esta afirmación debe ser precisado. El artículo 13.1 tiene que ser interpretado conforme a las exigencias del 10.2. Ahora bien, ello no autoriza a convertir a los tratados y acuerdos, aisladamente considerados, en parámetro de la constitucionalidad de las leyes, cuestión que habrá de resolverse examinando los preceptos constitucionales a cuya interpretación concurren. El Tribunal Constitucional lo ha señalado reiteradamente. Por todas, véase su STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que afirma que tanto los tratados y acuerdos internacionales a que se remite el artículo 10.2 de la CE como el derecho comunitario derivado “no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley” (FJ 3), por más que se erigen en criterios válidos para interpretar el significado y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. SSTC 28/1991, 36/1991, 259/1993, 42/1994, 91/2000.

(18) Las libertades públicas, en todo caso, y como señaló el voto particular analizado deberían incluirse en este segundo bloque. Aunque obligado es reconocer el carácter controvertido de esta afirmación, tanto porque como hemos visto no está claramente definida la categoría de libertades públicas (derechos de la “persona en cuanto ser social”), como porque la propia Constitución las formula sin distinción en cuanto a su titularidad (“se reconoce...”).

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

Con las anteriores premisas, estamos ya en condiciones de interpretar y valorar la regulación de los derechos y las garantías de los extranjeros contenida en la vigente LO 8/2000, de 22 de diciembre.

IV. LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE

La LOEx de 1985 estuvo en vigor hasta que fue sustituida por la LO 4/2000. Ley que amplió notablemente los derechos y libertades de los extranjeros al eximirles para el ejercicio de los derechos y libertades, en la mayor parte de los casos, del requisito de la estancia o residencia legal. Dicha ley supuso una derrota parlamentaria del Gobierno, en la medida en que fue aprobada contra su criterio, por todos los grupos de la oposición. Ello condujo al Partido Popular a incluir en el programa electoral con el que concurrió a las elecciones generales de marzo de 2000, la reforma de la Ley. Tras su victoria por mayoría absoluta, y con ese respaldo, el Partido Popular se apresuró a reformar la ley, en diciembre del mismo año, mediante la LO 8/2000. Posteriormente, la Ley ha sido nuevamente modificada mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre.

Por lo que a nuestro tema interesa, la LO 8/2000 en cuanto a la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, reintroduce el criterio de la residencia legal, como condicionamiento adicional para el ejercicio de determinados derechos, requisito éste, insisto una vez más, que ha estado vigente siempre, y de forma no discutida, en nuestro ordenamiento constitucional con la sola excepción del año 2000 en que rigió la LO 4/2000. El debate sobre la vigente LOEx se ha desarrollado en términos muy radicales¹⁹, en la medida en que, o bien se afirma la plena constitucionalidad de la ley en todos sus términos, rechazando la más mínima crítica a la misma, o bien, por el contrario, se descalifica a la Ley por completo, reputando manifiestamente inconstitucionales muchas de sus disposiciones. La cuestión creo que es más compleja y requiere un análisis sereno. Si bien esta materia está dotada de una fuerte carga política, ideológica y axiológica, el enjuiciamiento de la ley desde una perspectiva constitucional, exige analizar la

(19) No creo que sea exagerado afirmar que la LO 8/2000 es junto a la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, la que ha provocado un mayor y más intenso debate doctrinal que se ha traducido en una abundante producción bibliográfica sobre dichas normas. Conviene recordar que la polémica sobre la legislación de extranjería subió de tono cuando el Defensor del Pueblo, a la luz de dictámenes emitidos por prestigiosos constitucionalistas españoles, decidió no recurrir la LO 8/2002. Es cierto que como con total claridad advirtió TRIEPEL “la exigencia de que los profesores no debían ocuparse de contingentes discusiones políticas, no ha sido nunca cumplida por ellos, tanto menos cuanto que precisamente cortes y gobiernos se han servido siempre de buena gana de sus dictámenes, con la condición claro está, de que se emanen a su favor”. TRIEPEL, H.: *Derecho Público y Política*, Madrid, 1974, p. 42. Ahora bien, lo que en esta ocasión pudo comprobarse es lo que ha denunciado el profesor RUIPÉREZ: “cuando son otros los que solicitan el informe técnico y lo hacen a otros Profesores distintos a los que, de una u otra forma, han venido ocupando la posición de «juristas del régimen», estos últimos proceden, sin excepción, a la descalificación del informe emanado sobre la base de afirmar que los nuevos no proceden con criterios científico-técnicos, sino políticos y que, en consecuencia, su trabajo no es *pro veritas* sino muy al contrario, en interés de parte”. RUIPÉREZ, J.: *La Constitución del Estado de las Autonomías*, Madrid, 2003, p. 119. Las críticas vertidas sobre los mencionados informes son injustas y gratuitas. Desde mi parcial discrepancia con ellos en la medida en que detecto dos vicios de inconstitucionalidad en la LO 8/2000, es de justicia reconocer que se trata de trabajos elaborados con un gran rigor y profundidad.

regulación que esta hace de cada uno de los derechos y garantías, en la medida en que la respuesta relativa a su adecuación o no al texto constitucional, no será siempre la misma.

En todo caso, resulta obligado advertir que las continuas reformas que ha sufrido la LOEx, aunque no afecten a nuestro tema, son expresión de un excesivo “trasiego legislativo”, en acertada expresión de nuestra Audiencia Nacional, que se compadece mal con las exigencias de seguridad jurídica en la materia. Materia ésta que, por la relevancia de la misma, tanto por su ámbito de aplicación personal, en continuo crecimiento, como por estar en ella en juego valores esenciales del ordenamiento, debiera, indiscutiblemente, ser consensuada por las distintas fuerzas políticas y dar como fruto un estatuto jurídico del extranjero plasmado en una Ley con vocación de estabilidad y de permanencia.

Dedicaré las páginas que siguen al análisis de la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, y de las garantías jurídicas, llevada a cabo por la LO 8/2000²⁰.

De la misma forma que sus antecesoras, la derogada Ley de Extranjería de 1985 y la primera del año 2000, la LO 8/2000 se abre con un artículo que prácticamente reproduce el contenido del artículo 13.1 de la CE. Así, el artículo 3.1 de la Ley dispone que los “extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”, añadiendo, a continuación, que “como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Este precepto legal resulta plenamente respetuoso con la jurisprudencia constitucional expuesta y subsana algunas deficiencias de su anterior redacción. La redacción original contenida en la LO 4/2000, disponía que los extranjeros disfrutarían en nuestro país, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución. El significado y alcance del sintagma “en igualdad de condiciones que los españoles” no se entendía. Y no se entendía porque, si realmente se hubiese querido equiparar a españoles y extranjeros en el ejercicio de todos y cada uno de los derechos y libertades contenidos en el título I de la Constitución –posibilidad que la CE permite salvo para los derechos de participación del artículo 23–, el legislador orgánico habría tenido únicamente que declararlo así y remitir a las regulaciones generales que sobre cada concreto derecho estén vigentes en España. En la medida en que ni aquella ni esta LOEx preveían tal cosa y que el objeto de ambas era y es configurar una situación jurídica desigual para los extranjeros respecto de los nacionales en el disfrute de determinados derechos o libertades, la igualdad proclamada contradecía el objeto y contenido mismo de la ley. Cosa distinta es que la Ley proclame, como lo hace, como criterio hermenéutico general que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la ley en condiciones de igualdad con los españoles.

(20) No incluiré en este análisis el examen de dos derechos de titularidad de los no nacionales: el derecho de asilo y el derecho de reagrupamiento familiar. Sobre ambos existen sendas monografías del profesor SANTOLAYA MACHETTI, a las que remito al lector. SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El derecho de asilo*, Valladolid, 2001; SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El derecho de reagrupación familiar*, Madrid, 2003.

La principal intención del legislador orgánico de diciembre de 2000, y esto es algo que merece ser subrayado, es remarcar su poder configurador²¹. El legislador, que reconoce que los extranjeros son titulares de los derechos y libertades contenidos en el título I, manifiesta, al mismo tiempo, que es a él a quien corresponde determinar el modo, la forma y los términos en que esos mismos derechos y libertades serán ejercidos por los extranjeros.

Por otro lado, el legislador es también consciente de que los límites de ese poder de configuración vienen determinados por la Constitución y los Tratados Internacionales, y antepone lo dispuesto en éstos al contenido de la Ley. La LOEx reconoce así, expresamente, el valor de parámetro de constitucionalidad que el Alto Tribunal otorga a los Tratados de Derechos Humanos.

Finalmente, y en estas páginas introductorias al estudio de la LO 8/2000, creo oportuno recordar también que frente a los riesgos inherentes a concepciones multiculturalistas, el legislador orgánico advierte que sobre los derechos fundamentales descansa el propio orden constitucional. Razón esta que explica que el desconocimiento de los derechos fundamentales no podrá ser justificado en ningún caso con fundamento “en creencias religiosas o convicciones ideológicas de signo diverso” (artículo 3.2 de la LOEx).

Desde esta óptica de defensa del orden constitucional democrático, los derechos fundamentales se configuran también como un deber para los extranjeros que residan en España, y, en este sentido, y aunque sea de forma indirecta, les obliga a asumir como propio el orden material de valores subyacente a los derechos fundamentales.

Con las anteriores premisas, la LOEx dedica el capítulo I del título I (artículos 3 a 15) a regular los derechos y libertades de los extranjeros, y el capítulo III (artículos 20 a 22) del mismo título a establecer las garantías jurídicas de los mismos. A continuación, analizaré brevemente su contenido y su constitucionalidad, en la medida en que como ya he anticipado y es bien sabido, ésta ha sido cuestionada mediante la interposición de 9 recursos de inconstitucionalidad.

En estas líneas introductorias a la legislación de extranjería es preciso subrayar también que el estatuto jurídico en él contenido es aplicable a los extranjeros no comunitarios. Los extranjeros comunitarios se rigen por el derecho comunitario. La LO 14/2003, de 20 de noviembre, incluyó un apartado tercero en el artículo primero de la Ley, en el que se dejaba constancia expresa de esta situación: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

(21) ÁLVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales...”, ob. cit., p. 44.

V. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN LA LO 8/2000

A) El derecho a la documentación (artículo 4)

En un primer momento puede sorprendernos que el primero de los derechos regulados por la ley sea el denominado derecho a la documentación, en la medida en que no guarda conexión con ningún derecho del título I de la CE. La sorpresa aumenta cuando tras su lectura comprobamos que lo que ha hecho el legislador es otorgar apariencia de derecho a lo que en realidad se configura como un deber de los extranjeros:

“Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad.”²².

Sin embargo, y como bien ha advertido el profesor ÁLVAREZ-OSSORIO, “no podemos ignorar que tras el llamado derecho a la documentación se esconde el derecho fundamental a la propia identidad, a un nombre y a una biografía, que si bien es cierto que no tienen reflejo directo en ninguno de los derechos fundamentales de nuestra constitución, son la base sobre la que descansa el sentido, es decir, el para qué, de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos que se predicen de personas individuales y concretas”²³.

Respecto a las garantías que se establecen para este derecho conviene precisar que el propio artículo distingue entre la documentación expedida por las autoridades del país de origen o procedencia, y la expedida por las autoridades españolas. A la primera le es aplicable lo previsto en el artículo 61.1.C) de la propia LOEx en el que se prevé que durante la tramitación de un expediente sancionador en que se formule propuesta de expulsión, se adopte como medida cautelar la retirada del pasaporte previa entrega al interesado de resguardo acreditativo de tal medida. Respecto a la documentación expedida por autoridades españolas, le es aplicable el régimen jurídico del DNI por la remisión que la LOEx hace a la LO de Seguridad Ciudadana.

B) El derecho a la libre circulación y residencia (artículo 5)

El artículo 5 define los términos en que el derecho fundamental de libertad de circulación puede ser ejercido por los extranjeros que se encuentran en España. Se trata de un derecho cuya titularidad según el artículo 19 de la CE corresponde a los españoles. Pero ya vimos cómo el Tribunal Constitucional admite que el legislador orgánico o internacional extienda este derecho a los extranjeros. Y vimos también cómo lo establecido en los Tratados Internacionales vigentes en España que regulen tal derecho opera como un límite para el legislador. En este sentido el artículo 12 del PIDCP (además del artículo 13 de la DUDH) sería la principal norma internacional de referencia:

(22) La LO 14/2003, de 20 de noviembre, incluyó un nuevo apartado en este artículo 4: “Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización respectivamente”.

(23) ÁLVAREZ-OSSORIO, F.: “Los derechos fundamentales...”, ob. cit., p. 47.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.”

De conformidad con el citado artículo 12 del PIDCP, el legislador otorga el derecho a la libertad de circulación a los que “se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el título II de esta Ley”. Como consecuencia de esta remisión sólo serán titulares del derecho a la libre circulación los extranjeros que se encuentren en alguna de estas situaciones: estancia, residencia temporal y residencia permanente, o dicho con otras palabras, en situación de legalidad.

Por lo que se refiere al contenido del derecho hay que subrayar que se produce una equiparación en grado absoluto con lo establecido por el artículo 19 de la CE para los españoles. El legislador ha renunciado a la posibilidad, constitucionalmente admisible²⁴, de configurar un régimen jurídico diferenciado. Únicamente de los límites del derecho cabe deducir algún elemento diferenciador entre el régimen jurídico establecido por la CE para los españoles y el determinado por los Tratados y la ley para los extranjeros. Por ejemplo, el artículo 29.6 de la LOEx obliga al extranjero con permiso de residencia temporal a poner en conocimiento del Ministerio de Interior los cambios de domicilio. O, el artículo 24 de la LO 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio a la que se remite la presente ley, que permite entre otras cosas, obligar a los extranjeros a realizar comparecencias y cumplir determinadas formalidades. O, finalmente, las medidas limitativas de esta libertad que pueden ser adoptadas por el Ministro del Interior, de forma individualizada y por razones de seguridad pública, tal y como dispone el apartado segundo del artículo 5.

Este derecho a la libre circulación dentro del territorio nacional comprende necesariamente el derecho a residir en España y se traduce, desde una perspectiva negativa, en el derecho a no ser expulsado del país sino por causas legalmente establecidas y mediante un procedimiento con todas las garantías jurídicas

C) El derecho a la participación política y a intervenir en asuntos públicos (artículo 6)

Como ya vimos, por mandato expreso del constituyente (artículo 13.2 de la CE), la titularidad de los derechos de participación política recogidos en el artículo 23 de la Constitución, queda reservada en exclusiva a los españoles. El poder de configuración del legislador es, por ello, en este ámbito muy reducido. Respecto de los demás derechos y libertades, ya hemos dicho que aunque, la Constitución, en principio, atribuya su titularidad a los españoles o a los ciudadanos, la doctrina del Tribunal Constitucional faculta al legislador a extender esa titularidad a los extranjeros (potestad auténticamente constitutiva). No ocurre así con los derechos de participación política. La extensión de la titularidad de los mismos a los extranjeros requeriría una previa reforma constitucional.

(24) STC 94/1993, de 22 de marzo, (FJ 3).

Así ocurrió cuando se quiso extender a los extranjeros comunitarios el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales previsto en el artículo 8 del Tratado de la Unión Europea. Conviene recordar aquí lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su Decisión de 1 de julio de 1992 sobre el derecho de sufragio. Decisión que provocó la reforma del artículo 13.2 de la Constitución:

“Es del todo claro, sin embargo, que esta limitada extensión del derecho de sufragio, activo y pasivo, a quienes sin ser nacionales españoles son ciudadanos de la Unión encuentra un acomodo sólo parcial en las previsiones del artículo 13 de la CE, cuyo apartado 2 afirma que únicamente los españoles ostentan la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la misma Norma fundamental «salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales», limitación constitucional que ya ha sido puesta de relieve por este Tribunal en su STC 112/1991, en la que literalmente se afirmó que «ese posible ejercicio del derecho se limita al sufragio activo, no al derecho de sufragio pasivo». Por lo tanto, sin perjuicio de la citada salvedad contenida en el artículo 13.2 en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, y en virtud de estas reglas constitucionales *no cabe, pues, ni por Tratado ni por Ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales* en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles.”

Tras la reforma del artículo 13.2 de la CE de agosto de 1992, (inclusión de “y pasivo”) los extranjeros podrán ser electores y elegibles en las elecciones municipales cuando un Tratado o Ley, que deberá preservar el principio de reciprocidad, lo disponga para nacionales de terceros Estados²⁵.

En este marco constitucional tan claramente delimitado, evidente resulta que lo único que cabe al legislador es reconocer la situación descrita. Tal es el sentido del párrafo primero del artículo 6 de la LOEx.

“Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos.”

Ello quiere decir que respecto del derecho de sufragio habrá dos categorías de extranjeros:

- a) Aquellos que serán titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en virtud de un Tratado.
- b) Aquellos que por no existir ni ley ni tratado que lo reconozca no lo serán en ningún caso.

En el segundo apartado del artículo 6, el legislador opta por remitir la cuestión de la participación de los extranjeros en los asuntos públicos municipales que pudieran afectarles a lo que con carácter general disponga la legislación de bases de régimen local, de forma que, los no nacionales “podrán ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación”²⁶.

(25) No deja de ser significativo de la importancia que reviste en la actualidad el Derecho de extranjería, el hecho de que en veinticinco años de vigencia de la CE de 1978, la única reforma operada en la misma haya venido exigida, precisamente, por la necesidad de ampliar la titularidad de los derechos de los extranjeros.

(26) Se impide así cualquier posibilidad de influir en la política municipal de forma organizada mediante la elección previa de representantes. Posibilidad esta contemplada por la anterior redacción del artículo que en su versión originaria de enero de 2000 preveía que los extranjeros residentes y empadronados que no podían participar en las elecciones municipales tenían derecho a elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes con la finalidad de tomar parte en

D) Los derechos de reunión, manifestación y asociación (artículos 7 y 8)

A diferencia de la regulación de estos derechos por parte de la LOEx de 1985, que como ya expusimos fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional²⁷, el legislador de enero de 2000 dispuso que los extranjeros que se encontraran en España disfrutarían de los citados derechos con el contenido constitucionalmente garantizado a ellos por los artículos 21 y 22 de nuestra Constitución. La única limitación contenida en la LO 4/2000 es la reserva expresa que se hace respecto a los promotores del derecho de asociación, que sólo podrán ser los extranjeros residentes.

La LO 8/2000 no altera el contenido material de los derechos, pero sí las condiciones o requisitos para el ejercicio de los mismos, en el sentido de que para el disfrute de los derechos de asociación, manifestación y reunión se exige tener autorización de estancia o residencia en España. Requisito este, importa subrayarlo, ya exigido por la Ley del 85 y cuya constitucionalidad no fue discutida por el Defensor del Pueblo en su recurso contra la citada norma.

En el momento presente, sin embargo, la constitucionalidad de este precepto ha sido puesta en cuestión. Y aunque la última palabra corresponde al Tribunal Constitucional, por las razones que luego expondré, creo que la redacción de los artículos 7 y 8 de la LOEx es conforme con la Constitución.

E) El derecho a crear partidos políticos (STC 48/2003)

Como es bien sabido el derecho de crear partidos políticos es una manifestación concreta del derecho de asociación. Las funciones atribuidas por la Constitución a los partidos determinan que estos tengan un estatuto jurídico particular, que en la actualidad viene configurado por la LO 6/2002 de Partidos Políticos²⁸. Por lo que a nuestro tema interesa, es preciso recordar que entre los motivos en que el Gobierno Vasco basó su impugnación de la citada ley ante el Tribunal Constitucional, figuraba el de que el artículo 1 de la LOPP sería inconstitucional por limitar a los españoles el derecho de crear partidos políticos.

los debates y decisiones municipales que les concerniesen y según determinara la Legislación Básica de Régimen Local. La interpretación de este precepto, para no incurrir en inconstitucionalidad, exigía entender que el derecho de participación política no se había extendido a aquellos extranjeros que por no existir Tratado o Ley al respecto no eran titulares del mismo, y que, por tanto, se trataba únicamente de abrir un cauce de participación que nunca podría ir más allá del establecimiento para las Corporaciones Locales de la obligación de dar audiencia a los representantes de los extranjeros residentes.

(27) Por no respetar el contenido esencial de dichos derechos. Con el voto particular de tres magistrados, también comentado, que consideraba constitucionalmente admisible las limitaciones establecidas a esos derechos ya que en cuanto se trata de libertades públicas de los extranjeros, el único límite del legislador orgánico es el Derecho Internacional.

(28) Para un estudio más detallado de esta problemática, TAJADURA TEJADA, J.: *Partidos Políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Madrid, 2004.

Para responder a esta alegación, el Tribunal Constitucional, en su STC 48/2003, tuvo que determinar si la Constitución permite o no limitar a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Efectivamente, el artículo 2.2 de la LODA extiende a todas las personas el derecho de crear asociaciones y el recurrente considera inconstitucional que la LOPP establezca una regulación más restrictiva. La posición del Gobierno Vasco resultaba coherente con sus premisas de rechazar el fundamento constitucional de una legislación específica de partidos políticos. Ahora bien, una vez que el Tribunal admite la posibilidad de dictar una LOPP como norma especial respecto a la LODA, lo que se trata es de ver si la primera puede limitar la titularidad del derecho de asociación en su dimensión concreta, de asociación política, a los nacionales. En este sentido, el Tribunal considera conforme a la Constitución la mencionada restricción. Opción esta que podrá ser criticada desde una perspectiva ideológica o política, pero que en los estrictos términos de un juicio de constitucionalidad, que es el único que el Tribunal Constitucional legítimamente puede formular, resulta plenamente asumible:

“Las razones que abonan esa generalización del derecho cuando de asociaciones comunes se trata –afirma el Alto Tribunal– no concurren, sin embargo, en el caso de los partidos políticos, precisamente en razón de cuanto hace de éstos unas asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. En efecto, los partidos políticos son instrumento privilegiado de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el artículo 23 de la CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (artículo 13.2 de la CE)”. (FJ 18).

El Tribunal recuerda, en este sentido, que la participación en los asuntos públicos atañe únicamente a los nacionales españoles, por cuanto con esa actividad se provee a la integración de órganos representativos que “ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3.c)].

El Tribunal concluye, por tanto, que no puede merecer reproche que el legislador orgánico haya reservado a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Ahora bien, el Tribunal recuerda también, acertadamente, que dicha restricción no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación.

F) El derecho a la educación (artículo 9)

El artículo 27 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la educación y precisa, en su apartado cuarto, que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita, sin atribución expresa de titularidad. Del mismo tenor son los Tratados Internacionales ratificados por España sobre la materia. Así, el artículo 13.1 del PIDESC de 1966 dispone que “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación” y añade en su apartado segundo que para lograr el pleno ejercicio de ese derecho “La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”²⁹.

(29) En similares términos, el artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH y el artículo 28 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

Este es el marco que se impone como límite al legislador orgánico a la hora de regular el derecho a la educación de los no nacionales. Importa subrayar que por lo que se refiere a la educación básica, por mandato expreso de la Constitución y por lo dispuesto en las normas internacionales, los extranjeros son titulares de ese derecho por lo que el margen de actuación del legislador es muy limitado. Además hay que recordar también que, con anterioridad a esta LOEx, la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconocía taxativamente que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación”.

En este contexto, el artículo 9.1 de la LO 8/2000 se limita a reconocer lo que ya estaba recogido en la Constitución, los Tratados y otras leyes españolas, esto es, que los extranjeros menores de dieciocho años son titulares del derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles. Derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria y la obtención de la titulación correspondiente así como el acceso al sistema público de becas y ayudas³⁰. La educación básica se configura pues como un derecho de todos los extranjeros menores de edad, independientemente de la legalidad de su estancia en España. Incluso se impone como un deber.

Ahora bien, respecto a la enseñanza no obligatoria, la LO 4/2000 también igualaba a nacionales y no nacionales en el derecho de acceso a la enseñanza secundaria y universitaria, y al sistema público de becas y ayudas en relación con ellas, con independencia de la legalidad de su estancia. La LO 8/2000, por el contrario, reserva únicamente a los extranjeros residentes el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Se resuelve así una antinomia provocada por la ley anterior que quizás no sea ocioso comentar. Y es que tanto la LO 4/2000 como la LO 8/2000 (antes artículo 40, ahora artículo 33) contemplan un régimen de entrada y permanencia de los estudiantes extranjeros como un régimen singular que requiere de la previa admisión en el centro educativo correspondiente para que se le autorice la estancia en España por el tiempo que dure la realización de los estudios. Requisito de previa admisión en el centro educativo que sólo conlleva la autorización de entrada y permanencia en España cuando ésta es solicitada desde un tercer país y no desde dentro de nuestras fronteras. Por tanto sólo podían acogerse al artículo 40 los que antes de entrar en España ya habían sido admitidos en un centro educativo. Y *a sensu contrario*, un extranjero en situación irregular podría estar disfrutando de un derecho para el cual la propia ley que lo configura exige la previa concesión de la autorización de entrada³¹.

Finalmente, el apartado quinto del artículo 9, reconoce a los extranjeros residentes el derecho a desempeñar actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente, así como el derecho a crear y dirigir centros docentes o de investigación en los mismos términos³².

(30) Esto último supone una reforma de gran calado social y presupuestario. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, I.: “Derecho a la educación” en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, 2000, pp. 75-81.

(31) GARCÍA CANO, S.: “Algunas reflexiones sobre el derecho a la educación de los extranjeros en España”, *Anuario de la UNED*, Barbastro, 1995-2000, vol. XII-XIII, pp. 51-83.

(32) Con anterioridad el derecho a crear centros docentes estaba reservado exclusivamente a los españoles (artículo 21.1 de la LODE).

G) El derecho a la libertad sindical y de huelga (artículo 11)

El artículo 11, apartados 1 y 2, reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la libertad sindical y a la huelga en las mismas condiciones que a los trabajadores españoles:

“Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

El contenido del derecho es el mismo para españoles y extranjeros. También aquí, por tanto, se establece la plena equiparación. Ahora bien, preciso es destacar que para que el trabajador extranjero pueda ejercitar el derecho se le exige el requisito de la estancia o residencia legal.

Respecto al derecho de huelga, el artículo 11.2 de la LOEx descarta cualquier tratamiento diferenciado y se reconoce a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles. En cuanto al contenido del derecho la equiparación es plena. Ahora bien, para el disfrute de este derecho se exige al extranjero tener “autorización para trabajar”.

Estos requisitos establecidos por el artículo 11 para el ejercicio de los mencionados derechos (estancia o residencia legal para el derecho a la sindicación, y autorización para trabajar para el derecho de huelga) han sido también impugnados ante el Tribunal Constitucional. Después nos ocuparemos del examen de esa problemática.

H) El derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12)

El artículo 12 contiene una serie de reglas tendentes a garantizar la asistencia sanitaria de los extranjeros. Existen diferencias entre ellas en dos aspectos: el ámbito personal del derecho y el contenido material de la protección³³. Combinando ambas variables nos encontramos con lo siguiente:

- a) Por un lado, tanto los extranjeros que se encuentren inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, como todos los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”.
- b) Por otro, el resto de los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a “la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”.
- c) En tercer lugar, “las extranjeras embarazadas que se encuentren en España” tienen derecho a la “asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio”.

(33) RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: “Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena” en *El nuevo Derecho de Extranjería*, ob. cit., pp. 93-94.

Evidente resulta que el contenido material más amplio del derecho es el del primer grupo, al reconocerse aquel en las mismas condiciones que a los españoles. En los dos últimos supuestos en los que no concurre la legalidad de la estancia, la protección material dispensada es menor.

I) El derecho a solicitar ayudas en materia de vivienda (artículo 13)

Los extranjeros con residencia regularizada tendrán derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. La nueva redacción del artículo 13 suprime la equiparación con los nacionales de aquellos extranjeros que sin residencia legal en España estuviesen empadronados en un municipio.

J) Libertad individual e internamiento de extranjeros (artículos 60, 61 y 62)

El análisis del régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros quedaría incompleto si no incluimos en él el examen de unos supuestos que afectan al derecho fundamental a la libertad individual. Supuestos estos regulados en otro título de la Ley, el relativo al régimen sancionador de las infracciones en materia de extranjería.

En la decisiva Sentencia 115/1987 (FJ 1) comentada al inicio de esta exposición se dice: “El derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución (...) es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros”. Con estas premisas, podemos anticipar ya que las garantías de la libertad individual del extranjero no son menores ni distintas que las del nacional y como es bien sabido, se concretan básicamente, en la intervención del órgano judicial competente, al que el Tribunal Constitucional ha calificado como “guardián natural de la libertad individual”.

El título III de la LOEx lleva por rúbrica “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”. El artículo 61, ubicado en dicho título, recoge las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por la autoridad gubernativa, a instancia del instructor, durante la tramitación de expedientes sancionadores en los que se formule propuesta de expulsión. Medidas todas ellas acordadas con el propósito de garantizar la eficacia de la resolución final. Entre ellas, nos interesa destacar las contempladas en los apartados d) y e). Ambas afectan al derecho a la libertad individual de los extranjeros. La primera es la detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas. La segunda es el internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

Dos son los supuestos en los que la autoridad gubernativa puede proponer al Juez de Instrucción competente el internamiento de extranjeros: extranjeros para quienes se ha decretado el retorno, pero éste no puede ejecutarse en el plazo de las setenta y dos horas que como máxima duración de la detención preventiva permite la Constitución (artículo 60.1); extranjeros sujetos a expediente sancionador por la comisión de algunas de las infracciones muy graves contempladas en los apartados a) y b) del artículo 54, así como por la comisión de las infracciones gra-

ves contempladas en los apartados del artículo 53, en los que se vaya a proponer la expulsión del extranjero del territorio nacional (artículo 62.1).

A) Internamiento como medida cautelar por retraso del retorno del extranjero más de setenta y dos horas.

Esta medida cautelar regulada en el artículo 60 de la LOEx es de aplicación en aquellos casos en que resulta imposible retornar al extranjero a su punto de origen en el plazo más breve posible. En la medida en que la detención del extranjero no puede prolongarse más de setenta y dos horas, la ley prevé el internamiento del extranjero en tanto pueda llevarse a cabo el retorno a su país de origen.

En este sentido, lo que importa es subrayar que, por imperativo constitucional, y tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 115/1987, FJ 1), más allá de las setenta y dos horas, la autoridad gubernativa se ha de dirigir al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero. En otras palabras, el internamiento ha de ser autorizado siempre por un órgano del Poder Judicial, dado que afecta al derecho fundamental de la libertad personal reconocido por la Constitución a españoles y extranjeros.

B) Internamiento como medida cautelar solicitada en el expediente sancionador, por la comisión de determinadas infracciones, en el que se vaya a proponer la expulsión del extranjero del territorio nacional.

El segundo supuesto de internamiento de extranjeros es el previsto en el artículo 62 de la LOEx. El apartado primero de dicho precepto dispone que en los expedientes de expulsión “la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador”. Y añade que “la decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento (...) se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado”³⁴.

Autorización y control judicial del internamiento.

La STC 115/1987 dejó muy claro que el internamiento precisa siempre de la autorización y del control judicial³⁵. La LOEx se hace eco de ello en los citados artículos 60 y 62 en los que el Juez de Instrucción asume el protagonismo que por imperativo constitucional le corresponde.

(34) En el supuesto de menores de edad en los que concurran las causas previstas para el internamiento, la ley determina que sean puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. No obstante, el Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando allí estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos, y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.

(35) En este fundamento jurídico se respondía a la impugnación del artículo 26 de la LO 7/1985 que disponía que la autoridad gubernativa se dirigirá al Juez “interesando el internamiento a su disposición”. El Tribunal determinó la constitucionalidad de ese inciso puesto que al término “interesando” no se le podía dar el alcance sostenido por el recurrente según el cual el internamiento se convertía en una decisión administrativa privativa de libertad con la mera justificación formal

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

Para comprender el significado de la posición del juez en relación con los internamientos parece oportuno reproducir lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la sentencia citada:

“La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada (STC 41/1982, de 2 de julio), que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (artículos 24.1 y 17.3 de la CE), incluidos los previstos en el artículo 30.2 de la LO 7/1985 en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el artículo 35 de la LO 7/1985, en conexión con el artículo 5.4 de citado Convenio. Se cumple así la exigencia que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su Sentencia de 18 de junio de 1971 (Caso De Wilde, Ooms y Versyp), de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por el Tribunal, y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal”. De lo que se trate es de “respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de *habeas corpus* del artículo 17.4 de la CE, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a la prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial”. “La intervención judicial –continúa el Tribunal– no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario”.

A mayor abundamiento, el Tribunal recuerda que el internamiento del extranjero “debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar (STC 41/1982)” y añade que “este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermeneútico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial”.

En este sentido, continuaba el Tribunal con palabras que aplicadas a la LO 7/1985 son extrapolables a la regulación actual del tema: “aun cuando (la ley) utiliza el término «imprescindible» sólo respecto a la duración, implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente

de la intervención adhesiva del Juez. “La intervención del Juez –alegaba en defensa de la constitucionalidad del precepto el Abogado del Estado– asegura siempre la protección jurisdiccional de derechos y libertades públicas, sin que pueda dudarse de su actividad jurisdiccional independiente por la circunstancia de que la Administración, en ejercicio de sus potestades de policía, interese el internamiento del incurso en expediente de expulsión”. Así lo entendió el TC para quien “a la luz de la Constitución, el término «interesarse» ha de ser entendido como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido más allá del plazo de setenta y dos horas (...) interpretado en estos términos el precepto impugnado es plenamente respetuoso (con la CE), al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el juez para decidir sobre esa libertad”. Por otro lado, de la literalidad del inciso impugnado pudiera deducirse que el internado queda a disposición de la autoridad gubernativa, pero para el Tribunal Constitucional resulta muy claro que “el extranjero respecto a su libertad a partir de las setenta y dos horas se encuentra a la plena disponibilidad judicial”. Así debe ser interpretado el precepto de modo que se “posibilite sin restricciones la actuación del Juez como garante de la libertad de la persona”.

de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones”.

La ley señala también expresamente que los lugares de internamiento para extranjeros no tienen el carácter de centros penitenciarios y deben estar dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Como expresamente recuerda el artículo 60.2, los internados únicamente están privados del derecho ambulatorio.

Por otro lado, el internamiento se prolongará por el tiempo imprescindible para ejecutar el retorno o para finalizar el expediente sancionador, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. En todo caso, la decisión judicial que autorice el internamiento, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso, podrá fijar un período máximo de internamiento inferior al citado (artículo 62.2). La autoridad gubernativa tiene, por tanto, la obligación de gestionar la documentación necesaria a la mayor brevedad posible para poner fin al internamiento cautelar.

Los derechos de los extranjeros en situación de internamiento.

Ninguna duda debe quedar sobre el hecho de que los extranjeros ingresados en Centros de Internamiento gozan de todos los derechos que les confiere la Constitución y la Ley, a salvo, únicamente de los afectados por la medida judicial de internamiento (la libertad ambulatoria).

En la actualidad, dicho estatuto jurídico del extranjero ingresado en un centro de internamiento se encuentra recogido en la propia LOEx. En este sentido, la LO 14/2003, como resultado de varias enmiendas presentadas por el PSOE y apoyadas por el PP, incluyó seis nuevos artículos, añadidos al citado 62. En concreto, el artículo 62 bis dispone que los extranjeros sometidos a internamiento tienen los siguientes derechos:

- a) A ser informados de su situación.
- b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
- c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el Ordenamiento Jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser atendidos por los Servicios de Asistencia Social del Centro.
- e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el Centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
- f) A ser asistido de Abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

- g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

En el apartado segundo del artículo 62 quáter se contempla también un genérico derecho de petición y queja:

“Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al director del Centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario.”

Finalmente, la Ley prevé la figura del Director responsable del funcionamiento de cada Centro (artículo 62 sexies). A él le corresponde adoptar las directrices de organización que sean necesarias, así como coordinar y supervisar la ejecución de las mismas. Y por lo que a nuestro tema interesa, el Director del Centro es también “el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior”.

Según el Balance 2003 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración en España existen actualmente 11 centros de internamiento de extranjeros. Están situados en Madrid, Barcelona, Valencia, Las Palmas, Málaga, Murcia, Fuerteventura, Arrecife, Algeciras y Tenerife³⁶.

(36) Los mencionados derechos se convierten en papel mojado si los Centros no reúnen las condiciones para que aquellos puedan ser ejercidos. Tal es el caso, por ejemplo, de la Sala 4 del aeropuerto de Barajas. El caso está siendo investigado por el Defensor del Pueblo. Según funcionarios de su oficina: la sala 4 “carece del preceptivo acuerdo gubernativo (orden ministerial) que lo habilite como centro de internamiento y tampoco reúne las condiciones que son exigibles a los CIE: control judicial y de la fiscalía, un equipo de dirección, un patio para que los internos puedan pasear, etc.”. *El País*, 4 de marzo de 2004, p. 15. Aunque la policía es consciente de que el internamiento en dicha sala es ilegal, llama la atención de que allí llegan inmigrantes por orden de jueces que resuelven se les internen “en la Sala 4 de Barajas o en cualquier otro CIE”, sin especificar. A título de ejemplo, un auto de un juez de instrucción de Bilbao, de 29 de enero de 2004, autoriza “el ingreso de J.M.A.P en la Sala 4 del Aeropuerto Internacional de Barajas, especialmente habilitada al efecto, habida cuenta de que en los Centros de Internamiento no penitenciarios que se encuentran en este país para estos fines (de expulsión) no disponen de plazas (...) por un plazo máximo de 40 días”. Dicho con mayor rotundidad y contundencia, la saturación de los CIE actualmente existentes que no disponen de plazas, impide que los internados en otros centros que no reúnen las condiciones legalmente previstas, puedan ejercer los derechos que la LOEx les reconoce.

VI. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Fue ya HANS KELSEN quien, con meridiana claridad y acierto pleno, advirtió que de nada sirve atribuir a los individuos determinados derechos, si aquella atribución no se encuentra debidamente protegida³⁷. Dicho con toda rotundidad y contundencia, los derechos sin garantías no son nada.

Si como hemos visto hasta ahora, por lo que se refiere a la titularidad y al ejercicio de los derechos y libertades, existen algunas diferencias por razón de la nacionalidad del sujeto, no ocurre así en materia de garantías constitucionales. Estas son las mismas para los españoles que para los extranjeros. A los extranjeros debe serles aplicable el régimen de garantías previsto constitucionalmente para los derechos, sin que sea lícito establecer diferencias en el grado de protección que tengan tales derechos derivada de quién sea su titular. Los extranjeros gozan, por tanto, del mismo régimen de garantías constitucionales que los españoles. Estas garantías son un elemento determinante de los derechos y las libertades que no varía por razón de la nacionalidad de su titular³⁸.

En la actualidad dichas garantías vienen reguladas en el capítulo III del título I de la LOEx, relativo este último, como hemos tenido ocasión de examinar anteriormente, a los “Derechos y libertades de los extranjeros”. Se modifica así la ubicación de las garantías jurídicas en el texto de la Ley con relación a la antigua LOEx de 1985. Y esa modificación debe ser francamente criticada. La LOEx de 1985 regulaba las garantías jurídicas en el título VII. De esa forma las garantías adquirirían un mayor protagonismo al rubricar todo un título y no un mero capítulo, pero sobre todo, quedaba reflejado formalmente en esa sistemática del texto legal, que las garantías jurídicas en cuestión no venían referidas únicamente a los derechos y libertades de los extranjeros en España, sino también a los procedimientos administrativos en materia de extranjería, así como a los procedimientos sancionadores que se sustancien por la comisión de ilícitos administrativos por los extranjeros.

Por ello creo oportuno señalar que la ubicación de las “Garantías Jurídicas” en el capítulo III del título I relativo a los derechos y libertades de los extranjeros, dificulta la adecuada comprensión del verdadero significado y alcance de dichas garantías.

Pero si la ubicación de la materia es discutible más lo es su concreta regulación, cuestión esta a la que vamos a dedicar las páginas que siguen. En este sentido, dos son las cuestiones controvertidas. La primera la reducción del ámbito subjetivo del derecho a los recursos, y la segunda de mucha mayor trascendencia puesto que afecta a su constitucionalidad, las restricciones establecidas al derecho a la asistencia jurídica gratuita.

(37) KELSEN, H.: *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milán, 1978, 5.ª edición, 2.ª reimpresión, pp. 280-290.

(38) En el mismo sentido, la quinta tesis del profesor CANO BUESO. CANO BUESO, J.: “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional” en *Revista de Derecho Político*, n.º 57, 2003, p. 29.

A) El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20.1)

La principal garantía constitucional de los derechos, ocioso es recordarlo, es la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, resulta capital el pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en su Sentencia 99/1985, de 30 de setiembre: la condición o no de extranjero “es irrelevante en relación con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva”. Y ello porque, según el Alto Tribunal, dicho derecho resulta “imprescindible para la garantía de la dignidad humana”.

En la ya citada STC 115/1987, el Tribunal hace uso del derecho a la tutela judicial efectiva para declarar nulo el inciso segundo del artículo 34 de la LOEx de 1985 que disponía que “en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas (en relación con los extranjeros) de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. El Tribunal argumenta así:

“Es cierto que no puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales” (...) sin embargo, “ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esta posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE”.

La LOEx de 1985 reconocía ya implícitamente este derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 4.1. Sin embargo, la nueva LO 4/2000 lo afirma de forma expresa y categórica en su artículo 20.1: “Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva”. Este derecho viene referido a cualesquiera situaciones administrativas en que se encuentren los extranjeros en relación con los derechos o intereses legítimos concretos que de forma directa o indirecta les reconoce la vigente LOEx. El artículo 20.1 lleva implícito, además, el conjunto de garantías jurídicas enumeradas en el capítulo III del título I de la Ley, en concreto, el derecho a los recursos contra los actos administrativos (artículo 21.1) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con intérprete en su caso (artículo 22.1 y 2).

Innecesario es recordar que en la tutela judicial efectiva encuentra el extranjero la más importante garantía jurídica para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En virtud de ella se halla legitimado para acceder a la correspondiente jurisdicción por razón de la materia de que se trate en defensa de sus derechos o intereses lesionados. Cuando el objeto de la lesión afecte al propio derecho a la tutela judicial, en tanto este presenta la doble dimensión de garantía constitucional y de derecho fundamental, el ordenamiento habilita al extranjero para utilizar el procedimiento judicial de carácter preferente y sumario regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998. Igualmente, el extranjero que ha agotado todas las instancias judiciales previas puede acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial con carácter firme. Finalmente, y como es bien sabido, dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de

resolución definitiva del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional, el extranjero puede recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

B) El derecho a los recursos (artículo 21.1)

Este derecho forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. El artículo 21.1 de la nueva LOEx establece que: “Los actos y resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes”.

Este texto, aunque mejora la redacción de la LOEx de 1985 que aludía sólo a las resoluciones administrativas, como ha advertido LÓPEZ GONZÁLEZ, dista de ser una regulación satisfactoria del derecho a los recursos por parte de los extranjeros³⁹. La razón es fácilmente comprensible. El precepto resulta insuficiente como instrumento de garantía de determinadas actuaciones de la administración: así por ejemplo, inactividad, vía de hecho, o silencio administrativo. Por ello, cabe afirmar que la limitada alusión del precepto que comentamos a actos y resoluciones administrativas implica sustraer a los extranjeros las más amplias garantías jurídicas que consagra hoy nuestro ordenamiento (artículos 1 y 25 de la Ley 29/1998).

No deja de sorprender que el legislador orgánico se exprese “en términos de tan patente descoordinación con las Leyes 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992 (silencio administrativo, en lugar de acto presunto) y la ya citada Ley 29/1998, de 13 de julio, que somete al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la Administración y las actuaciones materiales de esta que constituyan vías de hecho”⁴⁰.

En este sentido, debemos denunciar que el derecho a la tutela judicial proclamado en el artículo 20 se frustra a la hora de regular el derecho a los recursos. Y ello por la simple y evidente razón de que en esta regulación el legislador ha olvidado incluir los remedios que el ordenamiento ofrece a todas las personas para la defensa de sus derechos e intereses. La LOEx resulta, por tanto, insatisfactoria desde el punto de vista de la regulación de las garantías jurídicas de los extranjeros. Sus insuficiencias deberán ser subsanadas por el intérprete y aplicador jurídico que deberá colmarlas mediante una interpretación integradora de las mismas en el contexto de nuestro ordenamiento constitucional.

Por otro lado, y por lo que se refiere al ámbito subjetivo del derecho a los recursos, debemos dejar constancia de una importante limitación introducida por la LO 8/2000. La LO 4/2000 reconocía legitimación para intervenir en los procedimientos en materia de extranjería, no sólo a los afectados sino también “a las Organizaciones representativas constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes”. Es decir, el ámbito subjetivo del derecho a los recursos abarcaba a estas organizaciones en su condición de parte legitimada para la defensa de

(39) LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: “Garantías jurídicas de los extranjeros en España” en *El nuevo Derecho de Extranjería...*, ob. cit., p. 159.

(40) *Ibidem*.

los derechos e intereses legítimos colectivos⁴¹. La LO 8/2000 en su artículo 20. 3 introduce una modificación de contenido claramente restrictivo, ya que se exige para la legitimación de estas organizaciones que “sean expresamente designadas por estos”, es decir, por los inmigrantes afectados por los correspondientes procedimientos. Esta exigencia legal de previa designación expresa condiciona y limita la legitimación de estas organizaciones.

Similar restricción se opera en el apartado 4 del mismo precepto con referencia a los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería. La legitimación de estas organizaciones se limita a las “Entidades que resulten afectadas”, es decir a las que hayan sido parte en el procedimiento administrativo previo o sencillamente estén legitimadas a título individual. Queda así notablemente limitado, y de forma injustificada en nuestra modesta opinión, el régimen de tutela y protección de derechos e intereses legítimos colectivos por parte de estas organizaciones representativas y constituidas para la defensa de los derechos de los inmigrantes. Y ello en contra de lo previsto en el artículo 19.1.b) de la Ley 29/1998. Dicha restricción del derecho a los recursos afecta, negativamente, al derecho a la tutela judicial efectiva.

C) Derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete (artículo 22)

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al delimitar el ámbito subjetivo de aplicación, en su artículo 2 proclama que tendrán derecho a dicha asistencia jurídica gratuita: “a) (...) los extranjeros *que residan legalmente en España*”⁴², cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar” y, “f) En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a la solicitud de asilo”.

La LO 4/2000 extendió notablemente el ámbito de aplicación de la asistencia jurídica gratuita, reconociéndola a favor de todos los extranjeros, en general, en los procedimientos administrativos o contenciosos que pudieran conducir a la denegación de su entrada o a su expulsión del territorio nacional, así como en todos los procedimientos de asilo. Simultáneamente, reconocía el derecho de asistencia jurídica gratuita, en iguales condiciones que a los españoles, no sólo a los extranjeros residentes sino también a los “extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”.

Con la reforma operada por la LO 8/2000 se establece una regulación más acorde con el sistema de la Ley 1/1996 (hoy declarado ya inconstitucional por la STC 95/2003 que más tarde anali-

(41) Precepto congruente con el artículo 19.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que reconoce legitimación a este tipo de asociaciones, grupos o entidades para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos.

(42) Este inciso en cursiva ha sido declarado inconstitucional por STC 95/2003, de 22 de mayo.

zaremos). Así, en primer lugar, a todos los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos suficientes, con independencia por tanto de la legalidad de su estancia, se les reconoce la asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos o judiciales que puedan conducir a la denegación de su entrada o a su expulsión del territorio nacional, así como en los de asilo. En segundo lugar, y con respecto al resto de los procedimientos, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que a los españoles a los extranjeros “residentes”, esto es a aquellos cuya estancia en España sea legal.

Fácilmente se comprueba que el régimen vigente resulta más favorable y garantista que el previsto por la Ley 1/1996 que exigía como regla general (con la única excepción de los procedimientos de asilo) para poder disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, ostentar la condición de “extranjero residente”. Ahora bien, ¿respeta dicha regulación el marco constitucional que antes hemos expuesto? Debemos señalar, con toda rotundidad, que no. Y la razón es fácilmente comprensible. En todo caso, y si alguna duda quedaba, el Tribunal Constitucional en su importante y decisiva STC 95/2003 la ha disipado por completo. Sobre ello volveremos después.

Con referencia al derecho a la asistencia de intérprete, si el extranjero no comprende nuestra lengua, y previsto en el artículo 22 de la LOEx, baste recordar que el Tribunal Constitucional ya declaró en su STC 71/1988, de 19 de abril, que el derecho de los recurrentes a ser asistidos de intérprete en sus comunicaciones con el abogado de oficio “puede entenderse comprendido en los derechos fundamentales de defensa y asistencia letrada”.

Finalmente, y para completar este epígrafe relativo a las garantías constitucionales de los derechos de los extranjeros, debemos subrayar que en los procedimientos administrativos en materia de extranjería, rige el principio de aplicación preferente de las garantías de la legislación general sobre procedimiento administrativo. Así lo ha establecido el legislador orgánico en el apartado segundo del artículo 20:

“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.”

La excepción del inciso final se refiere al apartado quinto del artículo 27, para aquellos casos de denegación de visado a aquellos extranjeros que aparecen incluidos en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

VII. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LO 8/2000

Como es bien sabido y hemos anticipado en esta exposición, la regulación del estatuto jurídico del extranjero llevada a cabo por la LO 8/2000, ha sido impugnada ante el Tribunal

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

Constitucional⁴³. A él corresponde, como supremo y último intérprete de nuestro Texto Fundamental, determinar si los preceptos impugnados son o no conformes con la Constitución.

La doctrina constitucional española se encuentra dividida en torno a esta problemática. Así, cualificados catedráticos como los profesores CANO BUESO o ASENSI SABATER, han sostenido públicamente la inconstitucionalidad de la ley. Otros, por el contrario, y con independencia del juicio político que la ley les merezca, pero pronunciándose en estrictos términos de constitucionalidad, han defendido en líneas generales la constitucionalidad de la ley. Entre estos últimos cabe citar las tesis de los profesores PÉREZ CALVO o FERNÁNDEZ SEGADO⁴⁴.

El análisis de la constitucionalidad de la LO 8/2000 (limitado exclusivamente a los preceptos analizados y que constituyen el objeto de esta ponencia, esto es, las normas reguladoras de derechos y garantías de los extranjeros) nos exige, básicamente, responder a estas cinco cuestiones⁴⁵:

- a) ¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos y libertades de los extranjeros que establece la LOEx y que ya hemos expuesto?
- b) La ley reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos derechos y libertades (reunión, manifestación y asociación y sindicación), pero reserva su ejercicio a los residentes. ¿Qué sentido tiene esa distinción entre titularidad y ejercicio?
- c) ¿Desde una perspectiva constitucional, puede considerarse la residencia legal en España un criterio idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades?
- d) La Ley exige a los extranjeros gozar del permiso de trabajo para poder ejercer el derecho de huelga. ¿Debería garantizarse también el derecho de huelga a quienes ejercen actividad laboral al margen de los requisitos legales?
- e) Finalmente, ¿son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita?

(43) También se ha interpuesto otro recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos incluidos en la, hasta ahora, última modificación de la ley, la efectuada por la LO 14/2003. En concreto, el Parlamento Vasco ha impugnado los apartados 3 y 5 del artículo 17 y las modificaciones de los artículos 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40. En la medida en que estos preceptos desbordan el objeto de nuestra Ponencia, no los incluiremos en este examen.

(44) La tesis del profesor CANO BUESO se encuentra brillantemente defendida en CANO BUESO, J.: “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional” en *Revista de Derecho Político*, n.º 57, 2003. Las opiniones de los profesores ASENSI, PÉREZ CALVO y FERNÁNDEZ SEGADO, se recogen en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001. En el mismo número pueden consultarse también las respuestas de los profesores ARAGÓN y CARRILLO y de la profesora BIGLINO.

(45) Las cuatro primeras están incluidas en el cuestionario que la *Revista Teoría y Realidad Constitucional* (ya citada) dirigida por el profesor Óscar ALZAGA, planteó a los profesores ARAGÓN, ASENSI, BIGLINO, CARRILLO y PÉREZ CALVO.

Intentaré responder de la manera más breve y precisa posible a cada una de ellas, basándome en el marco constitucional tal y como ha sido interpretado hasta la fecha por nuestro Tribunal Constitucional.

La respuesta que demos a la primera cuestión condicionará las demás.

A) ¿Resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones de los derechos y libertades de los extranjeros que establece la LOEx y que ya hemos expuesto?

Si partimos de que la Constitución reserva a los nacionales la titularidad de los derechos políticos, pero que todos los demás derechos y libertades tienen que ser ejercidos en pie de igualdad por nacionales y extranjeros, evidente resulta que la respuesta debiera ser negativa. Sin embargo, y como ya ha quedado expuesto en este trabajo, tal clasificación de los derechos y libertades en dos bloques no viene, en modo alguno impuesta por la Constitución, ni por la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional. Lo que el Alto Tribunal ha dicho es que existen unos derechos cuya mayor y más directa conexión con la dignidad de la persona (la vida, la integridad física y moral, la libertad ideológica, la libertad de creencias, la intimidad personal, la libertad personal y la tutela judicial efectiva) impiden que el legislador establezca diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Y que, por el contrario, –y dejando aparte los derechos políticos que conformarían un tercer bloque de derechos vedados a los no nacionales–, hay otros derechos que, aunque también se conecten con la dignidad humana, por no resultar esa conexión inmediata, el legislador está habilitado para establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros. Diferencias que en todo caso deberán respetar el contenido del derecho.

Desde esta óptica, el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley nos exige, en primer lugar, determinar si los derechos cuya limitación se discute entran, o no, en este segundo bloque; y en segundo lugar, si respetan el contenido del derecho.

En mi opinión, respecto a los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación, cabe decir que su conexión con la dignidad humana no es inmediata. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia anteriormente analizada, por lo que habría que entender que el legislador puede establecer diferencias en cuanto al ejercicio de esos derechos por nacionales y no nacionales. Diferente es la respuesta respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita en la medida en que su carácter instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, hace de él un instrumento necesario para preservar la dignidad humana por lo que respecto a él no resultan admisibles las diferencias de trato. Y, otro tanto cabría decir del derecho de huelga, por cuanto que no siendo él mismo un derecho directa e inmediatamente conectado con la dignidad, sí se configura como un instrumento de defensa de derechos inherentes a la persona en cuanto trabajador.

Ahora bien, con esto el problema no se resuelve. Admitido el fundamento constitucional de la ley, esto es el poder de configuración del legislador, de lo que se trata es de determinar su alcance.

Así por ejemplo, los impugnadores de la ley, como el profesor CARRILLO LÓPEZ han dicho que “la nueva regulación de los derechos de reunión, manifestación, asociación, libertad sindical y huelga que ha establecido la LO 8/2000 no supone, en realidad, una limitación sino más bien algo de mayor alcance que un régimen restrictivo; y ello no es otra cosa que la simple negación de la titularidad del derecho”⁴⁶.

Llegamos así al segundo de los interrogantes antes enunciados.

B) ¿Tiene sentido la distinción realizada por la ley entre titularidad y ejercicio de los derechos?

Desde una perspectiva jurídica, la respuesta es, indudablemente, positiva. La lógica jurídica no sólo permite sino que exige diferenciar ambas categorías. Siguiendo al profesor PÉREZ CALVO podemos afirmar que dos son las razones que justifican la opción del legislador⁴⁷: una se basa en el derecho internacional, otra en la jurisprudencia constitucional.

a) En primer lugar, todos los instrumentos internacionales que podrían ser de aplicación al caso coinciden en distinguir la titularidad del derecho y su ejercicio, que podrá sufrir restricciones de acuerdo con la ley. Esto es, remiten a la ley nacional.

b) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha admitido desde su decisiva STC 115/1987, que el legislador orgánico está facultado para “establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros”. Este pasaje implica la necesidad de distinguir entre titularidad y ejercicio.

La distinción efectuada por el legislador entre titularidad del derecho y ejercicio encuentra, por tanto, sólidos fundamentos tanto en el Derecho Internacional como en la jurisprudencia constitucional. Los extranjeros, aun siendo titulares de los derechos de reunión, manifestación, asociación, y sindicación, para ejercerlos se les exigirá el requisito de residir legalmente en España. Que exigir ese requisito para el ejercicio del derecho equivale a privar a quienes no lo cumplan de la titularidad de aquél, es algo que desde el punto de vista jurídico no puede aceptarse. Una persona puede ser titular de un derecho y no poder ejercerlo por no cumplir determinados requisitos. Efectivamente, ello determina en la práctica un resultado equivalente al que se llegaría si el afectado no fuere titular del derecho, pero importa subrayar que en el momento en que cumpla el requisito (obtenga el permiso de estancia o residencia) por ser titular del derecho, podrá ejercerlo en plenitud y en igualdad de condiciones que los españoles. Mientras que si no fuera titular del derecho, ocioso es recordar, que no podría ejercerlo en ningún caso. La distinción entre titularidad y ejercicio tiene, por tanto, un significado jurídico claro. Es más, toda la dogmática de los derechos fundamentales reposa sobre esa distinción.

(46) CARRILLO, M.: “Encuesta” en *Teoría y Realidad Constitucional...*, ob. cit., p. 26.

(47) PÉREZ CALVO, A.: “Encuesta” en *Teoría y Realidad Constitucional...*, ob. cit., pp. 44 a 47.

Llegados a este punto la cuestión más controvertida, y además absolutamente novedosa puesto que nunca hasta ahora se había planteado ante el Tribunal Constitucional es determinar si, desde una perspectiva constitucional, puede considerarse la residencia legal en España un criterio idóneo y razonable para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades. O, dicho con otras palabras, y de forma más precisa y concreta, si entre “los condicionamientos adicionales” que el Tribunal admite que el legislador puede exigir a los extranjeros para el ejercicio de determinados derechos y libertades, cabe incluir el de la estancia o residencia legal.

C) ¿Puede considerarse la residencia legal en España un criterio constitucionalmente admisible para establecer diferencias en la regulación del ejercicio de determinados derechos y libertades?

La respuesta aquí, una vez más, exigirá analizar cada derecho en cuestión. Pero no está de más recordar que durante los quince años que van desde que se aprueba la primera LOEx, la 7/1985, hasta que la LO 4/2000 modifica este régimen⁴⁸, tal criterio estuvo vigente. Y tampoco resulta ocioso subrayar, que dicho criterio no fue impugnado en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley de 1985. Razón esta que explica que toda la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al ejercicio de derechos y libertades por parte de los extranjeros haya sido formulada siempre pensando en aquellos extranjeros cuya estancia en España era legal.

Respecto a los derechos de reunión, manifestación y asociación, y sindicación y siguiendo también en este punto al profesor PÉREZ CALVO, entiendo que el requisito de la estancia legal se apoya en importantes razones objetivas. Tradicionalmente, la doctrina ha considerado a estos derechos como manifestaciones de la persona en tanto que ser social. El contrapunto de estos derechos –con independencia de que quien los ejerza sea nacional o no– es, por ello, el orden público. Y la propia configuración constitucional y legal de los mismos ofrece siempre ese contrapunto.

Cuando el artículo 21 de la CE define el derecho de reunión habla de “reunión pacífica y sin armas”, precisamente para que el ejercicio de este derecho no altere el orden público. Asimismo en las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, el apartado segundo del mismo artículo exige comunicación previa a la autoridad⁴⁹ que sólo podrá prohibirla cuando

(48) Aunque para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a los promotores de las asociaciones, la LO 4/2000 también exigía la estancia legal en España.

(49) ¿Pueden dirigirse a ella los extranjeros en situación de ilegalidad, para, de esta forma, autodelatarse ante quien puede ordenar su expulsión del país? Para evitar este absurdo podría haberse reservado a los residentes la promoción de las reuniones y manifestaciones, pero no la participación en ellas. En todo caso esa hubiera sido una opción tan legítima, constitucionalmente hablando, como la adoptada. Lo mismo cabe señalar respecto al derecho de asociación, derecho que nuestra jurisprudencia constitucional ha conectado con el libre desarrollo de la personalidad, pero no inmediatamente con la dignidad de la persona. Difícilmente los extranjeros en situación de ilegalidad iban a poder ser promotores de una asociación (la LO 4/2000 ya lo impedía) y respecto al derecho a formar parte de las existentes el legislador puede establecer diferencias de trato. Idénticas consideraciones pueden hacerse respecto al derecho a la sindicación.

existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes. La LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, recoge similares cautelas para la defensa del orden público. Así, el artículo 4.2 de la ley afirma que del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas. En coherencia con ello, el artículo 4.3 se refiere a la eventual responsabilidad civil de los promotores por los daños que los participantes causen a terceros cuando hayan omitido la diligencia razonable para prevenir el daño causado. Los artículos 5, 9 y 10 guardan también conexión directa con el orden público.

Por lo que se refiere al derecho de asociación, el artículo 22.2 de la CE declara ilegales aquellas que persigan finen o utilicen medios tipificados como delitos y el artículo 22.5 prohíbe expresamente las asociaciones secretas y las paramilitares.

En este contexto, y desde esta óptica, comparto la tesis del profesor PÉREZ CALVO de que “teniendo en cuenta la relevancia pública que siempre tiene el ejercicio de estos derechos y las posibles consecuencias en relación con el orden público, es necesario que el Estado sea capaz de identificar a quienes lo ejercen”⁵⁰. Y para poder hacerlo, no resulta desproporcionado exigir como condicionamiento adicional para el ejercicio de los citados derechos, el requisito de hallarse legalmente en territorio nacional.

A mayor abundamiento, deberíamos subrayar también que “la posibilidad jurídica de ejercicio de estos derechos por extranjeros que se hallen en situación ilegal en España supondría una desigualdad no sólo frente a otros extranjeros en situación legal, sino incluso, frente a los mismos españoles. Con las consecuencias respecto a las posibilidades de identificación de las personas que conlleva la estancia legal o ilegal en España”⁵¹.

En relación con el derecho a la sindicación (artículo 11), limitado al derecho a la afiliación sindical, puesto que el derecho a fundar sindicatos exige la existencia y actuación administrativa de unos promotores que, obviamente, no podrán ser extranjeros en situación de ilegalidad, y el derecho a ser elegido representante sindical está reservado a personas en pleno uso de su capacidad de obrar, cabe sostener una tesis similar a la mantenida con relación a los derechos de reunión, manifestación y asociación. No es un derecho cuya conexión con la dignidad humana sea inmediata y el legislador puede establecer como condicionamiento adicional para ejercerlo el requisito de la residencia legal en España.

El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la vigente LOEx nos exige examinar también las limitaciones establecidas al derecho de huelga. La Ley exige a los extranjeros gozar del permiso de trabajo para poder ejercer el derecho de huelga.

(50) PÉREZ CALVO, A.: “Encuesta”, ob. cit., p. 46.

(51) PÉREZ CALVO, A.: “Encuesta”, ob. cit., p. 47.

D) ¿Debería garantizarse también el derecho de huelga a quienes ejercen actividad laboral al margen de los requisitos legales?

Como ha denunciado el profesor CARRILLO, la realidad socio-laboral pone de relieve “la existencia de trabajadores que careciendo del permiso de residencia trabajan, no obstante, por cuenta ajena en condiciones laborales profundamente desiguales respecto de las que gozan los nacionales”⁵².

Ese es el contexto social en el que hay que situar el problema que nos ocupa. Por ello, respecto a esta cuestión, comparto la preocupación del profesor ARAGÓN que ha dicho lo siguiente: “El extranjero en situación de irregularidad, que se encuentre trabajando, aunque su contrato sea más *de facto* que *de iure*, en cuanto que se trataría de una contratación clandestina y prohibida por el ordenamiento, como trabajador que es ha de tener, en principio, unos derechos mínimos relativos a la jornada, al salario, etc. que se hace muy difícil negar. Y creo que sí están directamente conectados con la dignidad de la persona”⁵³. Personalmente y dando un paso que el profesor ARAGÓN no se atreve a dar, pero que no es más que la conclusión de su razonamiento, considero que el derecho de huelga reviste un carácter instrumental respecto a derechos inherentes a la dignidad de la persona y que por ello, y respecto al mismo no resultan constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas.

El derecho de huelga no es un derecho frente al Estado, sino frente a terceros, los empleadores. Impedir su ejercicio a los extranjeros que trabajan sin el correspondiente permiso o autorización, supone desequilibrar *de facto* y *de iure* la relación laboral, ya de por sí y por su propia naturaleza manifiestamente desigual, a favor del empleador, reforzando así su posición de absoluto predominio. Este resultado de predominio resulta incompatible con el orden material de valores sobre el que la Constitución del Estado Social reposa.

Conviene además tener también presente, y así lo ha apuntado con claridad y acierto la profesora BIGLINO, que el desequilibrio de la relación laboral afecta también, aunque sea de modo indirecto a los trabajadores españoles, “cuyas condiciones de trabajo pueden empeorar tanto más (y de hecho empeoran) cuanto inferior sea el trato que reciben esas personas que, por su situación de ilegalidad, no están en condiciones de exigir los derechos laborales que les corresponden”⁵⁴.

Es este por tanto, en mi modesta opinión, el primero de los vicios de inconstitucionalidad material que advierto en la presente LOEx. Se trata de un vicio discutible, cuya apreciación exige, inexcusablemente, conectar el derecho de huelga con la dignidad de la persona, pero creo que esa conexión es posible realizarla, con el carácter de vinculación directa e inmediata que el Tri-

(52) CARRILLO, M.: “Encuesta”, ob. cit., p. 53.

(53) ARAGÓN, M.: “Encuesta”, ob. cit., p. 15.

(54) BIGLINO, P.: “Encuesta”, ob. cit., p. 51.

bunal Constitucional exige, en función de esa dimensión instrumental que la huelga presenta respecto a los derechos inherentes a la persona en cuanto trabajador. Perspectiva esta que se ve confirmada y potenciada, aunque sobre ello no podamos extendernos aquí, en el contexto de una Constitución que instituye un Estado Social.

Por lo demás, esta argumentación basada en el carácter instrumental de un derecho para el disfrute de otro, que confiere al primero su mismo rango, no es nueva. El Tribunal la ha utilizado, al menos y respecto a esta materia, en dos ocasiones:

a) STC 48/2003 (Partidos Políticos). El derecho a crear partidos políticos (artículos 6 y 22 de la CE) reviste el carácter de instrumental respecto al más amplio de participación política (artículo 23 de la CE). En la medida en que este último está reservado a los españoles y excluido a los extranjeros, el legislador puede también excluir a los extranjeros, como lo ha hecho (artículo 1 de la LOPP), del derecho a crear partidos políticos

b) STC 95/2003 (Asistencia jurídica gratuita). El derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 119 de la CE), se configura como un instrumento necesario para poder disfrutar del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), derecho este último conectado directamente con la dignidad humana (imprescindible para preservar esa dignidad). Por esta razón, la asistencia jurídica gratuita debe disfrutar del mismo nivel de protección que la tutela judicial, y cabe afirmar que el primero en cuanto requisito o presupuesto para el disfrute del segundo está también conectado de forma directa e inmediata con la dignidad de la persona.

En definitiva, y como ha afirmado la profesora BIGLINO, el derecho de huelga pertenece a aquel grupo de derechos que “no se atribuyen a la persona en función de su nacionalidad ni de su situación administrativa, sino que el sujeto debe disfrutarlos sólo por el hecho de ser trabajador”. Los extranjeros añade, con palabras que compartimos plenamente “al margen de su situación legal, son titulares de esos derechos de autodefensa que (...) constituyeron, en su momento, el motor del Estado Social”⁵⁵.

E) ¿Son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita? La STC 95/2003

La quinta y última cuestión que debemos abordar en este examen de la constitucionalidad de la LO 8/2000 es el relativo a si son constitucionalmente admisibles las limitaciones impuestas al derecho de asistencia jurídica gratuita. Aquí reside, en mi opinión, el segundo y más grave vicio de inconstitucionalidad material en el que ha incurrido el legislador orgánico.

La exclusión del derecho a la justicia gratuita respecto de todos los extranjeros en situación de ilegalidad, a los que sólo se les reconoce ese derecho en cuanto a los procedimientos que pueden llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio nacional y al asilo, no resulta constitucionalmente admisible. El extranjero, aunque se encuentre en situación de ilegalidad, no puede ser privado del derecho de defensa en cualquier causa penal,

(55) BIGLINO, P.: “Encuesta”, ob. cit., p. 51.

laboral, administrativa o civil, en la que pudiese estar incurso. La doctrina del Tribunal Constitucional resulta, en este punto, de una claridad meridiana. Los derechos contenidos en el artículo 24 de la CE son “inmediatamente inherentes a la dignidad humana” y ello, como hemos visto, exige una paridad de trato entre españoles y extranjeros, cualquiera que sea la situación del extranjero. Privar a cierto grupo de extranjeros (los que no sean residentes legales) del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la medida en que esta se configura como un instrumento necesario para recibir la tutela judicial efectiva es tanto como privarles de esta, resultado que hemos de considerar como manifiestamente inconstitucional.

Ya vimos cómo la regulación de la LO 8/2000 es más garantista que la propia Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Pero ocurre que el inciso de esta ley que exigía el requisito de la residencia legal en España para disfrutar de ese derecho, ha sido declarado inconstitucional por nuestro Alto Tribunal en la STC 95/2003. Sentencia que constituye un precedente de primer orden para enjuiciar el artículo 22 de la LO 8/2000⁵⁶.

En este sentido, es preciso recordar que, cuando a raíz de la modificación de la LO 4/2000 por la LO 8/2000, diversas organizaciones sociales y profesionales del Derecho se dirigieron al Defensor del Pueblo, para pedirle la interposición del recurso de inconstitucionalidad, entre los motivos de inconstitucionalidad alegados figuraba, precisamente, la negación de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes establecida por el apartado 2 del artículo 22 de la Ley, y el hecho de que esta regulación estuviera pendiente de recurso interpuesto por la misma institución (Defensor del Pueblo) contra la Ley 1/1996.

El Defensor del Pueblo rechazó que hubiera argumentos de suficiente entidad que justificasen la interposición del recurso. Modestamente considero que aunque, efectivamente, no todos los motivos alegados eran de igual consistencia, por lo que se refiere al que ahora nos ocupa, la coherencia con la institución (confirmando las dudas planteadas por su antecesor), hubiera exigido plantear el recurso aunque fuera con este único motivo. El que precisamente ha estimado el Alto Tribunal en su STC 95/2003. Y que, insisto una vez más, constituye un precedente de primer orden a la hora de enjuiciar la constitucionalidad del artículo 22.2 de la LO 8/2000.

En la STC 95/2003, el Tribunal Constitucional, frente a una argumentación extensiva del Abogado del Estado, acota claramente el objeto del recurso en su fundamento jurídico segundo:

“La impugnación del precepto tachado de inconstitucional por el Defensor del Pueblo (...) se basa exclusivamente por el recurrente en que, en virtud del mismo, los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España y carezcan de recursos económicos no podrán interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su estatus de extranjeros (singularmente las resoluciones que acuerden su expulsión), toda vez que para ello es preciso

(56) El interés de esta sentencia es notable y, por varias razones, desborda el objeto de esta Ponencia. En primer lugar, en materia de derechos fundamentales, la sentencia precisa en qué consiste el derecho de asistencia jurídica gratuita y qué relación guarda con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; en segundo lugar, en materia de interpretación constitucional, el Tribunal discute acerca de los límites de la interpretación “extensiva” de sus resoluciones; en tercer lugar, la sentencia contiene reflexiones de interés sobre el régimen jurídico de la extranjería e inmigración.

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

servirse de Abogado (y, eventualmente, de Procurador...), vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva.”

Y es que, efectivamente, según el precepto impugnado, los extranjeros que no residan legalmente en España y que no cuenten con recursos, sólo pueden acogerse a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en los contencioso-administrativos concernientes al asilo.

Lo que el Tribunal va a determinar, por tanto, es si la exclusión del derecho a la asistencia jurídica gratuita (el recurso se refiere con mayor precisión a la asistencia letrada de oficio) que afecta a los extranjeros que no residen legalmente en España, es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. El recurrente limita su alegación a considerar lesionado el derecho a la tutela judicial, pero como advierte el Tribunal, de su argumentación se deduce que se “introduce el contenido normativo de este precepto constitucional (del artículo 119 de la CE) como elemento de contraste con la norma legal impugnada de inconstitucionalidad”.

La respuesta del Tribunal no puede resultar más clara y contundente. El Alto Tribunal reitera su doctrina conforme a la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 de la CE “consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la CE”⁵⁷. Se trata de un derecho de carácter prestacional y de configuración legal, pero que no permite traspasar el contenido constitucional indisponible de ese mismo precepto, concretado en la declaración de que tal gratitud se deberá reconocer “en todo caso respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Además, habida cuenta que el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, exige la representación de las partes por Procurador y su defensa por Letrado, resulta evidente que aquellos que no puedan obtener esos servicios de forma gratuita por carecer de recursos suficientes, resultan privados del acceso a la tutela judicial en los procedimientos contenciosos que les afecten. Es decir, de acuerdo con el precepto de la Ley 1/1996 impugnado, los extranjeros que no residan legalmente en España, aunque acrediten insuficiencia de recursos para litigar, verían imposibilitado su acceso al control de la legalidad de las actuaciones administrativas que les afecten por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo y tal y como razona la sentencia, los permisos de trabajo o de residencia, las exenciones de visado, además de las expulsiones.

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional reafirma la antedicha relación instrumental entre asistencia jurídica gratuita y tutela judicial efectiva y declara, en consecuencia, la nulidad del precepto impugnado.

En este sentido, y por lo dicho anteriormente, a la hora de regular el contenido y el ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el legislador orgánico no puede establecer diferencias

(57) SSTC 138/1988, 16/1994, 117/1998, 183/2001.

de trato entre españoles y extranjeros. Para ambos debe respetar el contenido constitucionalmente garantizado en condiciones de igualdad y plena equiparación. Ese límite, como ya tuvo ocasión de recordarse en el fundamento jurídico tercero de la STC 16/1994, supone que una vez que el legislador determina el concepto jurídico “insuficiencia de recursos para litigar”, toda persona que se encuentre en esa situación debe poder beneficiarse de la justicia gratuita. Insisto, toda persona, porque todos, nacionales y extranjeros, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. El legislador no puede establecer más discriminación en el acceso a ese instrumento necesario para recibir la tutela judicial que el de encontrarse en situación de insuficiencia de recursos. Dentro de esta categoría cualquier distinción (por razón de la nacionalidad o de la residencia legal) es contraria a la Constitución. El carácter de instrumento necesario para preservar la dignidad de la persona que este derecho reviste impide que el legislador pueda establecer condicionamientos adicionales para el ejercicio del derecho.

Y desde esta óptica, y con las anteriores premisas, si bien es cierto que el artículo 22 de la LO 8/2000 resulta más generoso que el precepto anulado en la medida en que extiende el beneficio de la justicia gratuita a los procedimientos que puedan llevar a la denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio de los extranjeros, no lo es menos que para cualquier otro tipo de procesos el apartado segundo exige el requisito de la “residencia” que hay que entender legal. Dicho requisito debe ser considerado inconstitucional.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros. La LO 8/2000, norma que como hemos visto contiene el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros y de sus garantías, se asienta en un régimen de absoluta paridad entre españoles y extranjeros en situación de legalidad en el ejercicio de los derechos y libertades por parte de estos últimos respecto de los primeros.

La cuestión jurídica controvertida en esta norma ha sido, básicamente, la exigencia del requisito de hallarse en situación legal en España para poder ejercer determinados derechos y libertades. En este sentido, técnicamente era más afortunada la LOEx de 1985 que atribuía la titularidad de los derechos a los extranjeros residentes legalmente en España. La vigente LO 8/2000 proclama que los extranjeros en general son titulares de numerosos derechos, y luego exige, como requisito para poder ejercerlos, la residencia legal.

En nuestra opinión, que creemos respaldada por la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, el legislador está facultado para exigir ese condicionamiento adicional para el ejercicio de derechos y libertades como los de reunión, manifestación, asociación y sindicación. No así respecto a la asistencia jurídica gratuita y la huelga, por ser estos instrumentos necesarios para la defensa de derechos vinculados de forma directa e inmediata con la dignidad humana.

Cuestión distinta, y que desborda el objeto de este trabajo, es la regulación relativa a las formas de obtención de los permisos de estancia o residencia legal, y de trabajo. En la medida en que estos se configuran como requisitos exigidos por el legislador para el ejercicio de determina-

Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España

dos derechos, deberían facilitarse los medios para que los extranjeros con voluntad de permanencia y de integración en nuestra comunidad nacional, pudieran obtenerlos. Sin embargo, la realidad social nos presenta un escenario en el cual miles de extranjeros residen y trabajan en nuestro país, sin los pertinentes permisos, en muchas ocasiones por las numerosas trabas y dificultades que su concesión encierra, y con la consecuencia aquí examinada, de ver su estatus jurídico limitado en lo que al ejercicio de numerosos derechos y libertades se refiere.

En este sentido, el pasado 20 de febrero, el Defensor del Pueblo, don Enrique MÚGICA, anunció en un comunicado oficial, que “considera necesario que se efectúe un adecuado desarrollo reglamentario de la ley que permita, cuando menos, determinar vías de regularización individual a los extranjeros que permanecen en España en situación irregular”. En el mismo comunicado informó de que “tiene previsto iniciar inmediatamente contactos con la Administración, a efectos del desarrollo reglamentario de la Ley”.

El Defensor del Pueblo llama la atención también al Gobierno “sobre la necesidad de buscar fórmulas prácticas que permitan dignificar la situación de los extranjeros que permanecen en España y sobre los que pesa una orden de expulsión que no puede ejecutarse”. A su juicio, “estas personas no pueden, en principio trabajar ni acceder a un estatus de residencia legal. Obviamente eso les hace candidatos idóneos para asumir empleos en la economía sumergida –con todo lo que esto supone en cuanto a riesgo de explotación laboral o a la falta de condiciones básicas de salud e higiene laboral– y en algunos casos los lleva a la marginalidad en cualquiera de sus muy variadas formas”⁵⁸.

En el mismo sentido se pronuncia el informe hecho público el pasado 24 de febrero, de la relatora especial para los derechos de los inmigrantes de la Organización de las Naciones Unidas, doña Gabriela RODRÍGUEZ PIZARRO. Se trata de un informe demoledor sobre la situación de los inmigrantes en España, en los que se expresa una gran preocupación “por la creciente bolsa de (extranjeros) irregulares” que atribuye a “la dificultad para frenar su llegada y para ejecutar su expulsión”. En dicho informe se afirma que los constantes cambios en la legislación sobre extranjería y el creciente aumento de los expedientes han desbordado a la Administración, retrasando todos los trámites burocráticos y colocando a muchos inmigrantes en situación de irregularidad.

La relatora calcula en 600.000 el número de extranjeros irregulares en España⁵⁹ y muestra su preocupación “por las dificultades que encuentran los migrantes en situación irregular para regularizarse”. En su informe esas dificultades obedecen a dos causas: la entrada clandestina que se agrava porque las órdenes de expulsión no se ejecutan, y la irregularidad sobrevenida por la

(58) *El País*, 21 de febrero de 2004, p. 27.

(59) Esta es una estimación muy moderada puesto que el cruce de los datos del Ministerio del Interior con los del padrón municipal eleva la cifra a 853.000.

(60) Un expediente de regularización puede tardar un promedio de ocho o nueve meses, incluso en algunos casos hasta dos años.

lentitud en los trámites⁶⁰. Pero sobre todo, dicho informe denuncia “la contradicción existente entre el discurso político oficial en contra de la inmigración irregular y el tácito reconocimiento de una bolsa de irregulares a los que no se permite la regularización sino a través del sistema de arraigo, después de hasta cinco años, durante los cuales están totalmente desprotegidos frente a abusos y explotación”⁶¹.

El Defensor del Pueblo y la Relatoría Especial de la ONU son dos instituciones muy autorizadas en el campo de los derechos humanos. Por esa razón he querido concluir este trabajo con una referencia a ellas. Creo que tanto los poderes públicos, como las distintas fuerzas políticas, deberían tener en cuenta el contenido de los citados informes y alumbrar, en consecuencia, una legislación de extranjería consensuada y estable, que garantice la integración de los extranjeros que, con voluntad de permanencia, residen y trabajan en España, y desean formar parte de nuestra comunidad nacional.

(61) *El País*, 25 de febrero de 2004, p. 14.

M.^a CARMEN ACUYO VERDEJO
Profesora de Traducción e interpretación
Universidad de Granada
(mcacuyo@ugr.es)

II

El traductor en el Derecho de Extranjería: perspectivas legislativa y jurisprudencial

RESUMEN

EL TRADUCTOR EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA: PERSPECTIVAS LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

En el presente trabajo se pone de manifiesto la importancia del papel del traductor e intérprete en el Derecho de Extranjería en España. Tras una breve presentación de las principales aportaciones existentes sobre la materia en el ámbito de la traducción, la autora analiza la profesión del traductor desde una doble perspectiva. De un lado, examina la legislación española en materia de inmigración, así como aquellos instrumentos jurídicos que, en el ámbito internacional y europeo, abarcan la cuestión. De otro, procede al análisis de las decisiones judiciales más representativas relativas al derecho a la asistencia de traductor y/o intérprete en materia de inmigración. Cierra la autora su trabajo exponiendo las principales conclusiones que extrae de su estudio de la cuestión desde esta doble perspectiva, subrayando específicamente la falta de coherencia entre la teoría y la práctica.

ABSTRACT

THE TRANSLATOR WITHIN THE CONTEXT OF SPANISH IMMIGRATION LAW

In this article it is argued the importance of the role of the translator and/or interpreter within the context of Spanish immigration law. After a brief survey of the main approaches existing in translation literature in this particular field to date, the author deals with an analysis which comprises a double perspective. Firstly, the author analyses what Spanish Law establishes as far as linguistic policy is concerned in this field. For the legislative analysis, international and European legal instruments have also been considered. Secondly, the author offers an analysis of some of the most representative Spanish judgements concerning immigration process, specially in criminal and administrative processes, showing the gap between legal theory and practice. In the final section of the paper, some remarks derived from the comparison of these two aspects, theory and practice, are outlined.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Investigaciones sobre el papel del traductor en el Derecho de Extranjería.

III. Análisis de la legislación. A) Legislación internacional. B) Legislación europea. C) Legislación nacional.

IV. Análisis jurisprudencial.

V. Conclusiones.

VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

España, desde hace ya algunos años, y en especial desde 1990, se ha convertido en un país receptor de inmigrantes. Baste señalar que en la actualidad más del 50% de los puestos de trabajo relacionados fundamentalmente con el sector servicios, la construcción, la agricultura o el servicio doméstico son desempeñados por población inmigrante¹. La presencia de esta población inmigrante, cada vez más numerosa, ha determinado una serie de modificaciones en la normativa española de extranjería desde la promulgación de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social², que vino a sustituir a la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España³. La Ley 4/2000 ha sido modificada en tres ocasiones: primeramente por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴; con posterioridad, por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁵; y, finalmente la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley

(1) Véase, en este sentido el *Informe sobre la inmigración y el mercado de trabajo en España* del Consejo Económico y Social derivado de la Sesión del Pleno celebrada el 24 de abril de 2004. URL: www.extranjeria.info.

(2) Véase BOE n.º 10, de 12 de enero de 2000.

(3) Véase BOE n.º 158, de 3 de julio de 1985.

(4) Véase BOE n.º 307, de 23 diciembre de 2000.

(5) Véase BOE n.º 234, de 30 de septiembre de 2003.

Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁶. La Ley 4/2000 tras su reforma por la Ley 8/2000 fue desarrollada por el RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobaba su Reglamento de Ejecución. El referido Reglamento está pendiente de una nueva reforma a la luz de las recientes modificaciones.

Este *reciclaje* continuo del legislador español pone de manifiesto que la realidad del fenómeno de la inmigración es plural y muy compleja y, por ende, se hace necesaria una continua adaptación y reestructuración de esta realidad. No obstante, esta actualización de la legislación no es propia sólo de España, sino que se extiende además a otros países de la Unión Europea en los que también está presente el fenómeno de la inmigración. Esto es lo que sucede con Francia, Grecia, Dinamarca o Portugal que, entre los años 2002 y 2003, han aprobado nuevas leyes en materia de inmigración, especialmente en lo relativo a la entrada, permanencia e inserción laboral de ciudadanos extranjeros no comunitarios. Otros países, como sucede con el Reino Unido, Holanda y Suiza, han modificado sus respectivas legislaciones nacionales en materia de asilo⁷.

Desde un punto de vista social, la presencia de un número cada vez mayor de inmigrantes en España y en Europa ha provocado el desarrollo de programas y de iniciativas en el ámbito europeo y nacional. Como ejemplo del primero cabe mencionar el proyecto EQUAL, destinado a facilitar la inserción laboral de aquellos colectivos más desfavorecidos y entre los que se presta especial atención a los solicitantes de asilo. Y dentro de las iniciativas nacionales destaca el programa GRECO⁸ (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración) dirigido por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración y de aplicación para el período 2001-2004. En el marco de este último programa se contemplan varios tipos de acciones, entre las que se encuentran el diseño y coordinación de la inmigración en el marco de la Unión Europea, la regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia, el mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y finalmente la integración de los residentes extranjeros y sus familias.

Es precisamente en el seno de esta última acción donde se inserta el presente trabajo, puesto que a nadie se le escapa que la lengua constituye un elemento fundamental de integración y de garantía de defensa del ciudadano extranjero. En ambos procesos, integración y defensa, especialmente en las primeras etapas de la estancia del ciudadano extranjero en el país receptor, la labor del traductor como mediador interlingüístico e intercultural resulta determinante.

El objetivo esencial de este trabajo es ilustrar, desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial, el papel que el legislador y la práctica del Derecho de Extranjería otorgan al traductor. A tal

(6) Véase BOE n.º 279, de 21 de noviembre de 2003.

(7) Véase la última edición del Informe Anual de la OCDE de 21 de enero de 2004 sobre *Trends in International Migration*.

(8) Véase la Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración.

fin se ha procedido a realizar, por un lado, un análisis de la legislación pertinente en materia de inmigración en el ámbito internacional, comunitario y nacional, tomando en consideración, en lo que concierne al ámbito comunitario, las últimas recomendaciones de la Comisión Europea. Dichas recomendaciones están recogidas en el *Libro Verde sobre Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*⁹. Por otro lado, se ha procedido al análisis de la jurisprudencia que sobre dicha materia se ha desarrollado en relación con la figura del traductor o con los problemas de comunicación suscitados por carecer el ciudadano extranjero de los conocimientos necesarios de la lengua española. Especial referencia se hace en el apartado relativo a la legislación nacional, por la repercusión que tiene como una garantía dentro del proceso de defensa del ciudadano extranjero, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo de 2003,¹⁰ en la que se reconoce el derecho de todo ciudadano extranjero a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de que éste tenga o no residencia legal en España.

II. INVESTIGACIONES SOBRE EL PAPEL DEL TRADUCTOR EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

Varias son las investigaciones llevadas a cabo en el campo de los estudios de traducción y de interpretación y el Derecho de Extranjería. Sin embargo, hay que advertir que la mayor parte de estos trabajos se enmarcan en el ámbito de la interpretación social y en el de la traducción y la interpretación en los servicios públicos, dos líneas de investigación incipientes (MARTÍN, 2003: 431; PADILLA, 2002: 76)¹¹ que consideran al traductor y al intérprete como un mediador intercultural y lingüístico (VALERO, 2003)¹².

En el seno de la traducción jurídica los trabajos llevados que estén relacionados con el Derecho de Extranjería son pocos. MECOLETA (2002)¹³, sobre la base del Derecho comparado, realiza un es-

(9) Véase el documento COM (2004) 379 final elaborado por la Comisión Europea el 28 de mayo de 2004. En dicho documento se considera la lucha contra la discriminación como una nueva competencia de la Unión Europea, así como un elemento determinante en el seno de la inmigración que contribuye al respeto mutuo en una sociedad multicultural: *La política de lucha contra la discriminación es un componente importante del enfoque de la UE en materia de inmigración, inclusión, integración y empleo. Al calificar los derechos y las obligaciones y poner de relieve los beneficios de la diversidad en una sociedad multicultural, puede ayudar a orientar un proceso de cambio basado en el respeto mutuo entre las minorías étnicas, los migrantes y las sociedades de acogida*.

(10) BOE n.º 138 (suplemento), de 10 de junio de 2003.

(11) Véase para un análisis de los retos de la investigación en el ámbito de la interpretación social, MARTÍN, A.: (2003) "Investigación en interpretación social: estado de la cuestión", en Emilio ORTEGA (dir.): *Panorama actual de la investigación en traducción e interpretación*, vol. I, pp. 429-446 y PADILLA BENÍTEZ, P.: (2002) "Los estudios de interpretación y la investigación en España", en *Puentes. Hacia nuevas investigaciones en la mediación intercultural*, 1, pp. 71-80.

(12) Para una visión general de la práctica del traductor como mediador intercultural en España y en otros países de la Unión Europea, vid. VALERO GARCÉS, C. (ed.): (2003) *Traducción e interpretación en los servicios públicos. Contextualización, actualidad y futuro*.

(13) MECOLETA RUIZ DE LARRAMENDI, A.: (2002) "El asilo en España y en el Reino Unido", en *Puentes. Hacia nuevas investigaciones en la mediación intercultural*, 2, pp. 93-102.

tudio de los procedimientos de asilo en los ordenamientos jurídicos español y el británico como análisis previo al trabajo que el traductor y/o intérprete ha de llevar a cabo, como mediador intercultural, entre los solicitantes de asilo y la Administración en cada uno de estos países¹⁴.

FOULQUIÉ (2002)¹⁵ realiza un estudio sobre el perfil profesional del intérprete en un ámbito muy concreto, el de su papel como mediador entre los inmigrantes y el personal de la policía en dos ciudades españolas, a saber, Málaga y Granada. Su estudio, además de ofrecer datos interesantes sobre la labor concreta que realiza el intérprete en este contexto y sobre el contexto en el que dicha labor se inserta, demuestra la falta de arbitrariedad en la selección de los profesionales adecuados a la hora de ofrecer un servicio riguroso a los detenidos.

III. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN

A) Legislación internacional

En el plano internacional, el derecho de que toda persona pueda recibir los servicios de un intérprete y/o traductor viene proclamado en distintos instrumentos jurídicos, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven de 13 de diciembre de 1985. En el primero de los instrumentos mencionados se hace referencia expresa al derecho de ser asistido por traductor y/o intérprete, mientras que en los dos últimos se entiende el acceso a dicho derecho sobre la base de los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1973, dispone en su artículo 14.3 el derecho de cualquier persona que haya delinquido a ser asistida de intérprete, si no entiende el idioma utilizado en el tribunal y a ser informado en un idioma que comprenda:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal [...].

(14) En este sentido, cabe señalar la labor de aproximación de las legislaciones nacionales que se está llevando a cabo en el seno de la Unión Europea, con la creación de un proceso único de asilo para todos los Estados miembros. Véase “Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos” COM (2003) 315 final y “El sistema común de asilo europeo: un procedimiento único como paso siguiente”, COM (2004) 320 final.

(15) FOULQUIÉ RUBIO, A.: (2002) “Interpretación social: la interpretación en la policía en Granada y Málaga”, en *Puentes. Hacia nuevas investigaciones en la mediación intercultural*, 1, pp. 107-115.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, en su artículo 7 realiza una mención expresa a la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y, por ende, al derecho a recibir igual protección y garantías que la Ley establezca. Dentro de esa protección se entiende también incluido el derecho a expresarse en su propio idioma y a recibir la información pertinente también en su propia lengua. En concreto, dicho artículo dispone lo siguiente:

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Finalmente, en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985, se reconoce expresamente en su artículo 5.c) la igualdad de trato de los no nacionales del país en el que viven, tal sería el caso de los inmigrantes que residen en España:

El derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones.

B) Legislación europea

En el marco europeo son también varios los instrumentos en los que se alude al derecho de los nacionales de terceros Estados a ser asistidos de traductor y/o intérprete cuando sea necesario. Entre estos cabe mencionar los siguientes:

a) Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995, relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo¹⁶. En esta resolución se expone la presencia del traductor-intérprete en el proceso de examen, recurso y revisión de los solicitantes de asilo. Concretamente, el apartado IV de este instrumento dispone:

Se informará a los solicitantes de asilo, en una lengua que puedan entender, acerca del procedimiento que debe seguirse así como de sus derechos y obligaciones durante el procedimiento. En particular: dispondrán, en caso necesario, de los servicios de un intérprete que pueda exponer sus argumentos ante las autoridades de que se trate. Estos servicios de interpretación se sufragarán con fondos públicos, siempre que sean las autoridades competentes las que hayan recurrido al intérprete;

Asimismo, se hace especial hincapié en esta resolución en el hecho de procurar intérpretes del sexo femenino cuando la solicitante, debido a las circunstancias y los sucesos vividos en su país, muestre algún tipo de reparo en exponer sus hechos ante un intérprete del sexo masculino:

(16) DOCE C 274 de 19-09-1996, pp. 13-17.

El traductor en el Derecho de Extranjería: perspectivas legislativa y jurisprudencial

II

Los Estados miembros procurarán que, en los casos necesarios, participen en el procedimiento de asilo funcionarias cualificadas e intérpretes de sexo femenino, en particular cuando, debido a los sucesos vividos o a su cultura, las solicitantes de asilo tengan dificultades para exponer de forma completa los motivos de su solicitud.

b) La Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas relativas a la justicia gratuita para dichos litigios¹⁷. Sobre la base de esta Directiva, y en relación con el tema que nos ocupa, pueden realizarse las siguientes observaciones:

b.1) A diferencia de lo estipulado en otros instrumentos jurídicos a los que hemos hecho alusión anteriormente, la Directiva hace una distinción expresa entre los servicios de traducción y los de interpretación; distinción esta que se valora muy positivamente, por cuanto dicha diferencia es la que se da en la práctica real de la profesión¹⁸.

b.2) Una de las novedades más importantes que introduce esta Directiva es la de incluir dentro del derecho a la justicia gratuita una serie de gastos derivados directamente del carácter transfronterizo del litigio en cuestión. Dentro de estos gastos se incluyen expresamente los relativos a los servicios de interpretación y los vinculados a la traducción de los documentos presentados por el beneficiario a instancias del tribunal o de la autoridad competente y que sean necesarios para resolver el litigio (artículo 7).

b.3) es relevante señalar el carácter obligatorio que, en virtud del artículo 8, tiene la traducción de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria por parte del Estado miembro en el que esté domiciliado o resida habitualmente el solicitante.

b.4) Los artículos 8, 13 y 14 de la citada Directiva hacen mención expresa, y de manera más específica, al régimen de traducción de los documentos que se han de presentar ante la autoridad competente, así como a las lenguas en que habrán de traducirse los referidos documentos, que son fundamentalmente la propia solicitud de justicia gratuita y los distintos documentos acreditativos.

En cualquier caso, habrá que esperar a que dicha Directiva sea traspuesta a la normativa estatal por el legislador español, para poder apreciar el alcance que se dé a los gastos derivados de los servicios de interpretación y traducción, así como para conocer cuáles serán las personas y/o instituciones que estarán legitimadas para llevar a cabo dichos servicios.

Existen asimismo otros instrumentos, desarrollados en el seno de la Unión Europea y relacionados con el Derecho de Extranjería, que si bien no hacen mención expresa a la posibilidad de

(17) Véase *DOCE* L 26 de 31-01-2003, pp. 41-47.

(18) Para un estudio sistemático sobre esta Directiva y su repercusión en el ámbito de la justicia gratuita, vid. A. LARA: "Litigios transfronterizos y justicia gratuita", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17, 2004, pp. 83-115 y también de la misma autora "Derecho a la tutela judicial efectiva", en Mercedes MOYA (coord.) (2001): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, pp. 709-762.

ser asistido por traductor o intérprete, sí que lo hacen, sin embargo, de forma implícita. Nos referimos, concretamente, a la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración¹⁹, por un lado, y a la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países²⁰, por otro.

La Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración establece con carácter general una cláusula de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión, ideología, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a minoría nacional, fortuna, nacimiento, minusvalía, edad u orientación sexual (artículo 4). Pero en ningún momento el legislador europeo hace referencia expresa al régimen lingüístico, lo cual es de entender, ya que, en virtud del artículo 5.1 de la referida Directiva el estatuto al que alude se concederá a aquellos nacionales de terceros Estados que tuvieren residencia legal e ininterrumpida durante cinco años en el mismo Estado, margen de tiempo que, sin duda alguna, habrá dado lugar a que el nacional de tercer Estado se haya integrado también desde el punto de vista lingüístico en el Estado miembro.

La Directiva relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros Estados, por su parte, prevé en su artículo 3.2 que la aplicación de la misma se hará “respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”. Se entiende, por tanto, en consonancia de lo dispuesto en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se habrá de llevar a cabo respetando la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, así como el derecho a ser asistido de traductor y/o intérprete.

C) Legislación nacional

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en el capítulo tercero, relativo a las garantías jurídicas de los extranjeros hace una mención muy somera, en su artículo 22.1, al régimen lingüístico. Concretamente, el citado precepto, que no se ha visto alterado en las sucesivas reformas que en la legislación de extranjería se han verificado en los últimos años, dispone que los extranjeros que no comprendan o hablen la lengua oficial que se utilice tendrán derecho a la asistencia de un intérprete:

Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a esta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice (artículo 22.1 de la LOEx 4/2000).

(19) Véase DOCE L 16 de 23-01-2004, pp. 44-53.

(20) Véase DOCE L 149 de 02-06-2001, pp. 34-36.

Como quiera que hasta la fecha no se ha aprobado aún el Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería, tras la reforma operada en esta última por la Ley 14/2003, habrá que estar a lo dispuesto en el 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 diciembre²¹, Reglamento este que desarrolla algo más lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley con relación al régimen de asistencia al extranjero mediante traductor y/o intérprete cuando aquel no conozca la lengua oficial.

La Ley 14/2003 ha introducido, asimismo, una serie de modificaciones sustanciales para algunos preceptos que están relacionados con el derecho a la asistencia de intérprete y al derecho a ser informado en una lengua que el extranjero entienda. Nos referimos en concreto a los derechos de los extranjeros internados. En este sentido, en virtud del artículo 32 de la citada Ley se introducen cinco nuevos artículos, de los que sólo dos, el artículo 62 bis y el 62 quáter, interesan a los efectos de este trabajo. En dichos artículos, que modifican el artículo 62 de la LOEx 4/2000, se reconocen, entre otros, los siguientes derechos:

- a) El artículo 62 bis reconoce el derecho del extranjero a ser informado de su situación y a ser asistido de intérprete si no comprende o habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- b) El artículo 62 quáter, relativo a información y reclamaciones, reconoce el derecho del extranjero a recibir, a su ingreso en el centro, información *escrita* sobre sus derechos y obligaciones, así como de las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un *idioma que entiendan*.

Otra de las modificaciones que introduce la Ley 14/2003 en relación con este mismo tema es la relativa al artículo 63 de la LOEx 4/2000, en el que se dispone que, en los supuestos de expulsión, “el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos”.

Existen además otros artículos de la LOEx que se verán modificados, no ya por la citada Ley 14/2003, sino por normativa de origen comunitario. Nos referimos concretamente al artículo 22.2.º de la LOEx relativo a la asistencia jurídica gratuita que, sobre la base de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, habrá que esperar la solución que adopte el legislador español cuando se lleve a cabo su trasposición a la legislación estatal.

(21) Véase BOE n.º 174, de 21 de julio de 2001.

Son varios los preceptos del Reglamento en los que se recoge la posibilidad, que no la obligación, a diferencia de la Ley, de proporcionar al extranjero la asistencia de intérprete, a saber, los artículos 30.1, 110.2, 116.b), 127.7, 137.2.a) y 138.2. En dichos preceptos se establece lo siguiente:

Artículo 30.1.– A los extranjeros que no reúnan los requisitos de entrada establecidos en la presente Sección, les será denegada, por los funcionarios responsables del control, la entrada en el territorio español mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante la quien deban formalizarse, y de su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio y, en su caso, de intérprete, que comenzará en el momento en que se dicte el acuerdo de iniciación de expediente que pueda llevar a la denegación de entrada.

Artículo 63.2.– Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, este tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

Artículo 110.2.– En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, este tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita, en el caso de que careciese de medios económicos.

Artículo 116.b).– El derecho del interesado a la asistencia de intérprete si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, que será gratuita en el caso de que careciese de recursos económicos.

Artículo 127.7.– Las personas ingresadas en centros de internamiento de carácter no penitenciario gozarán durante el mismo de los derechos no afectados por la medida judicial de internamiento, en especial el derecho a asistencia letrada, que se proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos, según lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, así como del derecho a ser informado de las disposiciones administrativas y resoluciones judiciales que les afecten o puedan perjudicarles.

Artículo 137.2.a).– Del derecho del interesado a la asistencia jurídica, que será gratuita si careciera de recursos económicos suficientes, y a la asistencia de intérprete si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento.

Artículo 138.2.– En cualquiera de ambos supuestos, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar orden de devolución, tendrá derecho, desde el momento inicial en que se proceda a su detención, a la asistencia jurídica gratuita cuando no disponga de medios económicos. Igualmente, si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, tendrá derecho a la asistencia de intérprete.

De la lectura de estos preceptos conviene efectuar dos apreciaciones. En primer lugar, que, a pesar de que la LOEx prevé con carácter general la asistencia de intérprete como garantía jurídica para cualquier situación en la que el extranjero lo pueda necesitar, las situaciones explícitas que parece reconocer la legislación española en materia de extranjería son, sin embargo, fundamentalmente tres, a saber, la denegación de entrada (artículo 30.1), las infracciones en

materia de extranjería y su régimen sancionador, especialmente lo relativo a los centros de internamiento [artículos 63.2, 110.2, 116.b), 127.7 y 137] y, finalmente, los supuestos de devolución (artículo 138.2).

En segundo lugar, que no parece haber por parte del legislador español una distinción clara entre la figura del intérprete y la del traductor, tal y como se entiende en la realidad práctica de esta profesión. Bien es sabido en el seno de este colectivo profesional que la interpretación se enmarca en una situación comunicativa oral, en tanto que la traducción se refiere básicamente a textos escritos, bien sea del texto en su totalidad o un resumen del mismo. En efecto, el desconocimiento de la lengua puede llevar al extranjero a una situación de indefensión, incurriéndose así en una infracción de las garantías de defensa y, por ende, de lo estipulado en el artículo 24.1 de la CE.

En el marco del régimen nacional destaca también, por su estrecha relación con la LOEx, la Orden de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros²², Orden que resulta especialmente significativa para el extranjero en relación con su derecho a ser asistido de intérprete y con la profesión misma del traductor e intérprete.

En general, y a la vista de esta Orden, cabe efectuar las siguientes observaciones. En primer lugar, la asistencia de intérprete y/o traductor se configura como un servicio social. Así se desprende del artículo 13.3:

La asistencia social se orientará fundamentalmente a la solución de los problemas surgidos a los extranjeros ingresados y, en su caso, a sus familias como consecuencia de la situación de ingreso, en especial los relacionados con interpretación de lenguas, relaciones familiares con el exterior o tramitación de documentos.

En segundo lugar, que la actividad que ha de desempeñar el traductor, en este caso, va a estar relacionado fundamentalmente con la traducción de un boletín informativo sobre los derechos y obligaciones de los internados, así como de las normas de régimen interno y de convivencia. La traducción de quejas y/o peticiones en defensa de sus derechos e intereses legítimos, si estas se realizan por escrito, tal y como queda reflejado en el artículo 20 de la citada Orden:

Los extranjeros deberán ser informados a su ingreso de su situación, haciéndoles entrega de un boletín informativo, redactado en su idioma o en el que resulte inteligible, si no entendiere o hablare el castellano, con información de sus derechos y obligaciones, de las normas de régimen interno y de convivencia, a las que deberá ajustar su conducta, y de los medios para formular peticiones y quejas, de todo lo cual deberán acusar recibo.

Finalmente, y con carácter, cuando menos, preocupante, hay que destacar la *invisibilidad* del profesional de la traducción e interpretación, invisibilidad que bien podría predicarse del Derecho de extranjería, en general, y en lo que a los centros de internamiento se refiere, en particular.

(22) Véase BOE n.º 47, de 24 de febrero de 1999.

Tal es, de hecho, la conclusión que cabe extraer de la lectura del artículo 33.1 de la citada Orden, donde parece referirse a un funcionario del propio centro o, incluso, a otro interno que hable el idioma extranjero, para cubrir este servicio de traducción y/o interpretación:

A su ingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros, se hará entrega a los extranjeros ingresados del boletín informativo previsto en el artículo 20, que estará redactado en aquellos idiomas de grupos significativos de extranjeros en los centros españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre redactado el boletín se les hará una traducción por los empleados u otros extranjeros ingresados que conozcan la lengua del interesado, y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquel pertenezca. En todo caso, a quienes no puedan entender la información proporcionada por escrito les será facilitada la misma por otro medio adecuado.

Para cerrar este apartado sobre el régimen legislativo nacional, conviene mencionar los preceptos que la legislación española, en concreto la LOEx, establece con relación a la asistencia jurídica gratuita. El motivo de incluir este aspecto es que, dentro del derecho a la asistencia jurídica, se incluye también el derecho a la asistencia de intérprete. En este sentido, el artículo 22.1, que desplaza parcialmente al artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita²³, reconoce el derecho de acceder a la asistencia de un intérprete cuando el extranjero no comprenda o hable la lengua oficial. Con relación al citado artículo 2, resulta conveniente mencionar la Sentencia del Pleno 95/2003, de 22 de mayo de 2003 del Tribunal Constitucional, en la que se declara la inconstitucionalidad parcial, sobre la base de los artículos 24 y 119 de la CE, del inciso “que residan legalmente en España” del apartado a) del citado artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita²⁴.

Dicha Sentencia supone, sin duda alguna, un gran avance y ello por dos razones fundamentales. Por un lado, por cuanto elimina la exigencia de la legalidad de la residencia, tal y como se contempla en el fundamento jurídico séptimo. La estimación total de este recurso y la anulación del citado inciso llevaría al reconocimiento universal del derecho a la asistencia jurídica gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los Juzgados y Tribunales españoles, ya se encontrase en España o en el extranjero. De esta manera, se entiende el término “residan” en el sentido puramente fáctico de los que se encuentran en territorio español, sin el carácter de residencia autorizada administrativamente en virtud del artículo 29.3 de la LOEx 4/2000²⁵.

Por otro lado, una segunda precisión a tener en cuenta es la extensión de los procesos en que resulta reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita como consecuencia de la parcial

(23) BOE, n.º 11, de 12 de enero de 1996.

(24) Véase el BOE, (suplemento) n.º 138, de 10 de junio de 2003. Dicha sentencia se deriva del recurso de inconstitucionalidad n.º 1555/96, promovida 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 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

(25) Este artículo no ha sido modificado por la reciente Ley 14/2003.

declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado. Al ser inconstitucional la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello, podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación. Entendemos, por tanto, a la luz de lo expuesto, que el extranjero podrá solicitar la asistencia de un intérprete o traductor con la misma amplitud con la que se define este nuevo precepto en virtud de dicha Sentencia.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En la jurisprudencia española son varias las sentencias relacionadas con el Derecho de extranjería en las que se alude al derecho a ser asistido por traductor y/o intérprete, pudiéndose mencionar como más significativas las siguientes:

- a) Sentencia del TSJ del País Vasco n.º 406 de 22 de abril de 2000²⁶.
- b) Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 24 de 31 de enero de 2000²⁷.
- c) Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 71 de 24 de abril de 1988²⁸.
- d) Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 181 de 20 de junio de 1994²⁹.
- e) Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 188 de 3 de octubre de 1991³⁰.

De la lectura de todas estas sentencias cabe extraer varias conclusiones. En primer lugar, que en todas ellas se reconoce, implícita o explícitamente, el derecho del extranjero en la práctica de ser asistido por traductor y/o intérprete, aun cuando haya de acreditar de alguna manera en el expediente pertinente el desconocimiento de la lengua española. Especialmente significativa resulta la Sentencia del TSJ del País Vasco, en la que una ciudadana de nacionalidad rumana recurre la sanción de expulsión del territorio español sobre la base de los supuestos previstos en el artículo 26.1 de la antigua Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, es decir, por estancia ilegal y carencia de medios económicos para su estancia, alegando indefensión por no conocer la lengua española. Dicho recurso fue desestimado sobre la base de una “tardía” alegación por parte de la ciudadana rumana de su desconocimiento de la lengua española. El tribunal dictaminó, en su fundamento jurídico 2.b), que “la exigencia de intérprete se da cuando la persona acusada no comprenda o no hable el idioma empleado en el tribunal o en la audiencia” y que dado que la demandante había manifestado que hablaba el español, aunque no lo escribía, sirvió de base para que el tribunal considerara que no se había producido infracción

(26) B.D. Aranzadi *Jurisprudencia*, 1998/2857.

(27) BOE n.º 54 (suplemento), de 3 de marzo de 2000.

(28) BOE n.º 108 (suplemento), de 5 de mayo de 1988.

(29) BOE n.º 177 (suplemento), de 26 de julio de 1994.

(30) BOE n.º 265 (suplemento), de 5 de noviembre de 1991.

de las garantías de defensa del artículo 24 de la CE y que aquella fue asistida de intérprete en el momento de la declaración, sin que efectuara protesta alguna sobre la actuación del intérprete.

En segundo lugar, que aun cuando se reconozca el derecho a la asistencia de intérprete como tal, este puede ser objeto de ciertas limitaciones. Así se deduce de la Sentencia n.º 71/1988 del Tribunal Constitucional de 24 de abril, en la que dos ciudadanos de origen argelino, inculpados por un presunto delito de robo con intimidación, no pudieron gozar del derecho de asistencia de intérprete, ya que, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el nombramiento de intérprete sólo procede en las declaraciones que procesados o testigos que no conozcan el idioma español hayan de prestar ante los órganos jurisdiccionales, no pudiéndose extender a las conversaciones privadas entre los procesados y su Letrado, a las que es ajeno el Tribunal. El pronunciamiento del Constitucional fue la de estimar el recurso, y ello sobre la base del artículo 24 de la CE, realizando una interpretación extensiva de los artículos de la LECr., puesto que sin la designación de intérprete no puede hacerse efectiva la plenitud de sus derechos, que no se refieren sólo al estricto proceso penal, sino “a los aledaños del mismo”, refiriéndose así a la comunicación con su Letrado para preparar su defensa en la causa, máxime tratándose de un Abogado de oficio, cuya correcta eficacia ha de ser carga del Tribunal o bien del Colegio de Abogados.

En tercer lugar, se aprecia un claro intrusismo profesional en aquellos casos en los que las funciones propias del intérprete las realiza un magistrado sobre la base de su conocimiento privado de la lengua del inculpado. Este es el caso de la Sentencia n.º 188 del Tribunal Constitucional de 3 octubre de 1991, dictada en recurso de amparo presentado por un ciudadano de nacionalidad británica contra la resolución de prórroga en un centro penitenciario. La representación del recurrente de amparo estimaba entre sus alegaciones que el recurrente había sufrido indefensión al no haberse designado intérprete que asistiera al procesado en el trámite de audiencia, dado que el mismo no entendía el idioma castellano y el derecho al intérprete se hallaba taxativamente reconocido en el artículo 398, en relación con los artículos 440, 441 y 520.2.e), todos ellos de la LECr. Asimismo declaraba inaceptable, el considerar suficiente que uno de los miembros del Tribunal, que ni tan siquiera quedaba identificado, conociera perfectamente la lengua inglesa, puesto que ni ese era su cometido ni tampoco había prestado juramento previo para actuar como intérprete.

En cuarto lugar, hay que señalar que, aun en los casos en los que se reconoce y aplica el derecho a la asistencia de intérprete, se aprecian ciertas omisiones en el proceso que pueden perjudicar al interesado. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto sobre el que se pronunció el TC en su Sentencia n.º 181 de 20 de junio de 1994, en el que se acusaba a los recurrentes de un presunto delito contra la salud pública y otro de contrabando y en el que se produjeron dos omisiones relativas a la tarea del traductor y/o intérprete. La primera de ellas tiene lugar cuando en el acto del juicio, tras los informes de los Abogados, no se ofreció interpretación alguna de esos informes a alguno de los idiomas propios de los acusados (francés o árabe) ni se les concedió el derecho a hacer uso del trámite establecido en el artículo 739 de la LECr. Este trámite resultaba tanto más importante para el recurrente por cuanto, habiendo intervenido en primer lugar, tuvo luego que oír cómo los demás acusados se autoexculpaban, imputándole a él toda la responsabilidad en relación con los hechos, sin tener oportunidad de rebatir tales imputaciones.

La segunda omisión consistió en la falta de traducción de los informes forenses a un idioma conocido por el acusado, no dejándole por tanto a este la última palabra. Ambas omisiones se produjeron en el transcurso del juicio oral, si bien fueron denunciadas en el escrito de formalización del recurso de casación.

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado en este trabajo en torno al papel del traductor e intérprete en el ámbito del Derecho de Extranjería se exponen a continuación las siguientes reflexiones:

1. En primer lugar, y con carácter general, se observa una falta de correspondencia entre la teoría, establecida en los diferentes instrumentos legislativos analizados, y la propia práctica del Derecho de Extranjería. Esto es lo que se desprende especialmente del estudio de la jurisprudencia efectuado en el apartado anterior, en el que las limitaciones y las omisiones producidas en un mismo proceso, más que garantizar la tutela judicial efectiva y la defensa del extranjero, propician situaciones de clara indefensión, distorsionando el contenido y la función esencial del derecho a la asistencia de traductor y/o intérprete, que no es otra que la de proteger a todos los ciudadanos ante la ley y en igualdad de trato.

2. No existe por parte de los profesionales que actúan en un proceso administrativo o penal una clara distinción entre la labor de un traductor y la de un intérprete. Tal y como mencionábamos al inicio de este trabajo, el traductor trabaja fundamentalmente con textos escritos, mientras que el intérprete lo hace sobre un discurso oral en un contexto particular y con la presencia de ciertos factores como el tiempo y la inmediatez de la comunicación. No obstante, somos conscientes del hecho de que, en el ámbito del Derecho de Extranjería, ambas funciones, oral y escrita, pueden fusionarse fácilmente y ser acometidas por uno u otro. Considérese en este sentido, que el nombre que recibe un traductor nombrado al efecto por el Ministerio de Asuntos Exteriores español es el de *intérprete jurado*, estando habilitado para ambas tareas. Tan sólo hemos apreciado dicha distinción en la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

3. En lo que se refiere a los casos de intrusismo profesional, conviene señalar que, en muchas ocasiones, esta situación se produce por una clara confusión entre dos competencias que, aun siendo complementarias no son asimilables. Nos referimos a la competencia lingüística frente a la competencia traductora. Son varios los autores que han puesto de manifiesto el error de tal asimilación (SCHÄFFNER, 1998; HURTADO, 2001; ACUYO, 2003, entre otros)³¹. No es nuestro objetivo en este trabajo reabrir el debate en torno a si se prefiere al jurista con conocimientos

(31) Para un análisis de la importancia de la competencia traductora, haciendo una distinción entre ésta y la competencia lingüística desde distintos puntos de vista, vid. SCHÄFFNER en "Qualification for Professional Translators. Translation in Language Teaching vs Teaching Translation", en MALMKJÆR, K. (ed.) (1998): *Translation and Language Teaching. Language Teaching and Translation*, Manchester: St. Jerome; HURTADO ALBIR, A.: (2001) *Traducción y traductología. Introducción a la traductología*. Madrid: Cátedra y ACUYO VERDEJO, M.C.: (2003) "El perfil profesional del traductor de documentos de la propiedad industrial en España", *Butlletí de l'Associació d Traductors i Intèrprets jurats de Catalunya*, Hivern.

lingüísticos o al traductor con conocimientos jurídicos, pero sí el poner de manifiesto el malestar que el intrusismo profesional provoca en el colectivo profesional de los traductores e intérpretes. Bien es cierto que no existe, muy a nuestro pesar, un Colegio Oficial de traductores e intérpretes que nos avale y nos defienda, pero dicha situación no constituye óbice alguno para hacer y dejar hacer, sobre la base del respeto que cualquier profesión nos merece. Sobre la falta de una concienciación social de la necesidad de la figura del traductor e intérprete se ha debatido abundantemente, encontrando en FUENTES (1999)³² y MONZÓ (2002)³³ algunos de sus exponentes. Con relación a esta situación nos agrada ver cómo desde el ámbito europeo, quizá más sensibilizados con esta profesión por trabajar en un marco multilingüe y multicultural, se hace una referencia expresa a estos profesionales. Nos referimos concretamente al Reglamento (CE) n.º 743 del Consejo, de 25 de abril de 2002, por el que se establece un marco general comunitario de actividades con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia civil³⁴. En virtud del artículo 5.2 de dicho Reglamento, la noción de profesional de la justicia se refiere, entre otros, a “los jueces, fiscales, abogados, procuradores, personal académico y científico, funcionarios ministeriales, personal al servicio de la justicia, agentes judiciales, intérpretes jurados y otras profesiones relacionadas con la justicia en el ámbito del Derecho civil”.

4. Llama la atención el hecho de que, tanto la legislación como la jurisprudencia, hagan mención, en la mayoría de los casos, a la asistencia de traductor y/o intérprete, especialmente en el ámbito penal y en los procesos de expulsión. Pareciera como si el extranjero sólo necesitara la asistencia de un intérprete y/o traductor para la salida, y no tanto para la entrada y permanencia del extranjero en cuestión. Obviamente se sabe que son muchas otras las situaciones en las que un nacional de un tercer Estado precisa de los servicios de un traductor y/o intérprete, pero su análisis nos llevaría al estudio de otros instrumentos legislativos distintos a los contemplados en este trabajo.

5. Otra de las cuestiones que nos merece una reflexión es la importancia que reviste para el extranjero el manifestar, desde el principio del procedimiento la necesidad de ser asistido por traductor y/o intérprete, ya que como se ha observado en la Sentencia n.º 406 del TSJ del País Vasco, un conocimiento parcial de la lengua española, por parte del demandante extranjero, podría dilatar innecesariamente el procedimiento, al tener que recurrir posteriormente, en caso de resolución negativa, por indefensión.

(32) Para una visión crítica y real de la profesión del traductor en el ámbito consular, vid. FUENTES LUQUE, A.: (1999) “Traducción diplomática, que no diplomacia en la traducción” en KELLY, D.: *La traducción y la interpretación en España hoy: perspectivas profesionales*.

(33) Esta autora realiza un estudio reflexivo sobre la profesión del traductor jurídico desde el ámbito sociológico, vid. MONZÓ NEBOT, E.: (2002) *La professió del traductor jurídic i jurat: Descripció sociològica del professional i anàlisi discursiva del transgènere*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana.

(34) Véase DOCE L 115 de 01-05-2002, pp. 1-5.

6. En estrecha relación con lo expuesto en el párrafo anterior, nos surge la duda sobre qué se entiende realmente por *conocimiento de la lengua del tribunal o de la audiencia*. El ciudadano extranjero, tras varios meses de estancia en España, y siendo capaz de llevar a cabo una conversación en distintas situaciones comunicativas cotidianas, podría pensar que *conoce y entiende* la lengua española. No obstante, ello no significa necesariamente que su nivel de competencia lingüística sea de un grado tal que permita que la comunicación, sea esta oral o escrita, en el contexto jurídico y administrativo en el que se insertan los procesos del Derecho de Extranjería, se vea mermada por la incomprensión del registro utilizado o por el uso de referencias culturales ajenas al extranjero. Estas interferencias pueden darse sobre todo por la formalidad que caracteriza este tipo de situación comunicativa. En este sentido, cabría preguntarse si quien determina el nivel de competencia lingüística es el letrado, por ser esta normalmente la primera persona que contacta con el extranjero, o si dicho cometido se le asigna al traductor, actuando éste, además, como *perito* lingüístico.

7. Otra reflexión que quisiéramos señalar es la importancia de hacer extensible el derecho de asistencia de traductor y/o intérprete a todos los ámbitos del derecho y en todas las fases del proceso, sea este civil, penal, contencioso-administrativo o social, y ello sobre la base del derecho que todo ciudadano tiene de expresarse en su propia lengua y a recibir cualquier información también en su lengua materna o, al menos, en una lengua que comprenda.

8. Finalmente cabe señalar que, dada la complejidad misma de la normativa que regula la inmigración en España y la pluralidad de situaciones en las que un ciudadano extranjero puede verse involucrado desde que llega al país de acogida, se hace absolutamente imprescindible el trabajo en equipo, en el que desde el personal de la Administración, pasando por abogados, procuradores, fiscales, jueces, hasta traductores, mediadores familiares, educadores y trabajadores sociales, coordinen, asesoren, gestionen, comuniquen y eduquen de manera apropiada al ciudadano extranjero. Creemos firmemente que sólo desde el trabajo cooperativo por parte de todos los agentes implicados podrá lograrse una integración real del inmigrante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACUYO VERDEJO, M.^a DEL CARMEN: (2003) “El perfil profesional del traductor de documentos de la propiedad industrial en España” en *Butlletí de l'Associació de Traductors i Intèrprets jurats de Catalunya*, Hivern.
- FOULQUIÉ RUBIO, A.: (2002a) “Interpretación social: la interpretación en la policía en Granada y Málaga”, *Puentes. Hacia nuevas investigaciones en la mediación intercultural*, 1, pp. 107-115, Granada: Comares.
- FUENTES LUQUE, A.: (1999) “Traducción diplomática, que no diplomacia en la traducción” en KELLY, D. (ed): *La Traducción y la Interpretación en España hoy: Perspectivas profesionales*, Granada: Comares.
- HURTADO ALBIR, A.: (2001) *Traducción y traductología. Introducción a la traductología*, Madrid: Cátedra.
- LARA AGUADO, A.: (2004) “Litigios transfronterizos y justicia gratuita”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17, pp. 83-115.

- (2001) “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en Mercedes MOYA (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, pp. 709-762, Granada: Comares.
- MARTÍN, A.: (2003) “Investigación en interpretación social: estado de la cuestión”, en Emilio ORTEGA (dir.): *Panorama actual de la investigación en traducción e interpretación*, volumen I, pp. 429-446, Granada: Atrio.
- MONZÓ NEBOT, E.: (2002) *La professió del traductor jurídic i jurat: Descripció sociològica del professional i anàlisi discursiva del transgènere*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana.
- MECOLETA RUIZ DE LARRAMENDI, A.: (2002) “El asilo en España y en el Reino Unido”, *Puentes. Hacia nuevas investigaciones en la mediación intercultural*, 2, pp. 93-102, Granada: Comares.
- PADILLA BENÍTEZ, P.: (2002) “Los estudios de interpretación y la investigación en España”, *Puentes. Hacia nuevas investigaciones en la mediación intercultural*, 1, pp. 71-80, Granada: Comares.
- SCHÄFFNER, C.: (1998) “Qualification for Professional Translators. Translation in Language Teaching vs Teaching Translation”, en MALMKJÆR, K. (ed.): *Translation and Language Teaching. Language Teaching and Translation*, Manchester: St. Jerome.
- VALERO GARCÉS, C.: (ed.) (2003) *Traducción e Interpretación en los servicios públicos. Contextualización actualidad y futuro*, Granada: Comares.

Notas y colaboraciones

Dossier: Reforma de Extranjería

NOTA AL DOSSIER

Tal y como señalábamos en el Editorial de este mismo número de la REDMEX, en el momento de cerrar la edición, ni el Proyecto de Reglamento de la Ley de Extranjería, ni la comentada disposición transitoria tercera, que contempla el denominado “*Proceso de normalización*”, están definitivamente cerrados y resulta incluso posible que algunas importantes aportaciones sean recogidas en el texto definitivo.

Así las cosas parecía aventurado incorporar el texto provisional de las disposiciones reglamentarias, que de ser modificado podría provocar una indudable confusión.

Los próximos meses habrán de dedicarse no solo al análisis del desarrollo reglamentario, que lo haremos en el próximo número, sino a la tarea de acometer la elaboración de una profunda reforma legal.

Tal y como señalaba un Informe elaborado por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española,

“Conscientes como somos que en este trámite procedimental no se trata de elaborar propuestas de modificación de la Ley Orgánica 14/2003, sino de adaptar el Reglamento ejecutivo 864/2001, de 20 de julio, a las nuevas y restrictivas previsiones legales, las propuestas adaptadoras deberán intentarse llevar a cabo dentro del estrecho corsé legal establecido por la LO 14/2003, sin renunciar a los principios constitucionales y aquellos que inspiraron la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000, original, que debe ser el marco de referencia inicial para cualquier tipo de reforma de la normativa de extranjería.

Por tanto las propuestas reglamentarias que se plasmen deberían orientarse y reflejar esa voluntad y dirección constitucionalista reformadora. De ahí que las modificaciones o mejor adaptaciones que se realicen son siquiera un “mientras tanto” hasta que no se aborde la esperada y necesaria reforma legislativa, pero sin renunciar y ser consecuentes con los principios inspiradores de la derogación del viejo régimen de la extranjería del año 2000 y en la que el Grupo Parlamentario Socialista tuvo un destacado papel legislativo.

De ahí que las propuestas que se realizan desde esta Subcomisión de Extranjería parten del criterio de la necesaria vuelta a la normalidad administrativa de la LRJAP y PAC y la garantía de los principios de entronque directo constitucional recogidos en aquella norma.”

En este sentido, en el *Dossier* de este número se ha optado por recoger el Texto Integrado de la Ley Orgánica 4/2000, con las incorporaciones operadas por las sucesivas modificaciones, que nos servirá de ayuda para posterior estudio del texto reglamentario y la expresada tarea reformadora.

LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS
EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, MODIFICADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000,
DE 22 DE DICIEMBRE; POR LA LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE
Y POR LA LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Delimitación del ámbito.

1. Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.
2. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.
3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

(Este párrafo ha sido incorporado por el artículo Primero.Uno de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 2. Exclusión del ámbito de la ley.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

- a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención de la autorización de residencia.

b) Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España.

c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

TÍTULO I

Derechos y libertades de los extranjeros

CAPÍTULO I

Derechos y libertades de los extranjeros

Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.

1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Artículo 4. Derecho a la documentación.

1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España.

2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a 6 meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente.

(Este párrafo ha sido introducido por el artículo Primero.Dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. No podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación.

1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

2. No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

Artículo 6. Participación pública.

1. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos.

2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación.

3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio.

4. Los poderes públicos facilitarán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales democráticos del país de origen.

Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación.

1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

Artículo 8. Libertad de asociación.

Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

Artículo 9. Derecho a la educación.

1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.

5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes.

Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.

1. Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

2. Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero**Artículo 11. Libertad de sindicación y de huelga.**

1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.
2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.

Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria.

1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.
3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Artículo 13. Derecho a ayudas en materia de vivienda.

Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles.

Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales.

1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.
3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Artículo 15. Sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los acuerdos aplicables sobre doble imposición internacional, los extranjeros estarán sujetos, con carácter general, a los mismos impuestos que los españoles.

2. Los extranjeros tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país, o a cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables. El Gobierno adoptará las medidas necesarias para facilitar dichas transferencias.

CAPÍTULO II

Reagrupación familiar

Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar.

1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.

2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.

3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.

Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos

Artículo 17. Familiares reagrupables.

1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.

b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

c) Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

d) los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

2. Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica.

(Este párrafo ha sido modificado por el artículo Primero.Tres de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

(Este párrafo ha sido incorporado por el artículo Primero.Tres de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación.

(Este párrafo ha sido incorporado por el artículo Primero.Tres de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 18. Procedimiento para la reagrupación familiar.

1. Los extranjeros que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar. Al mismo tiempo, deberán aportar la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.3, inciso primero, podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año.

(Este párrafo ha sido modificado por el artículo Primero.Cuatro de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Cuando se acepte la solicitud de reagrupación familiar, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

1. El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.

(Este párrafo ha sido modificado por el artículo Primero.Cinco de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.

(Este párrafo ha sido modificado por el artículo Primero.Cinco de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el artículo 17.3.

(Este párrafo ha sido modificado por el artículo Primero.Cinco de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

CAPÍTULO III

Garantías jurídicas

Artículo 20. Derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.

3. En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

4. En los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

Artículo 21. Derecho al recurso contra los actos administrativos.

1. Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

2. El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente.

Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.

(Ver STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003).

CAPÍTULO IV

De las medidas antidiscriminatorias

Artículo 23. Actos discriminatorios.

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discri-

minatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Artículo 24. Aplicabilidad del procedimiento sumario.

La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos.

TÍTULO II

Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros

CAPÍTULO I

De la entrada y salida del territorio español

Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español.

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.

(Este párrafo ha sido modificado por el artículo Primero.Seis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

Artículo 25 bis. Tipos de visados.

Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de alguno de los siguientes tipos de visados, válidamente expedidos y en vigor, extendidos en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley.

- a) Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.
- b) Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.
- c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.
- d) Visado de trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.
- e) Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación.

Reglamentariamente se desarrollarán los diferentes tipos de visados.

(Este artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Siete de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 26. Prohibición de entrada en España.

1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España.

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

Artículo 27. Expedición del visado.

1. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Ocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

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 hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Ocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En dicho procedimiento podrá requerirse la comparecencia personal del solicitante.

4. El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana.

5. Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

6. La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio.

La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

Artículo 28. De la salida de España.

1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley.

2. Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición tendrá siempre carácter individual.

3. La salida será obligatoria en los siguientes supuestos:

- a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.
- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.

CAPÍTULO II

Situaciones de los extranjeros

Artículo 29. Enumeración de las situaciones.

- 1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia.
- 2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda.

(Este artículo ha sido modificado por el artículo Primero.Nueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 30. Situación de estancia.

- 1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Diez de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia.

3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses.

4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses.

Artículo 30 bis. Situación de residencia.

1. Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir.

2. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o residencia permanente.

(Este artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Once de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 31. Situación de residencia temporal. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años.

Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal, la concesión de las renovaciones y la duración de éstas, se establecerán reglamentariamente.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Doce de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 34 de

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado.

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

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Doce de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. 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 de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Doce de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

5. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Doce de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 32. Residencia permanente.

1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

Artículo 33. Régimen especial de los estudiantes.

1. Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos.

2. La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Trece de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios.

4. Los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada.

No obstante lo dispuesto en el artículo 10.2 de esta Ley, los extranjeros admitidos con fines de estudio podrán ser contratados como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en los términos y condiciones previstos en este artículo.

5. La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regularán de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación *au pair*.

Artículo 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados.

1. El Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. El estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine.

2. En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez verificada la pertinente información y siempre que concurren y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener, en los términos que regula-

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

mentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el petitionerario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26, o se haya dictado contra él una orden de expulsión.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Catorce de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá 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.

Artículo 35. Residencia de menores.

1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

4. Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o

extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.

CAPÍTULO III

De la autorización de trabajo y regímenes especiales

Artículo 36. Autorización para la realización de actividades lucrativas.

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar.

Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Quince de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Quince de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado primero del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Quince de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad.

Artículo 37. Autorización de trabajo por cuenta propia.

Para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura

y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Dieciséis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 38. La autorización de trabajo por cuenta ajena.

1. Para la concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.
2. La autorización de trabajo tendrá una duración inferior a cinco años y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad.
3. La autorización de trabajo se renovará a su expiración si:
 - a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente.
 - b) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.
 - c) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.
 - d) Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente. A partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

Artículo 39. El contingente de trabajadores extranjeros.

1. El Gobierno podrá aprobar un contingente anual de trabajadores extranjeros teniendo en cuenta la situación nacional de empleo al que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España.
2. En la determinación del número y características de las ofertas de empleo, el Gobierno tendrá en cuenta las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como un informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes elaborado a tal efecto por el Consejo Superior de Política de Inmigración.
3. El contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen.

4. Asimismo, el contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen.

5. Los visados para búsqueda de empleo autorizarán a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el período de estancia de tres meses, en los que podrá inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo correspondientes. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedará obligado a salir del territorio, incurriendo en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.a) de la presente Ley, sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de 2 años.

6. Las ofertas de empleo realizadas a través del Contingente se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado Acuerdos sobre regulación de flujos sin perjuicio de la posibilidad de realizar ofertas de empleo nominativas a través de este procedimiento en las condiciones que se determinen.

(Este artículo ha sido modificado por el artículo Primero..Diecisiete de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 40. Supuestos específicos.

No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a:

- a) La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente.
- b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un autorización renovada, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que éstos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Dieciocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

- c) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- d) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- e) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de refugiados por los motivos recogidos en su artículo I.C.5.
- f) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.
- g) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

- h) Los extranjeros nacidos y residentes en España.
- i) Los hijos o nietos de español de origen.
- j) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.
- k) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por el procedimiento previsto en el artículo 31.3 de la presente Ley. Dicha autorización tendrá la duración de un año.
- l) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Dieciocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 41. Excepciones a la autorización de trabajo.

1. No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes:

a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las Comunidades Autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.

(Esta letra ha sido modificada por el artículo Primero.Diecinueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

- b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.
- c) El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.
- d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.
- e) Los corresponsales de medios de comunicación social, extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa.
- f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.
- g) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.
- h) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

i) Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales.

j) Los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.

k) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la Entidad de Protección de Menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

(Esta letra ha sido modificada por el artículo Primero.Diecinueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para acreditar la excepción. En todo caso, este procedimiento será el mismo tanto para el personal de instituciones públicas como de organismos promovidos o participados mayoritariamente por una Administración pública.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Diecinueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Asimismo, no tendrán que solicitar la obtención de la autorización de trabajo los extranjeros en situación de residencia permanente establecida en el artículo 32 de esta Ley Orgánica.

Artículo 42. Régimen especial de los trabajadores de temporada.

1. El Gobierno regulará reglamentariamente la autorización de trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan.

2. Para conceder las autorizaciones de trabajo deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas.

3. Las Administraciones públicas promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados.

4. Las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado Acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Veinte de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

5. Las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán en la programación de las campañas de temporada con la Administración General del Estado.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Veinte de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios.

1. Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente, deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general.
2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la autorización de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente.

CAPÍTULO IV

De las tasas por autorizaciones administrativas y por tramitación de las solicitudes de visado

(la redacción de esta rúbrica ha sido modificada por el artículo Primero.Veintiuno de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 44. Hecho imponible. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

1. Las tasas se registrarán por la presente Ley y por las demás fuentes normativas que para las tasas se establecen en el artículo 9 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, constituye el hecho imponible de las tasas la concesión de las autorizaciones administrativas y la expedición de los documentos de identidad previstos en esta Ley, así como sus prórrogas, modificaciones y renovaciones; en particular:
 - a) La concesión de autorizaciones para la prórroga de la estancia en España.
 - b) La concesión de las autorizaciones para residir en España.
 - c) La concesión de autorizaciones de trabajo, salvo que se trate de autorizaciones para un período inferior a seis meses.
 - d) La expedición de tarjetas de identidad de extranjeros.
 - e) La expedición de documentos de identidad a indocumentados.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veintidós de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. En el caso de los visados, constituye el hecho imponible de las tasas la tramitación de la solicitud de visado.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Veintidós de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 45. Devengo.

Las tasas se devengarán cuando se conceda la autorización, prórroga, modificación, o renovación, o cuando se expida el documento.

En el caso de los visados las tasas se devengarán en el momento de presentación de la solicitud de visado.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veintitrés de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 46. Sujetos pasivos.

1. Serán sujetos pasivos de las tasas los solicitantes de visado y las personas en cuyo favor se concedan las autorizaciones o se expidan los documentos previstos en el artículo 44, salvo en las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso será sujeto pasivo el empleador o empresario.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veinticuatro de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Será nulo todo pacto por el que el trabajador por cuenta ajena asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de las tasas establecidas por la concesión, renovación, modificación o prórroga del contrato de trabajo.

Artículo 47. Exención.

No vendrán obligados al pago de las tasas por la concesión de las autorizaciones para trabajar los nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, los sefardíes, los hijos y nietos de español o española de origen, y los extranjeros nacidos en España cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia.

Las solicitudes de visado presentadas por nacionales de terceros países beneficiarios de Derecho Comunitario en materia de libre circulación y residencia estarán exentas del pago de las tasas de tramitación.

(Este artículo ha sido modificado por el artículo Primero.Veinticinco de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 48. Cuantía de las tasas.

1. El importe de las tasas se establecerá por Orden ministerial de los Departamentos competentes.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

2. Las normas que determinen la cuantía de las tasas deberán ir acompañadas de una memoria económico-financiera sobre el coste de la actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía propuesta, la cual deberá ajustarse a lo establecido en los artículos 7 y 19.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril.

3. Se consideran elementos y criterios esenciales de cuantificación que sólo podrán modificarse mediante norma del mismo rango, los siguientes:

a) En la tramitación de la solicitud de visado, los gastos administrativos de tramitación, la limitación de los efectos del visado de tránsito aeroportuario, la duración de la estancia, el número de entradas autorizadas, el carácter de la residencia, así como, en su caso, el hecho de que se expida en frontera. También se tendrán en cuenta los costes complementarios que se originen por la expedición de visados, cuando, a petición del interesado, deba hacerse uso de procedimientos tales como mensajería, correo electrónico, correo urgente, telefax, telegrama o conferencia telefónica.

b) En la concesión de autorizaciones para la prórroga de estancia en España, la duración de la prórroga.

c) En la concesión de autorizaciones de residencia, la duración de la autorización, así como su carácter definitivo o temporal, y, dentro de estas últimas, el hecho de que se trate de la primera o ulteriores concesiones o sus renovaciones.

d) En la concesión de autorizaciones de trabajo, la duración de la misma, su extensión y ámbito, el carácter y las modalidades de la relación por cuenta ajena, así como, en su caso, el importe del salario pactado.

e) En la expedición de tarjetas de identidad de extranjeros, la duración de la autorización y el hecho de que se trate de la primera o ulteriores concesiones o sus renovaciones.

En todo caso, será criterio cuantitativo de las tasas el carácter individual o colectivo de las autorizaciones, prórrogas, modificaciones o renovaciones.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veintiséis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. Los importes de las tasas por tramitación de la solicitud de visado se adecuarán a la revisión que proceda por aplicación del Derecho comunitario. Se acomodarán, asimismo, al importe que pueda establecerse por aplicación del principio de reciprocidad.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veintiséis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 49. Gestión, recaudación y autoliquidación.

1. La gestión y recaudación de las tasas corresponderá a los órganos competentes en los distintos Departamentos ministeriales para la concesión de las autorizaciones, modificaciones,

renovaciones y prórrogas, la expedición de la documentación a que se refiere el artículo 44 y la tramitación de la solicitud de visado.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veintisiete de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Los sujetos pasivos de las tasas estarán obligados a practicar operaciones de autoliquidación tributaria y a realizar el ingreso de su importe en el Tesoro cuando así se prevea reglamentariamente.

TÍTULO III

De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador

Artículo 50. La potestad sancionadora.

El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a la dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 51. Tipos de infracciones.

1. Incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes.
2. Las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica se clasifican en leves, graves y muy graves.

Artículo 52. Infracciones leves. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

Son infracciones leves:

- a) La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.
- b) El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.
- c) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con autorización de residencia temporal.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Artículo 53. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Veintiocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

e) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.

h) Incumplir la obligación del apartado 2 del artículo 4.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Veintiocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 54. Infracciones muy graves.

1. Son infracciones muy graves:

a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

(Esta letra ha sido modificada por el artículo Primero.Veintinueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.

d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

2. También son infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el artículo 66, apartados 1 y 2.

b) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.

c) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada.

Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual haya sido transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo artículo Primero.Veintinueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le es admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

Artículo 55. Sanciones.

1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes:

- a) Las infracciones leves con multa de hasta 300 euros.
- b) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros.
- c) Las infracciones muy graves con multa desde 6.001 hasta 60.000 euros, excepto la prevista en el artículo 54.2.b), que lo será con una multa de 3.000 a 6.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 500.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Treinta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. Corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales, la imposición de las sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica.

En los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), grave del artículo 53.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y muy grave del artículo 54.1.d), el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior.

3. Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

4. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor.

5. A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable de la infracción, en el supuesto de la letra b) del apartado 1 del artículo 54, serán objeto de decomiso los vehículos, embarcaciones, aeronaves, y cuantos bienes muebles o inmuebles, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de la citada infracción.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el apartado anterior podrán ser aprehendidos y puestos a disposición de la autoridad gubernativa, desde las primeras intervenciones, a resultas del expediente sancionador que resolverá lo pertinente en relación con los bienes decomisados.

6. En el supuesto de la infracción prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 54 de la presente Ley, la autoridad gubernativa podrá adoptar, sin perjuicio de la sanción que corresponda, la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años.

Artículo 56. Prescripción de las infracciones y de las sanciones.

1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses.
2. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año.
3. Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años.

Artículo 57. Expulsión del territorio.

1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.
2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.
3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.
4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo segundo.Uno de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.)

5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los que tengan reconocida la residencia permanente.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

6. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

7.a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.a, 517 y 518 del Código Penal.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo segundo.Dos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.)

8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

9. La resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos.

Artículo 58. Efectos de la expulsión y devolución.

1. Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

3. En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por las personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo.

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

4. La devolución será acordado por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo artículo Primero.Treinta y uno de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

6. La devolución acordada en la letra a) del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación de la letra b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y uno de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 59. Colaboración contra redes organizadas.

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como autorización de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Artículo 60. Retorno.

1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.

3. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.

4. La detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

Artículo 61. Medidas cautelares.

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.

c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo segundo.Tres de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.)

2. En los expedientes sancionadores en la comisión de infracciones por transportistas, si éstos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente, podrá acordarse la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado.

Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento.

1. Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.

El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo segundo.Cuatro de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.)

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.

3. Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

4. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

Los extranjeros sometidos a internamiento tienen los siguientes derechos:

- a) A ser informado de su situación.
- b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
- c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el Ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los Servicios de Asistencia Social del Centro.
- e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su Abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
- f) A ser asistido de Abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
- g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

(Este nuevo artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 62 ter. Deberes de los extranjeros internados.

Los extranjeros sometidos a internamiento estarán obligados:

- a) A permanecer en el centro a disposición del Juez de Instrucción que hubiere autorizado su ingreso.
- b) A observar las normas por las que se rige el centro y cumplir las instrucciones generales impartidas por la Dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del mismo, así como las relativas a su propio aseo e higiene y la limpieza del centro.

c) Mantener una actividad cívica correcta y de respeto con los funcionarios y empleados del centro, con los visitantes y con los otros extranjeros internados, absteniéndose de proferir insultos o amenazas contra los mismos, o de promover o intervenir en agresiones, peleas, desórdenes y demás actos individuales o colectivos que alteren la convivencia.

d) Conservar el buen estado de las instalaciones materiales, mobiliario y demás efectos del centro, evitando el deterioro o inutilización deliberada, tanto de éstos como de los bienes o pertenencias de los demás extranjeros ingresados o funcionarios.

e) Someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el Servicio Médico, y a petición de éste, lo disponga el Director del Centro.

(Este nuevo artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 62 quáter. Información y reclamaciones.

1. Los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro información escrita sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un idioma que entiendan.

2. Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al Director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario.

(Este nuevo artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 62 quinquies. Medidas de seguridad.

1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados.

2. Se podrán utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual para evitar actos de violencia o lesiones de los extranjeros, impedir actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo. El uso de los medios de contención será proporcional a la finalidad perseguida, no podrán suponer una sanción encubierta y sólo se usarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

3. La utilización de medios de contención será previamente autorizada por el Director del centro, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El Director deberá comunicar lo antes posible a la autoridad judicial que autorizó el internamiento la adopción y cese de los medios de contención física personal, con expresión detallada de los hechos que hubieren dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento. El Juez, en el plazo más breve posible y siempre que la medida acordada fuere separación preventiva del agresor, deberá si está vigente, acordar su mantenimiento o revocación.

(Este nuevo artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 62 sexies. Funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

En cada Centro de Internamiento de Extranjeros habrá un Director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior.

(Este nuevo artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Artículo 63. Procedimiento preferente.

1. La tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como las a), d) y f) del artículo 53 tendrán carácter preferente.

2. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así. En estos supuestos, el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones sobre el contenido de la propuesta o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Treinta y tres de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal por situación de arraigo conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará con la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Treinta y tres de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.

Artículo 64. Ejecución de la expulsión.

1. Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días.

2. La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos.

3. Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del Juez de Instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y cuatro de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo. *Antiguo párrafo 3.)*

5. No será precisa la incoación de expediente de expulsión para proceder al traslado, escoltados por funcionarios, de los solicitantes de asilo cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite en aplicación de la letra e) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, al ser responsable otro Estado del examen de la solicitud, de conformidad con los convenios internacionales en que España sea parte, cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al estudio de la solicitud. *(Antiguo párrafo 4.)*

Artículo 65. Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

1. Las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general.
2. En todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente.

Artículo 66. Obligaciones de los transportistas.

1. Cuando así lo determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario, a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, a remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español.

La información será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad.

2. Toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a enviar a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, de rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen.

Cuando así lo determinen las autoridades españolas, en los términos y a los efectos indicados en el apartado anterior, la información comprenderá, además, para pasajeros no nacionales de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, el nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad.

La información señalada en el presente apartado deberá enviarse en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas desde la fecha de caducidad del billete.

3. Asimismo, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a:

- a) Realizar la debida comprobación de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado de los que habrán de ser titulares los extranjeros.
- b) Hacerse cargo inmediatamente del extranjero que hubiese trasladado hasta la frontera aérea, marítima o terrestre correspondiente del territorio español, si a éste se le hubiera denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras.
- c) Tener a su cargo al extranjero que haya sido trasladado en tránsito hasta una frontera aérea, marítima o terrestre del territorio español, si el transportista que deba llevarlo a su país de destino se negara a embarcarlo, o si las autoridades de este último país le hubieran denegado la entrada y lo hubieran devuelto a la frontera española por la que ha transitado.
- d) Transportar a los extranjeros a que se refieren las letras b) y c) de este apartado hasta el Estado a partir del cual le haya transportado, bien hasta el Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado, o bien a cualquier otro Estado que garantice su admisión y un trato compatible con los derechos humanos.

La compañía, empresa de transportes o transportista que tenga a su cargo un extranjero en virtud de alguno de los supuestos previstos en este apartado deberá garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuadas mientras permanezca a su cargo.

4. Lo establecido en este artículo se entiende también para el caso en que el transporte aéreo o marítimo se realice desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español.

(Este artículo ha sido modificado por el artículo Primero.Treinta y cinco de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

TÍTULO IV

Coordinación de los poderes públicos

Artículo 67. Coordinación de los órganos de la Administración del Estado.

1. El Gobierno llevará a cabo una observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno inmigratorio con objeto de analizar su impacto en la sociedad española y facilitar una información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas.
2. El Gobierno unificará en Oficinas provinciales los servicios existentes, dependientes de diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en inmigración, al objeto de conseguir una adecuada coordinación de su actuación administrativa.
3. El Gobierno elaborará planes, programas y directrices sobre la actuación de la Inspección de Trabajo previa al procedimiento sancionador destinados especialmente a comprobar el cumpli-

miento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros, así como el cumplimiento efectivo de la normativa en materia de autorización de trabajo de extranjeros, todo ello sin perjuicio de las facultades de planificación que correspondan a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral.

Artículo 68. El Consejo Superior de Política de Inmigración.

1. Para asegurar una adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas con competencias sobre la integración de los inmigrantes se constituirá un Consejo Superior de Política de Inmigración, en el que participarán, de forma tripartita y equilibrada, representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los municipios, cuya composición se determinará reglamentariamente.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Treinta y seis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

2. El Consejo Superior de Política de Inmigración elaborará un informe anual sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes donde podrá efectuar recomendaciones para la mejora y perfeccionamiento de las políticas en estos ámbitos, atendiendo especialmente al funcionamiento y previsión del contingente y de las campañas de temporada.

(Este apartado ha sido modificado por el artículo Primero.Treinta y seis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

3. Para el desempeño de sus funciones, el Consejo Superior de Política de Inmigración podrá consultar y recabar información de los órganos administrativos, de ámbito estatal o autonómico, así como de los agentes sociales y económicos implicados con la inmigración y la defensa de los derechos de los extranjeros.

(Este apartado ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y seis de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

4. El Gobierno complementará y regulará, mediante Real Decreto, la composición, funciones y régimen de funcionamiento del Consejo Superior de Política de Inmigración. (Antiguo apartado 3.)

Artículo 69. Apoyo al movimiento asociativo de los inmigrantes.

Los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, facilitándoles ayuda económica, tanto a través de los programas generales, como en relación con sus actividades específicas.

Artículo 70. El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

1. El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, constituido, de forma tripartita y equilibrada, por representantes de las Administraciones públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de las organizaciones sociales de apoyo, entre ellas los sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales con interés e implantación en el ámbito inmigratorio, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes.

2. Reglamentariamente se determinará su composición, competencias, régimen de funcionamiento y adscripción administrativa.

Artículo 71. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia.

Se constituirá el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, con funciones de estudio y análisis, y con capacidad para elevar propuestas de actuación, en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia.

(Este nuevo artículo ha sido introducido por el artículo Primero.Treinta y siete de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO**Disposición adicional primera. Plazo máximo para resolución de expedientes.**

1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.

2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia así como la renovación de la autorización de trabajo que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.

Disposición adicional segunda. Subcomisiones de Cooperación.

En atención a la situación territorial y a la especial incidencia del fenómeno migratorio y a las competencias que tengan reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de ejecución laboral y en materia de asistencia social, y en concordancia con los mismos, se

podrán constituir subcomisiones en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en concordancia con lo que prevean sus respectivos Estatutos de Autonomía, para analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que les afecten directamente.

En particular, en atención a la situación geográfica del archipiélago canario, a la fragilidad de su territorio insular y a su lejanía con el continente europeo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.1 de su Estatuto de Autonomía, en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Canarias-Estado se constituirá una subcomisión que conocerá de las cuestiones que afecten directamente a Canarias en materia de residencia y trabajo de extranjeros.

Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.
2. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la Misión diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la Misión diplomática u Oficina Consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la Misión u Oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse de que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado.

En cualquier caso, la Misión diplomática u Oficina Consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal.

3. Asimismo, no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un Convenio o Acuerdo Internacional, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo.

(Esta nueva disposición adicional ha sido introducida por el artículo Primero.Treinta y ocho de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes.

La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley, en los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.
2. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.
3. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.
4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.
5. Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.
6. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.
7. Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.
8. Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley.

(Esta nueva disposición adicional ha sido introducida por el artículo Primero.Treinta y nueve de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Disposición adicional quinta. Acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas.

1. En el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas, y con pleno respeto a la legalidad vigente, las Administraciones Públicas, dentro de su ámbito competencial, colaborarán en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo.
2. Para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso directo a los ficheros

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos.

(Esta nueva disposición adicional ha sido introducida por el artículo Primero. Cuarenta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Disposición adicional sexta. Acuerdos de readmisión.

A los extranjeros que, en virtud de los Acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación lo dispuesto en los citados Acuerdos y la presente Ley, así como su normativa de desarrollo.

(Esta nueva disposición adicional ha sido introducida por el artículo Primero. Cuarenta y uno de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Disposición adicional séptima. Delimitación del Espacio Schengen.

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por Espacio Schengen el conjunto de los territorios de los Estados a los que se apliquen plenamente las disposiciones relativas a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas, previstas en el Título II del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

(Esta nueva disposición adicional ha sido introducida por el artículo Primero. Cuarenta y dos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

Disposición adicional octava. Ayudas al retorno voluntario.

El Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad.

(Esta nueva disposición adicional ha sido introducida por el artículo Primero. Cuarenta y tres de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.)

DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO**Disposición transitoria primera. Regularización de extranjeros que se encuentren en España.**

El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá el procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acre-

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

diten haber solicitado en alguna ocasión autorización de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los tres últimos años.

Disposición transitoria segunda. Validez de los autorizaciones vigentes.

Las distintos autorizaciones o tarjetas que habilitan para entrar, residir y trabajar en España a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley que tengan validez a la entrada en vigor de la misma, la conservarán por el tiempo para el que hubieren sido expedidas.

Disposición transitoria tercera. Normativa aplicable a procedimientos en curso.

Los procedimientos administrativos en curso se tramitarán y resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la iniciación, salvo que el interesado solicite la aplicación de la presente Ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la presente Ley y, en especial, el apartado 4 del artículo único 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

2. Queda igualmente derogado el apartado D del artículo 5.III de la Ley 7/1987, de 29 de mayo, de tasas consulares.

DISPOSICIONES FINALES DE LA LEY 4/2000, DE 11 DE ENERO

Disposición final primera. Modificación del artículo 312 del Código Penal.

El apartado 1 del artículo 312 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

“Artículo 312.

1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.”

Disposición final segunda. Inclusión de un nuevo Título XV bis en el Código Penal.

Se introduce un nuevo Título XV bis con la siguiente redacción:

“Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Artículo 318 bis.

1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.
4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.”

Disposición final tercera. Modificaciones en los artículos 515, 517 y 518 del Código Penal.

1. Se añade un nuevo apartado 6.º en el artículo 515 con la siguiente redacción:

“6.º Las que promuevan el tráfico ilegal de personas.»”

2. Se modifica el primer párrafo del artículo 517, que quedará redactado de la siguiente forma:

“en los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:”

3. Se modifica el artículo 518, que quedará redactado de la siguiente forma:

“Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.”

Disposición final cuarta. Artículos no orgánicos.

Los preceptos contenidos en los artículos 10, 12, 13 y 14 no tienen carácter orgánico, habiendo sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

Disposición final quinta. Apoyo al sistema de información de Schengen.

El Gobierno, en el marco de lo previsto en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, adoptará cuantas medidas fueran precisas para mantener la exactitud y la actualización de los datos del sistema de información de Schengen, facilitando el ejercicio del derecho a la rectificación o supresión de datos a las personas cuyos datos figuren en el mismo.

Disposición final sexta. Reglamento de la Ley.

El Gobierno en el plazo de seis meses aprobará el Reglamento de esta Ley Orgánica.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Disposición final séptima. Información sobre la Ley a organismos y organizaciones interesados.

Desde el momento de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para informar a los funcionarios de las diversas Administraciones públicas, a los directivos de asociaciones de inmigrantes, a los Colegios de Abogados, a los sindicatos y a las organizaciones no gubernamentales de los cambios que sobre la aplicación de la normativa anterior supone la aprobación de esta Ley Orgánica.

Disposición final octava. Habilitación de créditos.

El Gobierno dictará las disposiciones necesarias para hacer frente a los gastos originados por la aplicación y desarrollo de la presente Ley.

Disposición final novena. Entrada en vigor.

Esta Ley Orgánica entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *“Boletín Oficial del Estado”*.

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)

II

Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada

SUMARIO

I. La primacía de los tratados internacionales en el Derecho español. A) El valor jurídico de los tratados en el Derecho español. B) Especial importancia de los tratados de derechos humanos en la Constitución Española.

II. La relación entre la Ley de Extranjería y los tratados que obligan a España. A) Los elementos de la comparación. B) La Ley viola tratados internacionales que obligan a España.

III. Cuatro órganos internacionales han comprobado tales violaciones. A) El Comité de Libertad Sindical de la OIT. B) La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa. C) La Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. D) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

IV. Conclusión: la necesidad de superar esta esquizofrenia jurídica y los modos de hacerlo.

I. LA PRIMACÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como primera cuestión relevante de la proyección interna de los tratados examinaremos el valor jurídico de los tratados internacionales en el Derecho español. Hablamos así de su primacía; también conviene poner de relieve la especial importancia de los tratados de Derechos Humanos (DH) en la Constitución Española.

A) El valor jurídico de los tratados en el Derecho español

En el Derecho Internacional Público afirmamos que las normas internacionales (insertas o no insertas en los tratados)¹ priman sobre cualquier norma interna; esta primacía significa que, si

(1) Las costumbres internacionales y los principios generales del derecho, sobre todo.

se produce un choque o una discrepancia o una contradicción entre una norma internacional y otra interna, debe prevalecer siempre la norma internacional.

Los Estados aceptan esta primacía; por eso, admiten expresamente que ningún Estado puede invocar normas de Derecho interno para justificar el incumplimiento o violación de un tratado internacional².

Partiendo de estas ideas generales, en una referencia sintética conviene que nos preguntemos cuál es el valor jurídico de los tratados en el Derecho español. Pues bien, leyendo la Constitución Española afirmamos que los tratados tienen un valor jurídico infraconstitucional pero supralegal.

Decimos que los tratados tienen un valor jurídico infraconstitucional porque deben respetar las normas constitucionales. Si existe un tratado que se oponga a la Constitución y España desea convertirse en parte en ese tratado, primero ha de modificarse la Constitución. Por eso afirma el artículo 95.1: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”³.

Decimos que los tratados tienen un valor jurídico supralegal, porque son superiores a las leyes internas y ello tiene dos importantes consecuencias:

1.^a Las normas de un tratado internacional no pueden ser modificadas ni derogadas ni suspendidas por ninguna ley interna, sino que deben serlo por los procedimientos establecidos en Derecho Internacional, como exige el artículo 96, párrafo 1.^o de la Constitución. Aquí no juega pues el viejo principio según el cual “la ley posterior deroga a la ley anterior”.

Por tanto, si las normas insertas en un tratado no pueden ser derogadas más que por otras normas internacionales (convencionales o no), ello significa indudablemente el carácter supralegal de los tratados. Este carácter debe ser respetado en todo caso por el legislador español, salvo que desee violar esta norma constitucional.

2.^a Las leyes internas de un Estado deben adecuarse a los tratados vinculantes para él, deben respetar lo que dicho Estado se ha comprometido a cumplir; si no se produce ese respeto, España viola su derecho interno, viola el tratado e incurre en responsabilidad internacional.

(2) Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Sí puede invocarse, en cambio, la violación de normas de Derecho interno para conseguir la nulidad de un tratado, cuando la violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental del Derecho interno (artículo 46 de la citada Convención de Viena de 1969).

(3) Ello se produjo ya en 1992, cuando se revisó el artículo 13 de la Constitución, para adecuarlo al Tratado de Maastricht. La cuestión está ahora mismo planteada antes de la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

B) Especial importancia de los tratados de derechos humanos en la Constitución Española

Existe además otro aspecto que resulta relevante en esta cuestión: La especial importancia de los tratados de derechos humanos en la Constitución Española. El artículo 10.2 de la Constitución observa que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por tanto España debe cumplir los tratados en los que sea parte; pero, además la Declaración Universal de Derechos Humanos (que no es un tratado) y los tratados de derechos humanos obligatorios para España también deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar los derechos protegidos por la Constitución o las leyes.

¿Cuál es la finalidad última del artículo 10.2, de nuestra Constitución? El evitar que los órganos españoles (especialmente los tribunales) interpreten los derechos humanos de un modo restrictivo y los limiten e incluso los desnaturalicen.

El Tribunal Constitucional español ha aplicado el artículo 10.2 de la Constitución en numerosas ocasiones; especialmente interesante parece la Sentencia 113/1992⁴, en la cual –refiriéndose al artículo 14.5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵– señala que esa disposición del Pacto constituye “un límite infranqueable a la libertad de configuración normativa del legislador”. Por tanto, dado su carácter supralegal, los tratados limitan la libertad del legislador, a la hora de actuar. Pues bien, en la Ley de Extranjería el actual legislador ha franqueado o ha traspasado ese límite de una manera arbitraria.

Realzando el valor del artículo 10.2 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional ha observado en numerosas ocasiones que los derechos humanos deben interpretarse teniendo en cuenta no solamente las normas de la Declaración Universal y de los tratados de derechos humanos obligatorios para España sino también las decisiones de los órganos internacionales de protección, que aplican esos tratados; con frecuencia, las mismas sentencias del Tribunal Constitucional español se apoyan en tales decisiones, especialmente en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶.

(4) De 14 de septiembre de 1992, fundamento jurídico sexto.

(5) Que protege el derecho de todo condenado a apelar su condena ante un tribunal superior.

(6) Consultar PONCE MARTÍNEZ, Carlos F.: *Tribunal Constitucional y tratados de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza 2002.

II) LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE EXTRANJERÍA Y LOS TRATADOS QUE OBLIGAN A ESPAÑA

Veamos ahora el vigente derecho español. Nos centraremos en la Ley de Extranjería, adoptada como Ley 4/2000 y modificada en diversas ocasiones. A veces se ha producido no una sino varias modificaciones en un período de pocos meses.

A) Los elementos de la comparación

En un examen comparativo entre la Ley de Extranjería o Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y algunos tratados de derechos humanos en los que es parte España encontramos sin duda contradicciones; me referiré tan sólo a las contradicciones directas, a los choques frontales entre normas de la Ley y normas de tratados internacionales.

Los elementos de la comparación son pues algunas normas de la vigente Ley de Extranjería y ciertos tratados internacionales que obligan a España.

Las normas de la Ley de Extranjería son las siguientes:

- El artículo 7 de la Ley que protege la libertad de reunión.
- El artículo 8 que protege la libertad de asociación.
- El artículo 9 que nos habla del derecho a la educación.
- El artículo 10 que proclama el derecho al trabajo y a la seguridad social.
- El artículo 11 que se refiere a la libertad de sindicación y de huelga.
- El artículo 14 que recoge el derecho a la seguridad social.
- El artículo 16 que recoge el derecho a la vida en familia y
- El artículo 22 que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los cinco tratados internacionales que obligan a España, que nos sirven de segundo elemento, son:

- El Convenio n.º 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Libertad Sindical;
- La Convención Europea de Derechos Humanos, completada por 14 protocolos adicionales;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, completado por dos protocolos adicionales;
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, completado por un protocolo adicional, y
- La Convención de Derechos del Niño.

Para un enfoque correcto debemos partir del artículo 96.1 de nuestra Constitución, que señala que *“los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”*. Luego los tratados citados, que han cumplido tales requisitos, forman parte del Derecho español y además con rango suprallegal.

Analizando esta norma constitucional, escribe MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: que, *“por mandato y remisión de la Constitución*, las normas del Derecho Internacional propias de ese ámbito del «Derecho de los Tratados» obligan a todos los órganos del Estado español cuyos poderes sólo se ejercen *constitucionalmente* si aplican las normas y procedimientos especiales establecidos

Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente

II

por el Derecho Internacional. Por lo tanto, una ley interna española no puede producir el efecto jurídico de la inaplicación (menos aún el de la «expulsión» del ordenamiento jurídico) de una norma convencional «contradictoria» con ella, que esté internacionalmente en vigor para España y haya sido regularmente publicada⁷.

Abundado en la misma dirección puede afirmarse –en palabras del Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española– que “donde la Constitución y los Tratados internacionales no distinguen, la Ley (por muy Orgánica que ésta sea) no puede distinguir”⁸.

¿Ha respetado el legislador español esta prescripción constitucional o se ha “olvidado” de la misma? El legislador español se vale de la técnica de la restricción de derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados; a través de dicha técnica, modifica unilateralmente normas insertas en tratados internacionales que obligan o vinculan a España. De esa manera se produce, simultáneamente, la violación del artículo 96.1, de nuestra Constitución, y de los tratados internacionales cuyas obligaciones son exigibles a España.

En otras palabras, allí donde los tratados internacionales dicen “todos” o “todas las personas tienen derecho a...”, el legislador español ha dicho: “Sólo los residentes...”, o sea sólo los que se hallen legalmente en territorio español tienen ese derecho.

En realidad, el legislador español (desde una visión anacrónica, localista e inadmisible jurídica) se ha olvidado de un principio básico en Derecho, el que exige la interpretación de los tratados internacionales desde la buena fe. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (entre Estados), que también obliga a España, exige esa interpretación de buena fe en su artículo 31.1.º. Pues bien, si España hubiese respetado este principio, ello se habría notado inequívocamente en la redacción de la Ley de Extranjería.

B) La Ley viola tratados internacionales que obligan a España

Podemos hablar así de cinco conjuntos de problemas: Las libertades de reunión, asociación y sindicación y el derecho de huelga, por un lado; el derecho al trabajo y a la seguridad social, por otro; el derecho a la vida familiar, en tercer lugar; el derecho a la educación, en cuarto término, y, finalmente, el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En primer lugar, la Ley no respeta las libertades de reunión, asociación y sindicación ni el derecho de huelga de los inmigrantes.

(7) *Derecho Internacional Público* (Parte General), tercera ed. revisada, Trotta, Madrid 1999, p. 575.

(8) Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, texto en la página web del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (<http://www.reicaz.es/extranjeria/>), p. 4.

La Ley de Extranjería dice en sus artículos 7, 8 y 11 que los extranjeros disfrutarán del derecho de reunión, de asociación, de sindicación y de huelga pero añade una limitación jurídicamente inaceptable: Afirma que estos derechos los extranjeros “sólo podrán ejercerlos cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

En otras palabras, según los tratados todas las personas tienen esos derechos pero las personas indocumentadas o las insuficientemente documentadas no pueden ejercerlos hasta que no tengan los documentos exigidos por el Derecho español. Por tanto esas personas carecen realmente de tales derechos, han sido privadas de ellos por la Ley de Extranjería.

Comparemos ahora esas normas con la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada en 1950 en el Consejo de Europa y completada mediante 12 protocolos adicionales. Su artículo 11 protege las libertades de reunión y asociación, observando: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

Pues bien, el artículo 11 de la Convención europea permite que estos derechos se restrinjan pero cumpliendo las siguientes cuatro condiciones:

Que las restricciones se prevean en la Ley; esta condición (el criterio de la legalidad) la cumple la Ley de Extranjería.

Que las restricciones sean “necesarias en una sociedad democrática”. Desde luego privar de esos derechos a algunos extranjeros ni es una medida “necesaria” ni resulta admisible “en una sociedad democrática”; por el contrario, ha de conceptuarse claramente como una medida innecesaria y antidemocrática.

Que las restricciones sean proporcionadas al fin perseguido. Resulta claro que el fin último perseguido por la Ley de Extranjería es el de evitar la inmigración irregular; pues bien, ese fin no puede ser logrado mediante la privación individual de estos derechos a los extranjeros indocumentados o insuficientemente documentados. La proporción entre ese fin y la medida adoptada (la violación de unos derechos humanos atribuidos a todas las personas) no existe.

Que las restricciones obedezcan a motivos como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás; he aquí el criterio de la motivación. Tampoco parece razonable que se alegue uno de estos motivos para privar de estos derechos a esos extranjeros.

No puede olvidarse en la misma dirección el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, cuyo artículo 22, párrafo 3.º, también protege estos derechos. Por otro lado destacaré que el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también protege “el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección”; y si el citado Pacto dice “toda persona”, ese derecho se atribuye a toda persona, nacional o extranjera, documentada o indocumentada. Finalmente, si analizamos el problema desde la perspectiva de

Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente

II

la Organización Internacional del Trabajo, habrá que recordar el Convenio n.º 87, cuya violación ha sido constatada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Por lo tanto, la Ley de Extranjería (en sus artículos 7, 8 y 11) viola claramente la Convención Europea de Derechos Humanos, ambos Pactos Internacionales y el Convenio n.º 87 de la OIT.

Además la Ley no respeta el derecho al trabajo y a la seguridad social de los inmigrantes. Por eso otra norma de la Ley de Extranjería inequívocamente impugnabile desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos que obligan a España es la contenida en su artículo 10. Dice su párrafo 1.º: “Los extranjeros, que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Se afirman ahora dos derechos: El derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social.

Respecto al derecho al trabajo, comparando esta norma con el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comprobaremos asimismo el choque frontal entre ambas. El artículo 6 de este Pacto señala: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

Tampoco hace falta poseer grandes conocimientos jurídicos ni una especial técnica interpretativa (sino interpretar la citada norma dando a sus términos su sentido corriente y desde la buena fe) para observar que este derecho se atribuye en el Pacto a toda persona, nacional o extranjera, documentada suficientemente o no.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma además que los Estados partes deben tomar medidas adecuadas para garantizar ese derecho; privar de él a numerosos extranjeros no es desde luego una medida adecuada para garantizar este derecho, sino un modo de soslayar los compromisos adquiridos en el Pacto. También en este aspecto España viola inequívocamente sus obligaciones internacionales asumidas mediante un tratado.

Respecto al derecho a la seguridad social, la Ley lo atribuye asimismo tan sólo a los extranjeros residentes, en el citado artículo 10 y en el artículo 14. Pues bien, ambas normas violan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 9 señala que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

No obstante, habrá de recordarse que el artículo 14 de la Ley de Extranjería tan sólo viola obligaciones internacionales asumidas convencionalmente por España en sus apartados 1.º y 2.º. El apartado 3.º, por el contrario, respeta tales obligaciones pues atribuye a todas las personas (“cualquiera que sea su situación administrativa”) el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

En tercer lugar, la Ley no respeta el derecho a la vida familiar de los inmigrantes. El artículo 16, párrafo 1.º, de la Ley de Extranjería señala que “los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España”. Nos encontramos nuevamente ante una norma muy curiosa:

- Cita los tratados internacionales que España debe aplicar;
- Pero realmente viola los mismos tratados que cita y que debería aplicar.

La violación se produce al afirmar que sólo los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar; según el legislador español, los no residentes carecen pues de tan elementales derechos.

Muy distinta es la posición de los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a España; leyendo por ejemplo el artículo 8, párrafo 1.º, de la Convención Europea de Derechos Humanos, podremos comprobar cómo “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Por tanto, ese derecho corresponde a toda persona, sea nacional o extranjera, documentada o indocumentada.

En la misma dirección puede aducirse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) y la Convención de Derechos del Niño (artículos 8 y 16).

La Ley tampoco respeta el derecho de todos a la educación de los inmigrantes. En esta materia, avancemos hasta una hipótesis: La Comunidad Autónoma X tiene competencias en materia de educación. Pues bien, de acuerdo con las bases sentadas con anterioridad, dicha Comunidad Autónoma está obligada a aplicar los tratados internacionales que vinculen a España. Si no lo hace, ello acarrea una doble consecuencia: Viola el Derecho español y hace que España incurra en responsabilidad internacional.

En cuanto al derecho a la educación, la Ley de Extranjería dice en el párrafo 1.º de su artículo 9: “Todos los extranjeros menores de 18 años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas”.

Esta norma respeta perfectamente las previsiones de los tratados de derechos humanos que vinculan a España; cumple sin tacha alguna los tratados internacionales que obligan a España. Tal respeto o intachable cumplimiento se produce porque dicha norma parte de la no discriminación entre españoles y extranjeros y concede a todos el mismo derecho a la educación básica.

Pero el párrafo 3.º de este mismo artículo 9 de la Ley nos dice: “Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles”. Si revisamos atentamente este párrafo 3.º, comprobaremos que esta norma abre la

Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente

II

enseñanza no obligatoria únicamente a los extranjeros residentes legalmente, privando de la misma a los indocumentados o insuficientemente documentados.

El párrafo 3.º del artículo 9 choca directamente con tres tratados vinculantes para España: La Convención Europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de Derechos del Niño.

La Convención Europea de Derechos Humanos recoge en su Protocolo adicional n.º 1 (que también obliga a España) la siguiente afirmación: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción” (artículo 2).

El artículo 9.3 de la Ley de Extranjería resulta a la vez claramente incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. El artículo 13 de este Pacto, párrafo 2.º, apartado c), indica: “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. Pues bien, ese “todos” engloba a todas las personas que se hallen en el territorio de un Estado o sea bajo la jurisdicción de éste; y no permite excluir a los indocumentados ni a los insuficientemente documentados.

Por otra parte, la Convención de Derechos del Niño, que también obliga a España, en su artículo 28, párrafo 1.º, apartado c), atribuye el derecho de acceso a la enseñanza superior a todos, sobre la base de la capacidad de cada persona. De nuevo queda clara la incompatibilidad entre la Ley de Extranjería y los tres tratados citados, que obligan a España.

Finalmente la Ley también viola el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Este derecho significa que nadie puede quedarse sin defensa ante los tribunales porque carezca de recursos económicos. Si una persona no tiene recursos, los Estados ponen a su disposición un abogado de oficio.

El párrafo 1.º del artículo 22 de la Ley de Extranjería dice que los extranjeros, que se hallen en España y carezcan de recursos, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan conducir a la denegación de su entrada, a su devolución o a su expulsión; tienen el mismo derecho en los procedimientos relativos al asilo. Si no comprenden o no hablan la lengua oficial que se utilice en el procedimiento, también tienen derecho a un intérprete.

Este párrafo no suscita ningún problema de compatibilidad con los citados tratados de derechos humanos. Pero el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete sólo lo extiende la Ley de Extranjería a todos en esos cuatro casos (denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo).

¿Qué sucede con la asistencia jurídica gratuita en otros casos? Sucede que el artículo 22, en su párrafo 2.º, lo extiende sólo a los residentes, a los documentados, que prueben insuficiencia de

medios económicos. Sin embargo, los indocumentados o los insuficientemente documentados no disfrutaban de ese derecho y aquí surge de nuevo el choque frontal con normas internacionales.

La Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 6, señala que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial y a defenderse por sí misma o mediante un defensor y “si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio” [párrafo 3.º, apartado c)]. En similares términos se expresa el artículo 14, párrafo 2.º, apartado d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que protege el derecho de toda persona “a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios para pagarlo”. Por tanto, el artículo 22, párrafo 2.º, de la Ley de Extranjería viola directamente dichos tratados.

III) CUATRO ÓRGANOS INTERNACIONALES HAN COMPROBADO TALES VIOLACIONES

Esta permanente contradicción entre la Ley de Extranjería y los tratados internacionales no solamente ha sido constatada a nivel teórico; también lo ha sido ya en la práctica nada menos que por cuatro órganos internacionales.

Por eso España ha recibido hasta el momento cuatro condenas internacionales. La primera procede de la OIT (en concreto su Comité de Libertad Sindical), la segunda se debe a la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la tercera proviene de la Relatora Especial en el tema de los Derechos Humanos de todos Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la cuarta ha sido efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma ONU.

A) El Comité de Libertad Sindical de la OIT

Ante el citado órgano de la OIT se presentaba el caso n.º 2.121, una queja interpuesta en marzo de 2001 contra el Gobierno de España por el Secretario General de la Unión General de Trabajadores (UGT). El mencionado Comité concluía en marzo de 2002 que España viola el Convenio n.º 87 de la OIT⁹. El artículo 2 del Convenio n.º 87 de la OIT afirma textualmente: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

La respuesta del Gobierno español a la queja presentada por la UGT, según el informe definitivo del Comité de Libertad Sindical, no deja lugar a dudas de esta modificación unilateral de

(9) Agradezco al Área de Migraciones de la UGT (Comisión Ejecutiva Confederal) el envío tanto del texto de la queja como del Informe Definitivo del Comité de Libertad Sindical.

Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente

II

normas insertas en un Convenio. La respuesta contiene los siguientes aspectos de gran relevancia:

1.º Según el Gobierno, “en realidad, lo que hace la Ley 8/2000 es clarificar la situación de los extranjeros que se encuentran legalmente en España respecto a los que no lo están... El Gobierno especifica que si se restringen los derechos de los extranjeros ilegales no es porque son extranjeros, sino precisamente porque son ilegales”¹⁰. Formalmente por tanto no se les ha privado de su condición de personas.

2.º El extranjero ilegal, “si bien en su condición de persona y, como tal, es titular indiscutible de derechos y libertades, por su condición de ilegal se aleja sin embargo de la ordenación jurídica que en las sociedades actuales le permitiría el ejercicio y la efectividad de tales derechos”. En otros términos, el extranjero ilegal indiscutiblemente tiene esos derechos pero indiscutiblemente no puede ejercerlos.

A estas alturas de la evolución jurídica, en un Estado de Derecho, resulta ocioso recordar que, quien no puede ejercer un derecho, realmente carece de él, realmente no lo tiene. Lo contrario supone efectuar maniobras jurídicas tal vez de gran efectismo político pero de nula validez en Derecho; estas maniobras no solamente desprestigian a quien las efectúa, sino que también redundan en inseguridad jurídica y en desprestigio de todo el Derecho.

3.º Entramos de lleno en la problemática del artículo 96.1.º, cuando en su respuesta el Gobierno afirma lo siguiente: “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los países, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a personas que no sean nacionales suyos”¹¹. Pues bien, acudamos ahora al citado Pacto; su artículo 2, párrafo 3 observa textualmente: “Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

Comparando la respuesta española y el texto del artículo 2, párrafo 3.º, ambos literalmente transcritos, se observa cómo España se autojuzga país en desarrollo o el asesor jurídico y el redactor de esta respuesta modifican unilateralmente el Pacto, que obliga a España¹². Esta interpretación de dicha norma del citado Pacto Internacional realizada por uno de nuestros estudiantes de Derecho supone sin duda un claro e irrevisable suspenso; cuando aparece en la respuesta oficial de España, provoca perplejidad, consternación, preocupación, etc.

Finalmente habremos de recordar que el Comité de Libertad Sindical reitera que la única excepción a la libertad sindical de todos los trabajadores la contiene el artículo 9 del Convenio

(10) Apartado 556 del Informe Definitivo para esta y la siguiente cita textual.

(11) Apartado 558 del Informe Definitivo del Comité de Libertad Sindical.

(12) Ratificado por España, texto publicado en el BOE de 30 de abril de 1977.

n.º 87 “y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía. Por tanto, a juicio del Comité, todos los trabajadores, salvo los contemplados en esta única excepción, están amparados por el Convenio n.º 87”¹³.

B) La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa

La COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (la ECRI, por sus siglas en inglés), órgano del Consejo de Europa con sede en Estrasburgo, aprobaba el 13 de diciembre de 2002 su SEGUNDO INFORME SOBRE ESPAÑA, publicado el 8 de julio de 2003¹⁴.

Al referirse a la Ley de Extranjería señala textualmente: “La Ley 8/2000 no concede a los trabajadores ilegales el derecho de asociación, de huelga ni de sindicación. Esta disposición ha sido muy criticada en determinados sectores de la sociedad civil española. La ECRI comprende que se ha amenazado a la constitucionalidad de estas disposiciones, y confía en que se tomará una decisión al respecto a la mayor brevedad” (p. 6).

La respuesta del Gobierno español también provoca una desagradable sorpresa. Olvidando los tratados que obligan a España y que dicen que todas las personas tienen esos derechos, señala: “El Derecho Internacional, convencional y consuetudinario, no impone una obligación general a los Estados de reconocer a los trabajadores extranjeros ilegales los derechos de asociación, huelga y sindicación. Lo que pretende la Ley Orgánica 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social es favorecer la inserción de los extranjeros en la sociedad española, pero estando en la legalidad como los españoles, pues su marginación supondría excluirlos”.

Interprétese por favor este párrafo, porque si la Ley de Extranjería, al prohibir esos derechos para los extranjeros que se hallan en situación irregular no los margina, ¿qué hace realmente? ¿acaso los integra?

En la condena que realiza la ECRI sobresale otro aspecto: La aplicación de la Ley no es general; por eso su informe dice que “si bien las leyes de inmigración españolas son aplicables sin excepciones en todo el territorio español, se ha comunicado a la ECRI que la aplicación práctica de la Ley 4/2000, enmendada por la Ley 8/2000, y de su reglamentación varían considerablemente en las diferentes regiones del país. La ECRI expresa particular preocupación por los informes presentados sobre la aplicación de algunos aspectos de la legislación de inmigración, y de otras disposiciones legislativas, en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla” (p. 56).

Pues bien, el Gobierno español, sin admitir la realidad aunque exista (o precisamente porque existe) señala que “carece totalmente de fundamento la afirmación, que no se argumenta en forma alguna, de que la aplicación práctica de la Ley 4/2000 y las regulaciones que la desarrollan varían considerablemente en su aplicación en diferentes regiones del país”.

(13) Apartado 561 del Informe Definitivo.

(14) Texto en <http://www.coe.int/ecri>, incluyendo la respuesta del Gobierno español.

C) La Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Del 15 al 27 de septiembre de 2003 visitaba España Gabriela RODRÍQUEZ PIZARRO, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el tema de Trabajadores Migrantes.

En este breve análisis seguiremos el esquema del propio Informe. A veces contrastaremos su contenido con la Nota verbal de 29 de enero de 2004 de la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra¹⁵.

El Informe resulta muy claro en varios aspectos:

1.º Al afirmar que “el gran número de migrantes en situación irregular se debe, entre otras razones, a que las órdenes de deportación no son ejecutadas” (p. 36).

A esta cuestión el Gobierno responde de un modo por lo menos curioso: “El aumento del número de inmigrantes ilegales en España no es debido a la iniciación de los procedimientos de expulsión o a la falta de ejecución de las órdenes de deportación una vez finalizado dicho procedimiento sino a que una vez dictada la orden de expulsión el responsable jurídico de su cumplimiento, que es el propio extranjero, no la acata” (p. 36 RG).

Este párrafo, que merece una exégesis jurídica en amplitud, pone de relieve algunos aspectos importantes:

– El Gobierno sigue considerando a los inmigrantes en situación irregular como “inmigrantes ilegales”; cualquier estudiante de Derecho sabe que ninguna persona es ilegal, aun cuando sí pueden serlo sus actos; se vale del mito de la ilegalidad de las personas sin ningún rubor.

– Los encargados de cumplir la expulsión o la deportación son los afectados; los “malos” son los inmigrantes que no se van, que siguen en territorio español a pesar de las órdenes de las “buenas autoridades” españolas. Podríamos pensar en un condenado en rebeldía que no se dirigiera a la cárcel; el “malo” sería el condenado, no el ineficaz poder estatal que no lo detiene. Estamos ante una argumentación preparada por una luminosa mente jurídica... que salva al poder de cualquier responsabilidad.

2.º Por otra parte la Relatora señala: “Los cuerpos de seguridad encargados de aplicar la ley, no siempre conocen con precisión la diferencia entre la devolución y la expulsión y las distintas garantías que acompañan estos procedimientos” (p. 37). Por eso muestra “su preocupación por las dificultades que encuentran los migrantes en situación irregular para regularizarse” (p. 40).

(15) Es el Documento E/CN.4/2004/G/17, de 10 de febrero de 2004.

La respuesta del Gobierno también merece ser esculpida en bronce para la posteridad (párrafos 40 y 70 de su Nota Verbal): “Es evidente que el mecanismo para luchar contra la migración irregular no puede ser la regularización de migrantes irregulares” (p. 40 RG). Si es tan evidente, ¿a qué se debe que en el pasado el Gobierno español realizase regularizaciones? ¿Por qué razón “a lo largo de los años 2000 y 2001, coincidiendo con la aprobación de una nueva legislación de extranjería, se aprobaron cuatro procesos extraordinarios de documentación de extranjeros que se encontraban en España en situación irregular, a través de los que fueron regularizados aproximadamente 500.000 extranjeros”, como dice la misma Respuesta del Gobierno? (p. 70 RG).

3.º Respecto al tráfico y la trata, las autoridades españolas los achacan a las perversas redes del crimen organizado transnacional. Durante su visita, la Relatora “solamente escuchó de parte de las autoridades que las redes criminales venían de países africanos, latinoamericanos o asiáticos” (p. 44).

La detención de extranjeros provoca asimismo algunos comentarios interesantes. Se dice que la detención administrativa no tiene carácter punitivo, pero el Informe nota que todos los centros visitados eran antiguas prisiones. La Relatora “notó con preocupación que los migrantes detenidos poseen una seria falta de información, asistencia jurídica y servicios de traducción e interpretación. El ACNUR y otras organizaciones expresaron preocupación ante la ausencia de asistencia letrada o asistencia insatisfactoria, que dificultan el acceso al asilo” (p. 46).

4.º En cuanto a los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) de Ceuta y Melilla, “a la Relatora Especial le preocupa el problema estructural relacionado con la permanencia de los migrantes no expulsados en un limbo jurídico que les impide regularizarse e integrarse y las presiones que esto les provoca” (p. 50).

5.º El examen de la situación de los menores no acompañados resulta crítico para España; por un lado, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales informa que no se ha dado ningún caso de expulsión de tales menores; pero en la visita a Ceuta y Melilla se le aporta información sobre varios casos de expulsiones de menores. Además “la manera como se llevaron a cabo algunas reagrupaciones familiares, dejando supuestamente al menor en manos de la policía marroquí, sin presencia de la familia o de los servicios sociales, hace que estas «reagrupaciones» se interpreten como expulsiones. Sin embargo, muchos menores «reagrupados» regresan a España y algunos informan de malos tratos por parte de la policía marroquí” (p. 55).

De las catorce recomendaciones a mi entender sobresalen las tres siguientes:

- Necesidad de que España ratifique la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;
- Necesidad de que España revise la legislación interna, para que no se socaven los Derechos Humanos de migrantes y solicitantes de asilo;

– “La Relatora Especial invita al Gobierno y a la prensa a evitar declaraciones y expresiones que fomentan el miedo al extranjero y pueden llevar a episodios de racismo y xenofobia” [apartado g]).

D) El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU

El 14 de mayo de 2004 el COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, órgano de la ONU que examina los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en el que también es parte España, adoptaba sus CONCLUSIONES examinando el cuarto informe periódico enviado por España¹⁶. También en este caso encontramos una clara condena de España por la Ley de Extranjería.

El Comité se declara preocupado “por la precaria situación de un importante número de inmigrantes indocumentados que sólo disfrutan de una protección limitada de sus derechos económicos, sociales y culturales” (p. 7). También muestra su preocupación por el hecho de que el incremento del número de inmigrantes “se ve acompañado por actitudes negativas y hostiles hacia los extranjeros, y a veces por incidentes xenófobos” (p. 8).

Además de mostrar su preocupación por la situación de los extranjeros en el servicio doméstico y el tráfico de personas, así como los menores no acompañados, el COMITÉ “urge al Estado parte a adoptar todas las medidas de protección efectiva de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales para todas las personas que residan en su territorio, de acuerdo con el artículo 2.2 del Pacto. Además anima al Estado parte a promover la legalización de los inmigrantes indocumentados así como a que les permita que disfruten totalmente de sus derechos económicos, sociales y culturales” (p. 24).

Finalmente el Comité insta al Estado “a combatir el racismo y la xenofobia y a continuar promoviendo el entendimiento intercultural y la tolerancia entre todos los grupos de la sociedad” (p. 25).

IV) CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE SUPERAR ESTA ESQUIZOFRENIA JURÍDICA Y LOS MODOS DE HACERLO

Estas condenas de diversos órganos internacionales manifiestan la contradicción permanente en la que vivimos: Hablamos de Derechos Humanos –que necesariamente deben atribuirse a todas las personas– pero después la Ley de Extranjería y la política española de inmigración no aplican tales Derechos a los extranjeros, sea cual sea su situación migratoria. Una contradicción que el próximo Reglamento de la Ley de Extranjería (por muchos avances que suponga) no puede superar.

Si los tratados ratificados por España, como los cinco citados en el texto, una vez publicados oficialmente, forman parte del Derecho Español (artículo 96 de nuestra Constitución *dixit*) y,

(16) E/C.12/1/Add.99.

si además, tienen rango suprallegal, ¿cómo permite el ordenamiento español esa permanente contradicción, esa esquizofrenia jurídica, sin que rechinen sus goznes y salten por los aires sus mecanismos normativos?

Los modos para superar dicha esquizofrenia jurídica son claros:

- 1.º Cumplimiento estricto de los tratados internacionales que obligan a España porque voluntariamente los ratificó.
- 2.º Revisión de la Ley de Extranjería y adecuación de sus normas a dichos tratados, porque tienen rango suprallegal.
- 3.º Ratificación de la Convención internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990, vigente desde julio de 2003.

MAURICIO VALIENTE OTS
Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Coordinador del Servicio Jurídico

III

La incidencia del nuevo Reglamento de Extranjería en el régimen de asilo y refugio en España

SUMARIO

I. Sobre la conveniencia de una reforma parcial de la normativa de asilo.

II. Modificación del Reglamento de Asilo. A) Autorizaciones laborales de los solicitantes de asilo y los titulares de una protección complementaria. B) El procedimiento de inadmisión a trámite y la protección complementaria. C) Nueva definición de la protección complementaria. D) Renovación de las autorizaciones de residencia derivadas del asilo.

III. Artículos del nuevo Reglamento de Extranjería con incidencia en el asilo. A) Obligaciones de los transportistas en el control de documentos. B) Visados de asilo. C) Extranjeros indocumentados. D) Retorno, devolución y salidas obligatorias.

I. SOBRE LA CONVENIENCIA DE UNA REFORMA PARCIAL DE LA NORMATIVA DE ASILO

Son de sobra conocidas las diferencias sustanciales que existen entre el régimen previsto legalmente para los refugiados y el establecido para el resto de los extranjeros, en especial, en todo lo referente a la entrada en territorio español, el reconocimiento del principio de no devolución durante la tramitación de las solicitudes y el acceso al mercado laboral.

Debido a lo anterior, cabría preguntarse sobre la conveniencia de realizar un análisis como el propuesto en el título de este artículo. Sin embargo, el Reglamento de Extranjería¹ vigente hasta ahora contiene importantes referencias al régimen de asilo y refugio. Además, la regulación de las condiciones y requisitos para la entrada a territorio español, incide cada vez de una manera más directa en las posibilidades de acceso al procedimiento de asilo. Por último, el actual proyecto de Reglamento de Extranjería, que, en el momento de escribir estas líneas se encuentra

(1) Reglamento de Extranjería: Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

todavía en fase de elaboración, contempla una disposición final tercera por la que se modifican varios artículos del Reglamento de Asilo².

Esta modificación del Reglamento de Asilo ha producido una cierta sorpresa, ya que introduce elementos muy importantes en el sistema que deberían haber sido debatidos con la suficiente antelación y detenimiento. En particular, llama la atención la incompleta incorporación que se realiza de la normativa de la Unión Europea (sobre todo de la Directiva de Acogida³ y la *Directiva de definición de estatutos de protección internacional*⁴).

La necesidad de una modificación en profundidad de la Ley de Asilo⁵, impuesta por las novedades introducidas en el proceso de armonización de las políticas de la Unión Europea en esta materia (que se anuncia para 2005), la conveniencia de mejorar el vigente y muy deficiente Reglamento de Apatridia⁶, así como la oportunidad de incorporar a nuestra legislación las conclusiones del *Proceso de Consultas Globales* realizado en el cincuenta aniversario de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados (organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR–)⁷, hubiera aconsejado un punto de vista global y comprensivo.

En este artículo voy a presentar las principales consideraciones que ha realizado la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) a la propuesta gubernamental⁸.

(2) **Reglamento de Asilo:** Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

(3) **Directiva de Acogida:** Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

(4) **Directiva de definición de estatutos de protección internacional:** 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 países terceros o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (de reciente publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 30 de septiembre de 2004).

(5) **Ley de Asilo:** Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

(6) **Reglamento de Apatridia:** Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, aprobado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio.

(7) Estas conclusiones recogen temas de innegable actualidad e importancia, como las “Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967”, en especial, en lo referente a las prácticas que garanticen una atención adecuada a las mujeres solicitantes en los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado.

(8) El documento completo se puede consultar en la página web de CEAR: www.cear.es/documentos/2004.

II. MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE ASILO

A) Autorizaciones laborales de los solicitantes de asilo y los titulares de una protección complementaria

Con la aprobación de las instrucciones para la aplicación de la LO 14/2003 (en especial, en su exigencia de una personación del empleador para presentar las solicitudes ante el organismo competente para instruir las –en este caso, la antigua Dirección General de Ordenación de las Migraciones en Madrid–), se cerraron en la práctica las posibilidades de tramitar las autorizaciones de trabajo de los solicitantes de asilo admitidos a trámite. Este colectivo, beneficiario de los programas de atención social previstos por el Ministerio de Trabajo (entre otros, su estancia en los Centros de Acogida para Refugiados), se ha visto condenado a mantenerse en una situación de dependencia debido a la aplicación de una medida pensada para los extranjeros en situación irregular. Por lo anterior, debe saludarse la nueva redacción que se propone para el artículo 15.2 del Reglamento de Asilo, en el que se prevé la concesión automática de la autorización de trabajo (sin necesidad de oferta o contrato) a los seis meses de formalizada la solicitud de asilo.

Es muy importante también la previsión final del nuevo artículo 31, cuando establece que la resolución que conceda una autorización de permanencia en España (en los supuestos de protección complementaria a la Convención de Ginebra sobre los Refugiados previstos en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo) surtirá efectos de autorización para trabajar, circunstancia que se hará constar expresamente en el acuerdo firmado por el Ministro del Interior. Esta medida evitará las dificultades que se planteaban hasta ahora durante la tramitación de los diferentes permisos, en especial, por las dudas de los empleadores (ya que el extranjero, aunque no dejaba de estar en situación regular en España, podía permanecer hasta un año sin la documentación correspondiente que lo acreditara).

Estos avances significativos se completan con la equiparación a los refugiados de los titulares de una protección complementaria que se realiza en el nuevo artículo 30, en lo relativo a los programas especiales de integración social. Sin embargo, a pesar de la referencia a los apátridas que realiza el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (artículo 7, funciones de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes) este colectivo es el gran olvidado, tanto en su régimen de acceso al mercado laboral durante la tramitación de las solicitudes, como en los programas de atención social.

B) El procedimiento de inadmisión a trámite y la protección complementaria

En los artículos 22.2 y 23.2 del proyecto, se refuerza la previsión del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, en el sentido de que la autorización de permanencia en España pueda concederse en la fase de inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo. Si no existiera esta posibilidad, las solicitudes que se basaran en motivos de protección complementaria a la Convención de Ginebra sobre los Refugiados, se rechazarían en esta fase por la previsión de la letra b) del artículo 5.6 de

la Ley de Asilo (que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado). Sin embargo, no parece realista que en las solicitudes en territorio (en frontera la propuesta debe ser formulada por la Oficina de Asilo y Refugio –en adelante, OAR–) sea la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (en adelante, CIAR) la que estudie y proponga la concesión de una autorización de permanencia, ya que, la limitación del plazo de 60 días para resolver y notificar la resolución con silencio positivo, conllevará que sea en la práctica imposible la aplicación de esta medida.

Debido a la anunciada relevancia que el nuevo Gobierno pretende otorgar a la protección complementaria, en el marco de un procedimiento único de asilo, es preciso que este desajuste legal y práctico sea abordado de una manera satisfactoria.

Como alternativa, se podría contemplar que la OAR fuera competente como hasta ahora para elevar al Ministro del Interior la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo (para lo que no hace falta ningún cambio de normativa sino unas directrices claras al respecto). Otra opción, si se quiere que todos los supuestos de protección internacional sean instruidos por la OAR y se debatan en la CIAR (criterio mantenido hasta ahora informalmente por la Administración), consistiría en incorporar un párrafo aclaratorio en el Reglamento de Asilo que prevea la admisión a trámite de las solicitudes que se ajusten a lo previsto en los nuevos apartados tres y cuatro del artículo 31 (según la redacción que se propone ahora).

C) Nueva definición de la protección complementaria

El artículo 31.3 del proyecto define de nuevo la protección complementaria al incorporar la redacción que contiene la *Directiva de definición de estatutos de protección internacional*, lo que, sin duda, mejora la actual, aunque es preocupante el continuo cambio al que se ha visto sometida esta materia (esta es la cuarta definición en los últimos cuatro años) y la dificultad de una diferenciación real con el estatuto de refugiado (considero que sería más adecuada una interpretación amplia de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados, ya que la proliferación de estatutos diversos siempre generará confusión y mantendrá la tentación de relajar los compromisos de los Estados en una serie de supuestos con una protección devaluada).

La definición recoge tres supuestos que no cierran las posibilidades de riesgo real para la vida o integridad física en caso de devolución del extranjero a su país de origen (por lo tanto, no constituyen un *numerus clausus*):

- Que el extranjero pueda ser condenado a pena de muerte o ser ejecutado.
 - Que esté expuesto a sufrir actos de tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes.
- En este punto será determinante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la interpretación del artículo 3 del Convenio de Roma⁹.

(9) Convenio de Roma: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979.

La incidencia del nuevo Reglamento de Extranjería en el régimen de asilo y refugio

III

– Cuando en el país de origen se den situaciones de violencia indiscriminada en el contexto de un conflicto armado internacional o interno, por lo que resulte una amenaza grave e individual para la vida o la integridad física. Esta redacción permitirá superar las consecuencias de la aprobación del Reglamento de Protección Temporal¹⁰ y la desaparición de la disposición adicional primera del Reglamento de Asilo, que supuso la desaparición del régimen de desplazados en España al margen de los mecanismos colectivos de afluencia masiva.

Completa la anterior definición de la protección complementaria el artículo 31.4 de la propuesta, al establecer que, el Ministro del Interior, a propuesta de la CIAR, podrá autorizar la permanencia en España de una persona que haya solicitado asilo por otras razones humanitarias distintas de las que acabamos de enumerar “en particular, cuando concurren las circunstancias previstas en la legislación de extranjería para la concesión de una autorización de residencia temporal por razones humanitarias”. Esta es una novedad importante que refuerza y amplía el sistema de asilo, aunque para que no se convierta en papel mojado insisto en lo que he dicho y propuesto más arriba sobre los artículos 22.2 y 23.2: para que la CIAR pueda analizar estos casos es preciso que con anterioridad sean admitidos a trámite por el Ministerio del Interior.

D) Renovación de las autorizaciones de residencia derivadas del asilo

La valoración en general positiva de las modificaciones del Reglamento de Asilo (las críticas que se hacen se orientan más a la insuficiencia o a las lagunas de lo propuesto), no puede ocultar la decepción que provoca el mantenimiento del sistema de renovaciones de las autorizaciones de residencia derivadas del asilo en el artículo 31.5. Esta regulación es fundamental ya que afecta al núcleo de cualquier régimen de protección internacional: el principio de no devolución.

El artículo 41.8 del actual reglamento, al regular la renovación de las autorizaciones de residencia temporal de aquellas personas que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo, el Ministro del Interior haya autorizado su permanencia en España a propuesta de la CIAR por razones humanitarias, es decir, por el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, consagra una práctica que transfiere al libre arbitrio de la Administración periférica la continuidad de un estatuto que, según el propio preámbulo del reglamento, se considera una forma de protección internacional y forma parte de las políticas de asilo de la Unión Europea.

Veamos el contenido de la recientemente publicada *Directiva de definición de estatutos de protección internacional* en lo que afecta a este punto. Según su artículo 19.4, sin perjuicio del deber de los titulares de un estatuto de protección subsidiaria de proporcionar todos los hechos pertinentes y presentar toda la documentación que obre en su poder, los Estados tienen que demostrar en cada caso que la persona de que se trate ha dejado de tener derecho a la misma. ¿Este mandato de máxima garantía a un estatuto de protección internacional se respeta con la actual normativa y la nueva redacción del Reglamento de Extranjería?

(10) Reglamento de Protección Temporal: Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprobó el reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

Según la redacción actual y la propuesta que ahora figurará en el Reglamento de Asilo, los permisos se renovarán anualmente, previo informe de la CIAR, que valorará la existencia de las circunstancias que provocaron su concesión. De poco sirve el plazo de tres meses con silencio positivo para resolver la solicitud de renovación, ya que, según la normativa del procedimiento administrativo, la petición de un informe suspenderá el plazo para la resolución y, lo que es más grave, los organismos encargados de tramitarla dependerán de un informe de la CIAR frente al que el interesado sólo puede alegar lo que considere oportuno una vez elaborado (en la práctica estos informes se limitan a una consulta oral al instructor del expediente y la dirección de la OAR).

Frente a esta regulación cabría sostener que en ningún caso debería dejarse la decisión de la renovación de este permiso al arbitrio de las autoridades gubernativas de cada provincia, ya que nos encontramos ante un estatuto de protección subsidiaria concedido por resolución del Ministro del Interior. Por otra parte, en el caso de valorar que existe una variación en las circunstancias que provocaron la concesión, la Administración está obligada a habilitar un trámite de audiencia a los interesados ante las instancias que estén en condiciones de valorar sus alegaciones, ya que, en caso contrario, se vaciaría de contenido la anterior garantía administrativa.

Por todo lo anterior, debería ser la propia CIAR la que analizara la continuidad de las circunstancias y las razones humanitarias en cada caso, ofreciendo la oportunidad a los interesados y a las asociaciones legalmente reconocidas en la materia para que pudieran aportar los informes que consideraran oportunos. Otra posibilidad sería la de otorgar una residencia permanente a los titulares de una protección complementaria, con la orientación de equiparar de estos estatutos al de refugiado (tendencia que se apunta en algunas de las medidas introducidas en esta reforma del Reglamento de Asilo), y, en caso de variar las circunstancias que motivaron su concesión, iniciar expedientes de revocación o cesación.

El último párrafo del artículo 31.5 introduce una previsión necesaria para los casos de derivación al régimen general de extranjería, eximiendo, como es lógico, la presentación de visado y otorgando “una autorización de residencia y trabajo, de la duración que corresponda en función del tiempo que haya residido y, en su caso, trabajado legalmente en España”, aunque sería importante clarificar en este último punto que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

III. ARTÍCULOS DEL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA CON INCIDENCIA EN EL ASILO

A) Obligaciones de los transportistas en el control de documentos

Cuando en el artículo 14 se hace referencia a la obligación de la empresa transportista de controlar la documentación de los viajeros, de acuerdo con la normativa sobre asilo vigente, se debería aclarar la siguiente consideración y añadir la siguiente frase al párrafo primero: “salvo que el extranjero manifieste su voluntad de solicitar asilo ante las autoridades españolas”. En

este punto cabe recordar que, el artículo 54.3 de la actual Ley de Extranjería¹¹, exige de responsabilidad a la compañía transportista que conduzca hasta la frontera española a un extranjero cuando este presente sin demora una solicitud de asilo y la misma sea admitida a trámite.

Asimismo, se debería mantener un párrafo similar al recogido en el reglamento hasta ahora vigente sobre el deber de formar al personal encargado de las tareas de control, para que de esta forma posean los conocimientos adecuados para poder detectar la carencia, falta de vigencia o manifiesta falsedad de los documentos. En la misma medida, en aras del equilibrio y el cumplimiento de los tratados internacionales en esta materia, debería hacerse referencia a la existencia de la figura del asilo y a las peculiaridades que conlleva en los requisitos de entrada en los distintos países. Prácticas como las que se han presenciado con los empleados de algunas compañías transportistas, que intimidan a pasajeros en tránsito para que no soliciten asilo reteniéndoles la documentación, podrían paliarse con estas medidas.

B) Visados de asilo

El artículo 8.5 del reglamento hoy vigente establece que “podrán ser concedidos” visados de residencia, previo informe de la autoridad competente, a los extranjeros que hayan tramitado y obtenido el reconocimiento de la condición de refugiado a partir de una solicitud presentada en una misión diplomática u oficina consular española, de acuerdo con la legislación de asilo. Lo mismo se aplicará a los que tengan la condición de refugiados en otro país y España acepte la transferencia de responsabilidad, o sea, en caso de aplicación de la figura del “reasentamiento”. Por último, se prevé la posibilidad de conceder el visado a los extranjeros que hayan solicitado asilo en una misión diplomática u oficina consular española y la situación de riesgo haga aconsejable su traslado urgente.

En la actual propuesta desaparece toda referencia a estas situaciones, ausencia que debería solventarse en la redacción definitiva del artículo 35 (sobre todo cuando en materia de reasentamiento se está impulsando una propuesta consensuada desde el actual Gobierno). Además, una vez incorporado lo anterior, se debería superar la condicionalidad de estos supuestos, al menos en los dos primeros, y sustituir la expresión “podrán ser” por “serán concedidos”, ya que no debería imponerse ningún obstáculo adicional a extranjeros a los que ya se les ha reconocido un estatuto de refugiado, tramitado en el extranjero o como reasentamiento; en el único caso en el que se podría entender esta redacción sería en el de los solicitantes de asilo que estén tramitando su expediente en una situación de riesgo inminente, ya que deberían valorarse de forma individualizada estas circunstancias.

Asimismo, la redacción actual mantiene dos lagunas que, aunque afectan a un número limitado de extranjeros, es obligado abordar.

(11) Ley de Extranjería: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, modificada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, modificada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

a) En primer lugar, la denegación de las extensiones familiares del estatuto de refugiado, en caso de matrimonio contraído posteriormente a la solicitud o nacionalidad distinta de los reagrupados, suele acompañarse de un acuerdo de la CIAR en el que se concede el “trato más favorable” en el marco de la legislación de extranjería (artículo 34 del Reglamento de Asilo). En estos casos, se autoriza desde el Ministerio de Asuntos Exteriores la expedición de un visado, para la posterior tramitación de los correspondientes permisos, aunque la falta de una previsión en el Reglamento de Extranjería ha dificultado mucho la puesta en práctica de este mecanismo.

b) En segundo lugar, dentro de los visados de residencia para asilo, debería contemplarse expresamente la posibilidad de su concesión en las situaciones de riesgo en los propios países de origen. Hasta este momento, en la práctica de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, no se admite la tramitación de las solicitudes de asilo en los países de origen de los solicitantes; la introducción creciente de mayores obstáculos para los refugiados que buscan protección en los países europeos, como la imposición de fuertes sanciones a los transportistas o la necesidad de visado para un número cada vez mayor de países, hace necesario, para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado español en los tratados internacionales de los que forma parte, la puesta en práctica de medidas que ofrezcan una alternativa para la presentación de sus solicitudes.

Dentro de la enumeración del nuevo artículo 25 bis de la Ley de Extranjería, introducido por la LO 14/2003, estos supuestos podrían encuadrarse entre las categorías c) y d), por lo que las medidas propuestas se podrían amparar en el mandato de desarrollo reglamentario.

C) Extranjeros indocumentados

Es evidente que una persona que se halle en España sin pasaporte de su país (y sin posibilidad de obtenerlo) no podrá nunca regularizarse y tampoco ser devuelto. La vulnerabilidad evidente de los inmersos en esta situación hace que esta sea motivo humanitario más que suficiente para que le sea concedida (si cumple con el resto de requisitos) la cédula de inscripción, siendo además contrario al orden público (uno de los supuestos del artículo 34.2 de la Ley de Extranjería) mantener a una persona en situación irregular sin darle opciones para su regularización.

En el apartado 3 del artículo 107 de la propuesta, que mantiene la situación actual, se establece el mecanismo para la obtención de la cédula de inscripción, que deberá solicitarse en las dependencias policiales que se señalan, ante las cuales el extranjero acreditará que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente. Lo anterior se probará mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado “y no atendido”. Esta redacción es especialmente grave, teniendo en cuenta el funcionamiento irregular de la mayoría de las representaciones diplomáticas de los países que presentan este tipo de problemas; en la mayoría de los casos, una respuesta vaga o genérica puede suponer una condena al extranjero indocumentado a una situación de irregularidad sin alternativas. El reglamento debería contemplar la posibilidad de llevar a cabo la documentación en los casos

La incidencia del nuevo Reglamento de Extranjería en el régimen de asilo y refugio

III

en los que, la ausencia de un funcionamiento regular de estas representaciones, las prácticas abusivas de sus titulares o la inexistencia de las mismas, constituyeran un obstáculo insalvable para los extranjeros indocumentados.

En el apartado 5 se recoge que, en el caso de los solicitantes de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, se eximirá del requisito del acta notarial, cuando se alegasen razones graves, pudiendo recabarse un informe de la OAR. Hubiera sido más conveniente que este informe fuera preceptivo y vinculante en los casos de protección complementaria o subsidiaria de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados.

Asimismo, sería importante recoger en la redacción definitiva del Reglamento de Extranjería la posibilidad de renovación de la cédula (ésta, estrictamente, no se renueva: hay que volver a solicitarla, debiendo pasar el solicitante de nuevo por el arduo trámite cada año), si las circunstancias de concesión no hubieran cambiado. A este respecto, se podría introducir un plazo de renovación de la misma (dos meses antes de su vencimiento o tres meses después), con la posibilidad de silencio positivo en caso de no haber respuesta en dicho plazo, como se establece para las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo. A los efectos de evitar desfases, sobre todo en las renovaciones de las autorizaciones de residencia, sería recomendable que la cédula de inscripción tuviera la misma duración que las autorizaciones de residencia.

Un gran avance de la Directiva de Acogida es la última previsión de su artículo 6, donde se establece que los Estados miembros podrán proporcionar a los solicitantes de asilo un documento de viaje, cuando existan razones humanitarias graves que requieran su presencia en otro Estado. Es importante destacar que lo que se deja al amparo de las normativas nacionales no es la posibilidad de otorgar el mencionado documento de viaje, sino la valoración de la existencia de razones humanitarias graves. En consecuencia, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Asilo sobre el depósito de los documentos personales y de viaje del solicitante de asilo, se debería proceder a incluir este supuesto en el artículo 108 del nuevo Reglamento de Extranjería, en el que se recogieran las previsiones de la Directiva.

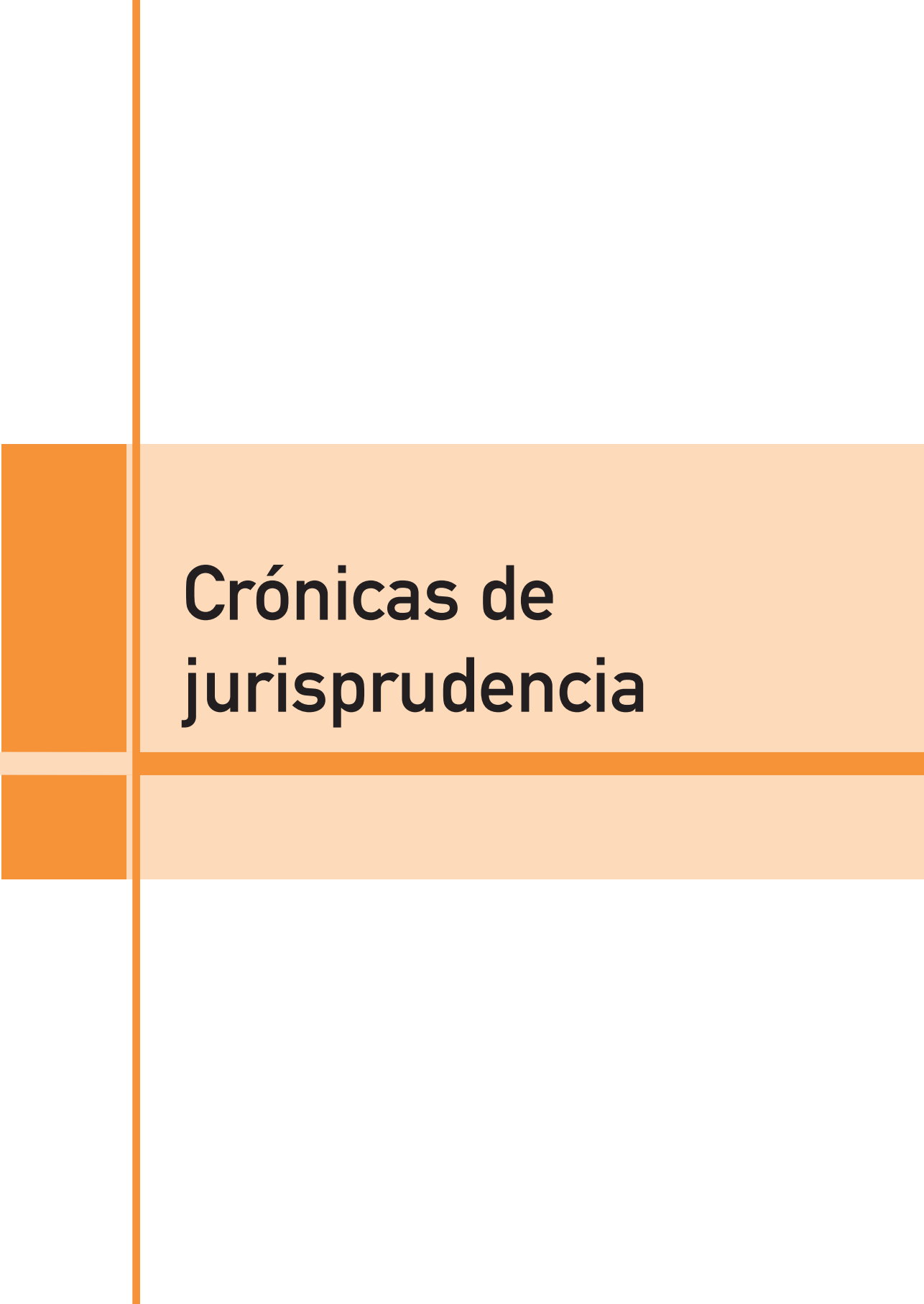
D) Retorno, devolución y salidas obligatorias

La Instrucción de fecha 9 de marzo de 2002, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre tratamiento de polizones extranjeros, que deroga la Instrucción n.º 3/1998, de 17 de noviembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, incorporó algunas de las sugerencias planteadas por el Defensor del Pueblo tras las quejas interpuestas, pero no ha resuelto lo que, a mi juicio, es el aspecto central de las deficiencias en la atención prestada a los solicitantes de asilo: que se permita un acceso inmediato de todas las organizaciones legalmente acreditadas para la asistencia social y letrada de estos extranjeros. Hasta el momento, con mucha resistencia, sólo se ha permitido el acceso cuando el polizón manifiesta de una manera inequívoca su intención de solicitar asilo en España, lo que, al carecer del oportuno consejo y apoyo, es muy difícil que se produzca.

Aunque el actual Gobierno ha anunciado su intención de modificar la Instrucción 3/1998, sería conveniente la introducción de una redacción en el nuevo reglamento similar a la que se propone a continuación en el artículo 156.2.a):

Los extranjeros que lleguen como polizones a cualquier puerto español a bordo de buques o se encuentren en sus aguas jurisdiccionales, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita e intérprete, que deberá facilitarse tan pronto se tenga conocimiento de su existencia y, en todo caso, al instante de realizarse la primera entrevista por la autoridad correspondiente, con independencia de que hayan manifestado su intención de entrar en España o solicitar asilo. Asimismo, atendiendo a su especial situación de vulnerabilidad, será obligatorio proveer de inmediato asistencia sanitaria de urgencia a los polizones.

Es importante que, en el apartado 4 del artículo 158, según la redacción del proyecto presentado, se incluya como salida obligatoria el caso de los solicitantes de asilo inadmitidos a trámite en aplicación del párrafo e) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, por no corresponder a España el análisis de la misma, por lo que se deberá otorgar un plazo de ejecución voluntaria para efectuar la devolución que prevé el artículo 64.5 de la Ley de Extranjería. En este sentido, aunque el proyecto de reglamento presentado en octubre mejora la redacción del borrador, sería conveniente ajustar la normativa con la práctica administrativa de los últimos cuatro años.

The page features a decorative design with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands intersect this line, creating a cross-like structure. The top band is wider and contains the title text, while the bottom band is narrower. The background is white.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

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

Fecha: 11 de abril de 2004.

Recurso de Casación: 8396/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Petición de reexamen de la resolución que acordó la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Ecuador.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por el representante de la señora P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite su solicitud de concesión del derecho de asilo.

“(…) la parte recurrente solicitó la concesión de asilo en el aeropuerto de Madrid-Barajas y que el ACNUR emitió informe sobre la misma en el sentido de que debía inadmitirse a trámite, lo que es perfectamente comprensible ya que la aquí recurrente razonaba –según consta en el listado de datos personales– como motivos de persecución personal los siguientes: «Manifiesta que hace unos cinco años conoció a un señor, casado, llamado J.R., que es diputado por el partido social cristiano desde agosto pasado y que la llevó a vivir a un apartamento. La solicitante ha tenido dos hijos de este señor (no reconocidos). al cabo de uno o dos años, este señor trataba de obligar a la solicitante a que transportase droga a otros países. La solicitante se negaba siempre y el señor le pegaba. La solicitante, hace un año y medio, fue a denunciarlo a la Comisaría, y cuando estaba esperando su turno para hacer la denuncia, un desconocido le dijo que la esperaban en la calle y allí estaba el padre de sus hijos, que la llevó a casa y le dio una paliza. Desde entonces trató de salir de esta situación, reuniendo dinero. No podía quedarse en casa de sus padres porque el señor le ha amenazado con matar poco a

poco a su familia y a ella. También ha amenazado a sus hijos. Salió del país aprovechando un viaje del mencionado señor».

Solicitado el reexamen, el ACNUR emitió un segundo informe en el sentido de ratificar la inadmisión a trámite, y en idéntico sentido resolvió el Ministerio del Interior.

(…).

Debemos añadir, no obstante, porque ciertas afirmaciones que desliza en su escrito la parte recurrente lo hacen necesario, que el expediente de concesión de asilo es unitario por más que pueda tener lugar en él un incidente determinado como el de inadmisión a trámite. Se solicita el asilo y la inadmisión a trámite, cuando se produce, es, en sí misma, expresión de que la patente carencia de fundamento de la solicitud permiten *ab initio* dar por terminado el procedimiento. Y en el caso que nos ocupa la cosa es bien clara: las desavenencias sentimentales que ha narrado la recurrente nada tienen que ver con el tipo de persecución que descubre la legislación aplicable y que puede dar lugar a la concesión de asilo. Ello sin olvidar que ni el menor indicio hay de que lo narrado por la recurrente sea cierto, dándose incluso la circunstancia de que esos dos hijos que dice haber tenido ni siquiera la acompañan, ni aporta documento alguno acreditativo de la realidad de dato tan relevante, siendo de notar también que en su declaración ante la policía dijo que el motivo de su viaje era «conocer los monumentos tan famosos de Madrid, así como sus playas [sic], que no sabe dónde se va a hospedar y que no tiene ruta ni proyecto turístico alguno».

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado en su totalidad y así lo declaramos.”

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

Fecha: 11 de mayo de 2004.

Recurso de Casación: 3826/2000.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo. Derechos fundamentales. Prueba: indicios. Naturales de Argelia.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don C.R. y doña C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se denegaba el derecho de asilo y la condición de refugiado en España.

“La Sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2003, desestima el recurso contencioso administrativo, seguido por tal vía de la Ley 62/1978, invocando, en esencia, que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, que no concurren en el peticionario del asilo los supuestos determinados en la Ley, con referencia a la Convención de Ginebra y a las Leyes que también cita la parte recurrente, que de todo lo actuado no se desprende que se haya aportado el menor elemento de convicción probatorio, o, al menos, con valor de indicios suficientes (artículo 8 de la Ley 5/1984) para deducir que el solicitante se encuentra injustamente perseguido en su país por profesar ideas o creencias determinadas, de forma que su vida correría grave peligro si regresara de nuevo, y que la supuesta persecución procede de grupos políticos o guerrilleros, no de las autoridades del país o producto de un determinado régimen político, lo que excluye la procedencia del asilo, según dicha sentencia, que son presupuestos iguales a los que concurren en el caso de autos.

(...).

Y dicese que se aparta la parte recurrente de lo que es esencial en el recurso de casación porque, de un lado, pretende alterar hechos y valoraciones que la sentencia recurrida fija con precisión y rigor, pudiéndose llegar a la conclusión de que, aunque no siempre es de fácil probanza el «temor» de ser per-

seguido en su país de origen por las circunstancias previstas, lo que constituye el núcleo de la concesión o reconocimiento que solicitó, por lo que basta una razonable probabilidad a modo de indicio, para entender que concurre tal temor, –aunque es lo cierto que requiérese algo más que simples sospechas o conjeturas de sufrir persecución por los motivos de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social determinado o por actividades políticas, según reiterada jurisprudencia de esta Sala–, en el caso de autos, según explica la Sala de instancia, de los hechos de que ha de partirse no puede derivarse que concurren las circunstancias, previstas en la Ley 5/1984 o en la Ley 9/1994 y que determinarían la posibilidad de reconocer al recurrente la condición de refugiado, (...).”

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

Fecha: 20 de mayo de 2004.

Recurso de Casación: 2930/2000.

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Derecho de asilo. Denegación de solicitud.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don D., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de solicitud del reconocimiento del derecho de asilo.

“La parte recurrente invoca un único motivo de casación, en el que erróneamente cita el artículo 95.1.4.^º de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, aunque parece claro que se está refiriendo a la Ley Jurisdiccional de 1956, en lugar de a la de 13 de julio de 1998 (LJ), que es la aplicable en este caso. Más grave que este defecto son los que incurre en el desarrollo del citado motivo casacional en el que se cita como infringida la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (LDA), sin concretar el precepto que considera infringido por la Sala de instancia. Se duda de la constitucionalidad del artículo 7.1 del Real Decreto 2103/1995, de 10 de fe-

Asilo

brero, que aprueba el Reglamento de la Ley 5/1984 (RDA) y que permite inadmitir a trámite, conforme al artículo 5.6.º d) de la LDA las solicitudes que se presenten después de un mes de la entrada en España del solicitante, sin tener en cuenta que ese precepto no ha sido aplicado por la Administración en el presente caso. Se denuncia que la Administración ha utilizado un modelo de impreso en el que no tiene en cuenta las circunstancias particulares del caso, y, sin prueba alguna que lo acredite, se dice que en otras ocasiones la Sala ha empleado el mismo modelo de resolución que ahora se combate. Sin embargo esa supuesta normalización de impresos no es incompatible con la necesidad de motivación de las decisiones administrativas si, como sucede en el presente caso, la resolución adoptada recoge las circunstancias de hecho de caso sometido a decisión y aplica a ellas las pertinentes normas jurídicas. Finalmente, se combate la apreciación de los indicios de persecución que ha tenido en cuenta la Administración para denegar el asilo solicitado, haciendo recaer sobre ella las consecuencias de que tales alegaciones no hayan resultado debidamente justificadas, con olvido de que no es el acto administrativo lo que ha de combatirse en un recurso de casación sino la sentencia de instancia, y que en el proceso correspondía a él haber acreditado la concurrencia de los presupuestos de hecho que justificaban su petición.”

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

Fecha: 1 de junio de 2004.

Recurso de Casación: 492/2000.

Ponente: D. Rafael Fernández Valverde.

Voz: Derecho de asilo. Inadmisión a trámite. Derecho de defensa. Asistencia letrada. Nacionalidad de Burundi.

Resumen: El Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por don J.P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de derecho de asilo.

“Pues bien, en el supuesto de autos –en el que no existe duda de que la instrucción de la posibilidad de contar con asistencia letrada no se ha producido–, concurren circunstancias que obligan a concluir en el sentido de que la indefensión del recurrente sí se produjo. Si bien se observa, la inadmisión a trámite de la solicitud se fundamentó, en el supuesto de autos, en la ausencia de alegación de alguna de las causas previstas, como determinantes del reconocimiento de la protección solicitada, bien en el Convenio de Ginebra, bien en la normativa interna española (LRDAR), y ello, a pesar de responder al cuestionario policial y aportar narración de los hechos, desde su salida de Burundi, que habían llevado al recurrente a formular la solicitud.

La propia respuesta de la Administración y la causa en que se fundamenta, ponen de manifiesto que se está en presencia de una solicitud con connotaciones técnicas por cuanto, entre otras circunstancias, requiere el conocimiento –jurídico– de las causas determinantes del derecho a la condición de asilado o refugiado. Si observamos la norma reglamentaria antes transcrita, que desarrolla la estatal reconocedora del derecho, podremos comprobar que la misma abarca varios aspectos: «serán informados por la autoridad a la que se dirijan de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que base su solicitud, así como de los derechos que le corresponden de conformidad con la Ley 5/1984, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada». Esto es, se trata de un asesoramiento técnico-jurídico, anterior a la solicitud, y no solo para dar adecuada respuesta al cuestionario policial sino para, con el mismo, poder aportar pruebas o indicios en los que fundamentar la solicitud. Si bien se observa, la narración de los hechos requiere, a continuación, una transformación, o, al menos, un intento de encuadramiento, en alguna de las causas normativamente previstas para la obtención del derecho que se pretende, con base en las pruebas o indicios que puedan aportarse. Ello implica unos conocimientos técnicos no presumibles en una

persona que accede a este país, en la forma en que narra, a través de la isla de El Hierro y nadando desde un barco. La posterior actuación procedimental o jurisdiccional en modo alguno puede constituir una subsanación al ser la solicitud inicial el elemento determinante de la decisión administrativa de inadmisión a trámite.

En consecuencia la ausencia de la previa instrucción letrada ha causado indefensión.

Así, además, ya lo había reconocido el Tribunal Supremo en su STS de 10 de noviembre de 2003, comparando, incluso, la situación que ahora se plantea con la del detenido o preso, (...).

(...) ahora bien, esta intervención letrada que *ex lege* es preceptiva y obligatoria, incluso contra la voluntad del denunciado o preso (...).

«(...) en modo alguno es parangonable con el derecho a la asistencia de letrado que, el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, sobre regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado, parcialmente modificada por la Ley 9/1994, de 19 de diciembre, y los artículos 5.2 y 8.4 de su Reglamento ejecutivo, conceden a los extranjeros que encontrándose ya en el territorio español pretendan la formalización de su solicitud, ya que éstos pueden renunciar a la asistencia letrada una vez que hubieran sido informados o instruidos por la autoridad a la que se dirigieran de sus derechos y, en particular, del derecho de asistencia de abogado»; añadiéndose que «En el caso que enjuiciamos, la parte demandante aunque alegó, según declara como hecho probado la sentencia impugnada, ‘cuanto estimó oportuno a su derecho’, fue privado de la intervención de letrado, a pesar de haberla solicitado de forma expresa en su primera comparecencia ante la Administración, por lo que al no cumplirse esta garantía legal, que si bien no es preceptiva en cuanto que el solicitante del asilo puede renunciar a ella, se infringieron los artículos reseñados en el fundamento jurídico anterior de

nuestra sentencia; por lo que debe ser estimado este motivo de casación, en el aspecto en que se sustenta sobre el error *in iudicando*...».”

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

Fecha: 4 de junio de 2004.

Recurso de Casación: 1670/2000.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Inadmisión a trámite de solicitud de asilo. Ciudadano senegalés. Denegación de prueba que no produce indefensión.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre y representación de don R., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que inadmitió a trámite la solicitud de concesión del derecho de asilo en España al recurrente.

“Sostiene el motivo que las pruebas denegadas, expedición de certificados de defunción del padre y hermano del recurrente, y en los que debía constar la causa del fallecimiento, junto con las demás pruebas solicitadas, se dirigían a demostrar que en el país de origen del recurrente se daban las circunstancias que justificaban la petición de asilo. La acreditación de que sus familiares habían sido asesinados, habría puesto de relieve el temor del recurrente a seguir igual suerte, procediendo así el asilo. La Sala continúa el motivo, incurre en contradicción cuando afirma que la prueba era pertinente pero su práctica imposible. Invoca la infracción del artículo 24.2 de la Constitución por falta de tutela efectiva que genera indefensión.

Pues bien, en la última resolución la Sala razonaba el rechazo, afirmando que no es que la prueba no fuese pertinente sino que le era de imposible práctica, y estaba más al alcance del propio interesado aportar aquellos documentos que obtenerlos por medio del Tribunal, y así ya en el primero de los Autos había sostenido que la embajada de España en Senegal carecía de competencia para solicitar

Asilo

esa prueba. Y lo mismo concluía en relación con el informe solicitado del Centro de información, recursos y documentación sobre asilo y migraciones, CIRDAM, del que decía que carecía de competencia para emitirlo, competencias que en todo caso corresponderían a la Administración del Estado, o, en otro caso, debería aportarlo directamente la parte para su posterior adveración.

(...).

Los motivos que para la inadmisión expuso la resolución recurrida fueron la concurrencia de las causas recogidas en el artículo 5.6.b) y d) de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y, que, expresamente, señalan que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, y que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamentan una necesidad de protección.

El motivo debe rechazarse. La sentencia está perfectamente fundada. El relato de hechos que efectúa el recurrente ni puede tacharse de falso ni tan siquiera de inverosímil, pero tampoco ofrece garantía alguna de ser cierto. El recurrente afirma ser natural de Casamace, región de Senegal en la que efectivamente sabemos que existen grupos rebeldes que luchan contra el Gobierno legalmente establecido. Lo que ignoramos es que el recurrente haya nacido allí, puesto que si bien lo afirma así, no existe prueba alguna de ello. Por otra parte, y como expuso el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de Ayuda al Refugiado en España, le hubiera bastado al recurrente trasladarse a otra región del país para alejarse del problema que dice tuvo, y que le determinó a marchar a Malí y a otros países, hasta recalar en España, en la que permanecía ilegalmente, hasta que pasado casi un año, y cuando tenía contra él una orden de expulsión, solicitó el asilo.”

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

Fecha: 7 de junio de 2004.

Recurso de Casación: 1761/2000.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Inadmisión a trámite de solicitud de concesión de derecho de asilo. Nacionalidad nigeriana. Inmigración por motivos económicos.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por la señora J., de nacionalidad nigeriana, interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre solicitud de concesión del derecho de asilo.

“El núcleo central de la argumentación del letrado de la parte recurrente se contiene en estos cuatro párrafos: «La razón sustentada por la Administración y por la Sentencia impugnada y que da cobertura a la inadmisión [artículo 5.6.b) Ley 9/1994] fue que el solicitante basa su solicitud en alegaciones genéricas de oposición y disconformidad con las autoridades de su país de origen (Nigeria) sin que del contenido del expediente se desprenda que su país tenga conocimiento de tal oposición y disconformidad. En resumen, entiende esta defensa, que la desestimación del recurso se sostiene en una carencia de acreditación probatoria de los hechos alegados por la recurrente en su solicitud de asilo o que, dichos hechos no constituyen causa para solicitar asilo en virtud de la legislación española citada así como en la Convención de Ginebra y Protocolo de Nueva York. Es por tanto, que las potestades de jurisdicción conferidas a la Sala de justicia competente, han de dirigirse a determinar si las circunstancias personales que narra la recurrente resulta posible que hubieran podido ocurrir en realidad, sin tener que pronunciarse si ocurrieron o no, y si la recurrente se halla gravada con la carga de demostrar desde un principio, la veracidad de sus manifestaciones. Entendemos que la solución al dilema expuesto ha de ir en favor de la recurrente en cuanto que esta informó en su escrito de petición de asilo que su vida corría serio peligro, que está siendo objeto de persecución por la Policía de su país, que tuvo que huir, etc., nombres y más da-

tos que obran en el expediente administrativo y de cuya existencia ha tenido conocimiento la Sala de la Audiencia Nacional que dictó la sentencia objeto de este recurso y por esa misma lógica y debido a los expedientes que tramita la Administración también debe ser conocido por ésta la existencia de tales conflictos en Nigeria».

(...).

En lo que ahora interesa, lo que dijo la sentencia impugnada es esto: «III. Alega el actor para la solicitud de asilo que: 'Es huérfana, vivía en un orfelinato, las condiciones no eran buenas, terminó secundaria y no pudo seguir estudiando. En su país hay muchas manifestaciones y retrasan sus estudios'. IV. Teniendo en cuenta la naturaleza del acto recurrido, inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, nos toca en este procedimiento pronunciarnos, no sobre el reconocimiento al derecho de asilo en España del recurrente conforme al Convenio de Ginebra o la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de refugiado modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, sino sobre si la Administración valoró adecuadamente las razones o motivos alegados y la justificación que ante ella se presentó con la solicitud, en definitiva si es o no conforme a derecho la inadmisión a trámite a lo establecido en la ley. La repetida inadmisión a trámite se produce por la siguiente razón: 'Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, por cuanto el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, no siendo los motivos indicados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto de refugiado señaladas en los mencionados textos legales'. V. Del examen del expediente administra-

tivo no se deduce el menor indicio de que la actora sufriera algún tipo de persecución injusta en su país, sino tan sólo que se trata pura y simplemente de un inmigrante económico en busca de unas mejores condiciones de vida en el 'paraíso europeo' que [sic] un auténtico refugiado. VI. El motivo indicado en su solicitud de derecho de asilo sobre que 'En su país hay muchas manifestaciones y retrasan sus estudios', se comenta por sí sólo, y es claro que no es suficiente para el reconocimiento de la protección solicitada al no estar incluido dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo en los mencionados textos legales. VII. Por todo ello, es conforme a derecho la resolución administrativa que inadmitió a trámite su solicitud del derecho de asilo, conforme al artículo 5.6.b) de dicha Ley».

C) La comparación entre la argumentación de la Sala de instancia y el discurso impugnatorio del letrado de la recurrente nos exime de tener que añadir ningún otro argumento en apoyo del fallo que aquí hemos de dictar y que no puede tener otro contenido que la desestimación, pues de esa sentencia que se apoya en las propias declaraciones de la interesada que figuran en el expediente administrativo resulta probado, con meridiana claridad, que son motivos estrictamente económicos y no las de persecución política que invoca su abogado en este recurso las que le han movido a salir de su patria y solicitar el asilo en España."

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

Fecha: 14 de junio de 2004.

Recurso de Casación: 1027/2001.

Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho.

Voz: Petición de asilo por causas económicas. Inadmisión a trámite. Nacional de Irak.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don I., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de petición de asilo.

Asilo

“Esta resolución declaró la inadmisión a trámite de la petición de asilo formulada por D. I. por entender que concurría la circunstancia contemplada en el artículo 5.6.b) de la Ley reguladora del Derecho de Asilo (...) (LDA), por no haberse alegado en la solicitud ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, sino sólo razones de índole económico, y la Sala de instancia ha confirmado este acuerdo, toda vez que considera que el recurrente no ha probado que su salida de su país de origen, Irak, obedeciera a una persecución individualizada. Rechaza también la Sala de instancia que las razones humanitarias aducidas por el actor, temor a ser castigado conforme a una ley de su país que sanciona la salida ilegal del mismo, puedan considerarse causas para la obtención de la condición de refugiado, sin perjuicio del tratamiento que aquellas pudieran tener en el marco de la legislación de extranjería, según lo previsto en el artículo 17.2 de la LDA.

(...).

A su juicio, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que para la admisión a trámite de la solicitud de asilo basta la existencia de meros indicios de que el solicitante pudiera sufrir persecución en su país de asilo. La Sala de instancia, sin embargo, ha valorado todos los elementos obrantes en el expediente y en el recurso y ha llegado a la conclusión contraria, y es reiterada doctrina de esta Sala que no cabe combatir en un recurso de casación la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal *a quo*. Como cuestión de carácter jurídico conectada con la anterior alega que la Sala no ha considerado como causa para la concesión de la condición de refugiado una circunstancia que la propia sentencia reconoce, esto es, que la salida ilegal de Irak está sancionada penalmente por la legislación de ese país, por lo que su devolución al mismo determinaría su probable encarcelamiento. Sin embargo, es claro que la persecución a que se refiere el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra ha de ser debida a causas previas a la salida del país de origen y determinantes de la decisión de escapar del mismo.

Sin tener en cuenta la naturaleza del recurso de casación, cuyo objeto es la de proporcionar criterios de interpretación uniformes de las normas jurídicas, plantea la parte recurrente en este mismo motivo de casación y con carácter de petición subsidaria que la sentencia recurrida ha omitido en el fallo toda referencia a la posibilidad de obtener autorización para permanecer en España por razones humanitarias, según lo dispuesto en el artículo 17.2 de la LDA. Pero ha de advertirse, en primer lugar, que esta alegación no guarda relación con los preceptos citados en el motivo de casación, y, en segundo, que si la sentencia recurrida no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión sobre la que hace algunas consideraciones en su tercer razonamiento jurídico, tampoco la parte recurrente, en su escrito de demanda, ejercitó pretensión alguna al respecto.”

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

Fecha: 15 de junio de 2004.

Recurso de Casación: 3127/2000.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Ciudadano argelino.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de solicitud de asilo.

“En el primero se alega la infracción del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por Ley 9/1994, por su aplicación indebida en relación con el artículo 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 1951, basándose el motivo en la afirmación de que no es cierto que no se alegue ninguna causa de las que dan lugar al reconocimiento de la cualidad de refugiado, como exige dicho artículo, dado que el peticionario alega que existe en su país una orden de busca y captura contra él, y una multa de 25 millones de dinares siendo militante de la organización «Hamás», por lo que tiene fundado temor de ser perseguido por motivos políticos si regresa a Argelia.

Este motivo debe ser rechazado.

A) Lo que dijo el solicitante en su petición fue, literalmente, que la hacía «porque la Policía argelina se niega a expedirle su pasaporte y está en busca y captura, ya que le pusieron una multa de 25 millones de dinares».

Tal como dijo el ACNUR en el informe enviado a la Sala de instancia en fecha 15 de septiembre de 1999, «de estas declaraciones no se desprende que el interesado tenga un fundado temor de persecución, sólo se infiere que se encuentra evadido de la justicia, y por ello no puede acceder a sus autoridades al objeto de ser documentado; dicha circunstancia no tiene por qué derivarse de una circunstancia de tipo político, a la cual el interesado no hace alusión alguna, pudiendo derivarse de una causa estrictamente penal».

Y así son, en efecto, las cosas, pues no hay en la solicitud (fuera de lo que después diremos) ninguna mención a persecución por motivos de los que puedan fundar el asilo según el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984, en relación con el 1.A).2 de la Convención de Ginebra de 1951.

B) Dijo también el solicitante, concretamente, que pertenece al grupo político «Hamás», de naturaleza islámica.

Pero el Ministerio de Asuntos Exteriores informó en fecha 24 de junio de 1998 que ese partido (de antigua denominación M.S.P.) no sólo no está prohibido sino que forma parte de la actual coalición que gobierna Argelia.

Y si bien el ACNUR, en el informe que hemos citado, dice que los miembros de ese grupo «son objeto de persecución en su país de origen por agentes terceros como los grupos de autodefensa, y no se puede descartar que algún miembro de ese grupo sea objeto de persecución por parte de las Autoridades argelinas», siempre resultará que una persecución

de ese tipo ni siquiera es alegada por el recurrente, que se limita a hablar de su pertenencia a tal partido político.

En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 5.6.d) de la Ley 5/1984, (en relación con el artículo 7.2 de su Reglamento 203/1995, de 10 de febrero) pues, habiéndose basado también la resolución impugnada en la existencia de un expediente de expulsión contra el solicitante, no existe prueba alguna de la iniciación de ese procedimiento de expulsión.

Este motivo, tal como está formulado, debe ser desestimado.

El Sr. Comisario Provincial de Melilla, en su informe de 15 de octubre de 1997, afirma que «en fecha 11 de octubre de 1997, por esta Brigada Provincial de Extranjería y Documentación se le incoó expediente de expulsión del territorio nacional, estando pendiente de resolución, asignándosele el NIF ... ».

Ese es un dato, específico y detallado, afirmado por un funcionario en el ejercicio de su cargo, del que no hay motivo para dudar.

La parte actora ni siquiera practicó prueba alguna sobre ese expediente de expulsión, razón por la cual debemos rechazar el motivo.”

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

Fecha: 13 de julio de 2004.

Recurso de Casación: 3452/2000.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Derecho de asilo. Inadmisión a trámite. Ciudadano pakistaní.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don L., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre inadmisión a trámite de solicitud de asilo.

Asilo

“Cita los artículos 3 y 22 de la Ley 5/1984, que remiten al Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, así como su artículo 17.2, y determinadas sentencias del Tribunal Supremo. Sin embargo no cita como infringido el artículo 5.6, letra d), de la Ley 5/1984, que es precisamente el aplicado por la Administración para inadmitir a trámite la solicitud.

Pero, en cualquier caso, no existe la infracción de aquellos preceptos ni doctrina jurisprudencial.

A) Ni de aquellos, porque, tal como dice la resolución impugnada, no existen en el expediente administrativo datos que, ni aun indiciariamente, aporten algún grado de credibilidad a las alegaciones realizadas por el solicitante.

El informe que sobre la situación socio-política de Pakistán ha enviado a los autos la «Asociación Comisión Católica Española de Migración» no describe en realidad una persecución de las Autoridades al partido «Mohagir Quami Mouement» (MQM), al que dice pertenecer el demandante, sino unos enfrentamientos entre facciones rivales del mismo, lo que desvía ya la cuestión a la prueba, aunque fuera indiciaria, de que, impetrada la protección de las Autoridades de su país, no le fuera o le pudiera ser otorgada.

Sobre la persecución del Gobierno de su país a tal partido político no existe indicio alguno ni en el expediente administrativo ni en los autos de instancia.

B) Tampoco hay infracción de la jurisprudencia que cita. Se trata de sentencias que afirman, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 5/1984, que para resolver favorablemente la solicitud de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que el solicitante cumple los requisitos a que se refiere el n.º 1 del artículo 3 de la Ley.

Pero lo que ocurre en el presente caso es que ni siquiera existen esos indicios suficientes, tal como ha declarado el Tribunal de instancia.”

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

Fecha: 14 de julio de 2004.

Recurso de Casación: 4975/2001.

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil.

Voz: Asilo. Denegación. Familia armenia. Razones humanitarias.

Resumen: El Tribunal estima en parte el recurso de casación interpuesto en nombre y representación de don J., M., L., M.T., C., M. y A.M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación del reconocimiento del derecho de asilo y declara el derecho del recurrente y familiares a permanecer en España en el marco de la legislación de extranjería.

“La Sala de la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso administrativo.

Hizo constar que el solicitante es nacido de Azerbayán, de origen armenio y cristiano, casado con armenia de origen kurdo y musulmana. Tienen cuatro hijos.

La Sala resumió así el relato hecho en la solicitud de asilo:

«En 1985, se iniciaron los conflictos entre azeríes y armenios. Iniciándose en febrero de 1988, el genocidio de armenios por azeríes. En mayo de 1988, el solicitante mandó a su familia a armenia, permaneciendo en la ciudad, siendo entonces cuando junto con otros, y por el mero hecho de su origen armenio sufrió una agresión perdiendo parte de su dentadura. El recurrente, describe cómo entraron en su vivienda varios azeríes y agredieron a él y a otros vecinos.

Tras estos hechos, el recurrente decidió refugiarse en Armenia con su familia. Allí les acogieron y les facilitaron una vivienda de 12 m² para todos. Los azeríes bloquearon la ayuda que recibían los arme-

nios, lo que hizo la situación insostenible, comenzando los armenios a rechazar a aquellos armenios provenientes de otras naciones.

Decidieron entonces ir a Rusia en la primavera de 1989. En este país no les dan el estatuto de refugiados. Hacia 1995, se inicia en Rusia propaganda nacionalista anticaucaásica y antisemita. Comenzaron entonces a ser reprimidos y molestados por la policía rusa.

En 1997, y al agudizarse las agresiones nacionalistas, decidieron volver a Armenia. Volvieron a su anterior piso. Cuando volvieron la policía les interrogó. Sus niños tuvieron problemas en el colegio pues su mujer era de origen kurdo. Denunciaron los hechos al colegio y les indicaron que no tenía solución.

En mayo de 1998, fueron detenidos y acusados de difamación y conjura contra el [...] de la ciudad. Siendo reiteradamente detenidos y torturados en sucesivas ocasiones (8 veces).

Intentaron violar a su mujer e hijas, y cuando trataron de impedirlo fueron golpeados y detenidos por la policía, que les acusó (al recurrente y a su hermano) de ser los autores del intento de violación. La policía les detuvo, y torturó del 14 al 29 de septiembre estuvieron en un hospital y volvieron a la cárcel. Consiguieron sobornando a un policía al que prometieron entregar dinero salir de la cárcel y huyeron del país».

Y la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo, basándose para ello en los siguientes argumentos:

a) Del informe obrante en el expediente debe destacarse que los kurdos no son en absoluto objeto de persecución en Armenia; tienen la ciudadanía de dicha República y nadie ni nada les impide profesar su religión, tienen un periódico, una emisora de radio y los niños kurdos reciben clases en su idioma

una vez a la semana y el kurdo se imparte en la Universidad de Erevan.

b) En esencia, el problema de autos es de prueba, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado (v. g. Sentencia de 28 de abril de 2000) que aunque no se exige para la concesión del derecho de asilo una prueba plena de la persecución, cuando ni siquiera existen los indicios suficientes a que se refiere el artículo 8 de la Ley 5/1984 no puede tener éxito la reclamación y procede la desestimación del recurso.

c) Aunque se admite la certeza del desplazamiento del matrimonio desde Azerbayán a Armenia no existe prueba clara de que se desplazaran a Rusia, ni de que allí fueran perseguidos por la policía, ni de que allí existiera una persecución frente a los armenios y que por ello tuvieron que volver a Armenia.

d) Tampoco hay prueba de que sean ciertos los hechos que, una vez que regresaron a Armenia, dicen que ocurrieron, siendo difícil de creer que la situación de acogida cambiara ahora tan radicalmente respecto de la primera vez que se desplazaron; tampoco hay prueba del alegado intento de violación a sus mujer e hijas y tampoco parece creíble que en plena situación de persecución el recurrente obtuviera en 11 de octubre de 1998 un permiso de conducir en Armenia.

e) Finalmente, razonó la Sala que no existen razones para aplicar el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 porque la familia fue acogida en Armenia y porque la mera permanencia en España no permite hablar de razones humanitarias.

(...).

Se alega la infracción del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo.

Dice la parte recurrente que «la sentencia de la Audiencia Nacional ahora recurrida en esta alta

Exención de visado

instancia, incurre en infracción por inaplicación del precepto señalado, estimamos que en este supuesto existen razones humanitarias suficientes como para autorizar la permanencia en España de esta familia».

Y este motivo debe ser estimado.

Aquel artículo 17 dispone lo siguiente:

«1. La inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud de asilo determinarán el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según los casos, del extranjero si careciera de alguno de los requisitos para entrar o permanecer en España de acuerdo con la legislación general de extranjería.

2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el núm. 1 artículo 3 de esta Ley.»

El párrafo segundo se aplica, por lo tanto, cuando «se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso se hayan visto obligadas a abandonar su país».

(...).

Existe en estos momentos una dificultad real para los azeríes a la hora de acceder a los servicios sociales, asistencia sanitaria y al mercado laboral, llegando a sufrir discriminación y actos de violencia provenientes del resto de la población, sin que las autoridades locales de Armenia sean capaces de

ofrecer una protección efectiva capaz de contrarrestar este tipo de acciones. Si últimamente el número de incidentes ha disminuido, ello se debe a que, en general, la mayoría de personas afectadas por ellos ha abandonado el país.

En consecuencia no existe ninguna duda de que se dan los requisitos del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, y, a la vista de ello, procede declarar haber lugar al recurso de casación y estimar en parte el recurso contencioso administrativo a fin de declarar el derecho del matrimonio Guillermo y de sus cuatro hijas a permanecer en España en el marco de la legislación general de extranjería.”

EXENCIÓN DE VISADO

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

Fecha: 25 de febrero de 2004.

Recurso de Casación: 8468/1999.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Denegación de exención de visado. Ciudadana colombiana que alega que su país posee un Tratado de doble nacionalidad con España. Circunstancias excepcionales. Actividad lícita en España y tipificada en el Código Penal de su país.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de doña P., contra la sentencia del Tribunal Superior de La Rioja sobre denegación de visado.

“El que podemos denominar a efectos de la resolución del recurso segundo motivo de casación y que hay que entender deducido al amparo del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley vigente de la Jurisdicción «por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fue-

Exención de visado

ran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate», cree que la sentencia de instancia vulneró el apartado 1.2 en relación con el 2.1 de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, así como el artículo 13.1, en relación con el 11.3 de la Constitución Española, que confiere rango constitucional a los Tratados de Doble Nacionalidad, y el de la Ley Orgánica 7 de 1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, arguyendo un estado de necesidad en la concesión, en base al artículo 311 del Código Penal Colombiano. La actividad de alternadora lícita en nuestra patria, está tipificada por el Código colombiano, por lo que hubiera podido ser penada en su país si hubiera solicitado el visado consular para dicha actividad, o, de no haber acudido personalmente a solicitarlo, pudieran haberlo sido alguno de sus familiares. No concederle el visado en España constituye mermar sus derechos constitucionalmente protegidos, y más cuando se trata de una ciudadana de un país que tiene suscrito con España un Tratado de Doble Nacionalidad y posee el arraigo en nuestro país que le proporciona la lengua que habla y la similitud de costumbres entre los ciudadanos de ambas naciones.

(...).

El artículo 56.9 prevé una excepción a ese régimen general al disponer que «excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior. En los supuestos que pueda existir cualquier duda sobre el criterio a seguir para la resolución de la exención del visado, la autoridad competente deberá solicitar informe previo a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo». Y la Orden de 11 de abril siguiente en el artículo 2.1 corrobora las circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 56.9 y añade como razones excepcionales las previstas en el artículo

10.3.d) del Real Decreto 766/1992, modificado por el Real Decreto 737/1995. A seguido la propia Orden en el número 2 del mismo artículo manifiesta que podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos que enumera, sin que entre ellos pueda considerarse como excepcional el que la recurrente pretende, y sin que pueda eximir la de la petición el argumento que utiliza de la penalización de esa actividad en su país, puesto que sobre ese hecho nada tienen que decir las autoridades colombianas sino exclusivamente las españolas, puesto que es en nuestro país donde la recurrente pretendía ejercerla.”

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

Fecha: 31 de marzo de 2004.

Recurso de Casación: 5482/1999.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

Voz: Denegación de exención de visado para permiso de trabajo y residencia. Ciudadano chino que contrae matrimonio con persona de su misma nacionalidad.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno que denegó al recurrente la exención de visado para permiso de trabajo y residencia al no existir razones excepcionales que justificasen su dispensa tomando como fundamento para denegar esta última el no acreditar un período previo de tres años de matrimonio a la fecha de la solicitud.

“Quedó acreditado en el expediente y en los autos que el recurrente ciudadano chino contrajo matrimonio el 26 de abril de 1996 en China con su esposa residente legal en España y solicitando la exención de visado por motivos de reagrupación familiar con su cónyuge, siendo este hecho el que determinó

Exención de visado

que la sentencia de instancia accediese a la pretensión ejercitada ante la Sala y anulase las resoluciones recurridas.

(...).

La exigencia, impuesta por Orden Ministerial, de un período previo de matrimonio de tres años no sólo se extralimita de lo establecido en los aludidos preceptos reglamentarios sino que conculca claramente el principio constitucional de protección a la familia, recogido en el artículo 39.1 de la Constitución (...).

Tanto la protección a la familia (artículo 39.1 de la Constitución) como los deberes de los cónyuges (artículos 66 a 69 del Código Civil) no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código Civil, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado, como el de las razones excepcionales para dispensar del visado de residencia, y, por consiguiente, nos reafirmamos en nuestro criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio.

No olvidamos que la Ley Orgánica 4 de 2000, de 11 de enero, reformada por Ley Orgánica 8 de 2000, de 22 de diciembre, requiere, para ejercer el derecho a la reagrupación en España, que se haya residido legalmente en territorio español durante un año y se tenga autorización para residir durante otro año (artículo 18) y, para eximir por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener visado a los extranjeros, que, cuando la dispensa se solicite como cónyuge del residente, se acredite la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga

autorización para residir al menos durante otro año (artículo 31.7).

Estos preceptos sólo pueden ser interpretados y aplicados de forma que no se conculque el aludido principio constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución y que se salvaguarden los derechos y deberes de los cónyuges, entre ellos el de convivir desde el momento de la celebración del matrimonio, de manera que no nos pasa desapercibida la compleja tarea de exégesis que ahora pesa sobre los jueces y tribunales para interpretar y aplicar los aludidos artículos 18.2 y 31.7 de la Ley Orgánica 4 de 2000, reformada por Ley Orgánica 8 de 2000, dado que, según el artículo 32.1 de la propia Constitución el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, y desde ese momento nacen los derechos y deberes de los cónyuges (artículo 32.2 de la Constitución) establecidos por el Código Civil, entre los que, como hemos dicho, los artículos 67 y 68 de este cuerpo legal, contemplan la convivencia y la mutua ayuda, que difícilmente se conciben si se impide la reagrupación por un plazo más o menos largo o si cualquiera de ellos se ve obligado a salir del territorio español para obtener un visado de residencia que, en principio, pudiera ser denegado, como prevé el artículo 25.5 de la mencionada Ley Orgánica.

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

Fecha: 1 de abril de 2004.

Recurso de Casación: 5681/1999.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación de exención de visado. Reagrupamiento familiar. Circunstancias excepcionales.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre denegación de exención de visado especial de residencia por razones excepcionales.

Exención de visado

“(…) la recurrente pretende reagruparse familiarmente con su madre y una hermana que residen legalmente en España, estando casada la madre con un español, habiendo sido denegada la solicitud por no apreciar la Administración la existencia de las circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 56.9 del Reglamento de la Ley de Extranjería (…).

Por otro lado es criterio reiterado de esta Sala que la reagrupación familiar ha sido insistentemente considerada por este Tribunal como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado (…), habiendo declarado en la Sentencia de 9 de marzo de 2000 que la misma tiene un significado social, de manera que no se puede desconocer aunque el familiar, que reside legalmente en España, tenga incluso una precaria situación económica, ya que ha de valorarse desde la dimensión del vínculo parental con el solicitante de la dispensa, para lo que ha de tenerse en cuenta la autenticidad o no de la pretendida agrupación familiar, de modo que ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la puramente paternofamiliar, lo que obliga a estimar como razón excepcional a efectos de eximir de la presentación de visado para la obtención de permiso de residencia, la reagrupación entre hermanos (…). Ello conduce en el presente caso a estimar correcta la exención de visado reconocida por la sentencia de instancia, y con ello la procedencia de desestimar este recurso de casación, en atención a que la solicitud de exención de visado se formuló el 4 de junio de 1996 por la recurrente, nacida el 23 de octubre de 1975, alegando que debe reagruparse con su familia, madre y hermana, casada la primera con español y deseando incorporarse a la vida familiar desarrollando sus estudios en este país, constando en el expediente las declaraciones del cónyuge de la madre de la recurrente que contrajo matrimonio con la misma el 10 de septiembre de 1993, con el que convive otra hermana de la recurrente desde

la fecha del matrimonio en el domicilio conyugal corriendo a cargo del mismo los gastos de manutención, estudios y demás necesidades de la familia a la que pretende integrarse la recurrente una vez terminado su ciclo de estudios en Brasil y al objeto de convivir con la familia en España y concluir aquí sus estudios incorporándose de lleno a la vida en España, manifestando por otro lado que la recurrente convive ya en el citado domicilio haciéndose cargo de su asistencia y manutención.”

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

Fecha: 17 de mayo de 2004.

Recurso de Casación: 5447/1999.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Denegación de exención de visado para permiso de residencia no laboral. Reagrupamiento familiar. Apreciación de circunstancias excepcionales. Nacionalidad ecuatoguineana.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid denegatoria de la exención de visado para permiso de residencia no laboral.

“La sentencia impugnada ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña M., nacida en 1962 y de nacionalidad ecuatoguineana, contra una resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 26 de junio de 1996, denegatoria de la exención de visado para permiso de residencia no laboral, que había solicitado basándose en ser hija de padres españoles residentes en España, de los que dependía económicamente. Razonó la Administración que no podía accederse a lo pedido, por no encontrarse la solicitante en ninguno de los supuestos prevenidos en la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 y, concretamente, en el apartado segundo, 2.e), que prevé el supuesto de los extranjeros que sean hijos de españoles, pero que condiciona la excepción a que se trate de me-

Exención de visado

nores de edad, circunstancia de la que no disfruta la actora.

La Sala de instancia considera que la Orden citada no vincula a la jurisdicción y en aplicación directa del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, aprobatorio del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de primero de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y de la jurisprudencia que cita, entendió que debía de accederse a la exención por motivos humanitarios, consistentes en este caso en favorecer el reagrupamiento familiar.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se funda en que la sentencia recurrida infringe la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 y el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al inaplicar la norma que específicamente regula el supuesto de hecho.

Ante una argumentación sustancialmente idéntica alegada por el Abogado del Estado, en sentencia de primero de abril de 2004 hemos dicho que «frente al criterio de la Sala de instancia que parte de la no aplicación al presente caso de la Orden de 11 de abril de 1996, no cabe invocar, como hace el recurrente, la infracción del contenido de la propia Orden de cuya inaplicación parte precisamente la Sala de instancia, ya que con el motivo esgrimido por el representante procesal de la Administración no se combate adecuadamente a efectos casacionales la sentencia recurrida, conforme a la cual la citada Orden resultaba inaplicable en cuanto se excedía, al fijar y limitar los supuestos de exención de visado, de los que con carácter abierto contempla el Reglamento y la Ley de Extranjería».

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

Fecha: 12 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1540/2002.

Ponente: Dña. Elena Méndez Canseco.

Voz: Solicitud de exención de visado de residencia. Denegación. Natural de Ucrania. Situación de deterioro y conflicto.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado en representación de doña M., contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Extremadura que deniega la solicitud de exención de visado.

“Del examen del expediente administrativo que se une al recurso y de la prueba practicada en las presentes actuaciones resulta que la parte actora no acredita la existencia de alguna circunstancia que pueda justificar la exención del visado, puesto que inicialmente en la solicitud presentada en vía administrativa se limita a afirmar la situación de conflicto en que se encuentra su país. Se trata de una alegación que se realiza de forma genérica, sin concretar en qué forma afectan a la situación personal y familiar de la solicitante, puesto que no es suficiente con alegar la situación de deterioro y conflicto que pueden darse en algunas zonas de Ucrania, sino que es preciso acreditar y concretar mínimamente en qué forma afectan a la parte recurrente, puesto que no puede entenderse que sea notorio que en la concreta localidad de residencia o de donde se dice natural la parte, existan unas circunstancias sociales caracterizadas por frecuentes guerras y conflictos que imposibilitan llevar una vida digna y que efectiva y necesariamente los conflictos afectan a su seguridad. No se puede afirmar que la situación del país influya de manera directa e inmediata en la demandante, al no aportarse ninguna prueba que de alguna manera relacione las circunstancias alegadas con la parte recurrente y su entorno familiar, tratándose de alegaciones genéricas que no prueban una situación excepcional en relación con un caso concreto, por lo que no se justifican la concurrencia de las causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista para la posibilidad de obtener el visado, es decir, en palabras del artículo 49.2.a) antes mencionado, de que esas circunstancias tengan una «magnitud (que) impida la obtención del correspondiente visado»; y en cuanto que el mismo se obtiene, como también vimos, en las Oficinas

Exención de visado

Diplomáticas españolas en el país de procedencia, no cabe entender que esas circunstancias impidan acceder a esas misiones diplomáticas españolas en las que no cabe presumir que existan esas circunstancias y, por ello, obtener el correspondiente visado.

Por todo ello, procede confirmar el acto administrativo impugnado.”

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

Fecha: 12 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1587/2002.

Ponente: D. Daniel Ruiz Ballesteros.

Voz: Exención de visado. Permiso de residencia y de trabajo. Nacional de Ecuador. Existencia de oferta de trabajo.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado en representación de don G., contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz que desestima la solicitud de exención de visado, permiso de residencia y de trabajo.

“En el presente caso, en primer lugar, como pone de manifiesto la Resolución administrativa impugnada, el demandante en el momento de rellenar la solicitud de exención de visado no indica la concurrencia de alguno de los motivos previstos en el artículo 49.2 del Real Decreto 864/2001, limitándose a consignar sus datos personales y firmar la solicitud pero sin especificar y tampoco probar la concurrencia de alguno de los supuestos excepcionales indicados en la solicitud, conforme al precepto reglamentario antes indiciado. En segundo lugar, la existencia de una oferta de trabajo no constituye uno de los motivos excepcionales contemplados en el artículo 49.2 para conceder la exención de visado solicitada.

La conclusión es que el actor no prueba que se encuentre dentro de alguna de las circunstancias que motivan la exención de visado que se refieren en

todo momento a la situación excepcional en que se encuentra el extranjero y que motivan por razones humanitarias o de colaboración con la Justicia que sea eximido de la obligación de obtener el visado. No existe justificación sobre la concurrencia de causas excepcionales que deben valorarse con un criterio finalista de la posibilidad de obtener la exención de visado, es decir, no existe impedimento para obtener el correspondiente visado en las Oficinas Diplomáticas españolas en el país de procedencia, en este caso Ecuador, lo que conduce a confirmar la Resolución impugnada.”

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

Fecha: 19 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1633/2002.

Ponente: Dña. Fátima de la Cruz Mera.

Voz: Exención de visado de residencia. Denegación. Permiso de residencia temporal. Inexistencia de motivo excepcional.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado en representación de doña C., que a su vez actúa en representación de doña M.P., contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz que acordaba denegar la exención de visado de residencia.

“Para una adecuada solución del litigio no resultará ocioso precisar que para obtener una dispensa de Ley, como es la que nos ocupa, se requiere la concurrencia de razones excepcionales y es ese mismo hecho de tratarse de una excepción a los requisitos generales fijados en la Ley, así como la excepcionalidad de las razones que la mencionada normativa exige para su aplicación, las que conducen a que la interpretación que de ella deba hacerse haya de ser de carácter restrictivo. Una consecuencia necesaria del carácter excepcional y de privilegio de la exención de visado, frente a la regla general, supone desplazar al interesado la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención, deber impuesto por la regla general prevista en el artículo 1214 del Código Civil.

Expulsión

En el caso que nos ocupa debe examinarse si concurren o no los supuestos excepcionales previstos en el apartado 2 del artículo 49 del RD 864/2001, que establece que «Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el apartado 5 del artículo 51 de este Reglamento, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado.

b) Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos personales con dicho país.»

Ninguna de estas circunstancias se dan en este caso, dado que las alegaciones de la demandante relativas a la falta de oportunidades en Brasil para estudiar, que sí se dan en España al tener una hermana española que la puede ayudar, adjuntando a tales efectos acta notarial de manifestaciones, no suponen impedimento alguno de tal magnitud que le impidan solicitar y obtener en su país de origen el visado necesario. La demandante, menor de edad, tampoco puede acogerse al supuesto previsto en el apartado c) según el cual «Extranjeros menores de edad o incapacitados: Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España. Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.» Y ello porque no consta que la hermana española la haya sometido a su tutela en legal forma.”

EXPULSIÓN

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

Fecha: 15 de junio de 2004.

Recurso de Casación: 6700/2001.

Ponente: D. Rafael Fernández Valverde.

Voz: Expulsión. Inadmisión de recurso interpuesto contra incoación de expediente de expulsión. Acto de trámite.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don B., contra el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto por él contra lo que dicha parte calificó de inactividad de la Administración, al no haber resuelto un escrito de alegaciones presentado en expediente de expulsión.

“Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ se opone, como primer motivo de casación, que la resolución recurrida ha infringido el artículo 51.1.c) de la LJ. La parte recurrente argumenta que no entiende el criterio mantenido por la Sala de instancia «ya que podía haberse acordado en el procedimiento administrativo la expulsión por parte de la Delegación del Gobierno y no ser notificado expresamente al representante expresamente designado por el interesado». Sin embargo, la actuación que da lugar a la interposición del recurso contencioso administrativo declarado inadmisibile no es sino la incoación de un expediente de expulsión de un extranjero del territorio nacional que es un acto de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional, al no acreditarse que dicho acto fuera acompañado de cualquier otra determinación que pudiera afectar inmediatamente al interesado y, aunque en el curso del procedimiento el recurrente ha acompañado copia de otro escrito en el que solicitaba la caducidad del expediente de expulsión, no es la denegación de esa petición la que fue impugnada por él en este recurso.

Expulsión

Por la vía del artículo 88.1.a) de la LJ alega la parte recurrente que la resolución recurrida ha incurrido en abuso en el ejercicio de la jurisdicción, pero como justificación de este motivo no dice sino que «la interpretación que ha hecho el órgano jurisdiccional no admitiendo el recurso en base al artículo 51.1.º c) no es la más acorde con el espíritu del ordenamiento jurídico constitucional, y menos favorable a la efectividad del derecho», que es algo que nada tiene que ver con el motivo de casación formulado.

Finalmente, por la vía del artículo 88.1.c) de la LJ, se alega que se ha producido quebrantamiento de las formas que rigen los actos y garantías procesales, pero no se cita un solo precepto que considere infringido por la Sala de instancia, y se alude a supuestos defectos en la tramitación del expediente administrativo, que no guardan relación con las garantías procesales que tratan de protegerse por este motivo de casación.”

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

Fecha: 19 de julio de 2004.

Recurso de Apelación: 53/2004.

Ponente: Dña. Raquel Iranzo Prades.

Voz: Expulsión. Falta de permiso de residencia. Estancia irregular.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña S., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número uno de Toledo por la que se acordó la expulsión de la recurrente del territorio nacional.

“Las razones expuestas por la Administración en la resolución recurrida para decretar la expulsión se refieren a que la interesada carece de la documentación necesaria para residir legalmente en España, no siendo titular de permiso de residencia alguno, estando incurso en el supuesto previsto en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Lo primero que debe resaltarse es que no es posible en ningún caso que se pudiera acceder a

la concesión del permiso de residencia que se impetra en el suplico de la demanda pues la resolución objeto de recurso lo que acuerda es la expulsión de la recurrente. Si esta considera que tiene derecho a dicho permiso de residencia deberá solicitarlo a la Administración previamente, pero no puede pretender que, impugnando una resolución sancionadora, se declare su derecho a obtener un permiso de residencia, saltándose los trámites procedimentales establecidos. Sentado lo anterior, en su demanda la recurrente, para impugnar la resolución recurrida, se limita a invocar los artículos 13 y 24 de la constitución, de manera completamente genérica; el artículo 39.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre la no necesidad de permiso de trabajo a los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; el artículo 53.3 de la misma Ley sobre la no expulsión de mujeres embarazadas, y el artículo 16 de la LO 8/2000 sobre la reagrupación familiar. Ninguno de estos argumentos puede servir para obtener la nulidad o anulabilidad de la resolución recurrida. Lo primero que debe destacarse es que la recurrente no acredita tener a su cargo algún ascendiente o descendiente de nacionalidad española pues de la documental aportada sólo se desprende que tiene una hija, pero no se justifica que esta tenga la nacionalidad española. En segundo lugar, tampoco puede invocar el artículo 57.6 (anterior artículo 53.3) de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por LO 8/2000, pues este precepto señala que no podrán ser expulsadas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre y en el presente caso ni siquiera se alega en la demanda que la medida pudiera suponer ese riesgo, aparte de que consta ya el nacimiento del hijo producido el 25 de febrero de 2003. Por último, tampoco cabe acoger la invocación del derecho de reagrupación familiar pues la resolución recurrida lo que hace es aplicar la sanción de expulsión por la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, y está completamente acreditado que la recurrente está incurso en ese supuesto pues carece

Expulsión

de la documentación necesaria para residir legalmente en España. Si la demandante entiende que tiene derecho a regularizar su situación por reagrupación familiar, así deberá solicitarlo a la Administración, pero no puede invocar ese derecho para impugnar a una sanción prevista en la ley por la comisión de una infracción debidamente probada. De igual modo, si la recurrente entiende que tiene derecho a obtener permiso de trabajo y de residencia, así deberá solicitarlo, pero no puede pretender que en este procedimiento se le conceda. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a.

Fecha: 21 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1508/2002.

Ponente: D. Enrique García Pons.

Voz: Expulsión. Principio de proporcionalidad. Ausencia de circunstancias excepcionales. Ciudadano colombiano.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don S., contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona por la que se resolvió la expulsión del territorio nacional del recurrente.

“En contra de lo sostenido por el actor, esta Sala estima que la medida de expulsión del territorio español contra él acordada por encontrarse irregularmente en nuestro país no infringe el principio de proporcionalidad, pues la sanción impuesta se encuentra legalmente prevenida por el Legislador precisamente para la concreta infracción por él cometida.

Como ha señalado de modo reiterado el Tribunal Constitucional, por ejemplo en Sentencia 136/1999, 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.

Solo 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 presente caso, 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, FJ 8), 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.

Es claro que existen límites sociales y económicos a la capacidad de absorción de extranjeros en la Unión Europea, y que en consecuencia la decisión de posibilitar la expulsión de quienes no estén legalmente habilitados para residir en los países de la Unión constituye una opción legítima del Legislador.

Dado que la sanción de expulsión establecida por el Legislador con carácter general para estos supuestos respeta el principio de proporcionalidad, la impugnación del recurrente debe ceñirse a la falta de proporcionalidad de la imposición de esta sanción en su caso específico.

Pero lo cierto es que el recurrente no acredita circunstancia excepcional alguna que permita fundamentar que la expulsión, prevenida con carácter general por el Legislador como una opción sancionadora legítima en estos supuestos específicos, no lo es en el concreto caso del mismo, y únicamente sería proporcional la sanción alternativa de multa. Es cierto que la multa constituye una sanción alternativa menos restrictiva de derechos, pero también menos eficaz para la consecución de la finalidad

de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el Legislador.

En consecuencia, debe concluirse que la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida sancionadora proporcionada, que se encuentra específicamente establecida por la Ley para los supuestos de estancias carentes de habilitación legal. La Administración puede legítimamente imponer esta sanción, dentro de las opciones prevenidas legalmente, ya que es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado. Incumbe a la parte actora, que impugna la sanción por falta de proporcionalidad, acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que concurran en su caso concreto y que puedan determinar excepcionalmente tal desproporción, prueba que no aparece en autos, limitándose el recurrente a alegar que la empresa para la que trabajó a su llegada a España se comprometió a solicitar los permisos correspondientes, cosa que no hizo, por lo que el actor interpuso denuncia contra la misma, lo que en todo caso no desvirtúa que carecía de los documentos exigidos para encontrarse legalmente en nuestro país, por lo que la Sala entiende que la alegación debe ser desestimada.”

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 12 de julio de 2004.

Recurso de Apelación: 419/2003.

Ponente: D. Mariano Montero Martínez.

Voz: Permiso de residencia temporal. Denegación.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso entablado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Cuenca en materia de denegación de permiso de residencia temporal.

“El apelante, más que combatir la sentencia de instancia e intentar rebatir los argumentos que la misma proporciona, expone nuevamente –y en este caso con sucinta descripción– la razón por la que estima que la enfermedad del actor-apelante, y la intervención quirúrgica que requeriría, tendría que incorporarse a la circunstancia del apartado h) del número 2 del artículo 49 del Real Decreto 864/2001, de ejecución de la Ley Orgánica 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [«artículo 49, exención del visado de residencia: 1.–Excepcionalmente, cuando el extranjero que pretenda solicitar la concesión inicial de un permiso de residencia, carezca del preceptivo visado, podrá solicitar conjuntamente que se le exima del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. 2. Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el apartado 5 del artículo 51 de este Reglamento, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos: (...) h) Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado»].

(...).

Cuando la parte apelante se ciñe en su escrito de apelación a reproducir lo argumentado en primera instancia, o se limita a manifestar que solicita la revocación de la sentencia, impide en la mayoría de los casos conocer el ámbito y el contenido de la pretensión impugnatoria, oscurece el debate procesal sobre la corrección de la resolución impugnada y origina indefensión a la parte apelada, que no puede conocer con la suficiente claridad los argumentos en que se funda la impugnación de la sentencia o resolución dictada para oponerse a ellos, lo que es en sí suficiente, en la mayoría de los casos, para la desestimación del recurso de apelación. Algo que se puede predicar del asunto que nos ocupa, pues parecería que no se ha dictado sentencia, dados los

Permiso de residencia

términos del escrito de alzada. Sentencia, por cierto, que incide directamente en la decisión y solución a los motivos de impugnación formulados por la parte actora en la demanda, para descartarlos y confirmar la legalidad del acto, toda vez que no se ha probado la materialización efectiva de la intervención quirúrgica, ni menos aún que la entidad de la misma imposibilite el regreso al país de origen, constituyendo la tesis del actor comprensible pero sola conveniencia. Con lo que la discrecionalidad que implica el verbo «podrá», aplicado a la Administración para eximir de la obligación de obtener el visado de residencia, en modo alguno puede entenderse que tornó en arbitrariedad, ni que podamos dar por acreditada la excepcionalidad del precepto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a.

Fecha: 16 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1707/2002.

Ponente: D. Juan Fernando Horcajada Moya.

Voz: Denegación de la concesión de permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don J.R., contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona mediante la que se denegó la concesión del permiso de residencia por circunstancias excepcionales.

“La expresión circunstancias excepcionales se configura como un concepto jurídico indeterminado, que no supone el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración, sino que, por el contrario, esta viene obligada a conceder el permiso —o, en su caso, exención del visado— si concurren las circunstancias excepcionales señaladas en el citado precepto reglamentario, debiéndose precisarse que la excepcionalidad de las circunstancias no es equiparable a la simple conveniencia, utilidad o importancia de las mismas, ya que en todo caso ha de valorarse la real excepcionalidad de los moti-

vos que puedan dar lugar a la concesión de lo pedido o, en su caso, a la dispensa de la obligación.

De los documentos obrantes en los autos no se desprende la existencia de circunstancias excepcionales merecedoras de ser tomadas en consideración para acceder a la pretensión de que al recurrente le sea concedido un permiso de residencia temporal, al no resultar debidamente acreditada la presencia del interesado en España con anterioridad al 23 de enero de 2001, ni una situación de arraigo entendida como la incorporación real al mundo laboral o la existencia de vínculos con familiares extranjeros residentes legales o españoles. El certificado de empadronamiento que aporta es de junio de 2002, muy posterior por tanto al 23 de enero de 2001. Por lo demás, la pretensión del actor no puede descansar en la invocación de que se han concedido permisos similares a quienes mantuvieron encierros en distintas Iglesias de la Ciudad, y ello en virtud de pactos suscritos con la autoridad política. El artículo 117 de la Constitución somete la actuación de los Tribunales al imperio de la Ley.

En consecuencia, debe desestimarse en su integridad el presente recurso, al resultar ajustada a Derecho la resolución impugnada.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a.

Fecha: 19 de julio de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1175/2001.

Ponente: D. Joaquín José Ortiz Blasco.

Voz: Denegación de permiso de residencia temporal.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don M.B. contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona que deniega el permiso de residencia temporal solicitado.

“No obstante, a tenor de lo establecido en el artículo 57.3 del Reglamento, para la concesión de los permisos de residencia será necesario que no recaiga

sobre los interesados ninguna de las prohibiciones determinadas en el artículo 39, no se encuentren incursos en ninguno de los supuestos de expulsión del territorio español, ni existan otras razones legales, de seguridad pública, sanitaria o de naturaleza análoga.

Por otra parte, hasta tanto que no se produjese la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se dictaron una serie de Instrucciones en las que se señalaba que la concesión del permiso por arraigo quedaba supeditada a que se demostrase la presencia en España con anterioridad al 23 de enero de 2001 y la existencia de arraigo concretado en lazos familiares o incorporación real o potencial al mercado de trabajo.

La defensa de la parte actora alega que el recurrente se encontraba en territorio español con anterioridad al 23 de enero de 2001, reuniendo los requisitos para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado. Pues bien, sin perjuicio de que los documentos aportados en sede administrativa que fueron los tenidos en cuenta para dictar la resolución aquí impugnada no acreditaban suficientemente la estancia en España en el período de tiempo mencionado, lo que sería motivo suficiente para desestimar el recurso contencioso-administrativo, lo cierto es que en sede judicial tampoco resulta probado otro de los requisitos para poder acceder a lo pretendido por el recurrente como es la situación de arraigo en España concretado en lazos familiares con residentes extranjeros legales en los términos previstos en la normativa sobre extranjería o con españoles, o en la incorporación real al mercado de trabajo, lo que de por sí también es suficiente para la desestimación del recurso contencioso-administrativo. En efecto, los únicos datos que se aportan como son la declaración de un primo del recurren-

te y la presentación de una solicitud de permiso de residencia temporal en el mes diciembre de 2000 son insuficientes para acreditar el cumplimiento conjunto de los requisitos mencionados. Por lo demás, resultan inaplicables al recurrente los Reales Decretos 239/2000, de 18 de febrero, y 1427/2001, de 16 de febrero, que establecen los requisitos para la regularización de extranjeros por incumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 1 de las citadas disposiciones reglamentarias.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos.

Fecha: 30 de julio de 2004.

Recurso: Recurso de Suplicación n.º 75/2004.

Ponente: Dña. M. Lourdes Fernández Arnaiz.

Voz: Accidente de trabajo. Gran invalidez. Extranjero sin permiso de residencia o de trabajo.

“SEGUNDO: (...) La cuestión litigiosa se limita a determinar si el actor, rumano, que ha prestado servicios por cuenta ajena sin contar con los permisos legales correspondientes, ni de trabajo ni de residencia, y que sufre un accidente de trabajo está o no incluido dentro del campo de protección de la Seguridad Social a efectos de que se le reconozca la prestación de Gran Invalidez que reclama.

El tema de los extranjeros que prestan servicios por cuenta ajena sin el correspondiente permiso de trabajo ya ha sido abonado por esta Sala en Sentencia

Derecho al trabajo

de 25-11-2003 dictada en el Recurso de Suplicación n.º 1074/2003: «Al respecto, como tiene establecido el TSJ de Cataluña en S. 14/5/02: La cuestión relativa a la validez y eficacia de la relación laboral existente entre una empresa y un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, debe analizarse partiendo de lo dispuesto en el artículo 7, letra c) del Estatuto de los Trabajadores. Establece este precepto que podrán contratar la prestación de su trabajo 'Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia', remitiéndose de esta forma a la normativa especial que regula la situación de los extranjeros en España para determinar las condiciones de eficacia de las relaciones laborales concertadas por los mismos.

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, lo regulaba en su artículo 15.1.º, que condicionaba totalmente la posibilidad de realizar una actividad laboral en España a la obtención del permiso de trabajo. En la interpretación de este precepto legal vino finalmente a consolidarse la línea jurisprudencial que considera nulo el contrato de trabajo concertado por el extranjero que carece de la autorización administrativa para trabajar, paradigma de la cual es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997, en la que se concluye que un contrato de trabajo sin obtención del permiso de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores, y tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores. Conforme a esta interpretación, el contrato de trabajo debía reputarse nulo cuando el trabajador extranjero no disponía del permiso de trabajo, y en consecuencia entender que carecía por ello de acción para reclamar por despido frente al empresario, pudiendo tan sólo exigir la remuneración por el trabajo que ya hubiere prestado.

Pero esta situación jurídica debe considerarse radicalmente modificada por lo establecido en el ar-

tículo 33.3.º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, actual artículo 36.3.º de esta Ley tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

(...)

El elemento gramatical, 'sentido propio de sus palabras', no puede ser más claro y preciso cuando se dice que la falta de autorización administrativa 'no invalidará el contrato de trabajo', por lo que ya no puede considerarse nulo el contrato con las consecuencias previstas en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, a la vez que se añade que su validez lo será 'respecto a los derechos del trabajador extranjero', con lo que se quiere destacar que tales derechos han de respetarse en su integridad con independencia de las consecuencias jurídicas que la irregular concertación de la relación laboral pudiere desplegar en otros ámbitos».

Aplicando este mismo criterio por analogía al supuesto que nos ocupa, no podemos sino concluir, que independientemente de las consecuencias que en la esfera administrativa pueda tener la carencia del permiso de trabajo y de residencia del trabajador afectado, ello no significa que la relación laboral de ese trabajador no haya generado ningún derecho; en el presente caso, en concreto, el actor solicita una prestación de Invalidez Permanente-Gran Invalidez derivada de accidente de trabajo que le fue denegada en su día por no encontrarse incluido en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social; por lo tanto, en este supuesto habrá de examinarse si el actor es merecedor o no de la prestación de invalidez que reclama valorando las lesiones que presenta, en lugar de denegársela sin más por no estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social al ser este hecho consecuencia de la irregularidad que hubo en su contratación; de acuerdo con el inalterado ordinal cuarto D. Pedro Enrique padece secuelas de accidente al sufrir traumatismo T12 con lesión medular T12 paraplejía

secundaria con incontinencia de esfínteres e imposibilidad de caminar, debiendo la Sala tener por no puesta la frase que se recoge también en el citado ordinal referente a «la necesidad de una tercera persona para las actividades de la vida diaria» por ser predeterminante del fallo, pues bien, valorando estas lesiones no podemos sino considerar que la situación del actor es encuadrable dentro de la Gran Invalidez del artículo 137.1.d) de la Ley General de Seguridad Social.

Una vez reconocido el derecho, hemos de determinar quién debe responder de ello, es un hecho probado que el actor prestó servicios a la orden y cuenta de la empresa Piscinas y Cubiertas Telescópicas Azulgres, SL –que tenía cubierto el riesgo de accidente de trabajo con Fremap– con la categoría profesional de peón de la construcción en julio de 2002, y que el trabajador no tenía permiso de residencia, ni de trabajo y no estaba afiliado ni de alta en la Seguridad Social; para resolver esta cuestión hemos de aplicar por analogía la doctrina que establece el Tribunal Supremo en el supuesto de descubiertos en la cotización, y así en Sentencia de 1-2-2000 el Tribunal Supremo declaró que: «... en relación con las prestaciones derivadas de accidente laboral sigue siendo válida la aplicación de la doctrina tradicional, en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios o, por el contrario, se trate de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar para, en el primer caso, imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora, y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo)».

Pues bien aplicando analógicamente esta doctrina al presente caso atendiendo a los hechos que han resultado probados hemos de concluir, que la em-

presa Piscinas y Cubiertas Telescópicas Azulgres, SL, que es la que ha cometido la irregularidad de contratar a un extranjero sin permiso de trabajo y sin darle de alta en la Seguridad Social la única que ha de responder de la prestación de invalidez que reclama el actor, responsabilidad que no puede extenderse a la Mutua Fremap que está al margen de esas irregularidades cometidas exclusivamente por la empresa, y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Fecha: 19 de mayo de 2004.

Recurso: Recurso de Suplicación n.º 1426/2002.

Ponente: Dña. Petra García Márquez.

Voz: Accidente de trabajo. Gran invalidez. Extranjero sin permiso de residencia o de trabajo.

“TERCERO: (...) Pero lo que, en definitiva, sostienen los organismos recurrentes en el desarrollo del motivo es que, como el causante carecía en el momento del accidente del correspondiente permiso de trabajo y residencia, se encontraba fuera del ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, y no puede generar a favor de sus causahabientes prestaciones derivadas de su desgraciado fallecimiento. Y tales cuestiones ya han sido resueltas por el Tribunal Supremo, en sentido contrario al que el recurso pretende, en Sentencia de 9 de julio de 2003 (Recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 4217/2002), en cuyo fundamento de derecho tercero expresaba lo siguiente:

«1. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por trabajador que no se hallaba en situación de alta. Las Sentencias de 27 de diciembre de 1994 (Recurso 1224/1994), 18 de mayo de 1995 (Recurso 2479/1994), 11 de diciembre de 1995 (Recurso 1608/1995) y 24 de mayo de 1996 (Recurso

Derecho al trabajo

2448/1995), partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones, del actual artículo 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social (95.3 del Texto de 1974) declararon la responsabilidad directa de la empresa, obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias de Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería. El precepto de referencia establece que 'los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo... aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones'.

2. Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su artículo 33.3 que 'los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero'. Por otra parte, el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación n.º 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inhe-

rente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000, y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a... 'd) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo'. Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo.

4. No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que el país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (*Gaceta* del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que 'la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional'».

La doctrina sentada en la citada sentencia en base al nuevo marco normativo que representa la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha superado la doctrina unificada que, entroncada con un criterio jurisprudencial muy reiterado y partiendo de la obligación para el trabajador

extranjero no comunitario de hallarse en posesión de los permisos de trabajo y residencia, había declarado que la carencia de estos determinaba la nulidad del contrato de trabajo así concertado, por ser contrario a una norma prohibitiva, conforme a lo establecido en el artículo 6.3, en relación con el artículo 1275, ambos del Código Civil; nulidad radical de pleno derecho que el Tribunal Supremo consideraba compatible con los efectos previstos en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, con la exigibilidad por el trabajador extranjero de la remuneración correspondiente al trabajo ya prestado, en evitación de un enriquecimiento injusto del empresario, y sin derecho a indemnización por despido, ya que tal modalidad extintiva presupone la existencia de una relación laboral válidamente constituida. Sin embargo, en la actual legislación, como se reconoce en la reseñada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003, el contrato de trabajo concertado con trabajador extranjero que carece de los correspondientes permisos no es un contrato nulo, y no puede verse privado tal trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

En el supuesto que se enjuicia, por más que el trabajador causante fuese de nacionalidad rumana, es decir, extranjero no comunitario, y careciera de permiso de trabajo y residencia, es lo cierto que, cuando llevaba trabajando unos siete meses por cuenta y bajo dependencia de la empresa Bodegas Vinícolas Real, SA, sin afiliar ni dar de alta en la Seguridad Social, sufrió un accidente mientras trabajaba el día 20 de diciembre de 2002 que le causó la muerte. La calificación de dicho accidente como de trabajo se ajusta a la definición contenida en el artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social, y ha sido pacíficamente admitida ya que no se denuncia la infracción del citado precepto. Y a efectos de accidentes de trabajo se encontraba en situación de alta de pleno derecho, conforme a lo previsto en el artículo 125.3, no siéndole exigibles períodos previos

de cotización para el derecho a las prestaciones derivadas del accidente que aquí se reclaman, según previene el artículo 124.4, ambos de la citada Ley General de la Seguridad Social. Por las mismas razones, resultan de aplicación las previsiones sobre responsabilidad en orden a las prestaciones contenidas en el artículo 126 de la misma Ley, en relación con los artículos 94, 95 y 96 del Texto articulado de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

Fecha: 16 de marzo de 2004.

Recurso: Recurso de Suplicación n.º 77/2004.

Ponente: D. Pedro Librán Sainz de Baranda.

Voz: Accidente de trabajo. Extranjero sin permiso de residencia o de trabajo. Responsabilidad del empresario.

“CUARTO: Esta Sala considera que la doctrina seguida por el Juzgador de Instancia no es la correcta y ello de conformidad con la doctrina de nuestros Tribunales de lo Social que nos dicen:

A) La doctrina de suplicación ha analizado la problemática de los efectos de la carencia de permisos legales por el trabajador extranjero, de acuerdo con los artículos 3, 10, 14, n.ºs 1 y 2, 29.3 y 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, que modificó el régimen de la anterior Ley 1985, variando la tradicional tesis de nulidad del contrato de trabajo.

Al respecto –se argumenta en las Sentencias de Suplicación– debe indicarse que la Recomendación n.º 151 de la OIT, sobre los trabajadores migrantes, prevé en su ap. 8.3 lo siguiente: «Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo, o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicalización y al ejercicio de los derechos sindicales». Y el conve-

Derecho al trabajo

nio n.º 143 de la OIT, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores emigrantes, establece en su apartado 9.1: «Sin perjuicio de las medidas adoptadas para contolar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios». Por su parte, el artículo 1.1 del Convenio n.º 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo, estatuye «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidente del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales, en materia de indemnización por accidentes del trabajo» (...). Resulta reveladora la cita del artículo 33.3 de la LO 4/2000, de 11-1, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción inicial, que establecía: «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Posteriormente la LO 8/2000, de 22-12, reformó la citada Ley Orgánica, estableciendo el artículo 36.3: «Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el ap. 1 de este

artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Los mentados preceptos evidencian una tendencia a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, poniendo el acento en la prestación de servicios por cuenta ajena, que genera una determinada protección social, y no en la suscripción de un contrato de trabajo, cuya nulidad produce, como regla general, efectos *ex nunc* no *ex tunc*, cuando se trata del reconocimiento de derechos derivados de un accidente de trabajo, por lo que esta Sala (...) no puede sino concluir que conforme al citado principio de igualdad de trato, todo extranjero, aun sin permiso de trabajo, debe quedar protegido frente a los accidentes de trabajo».

B) Como nos dice el TS en su Sentencia de fecha 29-9-03 R.º 008/3003/2002: En este sentido, ya se pronunció esta Sala en Sentencia de 9 de junio de 2003 (R.º 8/4217/02 –fundamento de derecho tercero, apartado 2–, sobre responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, entiende que «Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo».

Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al «extranjero no autorizado para trabajar» –que es a tenor de lo dispuesto en el n.º 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia– y, establece

en tal caso que los empresarios «deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales». A lo que añade, el párrafo segundo de dicho n.º 3, que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».”



NOTA: Las tres sentencias anteriores reiteran la ya consolidada doctrina jurisprudencial sobre accidentes de trabajo sufridos por extranjero no autorizado para trabajar, por lo que nos remitimos a los comentarios realizados en números anteriores, en particular, en el número 5 la STS unificación de doctrina de 7 de octubre de 2003 (rec. n.º 2153/2002).

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Fecha: 31 de marzo de 2004.

Recurso: Recurso de Suplicación n.º 160/2004.

Ponente: Dña. Petra García Márquez.

Voz: Permiso de trabajo. Solicitud de renovación dentro de los tres meses siguientes a la expiración. Despido: contrato temporal fraudulento.

“CUARTO: Circunstancias fácticas las explicitadas que obligan a efectuar diversas consideraciones:

a) Como punto de partida, si bien a la actora le fue concedido el permiso de trabajo y residencia con carácter geográfico provincial y para la actividad de servicio doméstico, ello en nada afectaba a la validez del contrato celebrado, por cuanto que aquellos fueron concedidos en aplicación del artículo 31.4 de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por LO 8/2000, de 27 de diciembre, afectándole lo dispuesto en la resolución de la Dirección general de Ordenación de las Migraciones, de 23 de abril de

2002, según la cual se concedía validez de permiso de trabajo para todo el territorio nacional y todos los sectores de actividad, a todas las autorizaciones para trabajar que se hubiesen concedido en el marco del proceso de acreditación por arraigo del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000.

b) En segundo término, si bien el permiso de trabajo de la actora expiraba el 29-11-2002, no habiendo solicitado la misma su prórroga/renovación, hasta el 30-1-2003, ello no afectaba a la permanencia de sus efectos, derivándose así del artículo 82 del RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, puesto que si bien en su apartado 3.º se indica que las renovaciones de los permisos deberán solicitarse con una antelación de un mes a la fecha de vencimiento, sin embargo, dentro del mismo apartado, se establece «No obstante, podrá renovarse, como si se tratase de un permiso de trabajo en vigor, cumpliéndose todos los requisitos exigidos, y sin perjuicio de las sanciones que procedan, siempre que se solicite durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración». Y seguidamente, en el apartado 5.º se dispone que «En caso de tratarse de solicitud de renovación de permiso de trabajo presentada en plazo durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración, el recibo prorroga la validez del anterior y surte sus mismos efectos en el ámbito laboral y de la Seguridad Social hasta la resolución del expediente».

Por lo que si el permiso de la actora expiraba el 29-11-2002, y la solicitud de prórroga se efectuó el 30-01-2003, no cabe duda que aún no había transcurrido el plazo de tres meses, y los efectos anteriores quedaban prorrogados.

c) Independientemente de lo expuesto, esto es, de la efectiva pervivencia, al momento de la subrogación, de los permisos de trabajo y residencia de la actora, y subsiguiente mantenimiento y pervivencia de su contrato de trabajo, es lo cierto que, aun cuando ello no hubiese sido así, en ningún caso se podría haber

Derecho al trabajo

considerado como nulo el contrato a concertar con la nueva empleadora, habiéndose pronunciado en tal sentido el TS en sus Sentencias de 9 de junio y 7 de octubre de 2003, en las que, siguiendo una tendencia doctrinal y legal de carácter progresivo, en orden a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, a la luz igualmente de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución en orden a los principios que deben regir la política Social del Estado, se mantiene como criterio unificado que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establecía en su artículo 33.3 que «los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». A lo que se añade que «Por otra parte, el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal/Sentencia de 2 de diciembre de 1998 (recurso de apelación n.º 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo».

Recopilando todo lo expuesto se debe llegar necesariamente a la conclusión de que el contrato suscrito por la actora con la empresa Residencias García, SL, mantenía su plena virtualidad al momento de operarse el cambio en la titularidad empresarial, pasando esta a la empresa Residencia Remosan, SL, de tal forma que la subrogación en todos los derechos y obligaciones derivadas del aludido contrato de trabajo debió desplegar todos sus efectos, sin que

desde luego la expiración del permiso de trabajo de la actora tuviese virtualidad resolutoria del contrato de trabajo y subsiguiente relación laboral de aquella, no configurándose como causa legitimadora de la extinción de esa relación laboral, lo que implica la necesidad de calificar la comunicación de cese como despido, el cual al no estar sustentado en causa legítima alguna, debe conducir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET, a declarar su improcedencia, con las consecuencias a ello aparejadas, contempladas en el artículo 56 del mismo texto legal.

QUINTO: A los efectos de concretar los aludidos efectos se impone llevar a cabo algunas consideraciones, la primera de ellas relacionada con la propia caracterización del contrato suscrito por la actora, derivándose de la simple lectura del mismo su irregularidad, en tanto que, ajustándose en su aspecto formal a la modalidad de eventualidad por circunstancias de la producción, en él no se hace la más mínima alusión a la causa o circunstancia que lo pudiese justificar, indicándose tan sólo que la actora era contratada para prestar servicios como personal de limpieza, y en la cláusula destinada a identificar las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, determinantes de su formalización, simplemente se indica «ayuda en limpieza».

Inconcreción total que en modo alguno se trató de explicitar en la instancia, lo que unido a la dificultad de apreciar que las tareas de limpieza en una residencia puedan acomodarse al objeto que sirve de sustento y legitima la modalidad contractual elegida, conducen al entendimiento del carácter fraudulento del contrato y subsiguiente condición de trabajadora fija o indefinida de la actora, debiéndose acomodar a ello el cálculo de las consecuencias económicas derivadas del despido.

A su vez y sobre la efectiva existencia de un despido improcedente es preciso dejar constancia de la desafortunada actuación de la TGSS al denegar la petición de alta en Seguridad Social de la actora cursada

Derecho al trabajo

por la empresa demandada, actuación que si bien pudo impugnar la empleadora, cosa que no hizo, y que en sí mismo no justifica la decisión de esta de prescindir de los servicios de la trabajadora, sin embargo sí introduce, cuanto menos, dudas en el camino a seguir por la empresa, induciéndola a pensar que actuaba legítimamente, extremos de los que se pudiesen derivar ciertas responsabilidades a exigir, si así lo estimase oportuno, la patronal demandada.”



NOTA: Los hechos de los que trae su causa la presente sentencia podrían resumirse de la siguiente manera: una trabajadora de nacionalidad ecuatoriana ha prestado servicios por cuenta de una empresa con la categoría profesional de personal de limpieza, mediante un contrato temporal a jornada completa de la modalidad de eventual por circunstancias de la producción o exceso de pedidos cuyo objeto era “ayuda en limpieza”. La trabajadora había obtenido permiso de residencia y trabajo en España en fecha 30 de noviembre de 2001, con validez hasta el 29 de noviembre de 2002, con carácter provincial y para la actividad de servicio doméstico. El día 1 de diciembre de 2002, se subroga otra empresa en el contrato de trabajo que vinculaba a la trabajadora con la primera, circunstancia que se comunica oportunamente a la trabajadora informándola, además, de la continuidad en el respeto de sus derechos y obligaciones derivados de aquel primer contrato de trabajo. La empresa subrogada presenta el día 4 de diciembre de ese mismo año la documentación necesaria para la solicitud de alta de la trabajadora, aportando el permiso de trabajo que había expirado el 29 de noviembre de 2002. La Seguridad Social dictó resolución por la que no daba lugar al alta; ante tal circunstancia, la empresa comunica a la trabajadora que no podía cumplir el compromiso de subrogación por lo que daban por terminada su relación laboral de trabajo.

La trabajadora acciona ante la jurisdicción social por despido, pretensión que es desestimada en la

instancia, recurriendo en suplicación ante el TSJ de Castilla-La Mancha. El Tribunal aborda tres cuestiones de interés.

En primer lugar, destaca la especialidad del permiso de residencia y trabajo concedido en este supuesto, puesto que las legales limitaciones propias de un permiso inicial (ámbito geográfico y actividad) quedaron excepcionadas por mor de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones de 23 de abril de 2002, por la que se concedía validez a aquella autorización para todo el territorio nacional y todos los sectores de actividad, al haber sido concedida en el marco del proceso de acreditación por arraigo al que se refería la citada resolución.

En segundo lugar, recuerda el Tribunal el tratamiento que viene dándose al régimen de la renovación de los correspondientes permisos de residencia y trabajo en el sentido de admitir aquella dentro de los tres meses siguientes a la fecha de expiración del permiso que se pretende renovar, con independencia de las sanciones que procedan. Y así lo refleja el artículo 82 del vigente RD 864/2001. Ello, aplicado al caso que nos ocupa, donde tan sólo habían transcurrido dos meses desde la expiración del permiso inicial, revela “la desafortunada actuación de la TGSS al denegar la petición de alta en Seguridad Social”, que desconociendo tal regla excepcional induce a confusión a la empresa que considera lógica y ajustada a Derecho la resolución del contrato de trabajo al haberse impedido tramitar la petición de alta. En consecuencia, la expiración del permiso no tiene virtualidad suficiente para legitimar la extinción de la relación laboral, por lo que una vez producida ésta, ha de calificarse como despido improcedente. Al hilo de lo anterior, el Tribunal aprovecha la ocasión para confirmar la “tendencia doctrinal y legal de carácter progresivo, en orden a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales”, haciendo expresa mención a la ya conocida y comentada ante-

Derecho al trabajo

riormente STS (contencioso-administrativa) de 2 de diciembre de 1998, que declaraba la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones.

En tercer, y último lugar, el Tribunal no se detiene en el examen del régimen de renovación de los permisos sino que entra a calificar el contrato de trabajo suscrito, lo que incidirá en el cálculo de las consecuencias derivadas del despido improcedente. En efecto, la modalidad contractual utilizada—contrato eventual por circunstancias de la producción—era fraudulento (no hacía mención a la causa que podría justificar su utilización ni se identificaban las circunstancias determinantes de su formalización), lo que implica la condición de fija o indefinida de la trabajadora y la plena vigencia del contrato de trabajo al momento de operarse el cambio de titularidad empresarial.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Fecha: 22 de enero de 2004.

Recurso: Recurso de Suplicación n.º 6251/2003

Ponente: D. José Luis Gilolmo López.

Voz: Prestaciones no contributivas. Pensión de jubilación. Residencia legal.

“ÚNICO: (...) 2. El recurso merece favorable acogida porque, como ya declaró esta Sala en su Sentencia de 22 de mayo de 1999, recurso n.º 2566/99, «cuando el artículo 167.1 de la LGSS exige a los posibles beneficiarios de la pensión de jubilación no contributiva que ‘residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión’, no está limitando exclusivamente dicho requisito (el de la residencia legal) al momento de la solicitud, sino que también lo requiere para la totalidad del período computable, ya que los términos ‘lo hayan hecho’, es decir, el tiempo en el que se conjuga el verbo ‘residir’, al igual que el adverbio ‘legalmente’ que lo califica, están claramente refe-

ridos al concepto de residencia legal que lo prece-
de, como por otra parte, y sin que por ello incurra en *ultra vires*, se deduce con mayor claridad aún del contenido del artículo 10, números 1 y 2, del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolló la Ley 26/1990, hoy incorporada al vigente Texto Refundido de la LGSS». «Por otro lado, la condición de residente que requiere el precepto, sólo puede entenderse en su sentido técnico jurídico y legal, esto es, en el que pueda derivarse de las situaciones concretas previstas en las disposiciones que regulan la materia y que, en el caso de autos, viene contemplada por el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que supone la obtención de un permiso administrativo *ad hoc* para poder considerar residente –‘legalmente’– al solicitante de una prestación no contributiva». «Por último, la equiparación que hace, a los efectos de las pensiones no contributivas, en efecto, el artículo 7.5 de la LGSS entre españoles y otros nacionales, tradicionalmente unidos a aquellos por vínculos históricos y de todo orden, no exime a estos de los requisitos de la residencia y de la permanencia legal en España, tal como expresamente dice la propia norma (‘... que residan y se encuentren legalmente en territorio español...’: artículo 7.5 LGSS)». «Esta equiparación, al entender de la Sala, libera a los afectados de cualquier exigencia de reciprocidad o de la necesidad de que existan tratados o cualquier tipo de acuerdos internacionales que les reconozca el derecho a las pensiones no contributivas, tal como sucede con respecto a los nacionales de otros países (véase al efecto la significativa Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en Sala General y con un extenso voto particular, de 1 de abril de 1998 referida a un súbdito marroquí), pero, como se dijo, no les exime del tan repetido requisito de la ‘residencia legal’, expresamente previsto para ellos por la norma».

3. La Sala, pues, se ratifica en las precedentes razones (seguidas y reforzadas por nuestra propia Sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 494/01, y por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña de 9 de julio de 2002, recurso 9546/01, a cuyos demás argumentos hacemos desde aquí expresa remisión dándolos por reproducidos), sin que la vigente normativa sobre extranjería, representada hasta hoy por las Leyes Orgánicas 4 y 8/2000, de 11 de enero y 22 de diciembre respectivamente (la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre –BOE 30/9/2003– carece de incidencia respecto al problema que nos ocupa), entrañe a estos efectos novedad alguna porque las pensiones no contributivas, como la que aquí está en cuestión, no parece que constituyan «prestaciones sociales básicas» en el sentido del artículo 14.3 de la Ley 4/2000 y, en cualquier caso, el requisito de la residencia legal sigue siendo exigible en virtud de las inmodificadas previsiones de la LGSS. Dicho requisito, en contra de lo que al respecto parece deducirse de la sentencia de instancia, no puede suplirse por la residencia de hecho en España, ni siquiera cuando la demandante ha adquirido ya, con fecha 21 de mayo de 2001, la nacionalidad española, porque, siendo ella de origen iberoamericano, el período requerido para su concesión no era de diez años, como erróneamente aduce la sentencia impugnada, sino de dos (artículo 22.1 del Código Civil, antes y después de la modificación experimentada por la Ley 36/2002). Así pues, aunque tal período bianual sí lo alcanzaba (en condiciones de legalidad, continuadamente y con anterioridad inmediata a la petición: artículo 22.3 del Cc) porque el pertinente permiso le fue concedido el 22 de mayo de 1996, es obvio que no reunía la década requerida para lucrar la prestación postulada.”



NOTA: En la línea con la doctrina judicial y científica unánime, la Sentencia del TSJ de Madrid insiste en que el requisito de residencia contenido en el artículo 167.1 de la LGSS que se exige a los beneficiarios de la pensión de jubilación no contributiva no puede entenderse en otro sentido que en el técnico jurídico y legal, exigencia que se extiende a todo el período de “diez años entre la edad de dieciséis y la edad de devengo de la pensión”. La tesis es inobjeta-

ble, lo que eximiría de mayor comentario (pueden consultarse las SSTSJ de Andalucía de 2 de marzo de 2000 –rec. 2038/2000– y Cataluña 1 de febrero de 2002 –rec. 6982/2001–, reseñadas en los números 1 y 2, respectivamente, de esta Revista).

No obstante lo anterior, el pronunciamiento judicial alude al artículo 7.5 de la LGSS, según la redacción originaria dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que equipara, a los efectos de las pensiones no contributivas, entre españoles y otros nacionales, tradicionalmente unidos a aquellos por vínculos históricos y de otro orden, recordando que dicho precepto no exime a los extranjeros nacionales mentados de los requisitos de la residencia y de la permanencia legal en territorio español, sino que tan sólo liberta a los afectados de cualquier exigencia de reciprocidad o de que existan tratados internacionales que les reconozcan el derecho a las prestaciones no contributivas.

Sin embargo, ha de advertirse –pues en la Sentencia que comentamos no aparece reflejado con suficiente claridad–, que existe un consenso en orden a considerar que el artículo 14.1 de la Ley de Extranjería (cuya redacción se mantiene desde la LO 4/2000) ha ampliado notablemente lo que venía disponiendo el citado artículo 7.5 de la LGSS permitiendo que cualquier extranjero, independientemente de su nacionalidad, siempre, claro está, que cumpla las condiciones (residencia, insuficiencia de recurso, etc.) pueda acceder a las prestaciones no contributivas. Este es, también, el criterio concluido en el XII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, en cuya conclusión novena se afirma con rotundidad que: “La legislación española ha reforzado considerablemente el principio de igualdad de trato en materia de protección social, generalizando las prestaciones no contributivas”. De hecho, el mismo Tribunal, en Sentencia de 12 de junio de 2001, si bien desestima un recurso de suplicación contra una Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 14

Permiso de trabajo

de Madrid denegatoria de la pensión de jubilación no contributiva a una súbdita peruana residente en España basándose en la falta de acreditación de los diez años de residencia en España (artículo 167.1 de la LGSS), mantiene que “la clara voluntad del legislador es equiparar a españoles y extranjeros residentes en territorio español, reconociéndoles a estos últimos los mismos derechos en materia de Seguridad Social y servicios sociales (...) esta equiparación libera a los afectados de cualquier exigencia de reciprocidad o de la necesidad de que existan tratados o cualquier tipo de acuerdos internacionales que les reconozcan el derecho a las prestaciones no contributivas”.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 12 de abril de 2004.

Recurso: Recurso de Casación 51/2002.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 12 de abril de 2004.

Recurso: Recurso de Casación 38/2002.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Voces: Contingente de trabajadores extranjeros 2002. Inadmisión de solicitudes por el régimen general. Nulidad.

“TERCERO: Las consideraciones anteriores nos obligan a llevar a cabo un estudio o examen de las mo-

dalidades de autorización del trabajo de extranjeros en España. (...)

No podemos aceptar, contra lo que se deduce de las alegaciones del Abogado del Estado, que el contingente, a tenor de la interpretación de la Ley que propugna el defensor de la Administración, sea el que dicha Ley establece como sistema único de acceso de los extranjeros a la obtención del permiso de trabajo. Pues a la vista de la Ley, que no contiene normas procedimentales, no puede afirmarse que se excluya cualquier otro procedimiento de presentación de ofertas nominativas no computables en los contingentes. Lo contrario se deducía de forma clara del artículo 38.1 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, aunque ciertamente la supresión de este precepto por la posterior redacción que se contiene en la Ley Orgánica 8/2000 deja la cuestión en la ambigüedad, de modo que el procedimiento o procedimientos aplicables debe entenderse que son regulados por el Reglamento.

Un examen de la normativa del mismo muestra que, fuera del caso de los regímenes especiales, reglamentariamente se prevén diversas modalidades de procedimiento a seguir para la obtención de permisos de trabajo y residencia. La última modalidad, que no es objeto de la controversia procesal, se establece en el artículo 70.1.1.3 y se refiere a las normas sobre régimen de concesión inicial y renovación de los permisos. Se trata en realidad de una modalidad complementaria del contingente anual.

Pero nos interesan ahora las otras dos modalidades. La primera de ellas es la que puede considerarse como la general y en virtud de la misma se reconoce la facultad del trabajador extranjero de solicitar el permiso en los casos de trabajo por cuenta propia o de renovación del mismo, y sobre todo la de cualquier empresario para presentar una oferta nominativa de empleo a favor de extranjeros residentes o no en España. Así se prevé en los artículos 82.1 y 2 y 83.6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Permiso de trabajo

La existencia de esta modalidad general se deduce de diversas particularidades normativas entre las que pueden destacarse las siguientes. Así el artículo 74 establece una serie de motivos para la denegación, que no son compatibles con el procedimiento del contingente entendido como procedimiento exclusivo. Por otra parte el artículo 81 exige la presentación de una documentación que solo está dotada de sentido si se trata de un procedimiento de obtención del permiso al margen del contingente. Por lo demás el antes citado artículo 82, en sus números 1 y 2, prevé que el sujeto legitimado para presentar una solicitud puede hallarse en España o en el extranjero. Debe afirmarse en resumen que el Reglamento establece una modalidad general para acceder al permiso de trabajo, distinta de la modalidad del contingente anual que se regula directamente en el Acuerdo impugnado. Pero interesa sobremanera referirse a la articulación de las modalidades de procedimiento y al respecto es decisiva la interpretación que debemos dar al artículo 65.11 del Reglamento. Pues, contra lo que sostiene el Abogado del Estado, dicho precepto ordena que se excluyan de la modalidad general las solicitudes relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse por medio del contingente anual. No se alude en cambio en el mencionado artículo a las que no puedan cubrirse por ese procedimiento por determinadas razones, como son la de no referirse a los sectores de actividad y ocupación previstos, o porque se haya agotado el contingente para ese sector, o bien por último porque en la provincia de que se trate no se haya asignado contingente para esa ocupación. Las solicitudes correspondientes deben tramitarse, según la interpretación que consideramos correcta, de acuerdo con el régimen o modalidad de carácter general, con la salvedad de los casos antes reseñados de modalidad complementaria del contingente.

CUARTO: De cuanto se viene diciendo se desprende desde luego que a partir de la normativa reglamentaria hay solicitudes y ofertas de empleo que deben gestionarse aplicando la modalidad general del procedimiento. Sin embargo lo cierto es, y con

ello debemos entrar directamente en la exposición de nuestra razón de decidir, que el Acuerdo impugnado excluye la aplicación de la modalidad general de procedimiento como se desprende del punto 3 de su apartado 9. Pues si bien puede interpretarse que el anterior punto 2 admite la modalidad general cuando sea imposible aplicar la modalidad complementaria del contingente anual porque no pueda cubrirse una oferta concreta mediante propuesta por los servicios públicos de empleo, el procedimiento resulta inviable, ya que las propuestas singulares, una vez determinado que no existen demandantes disponibles deben reconducirse al procedimiento del contingente. La consecuencia de ello es que ninguna oferta nominativa de trabajo a favor de un extranjero que no se encuentre incluida en el ámbito del contingente o en la propuesta de los servicios de empleo puede ser acogida más que si se sigue el procedimiento del contingente, y en caso contrario debe ser inadmitida a trámite.

La normativa del Acuerdo por tanto modifica las normas comunes de procedimiento que establece el Reglamento al reconducir a un procedimiento único los aplicables a la modalidad general y a la modalidad del contingente anual. Esta consideración, que se refiere al punto 9.3 del Acuerdo, resulta avalada por la declaración que se hace en su preámbulo, pues a tenor de la misma se utiliza la habilitación que confiere el Reglamento para adaptar el procedimiento común de permisos de trabajo y residencia al contingente. Así se desprende además de las normas complementarias, toda vez que las Instrucciones generales sobre el contingente, que se aprobaron por Circular de 16 de enero de 2002, disponen que las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del denominado régimen general posteriores al día 14 de enero de 2002 serán inadmitidas a trámite por presentarse según un procedimiento inadecuado.

QUINTO: Debe concluirse por tanto que el Acuerdo no se ajusta a los preceptos del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, y por tanto incurre

Permiso de trabajo

en nulidad por haberse infringido el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, que se establece en nuestro derecho vigente por el artículo 23.4 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre. (...)

De ello se deduce asimismo que desde luego no es conforme a derecho que se inadmitan a trámite las solicitudes cursadas según el procedimiento o modalidad general. Ello no encontraba fundamento sino en el artículo 84.6 del Reglamento (que así lo disponía y que fue declarado nulo por nuestra Sentencia de 20 de marzo de 2003), y en el artículo 65.11 del Reglamento. Pero este precepto, en el que pretende fundarse el apartado 9 punto 3 del Acuerdo que hemos dicho debe declararse nulo, no avala la conclusión de que deban inadmitirse las solicitudes, lo que además resulta contrario al mandato legal del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como declaramos en nuestra Sentencia antes citada de 20 de marzo de 2003.”



NOTA: Ambas sentencias expresamente asumen y siguen la doctrina contenida en las Sentencias de la misma Sala y Sección de 6 de abril de 2004, reseñadas en el número 6 de esta Revista y ampliamente comentadas por César Tolosa Tribiño (pp. 261-270), al que nos remitimos.

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 12 de abril de 2004.

Recurso: Recurso de Casación 5963/2001.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta ajena. Renovación. Ocupación regular y estable.

“SEGUNDO: En el único motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de lo establecido en los artículos 15 y 18 de la Ley

7/1985, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en relación con lo previsto en el artículo 78.2 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Alegando en síntesis: A), Que el artículo 78.2 del Reglamento de 1996 exige la valoración de las circunstancias siguientes –ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso– y que no puede existir tal ocupación regular y estable cuando la misma sentencia recurrida admite que durante la vigencia del permiso anterior 12 de febrero de 1996 y 11 de febrero de 1997, el trabajador ha estado dado de alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social durante 54 días, no hay por tanto la ocupación regular y estable que exige la norma, y lo que pretende la norma es evitar situaciones de marginalidad; B), Que lo anterior no queda desvirtuado por la circunstancia de que el trabajador haya prestado servicios laborales con mayor o menor intensidad en periodos anteriores al del permiso de trabajo que se pretende renovar, pues el período que debe computarse conforme a los términos de la norma citada es el de la vigencia del permiso que se trata de renovar; C) Que tampoco afecta a lo anterior el que el trabajador hubiera efectivamente trabajado después del período a que viene haciéndose referencia, pues aparte de que la norma solo toma en consideración el trabajo realizado en el período anterior, resulta imposible para la Administración el considerar períodos posteriores al del momento de la solicitud de la renovación. Y D), Que por último que no puede considerarse que tenga derecho a la obtención del permiso de trabajo que solicitó en enero de 1997 y se le denegó en abril de 1997, por la circunstancia de que no obstante la denegación, haya efectivamente trabajado durante todo el año 1997.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues de una parte y cuando se trata de renovaciones de permiso de trabajo, según el artículo 19 de

Permiso de trabajo

la Ley 7/1985, se ha de valorar y tener en cuenta si han cambiado o no las circunstancias que existían en el momento en que se concedió el permiso que se trata de renovar, cual ha declarado y reconocido esta sala en situaciones similares a la de autos, Sentencias de 17 de septiembre de 2002, 8 de enero de 2004 y 2 de febrero de 2004.

Y de otra, porque si bien es cierto, como refiere el Abogado del Estado, que según el artículo 78.2 apartado a) del Reglamento aprobado por Real Decreto 155/1996, lo que se ha de valorar, a los efectos de determinar la ocupación regular y estable, es el período de vigencia del permiso anterior que se trata de renovar, pues así expresamente lo dice la norma, no hay que olvidar, como refiere la sentencia recurrida, que el citado artículo 78, en su apartado c), también exige que se valore la continuidad laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.

Y sentado lo anterior, si está acreditado en las actuaciones, como la sentencia recurrida refiere, –y no se ha desvirtuado– que el trabajador presento con su solicitud de renovación un nuevo contrato de trabajo con la empresa MAY DECOR NÚÑEZ, SA; y como incluso el propio Abogado del Estado refiere en su escrito que el trabajador ha efectivamente trabajado durante todo el año 1997, es claro, que se ha de aceptar la tesis de la sentencia recurrida. Pues sin perjuicio de que conforme al apartado a) del citado artículo, se haya de tener en cuenta el período anterior al permiso que se trata de renovar, no hay que olvidar que también se han de valorar y conjuntamente con ella la concurrencia o no de las demás circunstancias, entre otras la posibilidad de nueva oferta de trabajo, y si esta oferta en el caso de autos existió y ha sido efectiva, como el propio Abogado del Estado acepta y las actuaciones muestran, es obligado declarar que en el caso de autos procedía la renovación solicitada, y que la Administración no actuó adecuadamente cuando no valoró, ni tuvo en cuenta la oferta de trabajo presentada junto con la solicitud de renovación,

que es en síntesis lo que adecuadamente declara la sentencia recurrida.”

Tribunal: Tribunal Supremo.

Fecha: 31 de marzo de 2004.

Recurso: Recurso de Casación 3942/2001.

Ponente: Dña. Celsa Picó Lorenzo.

Voz : Permiso de trabajo por cuenta propia. Renovación.

“CUARTO: Centra el Abogado del estado el motivo del recurso en la infracción de lo establecido en los artículos 15 y 18 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en relación con lo previsto en el artículo 78.2, párrafos a) y c) del Reglamento de ejecución, aprobado mediante Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en relación con lo establecido en el artículo 3 del Código Civil.

Sostiene que al exigir el antedicho artículo 3 del Código Civil que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas no cabe entender por «ocupación laboral y estable» menos de la mitad de los días laborables del período de un año a que se refiere el permiso anterior: 122 días en el año 1996 y 123 días en el año 1995. Rechaza que la Sala de instancia tome en consideración el año 1997 por cuanto no constituye el período inmediato anterior al permiso de trabajo que debe ser considerado así como que se tome en consideración toda la historia laboral de los solicitantes ya que tal previsión no está contemplada en la norma legal. Defiende que la norma pretende evitar la renovación de un permiso de trabajo cuando se otorgó uno anterior y, sin embargo, el ciudadano extranjero no consiguió un empleo estable, de tal manera que existe un claro riesgo de que si se produce la renovación se encuentre el trabajador en una situación de desempleo no querida por el legislador.

Permiso de trabajo

Tras los antedichos argumentos sí hemos de aceptar la improcedencia de tomar en consideración el año 1997 por corresponder a un período al que no hace mención el artículo 19.1 de la LO 7/1985, ya que su referencia a la renovación toma en cuenta las circunstancias que determinaron la anterior concesión no la del período controvertido.

Centrándonos en la anterior concesión constatamos que el solicitante de renovación era beneficiario de un permiso de trabajo por cuenta propia para dedicarse a la venta ambulante el cual había obtenido tras haber disfrutado previamente de otro permiso de trabajo por cuenta propia para dedicarse a la venta ambulante. Significa, pues, que siempre ha desarrollado la misma actividad en circunstancias similares a lo largo de todo el período de disfrute de los distintos permisos de trabajo. Se han mantenido, en consecuencia, circunstancias análogas a las anteriores, tal cual exige el artículo 19 de la LO 7/1985.

Por ello no resulta contraria a la norma la interpretación que el Tribunal de instancia realiza de los conceptos «regular y estable». Ninguna mención expresa hace la sentencia de instancia al artículo 3 del Código Civil, como sí lleva a cabo el Abogado del estado, más justamente toma en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas relativas a la renovación de los permisos de trabajo. Y, en esta realidad social, tenemos la constante presencia de la venta ambulante en las zonas turísticas durante la temporada estival y preestival cuya viabilidad económica se presume si atendemos a su reiteración año tras año. Estamos, pues, ante una actividad empresarial que cabría denominar como fija discontinua lo que, atendiendo a sus características concretas, en modo alguno conculca el artículo 78.2.c) del RD 155/1996, de 2 de febrero.

No puede acogerse, en consecuencia, la argumentación del Abogado del Estado si tenemos en cuenta que este Tribunal en reciente Sentencia (4 de febre-

ro de 2004) en que se confirma una renovación de un permiso de trabajo por cuenta propia para la actividad de venta ambulante respecto un trabajador extranjero que el año precedente estuvo dado de alta en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social solo 123 días. En el antedicho pronunciamiento se reitera lo vertido anteriormente (SSTS 12 de enero de 1998, 17 de setiembre, 11 y 20 de diciembre de 2002 y 13 de mayo de 2003) acerca de que la venta ambulante cuando se acredita en forma que permite la subsistencia del interesado es una actividad lucrativa continuada. Se abandona, pues, el criterio mantenido en las SSTS de 31 de mayo y 27 de mayo y 16 de diciembre de 1997 sobre denegaciones de permisos de trabajo relativos a la venta ambulante. Si entendemos que aquella proporcionó el beneficio o ganancia necesario para desarrollar su vida en España (en los términos a que se refieren las SSTS 29 de junio, 30 de setiembre y 26 de octubre de 1999, 19 de marzo de 2001) durante los años anteriores en los cuales se le había autorizado para trabajar por cuenta propia no se aprecian circunstancias nuevas.”



NOTA: Ya en números anteriores hemos recogido diversos pronunciamientos jurisprudenciales (véanse, entre otras, las SSTS de 4 de febrero de 2004, rec. 5163/2001, 2 de febrero de 2004, rec. n.º 3156/2001 y 28 de enero de 2004, rec. 2318/2001, todas ellas reseñadas en el número 6 de esta Revista) en los que resolviendo los correspondientes recursos de casación sobre denegación de renovación de autorización para trabajar por cuenta propia, el Tribunal Supremo los estima sobre la base de la reiterada doctrina que obliga a conectar las circunstancias atinentes a la ocupación regular y estable del solicitante con su actitud subjetiva de desempeñar un trabajo continuado y estable no sólo en el período inmediatamente anterior a la solicitud sino también en otros períodos anteriores y con las incidencias ocasionales del sector de ocupación de que se trate. Estas sentencias no son sino una muestra más

Permiso de trabajo

de la referida doctrina, tomando, en un caso, como fundamentación jurídica el artículo 3 del Cc, que impone que se tome en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, y “en esta realidad social, tenemos la constante presencia de la venta ambulante en las zonas turísticas durante la temporada estival y pre-estival cuya viabilidad económica se presume si atendemos a su reiteración año tras año”, hasta el punto de ser considerada una actividad empresarial “fija-discontinua” (STS de 31 de marzo de 2004); en otros, valorando y apreciando circunstancias concurrentes, como es la “larga estancia del recurrente en territorio nacional (...) prestando sus servicios en varias empresas” por lo que queda plenamente acreditada la intención del extranjero de trabajar en España (STS de 12 de abril de 2004).

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.^a.

Fecha: 15 de julio de 2004.

Recurso: 1708/2002.

Ponente: D. José Ignacio Zarzalejos Burguillo.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta propia. Acreditación de los requisitos legales sobre la actividad empresarial a realizar.

“SEGUNDO: [...] En el presente caso, el recurrente solicitó el permiso de trabajo por cuenta propia alegando que pretendía realizar la actividad de carpintería metálica a través de la entidad «Puertas y Ventanas La Comunidad, SL», con una inversión inicial proyectada de cinco millones de pesetas y la creación de siete puestos de trabajo. Sin embargo, consta en el expediente remitido a la Sala que dicha sociedad fue constituida por el actor y otra persona mediante escritura pública otorgada el día 5 de octubre de 2001 en cuya fecha dio comienzo a sus operaciones (artículo 4 de los Estatutos), sin que el recurrente haya acreditado la realización de la inversión proyectada ni la creación de los puestos de trabajo alegados, no habiendo requisitos a los que

la norma condiciona la concesión del permiso de trabajo, de modo que no existe prueba que permita afirmar que dicha actividad favorezca la creación de puestos de trabajo ni que implique una aportación de capital que contribuya al crecimiento de la economía nacional, por lo que es ajustada a Derecho la resolución recurrida.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.^a.

Fecha: 24 de julio de 2004.

Recurso: 1329/2002.

Ponente: Dña. Elena Méndez Camaseco.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta propia. Acreditación de los requisitos legales sobre la actividad empresarial a realizar.

“SEGUNDO: [...] Así pues, la resolución de la Delegación del Gobierno de Extremadura contiene los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa para denegar el permiso de trabajo solicitado y tiene cobertura legal en el artículo 74.2.a) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que lo contempla como motivo específico para su denegación. A lo que debemos añadir que el proyecto de actividad profesional que pretende desarrollar el demandante –que no es aceptado por la Administración que considera que no produce inversión ni crea empleo que favorezca la economía nacional– no va acompañado de ningún documento que apoye las afirmaciones contenidas en el mismo. Así, en primer lugar, no aporta justificación en cuanto a la inversión inicial proyectada de un 1.500.000 pesetas, puesto que ningún documento financiero acredita que el demandante podrá realizar la inversión pretendida. En segundo lugar, el demandante en el proyecto hace referencia a una rentabilidad de 250.000 pesetas al mes por las actividades, pero se trata siempre de afirmaciones que no van acompañadas de estudios reales de mercado, sondeos o consumo, desconociéndose, puesto que nada se dice en el proyecto sobre la forma de adquisición de los bienes necesarios para ejercer la actividad,

Permiso de trabajo

cuál es su experiencia en el sector y la capacidad profesional que reúne para poder desarrollar su proyecto, así como el conocimiento social, comercial e industrial de la comarca en la que pretende instalarse. Por último, si ya hemos visto que el dato referido a la inversión carece de cualquier justificación lo mismo puede decirse de la adquisición de los bienes y la creación de unos quince puestos de trabajo, que no se basa en datos y estudios objetivos sino en una redacción voluntarista de la parte actora. Una vez expuesto lo anterior, llegamos a la conclusión de que la actividad asistencial que pretende desarrollar el demandante, en los términos que se ha planteado por la parte, no constituye el verdadero desarrollo de una actividad profesional, no genera la instalación de un establecimiento comercial, tiene un carácter precario, no incide positivamente en la economía, en nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción, no supone una inversión suficiente y no fomenta la creación de empleo, por lo que resulta contraria a la letra y al espíritu de la normativa sobre trabajo de extranjeros en España tendente a conferir estabilidad laboral a los trabajadores extranjeros que desean instalarse en territorio español (artículos 70.2 y 74.2 del Real Decreto 864/2001). En virtud de lo expuesto procede la confirmación de la Resolución recurrida.”



NOTA: Las dos sentencias anteriores se refieren al permiso por cuenta propia, y en ambos casos, el Tribunal confirma la resolución de la Subdelegación del Gobierno por la que se deniega el permiso solicitado, al no haberse acreditado suficientemente el cumplimiento de los requisitos establecidos en la artículo 70.2 del vigente Reglamento y proceder en consecuencia la denegación de acuerdo con el artículo 74.2.a). En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurrente se limita a aportar, como única prueba, la escritura de constitución de la sociedad mercantil mediante la que pretendía ejercer su actividad,

quedando ayuna de justificación, tanto la forma de efectuar la inversión inicial proyectada de 5 millones, como la creación de los 7 puestos de trabajo previstos. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura confirma igualmente la resolución denegatoria de la Subdelegación del Gobierno de Badajoz, dado que la actividad asistencial que pretendía desarrollar el demandante “no produce inversión o creación de empleo que favorezca la economía nacional”. No obstante y pese a que de los datos que se aportan, parece que tampoco en este caso, se justificó suficientemente por el recurrente su proyecto empresarial, sorprende la rigurosidad con que la Sala se refiere a los requisitos establecidos en el artículo 70.2 del Reglamento. En efecto, al aludir al estudio de rentabilidad efectuado por el demandante señala literalmente que no se puede tener en cuenta, entre otras razones por no ir acompañado de “estudios reales de mercado, sondeos o consumo” y al hacer mención al requisito de la capacidad profesional añade la “experiencia profesional” y “el conocimiento social, comercial e industrial de la comarca en que pretende instalarse”. Interpretación no sólo severa sino, a primera vista, sin basamento alguno en el propio artículo 70. Debe recordarse a este respecto que, como se puso de manifiesto en el número 5 de esta Revista (STS 19 de mayo de 2003) reiterada jurisprudencia viene afirmando que los requisitos y condiciones previstos en el citado precepto, no tienen otra trascendencia que la de ser factores susceptibles de valoración favorable en caso de que concurran, pero no condicionan la concesión del permiso en caso contrario.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 4 de junio de 2004

Recurso: 788/2003

Ponente: Dña. Fátima de la Cruz Mera.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta ajena. Situación Nacional de Empleo.

Permiso de trabajo

“CUARTO: Una vez citados los preceptos que resultan de aplicación al presente caso, la tesis de la Administración se sintetiza en considerar que si el contingente se elabora teniendo en cuenta la situación nacional de empleo y dicho parámetro ha de ser tenido en cuenta en el momento de la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena, tal y como dispone el artículo 38.1 de la referida Ley, la inexistencia de previsión del contingente, determina la existencia de trabajadores nacionales que pueden ocupar el puesto de trabajo ofertado y consecuentemente justificar la desestimación del permiso de trabajo solicitado.

De sostenerse la tesis de la Administración, en primer lugar, se hace difícil entender la regulación que de la gestión de las ofertas de empleo realiza el artículo 70 del Reglamento, por cuanto no sería necesaria la certificación a que la misma se refiere, bastando con examinar las previsiones del contingente, al tiempo que se certificaría si, caso de existir previsión específica, la misma ha sido completada.

En segundo lugar, la tesis de la Administración debe rechazarse por irreal dado que no se compadece sostener la existencia de trabajadores nacionales que pudieran aceptar la oferta con el resultado negativo de la certificación emitida por el Servicio Extremeño de Empleo. Podría frente a tal afirmación alegarse que la certificación emitida no despliega sus efectos o examina la situación en la totalidad del territorio nacional, si bien es lo cierto que tal defecto, de no existir, sólo sería achacable a la Administración, puesto que la propia Administración dispone de los datos necesarios para emitir la certificación reglamentaria prevista y no puede servir la omisión de la certificación de base para la denegación del permiso, cuando la misma había sido solicitada por el empleador.

En tercer lugar tal tesis supondría mezclar dos sistemas diferenciados de acceso al empleo, dado que los parámetros utilizados para la realización del contingente, tienen en cuenta que el mismo

tiene como finalidad el regular los flujos migratorios desde el exterior a España o, en muchos casos, servir como vía de regularización de extranjeros en situación irregular, pero no contempla la existencia de extranjeros en España, a los que se dirigen este tipo de ofertas nominativas. En efecto, la aplicación de este instrumento responde a la necesidad de regular la llegada de inmigrantes a nuestro país de forma gradual, y tomar la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad. Dicho contingente se abre y amplía en aquellos sectores de actividad donde se encuentran las demandas que no son atendidas por el mercado de trabajo nacional a pesar de la existencia de desempleo, permitiendo la normalización de la actividad laboral desarrollada por trabajadores extranjeros en estos sectores y garantizando la preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera legalmente residente en nuestro país.

Así pues, la oferta de empleo nominativa efectuada está dirigida a atender una necesidad real de mano de obra extranjera que se efectúa para un centro de trabajo situado en una finca de la localidad de Talarubias, provincia de Badajoz, en la que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 no asigna ninguno de los empleos previstos en el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios, como puede comprobarse en el Anexo I.A del Acuerdo, y de manera concreta no ha sido posible cubrir la oferta de empleo al no existir demandantes de empleo disponibles para la plaza ofertada, lo que nos conduce a anular la Resolución impugnada.

QUINTO: La parte actora en el suplico de su escrito de demanda solicita la anulación de la Resolución impugnada y que la Administración continúe la tramitación del procedimiento administrativo, por ello, vista la pretensión de la recurrente y que la Sala carece de los datos necesarios para comprobar

Permiso de trabajo

si el trabajador extranjero reúne el resto de requisitos legales y reglamentarios para la concesión de los permisos de trabajo y residencia, se acuerda que la Administración continúe la instrucción del procedimiento, acordando la unión de los documentos que falten o requiriendo para su presentación, y se pronuncie sobre los permisos de trabajo y residencia solicitados, no pudiendo denegarlos con base en la existencia de demandantes de empleo, al comprobarse que no existen demandantes disponibles para la oferta de trabajo efectuada por la empresa demandante.”



NOTA: La sentencia viene a confirmar la doctrina judicial, a la que se ha hecho referencia en otros números de esta Revista (Revista n.º 3 STS), Cantabria de 7 de febrero 2003) que considera no ajustado a Derecho el proceder de la Administración al denegar un permiso de trabajo, argumentando que, al no existir previsión del contingente en la provincia en cuestión sobre el puesto de trabajo ofertado, existen trabajadores españoles que pueden ocupar el puesto de trabajo ofertado. Esta previsión adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que también en este caso existe un informe del Servicio de Empleo –concretamente, del Servicio Extremeño de Empleo– sobre la no existencia de demandantes de empleo disponibles para cubrir la oferta de trabajo. La especialidad del presente supuesto radica en el hecho de que la Sala, al carecer de los datos necesarios para comprobar si el trabajador extranjero reunía el resto de los requisitos legales, acuerda que la Administración continúe la tramitación del procedimiento y se pronuncie sobre el permiso de trabajo y residencia solicitado, no pudiendo denegarlo con base en la existencia de demandantes de empleo disponibles.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Fecha: 11 de junio de 2004.

Recurso: 11/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Fecha: 4 de junio de 2004.

Recurso: 778/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Fecha: 4 de junio de 2004.

Recurso: 768/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Fecha: 4 de junio de 2004.

Recurso: 298/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Fecha: 18 de mayo de 2004.

Recurso: 377/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta ajena. Concurrencia de procedimientos. Oferta nominativa de trabajo. Puesto de trabajo de difícil cobertura por ciudadano español.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Fecha: 25 de mayo de 2004.

Recurso: 832/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2.ª.

Permiso de trabajo

Fecha: 24 de mayo de 2004.

Recurso: 382/2003.

Ponente: D. Emilio Berlanga Ribelles.

Voz: Permiso de trabajo por cuenta ajena. Concurrencia de procedimientos. Oferta nominativa de trabajo. Puesto de trabajo de difícil cobertura por ciudadano español.

“SEGUNDO: Fúndase la indicada resolución, en la misma se explicita en que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender la concreta oferta de empleo de la empresa, en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del día 21 de diciembre de 2001 (BOE 12-01-2002) que fija el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2002, teniendo en cuenta las necesidades de mano de obra a nivel nacional durante dicho año, sin perjuicio de la capacidad de los servicios públicos de empleo de realizar propuestas como complemento del contingente, cuando se detecten necesidades del mercado de trabajo (artículo 71.4.^a del RD 864/2001, de 20 de julio).

Ello pone en evidencia que el procedimiento utilizado por la Administración para la tramitación de la solicitud del permiso de trabajo y residencia, y en consecuencia para resolver dicha solicitud, ha sido el establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros no comunitario para el año 2002 y por indicación de la propia Administración en virtud de lo establecido en la Circular 1/2002, de 16 de enero, dictada por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, concretamente en su instrucción séptima, titulada concurrencia de procedimientos que contempla dos supuestos de solicitud de permiso de trabajo y residencia:

a) el primero contempla las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del que denomina como régimen general que se presenten con anterioridad al día 14 de enero de 2002. Estas solicitudes a tenor de

la instrucción, deberán tramitarse y resolverse según las normas generales del procedimiento contenidas en el Reglamento 864/2001.

b) el segundo se refiere a la solicitud de permisos de trabajo y residencia, también de las previstas en el régimen general que se presenten a partir del 14 de enero de 2002. En este caso la Circular dispone dos instrucciones diferenciadas:

– la primera contempla las ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo; respecto de estas ofertas dispone la circular que serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según un procedimiento inadecuado.

– la segunda, contempla las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del denominado régimen general presentadas a partir del 14 de enero de 2001, que no puedan cubrirse a través del contingente 2002 ni a través del mecanismo para complementar el mismo. El apartado 5 de la instrucción séptima, prevé que, en estos casos, se dicte resolución denegatoria, sin proceder a realizar los trámites previstos en el artículo 83 del Reglamento, debiendo adoptarse en el plazo de 10 días, invocando la aplicación del supuesto de suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitado para atender la oferta de empleo.

Este último supuesto es el que utiliza la autoridad gubernativa en los presentes autos, al entender que se trata de una solicitud de permiso de trabajo y residencia para llevar a efecto una oferta nominativa de empleo dirigida a cubrir un puesto de trabajo determinado en un centro ubicado en la provincia de Barcelona, aplicando el supuesto de concurrencia de procedimientos previsto en el apartado noveno del Acuerdo de 2001.

TERCERO: Ha incurrido con ello la Administración demandada en un doble olvido: de una parte, olvida

Derecho penal

que la citada circular no puede modificar o derogar una disposición de rango legal o reglamentario, en este caso los artículos 39 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, y el artículo 70.1 de su Reglamento de ejecución. De otra parte, olvida la Administración que en el supuesto de autos, nos encontramos con una oferta nominativa de empleo formulada a favor de un ciudadano extranjero que se halla en España y que, por tanto, ha de ser tramitada conforme a lo prevenido en los artículos 80 a 87 del citado Reglamento de extranjería, aprobado por RD 864/2001.”



NOTA: A diferencia de las dos Sentencias del Tribunal Supremo reseñadas anteriormente, las que ahora se presentan del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –que al resolver supuestos idénticos reproducen todas ellas los mismos fundamentos de derecho– deciden sobre recursos interpuestos contra la desestimación tácita de los de reposición, que se presentaron contra las resoluciones de la Subdelegación del Gobierno de Barcelona denegatorias de los permisos solicitados. En las mismas, la Administración, pese a tratarse de ofertas nominativas de trabajo efectuadas a favor de ciudadanos extranjeros que se hallaban en España, opta erróneamente, de acuerdo con la Circular 1/2002, por resolver la solicitud por el procedimiento establecido por el Acuerdo del Contingente de ese año, y no, como habría sido lo correcto, por los trámites del denominado régimen general previstos en los artículos 80 y siguientes del vigente Reglamento. Por otra parte, y para mayor apoyatura del fallo, en todos los casos queda documentalmente acreditado que el puesto de trabajo ofertado se hallaba incluido, como ocupación en la que existían graves dificultades para encontrar candidatos idóneos, en el correspondiente certificado, emitido en este caso por el Departamento de Trabajo de la Generalitat, al que se alude en el artículo 70.b) del Reglamento.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 4 de mayo de 2004.

Ponente: D. Enrique Abad Fernández.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. No resulta acreditado el ánimo de lucro. Puesta en peligro de la salud de las personas.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar parcialmente al recurso de casación en causa seguida contra el recurrente, por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

“La Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, en su Sentencia de 7 de mayo de 2003, declara probado que sobre las 7.20 horas del día 27 de octubre de 2002, el acusado V. –con pasaporte marroquí y carta de residencia francesa– fue detenido cuando pretendía acceder al transbordador que hace el trayecto Ceuta–Algeciras, llevando ocultos bajo los asientos de la furgoneta de su propiedad a dos personas. Así como a una tercera que sobre las 18.30 horas del indicado día fue encontrada debajo de las maletas, mantas y otros bultos que había en la furgoneta, dentro de un bolso de viaje que tenía la cremallera abierta.

(...).

De las declaraciones prestadas a lo largo de la tramitación de la causa por los protagonistas de los hechos, resultan dos versiones diferentes.

Según la primera, la entrada de las tres personas en la furgoneta se hizo de forma clandestina, sin que se percatara de ello el acusado. De acuerdo con la segunda, dichas personas eran parientes, a los que llevaba para hacerlos un favor.

(...).

Derecho penal

Sin embargo lo que resulta de las actuaciones es que V., con carta de residencia francesa, se dirigía a ese país acompañado de su esposa y de siete hijos con edades comprendidas entre los 2 y 13 años.

Viaje familiar difícil a un destino lógico, que no parece encaminado a realizar un tráfico ilegal de personas, pudiendo ser perfectamente que las personas transportadas, ligadas al acusado por lazos de parentesco o amistad, no hubieran convenido el pago en dinero, sino que la motivación fuera ajena al lucro, de carácter personal, como afirma el acusado.

Razones por las que el recurso, en cuanto aduce aplicación indebida del apartado 2 del artículo 318 bis del Código Penal (LO 4/2000), debe ser estimado.

(...).

Argumentando en el párrafo 8 del fundamento jurídico primero que «valorando las condiciones concretas en que el último de los referidos inmigrantes realizaba el viaje, no cabe duda que se ha producido un grave riesgo para la vida, salud o integridad del mismo, considerados como derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. A nadie escapa las condiciones infrahumanas y de efectiva puesta en peligro de la vida del mencionado inmigrante teniendo en cuenta el bolso de viaje en que fue ocultado, debajo de dos maletas, mantas y otros bultos, con la posibilidad más que evidente de asfixia».

(...).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería.

Fecha: 24 de mayo de 2004.

Ponente: D. Juan Luis Rico Ruiz Morón.

Voz: Delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros.

Resumen: La Audiencia condena a los procesados don E. y M., como autores de dos delitos de secuestro sin la concu-

rrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

“Las prueba practicadas en el juicio oral, consistentes en las declaraciones de las mujeres que fueron retenidas, E. y P., del denunciante A., persona que puso en marcha la actuación policial, declaraciones traídas al debate contradictorio por la vía del artículo 730 de la Ley procesal penal, como ha quedado razonado anteriormente, así como por las manifestaciones de los componentes de la Guardia Civil que montó el dispositivo de vigilancia del encuentro con el secuestrador que se encontraba en la Estación de Autobuses, y con el que luego fue detenido vigilando a las secuestradas, han puesto de manifiesto que una vez la víctima en las costas de Tarifa (Cádiz), son trasladadas al Ejido donde son retenidas y encerradas por los acusados en un cortijo a la espera de que algún familiar pague el rescate por su libertad.

(...).

Los hechos que se declaran probados en la presente resolución son constitutivos en segundo lugar de un delito de atentado previsto y penado en los artículos 550 y 551 del Código Penal y de una falta de lesiones prevista y penada en el artículo 617.1 de igual texto legal, (...).

Por el contrario los hechos enjuiciados no pueden ser considerados como constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 318 bis del Código Penal.

Esta Sala entiende que no hay prueba bastante para entender cometido el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 n.º 1 y 2. Dicho tipo penal, introducido en nuestro Código por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros, sanciona el tráfico ilegal de personas «desde, en tránsito o con destino a España», trío este de posibilidades de comisión del delito entre los que no

Derecho penal

se halla el supuesto enjuiciado, puesto que no sólo no consta probado que los acusados hayan tenido intervención alguna en la operación de entrada de los inmigrantes al territorio español sino que, además, las propias perjudicadas declaran a presencia judicial que no habían concertado nada con los acusados antes de llegar a la península en la patera, de manera que no cabe presumir sin base que los acusados formaran parte de una organización o trama responsable de haber gestionado o propiciado la entrada de las mujeres inmigrantes en la península vía marítima desde su país de origen, siendo claro a juicio de la Sala que el mero transporte desde la providencia de Cádiz hasta la de Almería, una vez que los inmigrantes ya están en España y sin que conste conexión entre dicho transporte y el anterior efectuado desde Marruecos, no supone que se promueva, favorezca o facilite el tráfico de personas desde España, hacia España o sirviendo nuestro país de estado intermedio de tránsito, por lo que procede acordar la absolución respecto de este delito.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

Fecha: 9 de junio de 2004.

Ponente: D. José Luis Goizueta Adame.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Resumen: La Audiencia condena a J.P. como autor criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

“(…) el tráfico ilegal de personas se realiza abusando de la vulnerabilidad de las víctimas, pues se trata de personas que tratan por todos los medios de salir de sus países de origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir, como es sobradamente conocido. Asimismo consta que a cambio de no pagar por la travesía el acusado se comprometió a patronear la embarcación, tal y como declaró el acusado en fase de instrucción, lo

que de por sí conlleva el ánimo de lucro a que se refiere el precepto. De igual modo, los Guardias Civiles que declararon en el acto del juicio, ratificaron el atestado en el que se describe la embarcación, tratándose de una patera de unos seis metros de eslora, sin ninguna medida de seguridad, lo que implica que realizar en una embarcación de ese tamaño una travesía desde las costas africanas a las canarias, viajando en la misma veintiocho personas, es poner en peligro la vida e integridad de las mismas, tal y como lamentablemente ha quedado demostrado en muchas ocasiones.

Aunque como prueba anticipada se oyó en declaración a tres de las personas que viajaban en la embarcación, y que de estas una afirmó que el acusado era el patrón, otra negó que el acusado fuera el patrón, y una tercera afirmó que no vio quién manejaba la embarcación, debe tenerse en cuenta que en casi todas las ocasiones las víctimas han recibido serias amenazas ante la posibilidad de delatar al patrón de la embarcación.

El acusado J.P., reconoció en el Juzgado de instrucción, que efectivamente él era el ayudante del patrón de la embarcación, y por ello no pagó ninguna cantidad por la travesía, mientras que O.M., quien fue detenido junto al acusado y al que nos hemos referido antes, manifestó, también en su declaración sumarial, que el acusado era el patrón de la embarcación y que la dirigió desde Marruecos, así como que él había pagado 4.000 dirhams por el viaje.

(...).

En el caso presente, existen datos y circunstancias que avalan la declaración del imputado en fase de instrucción, como aquella que realmente responde a la verdad, esto es, que era el patrón de la embarcación. Los testigos Guardias Civiles que declararon en el acto del juicio, manifestaron con claridad y contundencia que era el acusado el que se encontraba a la caña del motor dirigiendo la embarca-

ción, reconociéndole perfectamente, coincidiendo ambos testigos en tal reconocimiento del acusado como el patrón de la patera, quien con destreza realizó la maniobra de acercamiento de la patera a la embarcación de salvamento, con el mar en malas condiciones.

Por lo tanto, consideramos que contamos con prueba de cargo más que suficiente para dictar una sentencia condenatoria para el acusado, porque ya en su condición de patrón de la patera, o de ayudante del mismo por que aquel se arrojó al agua, es lo cierto que con su conducta facilitó el tráfico ilegal de personas con destino a España, en las condiciones y con las circunstancias ya referidas.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

Fecha: 10 de junio de 2004.

Ponente: D. José Luis Goizueta Adame.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Natural de Marruecos. Tráfico ilegal de personas de origen subsahariano.

Resumen: La Audiencia condena a don L.F. como autor criminalmente responsable de un delito ya definido contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

“(…) consta que cada inmigrante abonó unos 700 euros, tal y como declaró uno de ellos como prueba anticipada, por la travesía, lo que de por sí implica el ánimo de lucro de aquellos responsables del penoso viaje. De igual modo, obra en las actuaciones una descripción de la embarcación, realizada por el patrón del buque de salvamento, tratándose de una patera de madera de estructura muy frágil y carente de todo tipo de medidas de seguridad (...), y de seis metros de eslora según el atestado (...), lo que implica que realizar en una embarcación de ese tamaño una travesía desde las costas africanas a las canarias, viajando en la misma nada menos que treinta y una personas, es poner en peligro la

vida e integridad de las mismas, tal y como lamentablemente ha quedado demostrado en el presente caso, en el que desaparecieron en el mar quince de los ocupantes.

El acusado en el acto del juicio negó ser el patrón de la patera, afirmando que era un inmigrante más. Como prueba anticipada se tomó declaración a dos de los ocupantes de la patera de origen subsahariano, uno de ellos, concretamente L.A., reconoció sin ninguna duda al acusado como uno de las personas de origen marroquí que manejaba la patera turnándose con otros dos que desaparecieron en el naufragio. Afirmó también que los patrones de la embarcación eran los cuatro ocupantes de piel blanca. Por su parte L. afirmó que no sabía si el acusado era el patrón de la patera, pero que los cuatro ocupantes de raza árabe eran los que les daban de comer y agua, así como que vio a uno de ellos manejar la embarcación.

(...).

Pues bien, en el caso presente los testigos a los que nos hemos referido antes, prestaron declaración ante el juez de instrucción, en presencia del Ministerio Fiscal, del letrado del acusado y de este mismo, habiendo sido leídas sus declaraciones en el acto del plenario tal y como exige el artículo 730 de la LECr., y debiendo tenerse en cuenta que la razón de anticipar dicha prueba no es otra que el hecho de incoárseles a los testigos, un expediente de expulsión conforme a la legislación de extranjería, que implicaba su más que segura ilocalización para poder ser citados al acto de la vista oral.

Por todo lo dicho nos encontraríamos ante una prueba de cargo más que suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que ampara al acusado, más aún cuando contamos con otras circunstancias. En la patera en cuestión viajaban 27 inmigrantes de origen subsahariano, y 4 de origen marroquí, y la experiencia nos viene mostrando cómo estos últimos son siempre los responsables

Homologación de títulos

de estas frágiles embarcaciones que de modo clandestino arriban a las costas de Canarias. El propio testigo L. cuya declaración se leyó a instancia de la defensa, afirmó que si bien no podía asegurar que el acusado fuera el patrón, sí declaró que los cuatro ocupantes de origen árabe eran los que les daban la comida y el agua, y manejaban la patera. También la experiencia nos ha enseñado que los ocupantes subsaharianos de las pateras deben viajar agachados en la misma, teniendo prohibido moverse durante toda la travesía, siendo incluso golpeados si no obedecen las órdenes, es por ello que en muchas ocasiones no son capaces de determinar con exactitud quién está en cada momento a la caña del motor, pero sí saben perfectamente quiénes son los que disponen de la comida y el agua, que no son otros que los que llevan la dirección y organización del viaje, que puede durar incluso días. Por último al acusado se le incautaron 3.250 dirhams, que viene a equivaler a 325 euros aproximadamente, y que constituye una circunstancia más acerca de su condición de responsable de la embarcación.

Por lo tanto, consideramos que contamos con prueba de cargo más que suficiente para dictar una sentencia condenatoria para el acusado, porque ya en su condición de patrón de la patera, o de ayudante del mismo, es lo cierto que con su conducta facilitó el tráfico ilegal de personas con destino a España, en las condiciones y con las circunstancias ya referidas.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a.

Fecha: 16 de marzo de 2004.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de título de odontólogo argentino. La resolución administrativa condiciona la homologación a una prueba de conjunto.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don A., contra la desestimación por silencio de la petición solicitando la homologación del título de odontólogo. Superación de una prueba de conjunto.

“La argumentación principal desarrollada para intentar justificar las vulneraciones que en esos dos motivos se denuncian es que la aplicación del Convenio Cultural existente entre España y Argentina permitía la directa homologación solicitada por la recurrente y así fue entendido por una extensa jurisprudencia; y que la aplicación de un nuevo y diferente criterio, contrario a esa directa homologación, resulta contraria al principio constitucional de igualdad.

El examen de los motivos de casación debe comenzar recordando que la cuestión de la homologación de títulos extranjeros con el español de Odontólogo, solicitada al amparo de Convenios internacionales suscritos por España, ha sido recientemente el objeto de un gran número de pronunciamientos de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que, abandonando y rectificando una línea jurisprudencial anterior, se han pronunciado a favor de la misma tesis que aquí ha sido mantenida por la Sala de instancia.

En todos esos recientes pronunciamientos se sigue reiteradamente un mismo criterio, que por esta razón merece ya la calificación de doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

(...).

Actualmente no es ya posible la homologación con el viejo título de odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en España en 1948.

En lo que se refiere al artículo 2 del Convenio Cultural de 23 de marzo de 1971, celebrado entre España y la República Argentina, es de aplicación lo que se

Homologación de títulos

declara en esa doctrina jurisprudencial de que se viene hablando: que para su interpretación y aplicación no puede ya prescindirse de la normativa interna, acorde con esas Directivas Comunitarias a que también se ha hecho referencia; y que esto determina que la Administración, para decidir la homologación solicitada, tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

El título de Odontólogo obtenido por la recurrente en la República Argentina no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplimentan lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Argentina.

El cambio de criterio jurisprudencial, cuando se expresan las razones que lo justifican y determinan, no puede ser considerado contrario al principio constitucional de igualdad.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a.

Fecha: 31 de mayo de 2004.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Homologación de título de odontólogo argentino.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto en nombre de doña A., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre homologación de título expedido en la República Argentina.

“Doña A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 20 de septiembre de 1996 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Cultura, que acordaba la ho-

mologación del título de Odontóloga obtenido en la Universidad Nacional de La Plata (Argentina) al título español de Licenciada en Odontología, pero condicionándola a la superación de una prueba de conjunto específica sobre las materias citadas en el informe del Consejo de Universidades.

(...).

La parte recurrente defiende que, por aplicación directa del artículo 2 del Convenio de 1971, aplicación que resulta de las normas que ha hecho constar, la convalidación del título de Odontóloga solicitada debió producirse automáticamente, sin la exigencia de una prueba de conjunto sobre determinadas materias.

(...) debemos afirmar que lo que se pide es la homologación de un título expedido por una Universidad Argentina a un título español, homologación que no puede ser un canje material de títulos, sino que implica la declaración de que el título argentino es igual al título español, lo que impone un juicio de semejanza o equivalente en cuanto al contenido de la formación recibida, para acreditar que los títulos que se homologan son iguales, y esto es lo que ha realizado la Administración en cuanto a la solicitud de doña A. La Comisión Académica del Consejo de Universidades ha informado que en el currículum de la señora A. se aprecian carencias en materias fundamentales del plan de estudios español, carencias que enumera, y sobre las que se ha exigido la prueba de conjunto (...).

La Administración, y al ratificar su resolución la sentencia de instancia, no han rechazado la homologación solicitada, sino que, (...) ha sujetado la indicada homologación a la superación de una prueba de conjunto, que tiene por finalidad acreditar la igualdad de conocimientos de los estudios correspondientes a ambos títulos y, como consecuencia de ello, que la interesada posee los conocimientos necesarios para dedicarse al ejercicio profesional en España de la profesión de Odontóloga, ejercicio

Homologación de títulos

que no sería pertinente autorizar sin comprobar dichos conocimientos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a.

Fecha: 15 de junio de 2004.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Denegación de homologación de odontóloga dominicana. Aplicación del Convenio de Cooperación Hispano-Dominicano de 1988.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto en nombre de doña P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó la solicitud de la recurrente de homologación del título de Doctor en Odontología obtenido en la República Dominicana.

“El título de Odontólogo obtenido por la recurrente en la República Dominicana no es equivalente al título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplimentan lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en Santo Domingo.

El primero de los motivos de la casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.1.4 de la LJCA de 1956, se basa en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En concreto, infracción del artículo IV del Convenio de Cooperación Cultural celebrado entre España y República Dominicana de 15 de noviembre de 1988 (BOE de 30 de noviembre de 1988) de los Acuerdos adoptados en las Reuniones de Expertos de marzo de 1989 y marzo de 1991, celebradas en desarrollo del mismo artículo IV del Convenio y de la Orden Ministerial de 21 de octubre de 1992, que complementó tanto los Acuerdos como el Convenio.

(...).

En el caso examinado, del estudio de las actuaciones y de la sentencia recurrida consta acreditado:

a) La parte recurrente, según los certificados expedidos por la Universidad Iberoamericana de la República Dominicana, en la que realizó los estudios, los inició en el año 1991, la fecha de admisión en la Universidad es de 1 de mayo de 1991, siguiendo los mismos hasta que se graduó como Doctor en Odontología conforme al título expedido en 16 de febrero de 1995, por lo que, consecuentemente, le es de aplicación el Convenio de 1988,(...).

b) La Subcomisión de Expertos se reunió por primera vez los días 14, 15 y 16 de marzo de 1989, suscribiendo un Acta Final en la que señala los criterios generales que han de fundamentar el Sistema de Equivalencias. (...). Sin embargo, los anexos no se elaboran hasta la segunda reunión de la Subcomisión los días 13, 14 y 15 de marzo de 1991, en cuya Acta Final se completan los criterios generales de la primera reunión, estableciendo, en lo que ahora interesa, en el anexo V las Tablas de Equivalencia en el Área de Ciencias de la Salud, que permiten la mutua homologación durante el período señalado en el artículo 11 del Acta final de 1991 al disponer que los estudiantes de Ciencias de la Salud matriculados entre el 15 de noviembre de 1988 y el 15 de marzo de 1991, habrán de realizar un programa supervisado de educación o formación continuada en cualquiera de los dos países orientado a completar la formación recibida y para los matriculados con posterioridad (cual es el caso de la hoy demandante) los dos Estados se comprometían a elaborar otra Tabla, una vez comprobadas las condiciones generales de referencia.

c) Por Orden Ministerial de 21 de octubre de 1992, se regula y coordina el período complementario de formación que deben realizar los titulados en materia de Odontología por Universidades de la República Dominicana como requisito previo para

Homologación de títulos

la homologación de sus títulos (...). En este caso, la recurrente inició sus estudios de odontología en la Universidad Iberoamericana de la República Dominicana en 1 de mayo de 1991 (fecha de admisión), continuándolos hasta que obtuvo el grado de Doctor en Odontología otorgado por el Consejo Académico de dicha Universidad en fecha 16 de febrero de 1995, año en que también solicita la homologación (6 de marzo de 1995) siendo estas fechas las determinantes de las normas a aplicar.

d) No pueden tomarse en consideración, a efectos de los estudios conducentes a la obtención del título de Doctor en Odontología, el curso realizado en el año 1990 en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de la República Dominicana, tanto por ser otra Universidad, como por las asignaturas en ella cursadas de Cursos de Introducción al Inglés, Tenis de Mesa, Introducción a la Física, a la Filosofía, Matemáticas, Español y Cultura Occidental.

Los razonamientos expuestos conducen a confirmar los criterios de la sentencia recurrida (...).

e) La homologación no puede ser un canje material de títulos, ni tampoco se conculca la normativa sobre aplicación en España de los Tratados, ya que lo que se decide es que la aplicación del Convenio con la República Dominicana, cuando se trata de solicitudes de homologación de títulos, no impide la comprobación de la equivalencia de los títulos en cuestión y la normativa de aplicación realizada correctamente en la sentencia recurrida, por lo que procede rechazar el motivo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a.

Fecha: 20 de julio de 2004.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Recurso de Casación: 4154/1999.

Voz: Homologación de título argentino por el de médico especialista de Cirugía Plástica en España. Superación de una prueba de conjunto.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en nombre de don C.M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional referida a la solicitud de homologación de un título argentino por el título de Médico Especialista en Cirugía Plástica.

“Los intentos de la parte recurrente de tratar de equiparar un título de médico especialista a un simple certificado no pueden obtener favorable acogida para proceder a la homologación automática interesada, pues dicha homologación automática solo es válida respecto de títulos académicos y no respecto de certificados de especialidad y dado que no está acreditada la equivalencia entre la formación recibida y la precisa para la obtención del título español con el que se pretende la homologación, lo procedente es aplicar el apartado segundo de la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1991 y someter al recurrente a la correspondiente prueba teórico-práctica, lo que acuerda el acto originario impugnado y la sentencia recurrida, al desestimar el recurso.

(...).

Así, en el caso que estudiamos, la correcta interpretación se enmarca en una profusa legislación, dejando la homologación supeditada a una prueba de conjunto específica, (...), que el ejercicio profesional ha de quedar sujeto a las normas pertinentes establecidas en la legislación interna de cada país, y que la homologación sólo procede cuando el título obtenido en el extranjero proporciona la misma formación y habilita para las mismas funciones que el título español, o, por mejor decir, cuando concurre plena equivalencia.

De esta forma, se deniega, al amparo de la Orden de 14 de octubre de 1991, la homologación si no es previa superación de prueba teórico-práctica, por no guardar equivalencia entre ambas formaciones en base a los motivos alegados por la Comisión Nacional de la Especialidad y por la Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación (objeto del recurso contencioso-administrati-

Nacionalidad

vo), cuales son que no implicó una formación retribuida en virtud de vinculación contractual con el Centro Hospitalario y el ser un título que produce efectos profesionales limitados a la Capital Federal.

(...).

El segundo de los motivos de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998 considera que el fallo de la sentencia recurrida infringe el artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural entre España y Argentina de 23 de marzo de 1971, ratificado por Instrumento de 17 de noviembre de 1972.

Analizando el motivo resulta que para la parte recurrente, el artículo segundo del Convenio Cultural ha de prevalecer como norma imperativa que impone la convalidación automática de los títulos de educación superior, sin que sea necesario efectuar análisis comparativos de los planes de estudios vigentes, ni superación de prueba teórico-práctica.

(...).

Por su parte, el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, que regula las condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, reconoce en el artículo sexto que las resoluciones de concesión o denegación de homologación de títulos extranjeros se adoptarán teniendo en cuenta, en primer lugar, los Tratados o Convenios Internacionales bilaterales o multilaterales en los que España sea parte y en el caso examinado, no se aplica el artículo segundo del Convenio Hispano-Argentino y es de aplicación el Real Decreto 86/1987 que obliga a reconocer el derecho del actor a efectuar una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título de Especialista, por lo que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación, ya que el criterio adoptado es coherente con el manifestado reiteradamente por esta Sala

sobre el no automatismo en la homologación de títulos de educación superior, dependiendo de una razonable equivalencia de las materias que en España corresponde realizar en la forma reconocida por la Comisión Nacional de la Especialidad en Cirugía Plástica.”

NACIONALIDAD

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

Fecha: 5 de abril de 2004.

Ponente: D. Francisco González Navarro

Recurso de Casación: 7979/1999.

Voz: Nacionalidad. Denegación por falta de residencia continuada.

Resumen: El Tribunal declara que ha lugar al recurso de casación formalizado por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional que le denegó la nacionalidad española.

“El Abogado del Estado formula un único motivo de casación en el que, en lo que aquí y ahora importa, dice esto: «La sentencia recurrida infringe el artículo 22.1 del Código Civil. Este motivo se invoca al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional de 1998. La nacionalidad por residencia se adquiere tras cumplir con una serie de requisitos recogidos en el artículo 22 del Código Civil. Entre dichos requisitos se encuentra la residencia en España durante el período de tiempo que corresponda. Dicha residencia ha de ser, además, legal, continuada y anterior a la solicitud de nacionalidad. Pues bien, en el presente caso, el período de residencia exigido era de diez años (artículo 22.1 del Código Civil), siendo exigible que dicha residencia fuera –como ya se apuntó–, legal, continuada y anterior a la solicitud. Los hechos probados en la instancia que reprodu-

cen los recogidos en el expediente administrativo demuestran que el entonces recurrente no tuvo la condición de residente legal durante un período de trece meses y diez días. Este hecho se admite en el fundamento jurídico tercero de la sentencia que, sin embargo, llega a la conclusión favorable a la pretensión ejercitada al considerar que no se ha acreditado la notificación de la resolución de 13 de marzo de 1992 denegatoria de la tarjeta de estudiante. El argumento, por lo demás contradictorio con el razonamiento final del mentado fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia cuando reclama para las normas reguladoras del derecho a la nacionalidad, una interpretación restrictiva, infringe el artículo 22.1.º del Código Civil merced a una interpretación *contra legem* obviando que la carga de la prueba sobre la acreditación de los requisitos objetivos que exige dicho precepto para adquirir la nacionalidad corresponde a quien así lo solicita, de manera que ni en este precepto ni en otro se autoriza una interpretación extensiva como la que recoge el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia».

A la vista de la contradicción que sería determinante de incongruencia de tipo interno que el defensor de la Administración invoca, es necesario reproducir lo que la sentencia impugnada dijo en su fundamento tercero, que es esto: «Tercero.—En el supuesto de autos está acreditado que el recurrente no tuvo una residencia legal en los términos señalados durante los diez años inmediatamente anteriores a su petición, que la efectuó el 26 de julio de 1995, por lo que se ha de remontar al 16 de julio de 1985. No hay duda que durante el período que se indica en el Informe de la Policía que aparece en el expediente administrativo, el ahora recurrente no dispuso de permiso de residencia, ni de otra forma de autorización de residencia, en regla. Por tanto, se trata de saber si durante ese período de 13 meses y 10 días tuvo una situación regularizada. El recurrente justifica que solicitó la tarjeta de estudiante con fecha 19 de noviembre de 1990, por lo que, por aplicación de los artícu-

los 29.2, 46 y 48 del RD 1119/1986, debe entenderse que durante toda la tramitación de esta solicitud se debió expedir un resguardo de dicha solicitud y dicho resguardo debe tener el efecto de legalizar la situación de permanencia en España. A su vez, resultan aplicables los artículos 18.3 y 25 del mismo RD que obliga a la Administración a que se notifiquen las resoluciones denegatorias del permiso de residencia o prórrogas de estancia; en el expediente administrativo no consta la notificación de la resolución de fecha 13 de marzo de 1992 que supuestamente denegaba la solicitud de tarjeta de estudiante por lo que deben extenderse los efectos del resguardo de la solicitud de dicha tarjeta hasta que se solicitó la regularización de su situación administrativa con fecha 10 de diciembre de 1991, entendiéndose reanudado el tracto sucesivo de la legalidad de residencia sin interrupciones desde el inicio de su residencia legal en España. Por lo demás, es claro que al versar la pretensión sobre la concesión de la nacionalidad española, es decir, sobre una cualidad que atribuye importantes derechos de carácter personal, la interpretación de los requisitos establecidos legalmente para acceder a la misma no puede responder a una interpretación extensiva de los mismos, que, a la postre, los desvirtúen. Por lo que, estando claro que no se ha acreditado una residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante un período de diez años, debe desestimarse el recurso, sin perjuicio de que, en su caso, se pueda volver a efectuar una nueva petición cuando se estime que concurren los requisitos indicados».

La mera lectura de este fundamento demuestra que la sentencia incurre en manifiesta contradicción interna pues empieza declarando que el solicitante no tuvo una residencia legal durante los diez años inmediatamente anteriores a su solicitud; se pregunta luego si la situación debe tenerse por regularizada durante esos 13 meses y diez días al que se alude en el párrafo segundo; llega luego a la conclusión de que el tracto suspensivo se había reanudado en 10 de diciembre de 1991; y concluye finalmente

Nacionalidad

que procede denegar la solicitud por no darse en el caso el requisito de una residencia continuada durante diez años.

Sin embargo, en la parte dispositiva –que hemos transcrito en la letra B) del fundamento primero– dice exactamente lo contrario: que debe otorgarse la nacionalidad y, efectivamente, la concede.

Así las cosas, el recurso del Abogado del Estado debe estimarse y la sentencia impugnada debe anularse, como así hacemos y declaramos.

Debemos ahora dictar sentencia sustitutoria de la anulada, y a tal efecto, y por las razones que la Sala de instancia invocaba en el párrafo cuarto y último del fundamento tercero, rechazando en cambio lo que decía en el párrafo tercero del mismo, pues el hecho de que la Administración incumpliera el deber que tiene de resolver no puede interpretarse en sentido positivo, tanto más cuanto que en la fecha en que solicitó la tarjeta de estudiante –19 de noviembre de 1990– estaba en vigor la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, según la cual (artículo 94) la no resolución en plazo en peticiones de primera decisión en modo alguno tenía atribuido por la ley un sentido positivo, sino negativo. Sin que, además, conste que el solicitante denuncie la mora.

Por todo lo cual, la demanda del solicitante debemos de desestimarla, lo que implica declarar que el acto impugnado era ajustado a derecho. Sin que haya lugar a hacer especial declaración sobre las costas del proceso, al no apreciar la Sala que haya habido mala fe ni temeridad en ninguna de las partes.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a.

Fecha: 22 de abril de 2004.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Concesión de la nacionalidad española. Buena conducta cívica.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto formalizado por el señor G., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre concesión de la nacionalidad española.

“La Sala de instancia ha entendido que no hay razón suficiente para conceder lo solicitado. Y este es también el parecer de nuestra Sala ya que estamos ante un problema de adquisición de la nacionalidad española al amparo del artículo 22.4 del Código Civil, problema que exige valorar toda una trayectoria personal ajustada al estándar medio de valores asumidos en un momento histórico determinado por una concreta comunidad, en nuestro caso la española.

Es desde esta perspectiva desde donde hay que abordar la solución del problema que nos ocupa, pues el concepto jurídico indeterminado que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil ha de ponerse en relación con ese otro que como parámetro interpretativo –nada menos– establece el Código Civil en su artículo 3.1 :«la realidad social del tiempo en que la norma ha de aplicarse», (...).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 del Cc), y porque, según la jurisprudencia de nuestra Sala que citábamos al comienzo [letra C) de este fundamento cuarto] el reconocimiento de la nacionalidad –para el caso, su adquisición por residencia– comprende aspectos que trascienden el orden penal, en razón al plus que confiere su otorgamiento, se comprenderá por qué, en el caso que nos ocupa, procede denegar la solicitud de concesión de la nacionalidad española en atención a su peripecia personal, que al margen de la no vigencia de esos antecedentes penales ni policiales del solicitante que, como decimos, no pueden ser dejados de lado, llevan al convencimiento de que no cumple ese requisito –verdaderamente determinante– de la «buena conducta cívica» que

Nacionalidad

exige el artículo 22.4 del Código Civil, cuyo sentido hemos precisado, una vez más, en esta sentencia nuestra.

(...).

El recurrente en el caso que nos ocupa utiliza un argumento que no puede ser tomado en consideración ya que se funda en lo que es claramente un error de transcripción. En efecto, se dice en la sentencia que fue condenado un 16 de marzo de 1993, en causa n.º 173/92 del Juzgado de Instrucción n.º 11 de Madrid, por un delito contra la seguridad del tráfico, hecho que aquel niega aunque admite que la condena en igual fecha y causa lo fue por un delito contra la seguridad en el trabajo. El error material cometido, ya que no es sino un error de transcripción, no desvirtúa lo hasta aquí dicho. Por otra parte no podemos olvidar que la solicitud en vía administrativa se formula en agosto de 1994 y en 10 de octubre de 1997 se produce la resolución administrativa recurrida, lo que pone de manifiesto la proximidad en el tiempo entre la condena, declarado firme en 15 de julio de 1993, y la solicitud de nacionalidad que tuvo lugar en agosto de 1994, por lo que al haber sido la pena impuesta la de arresto mayor y multa el plazo para cancelación de antecedentes pendiente todavía no se había cumplido, ya que con arreglo al Código Penal de 1973 era de dos años, al igual que en el Código Penal de 1995, artículos 118 y 136 respectivamente.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª.

Fecha: 15 de julio de 2004.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Recurso de Casación: 241/2001.

Voz: Denegación de la nacionalidad solicitada. Buena conducta cívica.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por la representación de don J.L., contra la sen-

tencia de la Audiencia Nacional denegatoria de la nacionalidad solicitada.

“Articula el recurrente un único motivo de casación en el que se alega infracción del artículo 22.4 del Código Civil que se fundamenta en que, en opinión del recurrente, son los informes policiales en relación a unos hechos que no han dado lugar a condena judicial ni han sido acreditados lo que fundamenta la denegación de la nacionalidad solicitada.

El motivo no puede prosperar por cuanto aun siendo cierta la doctrina que siente el recurrente en el sentido de que unos informes policiales no motivados e inconcretos no facultan para denegar la nacionalidad, lo cierto es que la Sala va más allá y, aplicando la doctrina correcta, pone de relieve que la buena conducta cívica debe ser acreditada por el solicitante de la nacionalidad, así la jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia de 16 de marzo de 1999, dice que no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, pues lo que en el artículo 22 del Código Civil se 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 114/1987.

Pues bien en el caso de autos no existe prueba alguna positiva de esa buena conducta, por tanto a falta de esa justificación positiva, que no puede inferirse de su matrimonio con una española y de documentos justificativos del trabajo de esta, y que es exigencia del artículo 22.4 del Código Civil, los motivos deben ser desestimados (...).”

Nacionalidad

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

Fecha: 19 de julio de 2004.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Solicitud de nacionalidad española. Marroquí casado con española con domicilio en Melilla que trabaja en Nador como funcionario del Ministerio de Educación de Marruecos. Residencia ininterrumpida.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto en representación de don J.M., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre solicitud de nacionalidad española.

“Para entender el alcance de la impugnación, hay que decir ya que la Sala de instancia niega que el solicitante tenga residencia efectiva puesto que es funcionario del Ministerio de Educación de Marruecos y es en Nador donde trabaja.

Hay que decir –puesto que en este terreno de valoración de la prueba– plantea el debate casacional que –aparte de que, efectivamente, ninguna de las excepciones a que alude el Abogado se da en este caso– es que no aparece acreditado en modo alguno que el solicitante, como él mismo afirma, trabaje en una escuela –que no identifica– ubicada en Melilla. Por contra, lo que resulta de las actuaciones –y ni la más mínima referencia hace a ello la parte recurrente ni siquiera para negarlo– es que «consta en hoja de servicios expedida por la Delegación del Ministerio de Educación y Ciencia [marroquí] en Nador, Oficina de Funcionarios Administrativos y Pensiones, (...), el informado es funcionario administrativo de la Delegación Provincial de Nador, desde el 10 de octubre de 1966 en que entró como: Secretario administrativo provisional, (...) en la actualidad tiene la categoría de: Redactor Principal, estando encargado de un trabajo administrativo en dicha Delegación; un hecho que –importa subrayarlo porque, como decimos se silencia por el solicitante– la sentencia declara probado en el fundamento tercero, párrafo último, donde dice que, aunque en este caso se dan

en el recurrente ‘algunos de los requisitos generales exigidos para la concesión de la nacionalidad española solicitada como son: la justificación de la buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española’, y que aunque no se da el de la ‘residencia legal durante diez años [... ese] tiempo de residencia, en atención a su matrimonio con española puede quedar reducido a un año’, lo que no tiene es una residencia efectiva ya que su trabajo como funcionario del Reino de Marruecos lo desempeña en Nador».

Debemos añadir todavía lo siguiente: El Tribunal Supremo, Sala 1.^a, interpretando el artículo 22 del Código Civil, tiene dicho que la «residencia continuada presupone la presencia real y física en territorio español (...) ininterrumpida durante el tiempo legalmente exigido», llegando a admitir –y no es el caso que nos ocupa– «que el requisito en la continuidad en la residencia o en la presencia física no deja de considerarse existente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero», y que esto último, «a falta de fijación *ex lege* de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo las perspectivas de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio amplio y permisivo en esta materia, además de ser contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida, podría suponer la apertura de un peligro y siempre recusable portillo al fraude de ley» (STS, Sala 1.^a, 19 de septiembre de 1998).”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a.

Fecha: 10 de junio de 2004.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Recurso Contencioso-Administrativo: 60/2003.

Voz: Impugnación del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

Resumen: El Tribunal estima en parte el recurso interpuesto por la representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge contra el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros, y declara la nulidad del inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos” del párrafo primero del artículo 2, así como el inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, del apartado 4 del artículo 11.3.C) de dicho Real Decreto.

“Entrando a resolver la concreta impugnación que realiza la recurrente del texto del Real Decreto, la primera se refiere al inciso «y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos», contenido en el artículo 2 (...).

(...) el precepto impugnado se refiere no solamente a familiares de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en los términos que precisa, sino también a los familiares de los españoles, cuya extensión a dichas personas obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles, como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de Estado.

De ello se deduce que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto.

(...).

El artículo 8 del Tratado de la Unión Europea reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en los territorios de los Estados miembros, conforme a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. De ello resulta que los límites impuestos a la circulación y residencia de los ciudadanos europeos serán los establecidos por el ordenamiento comunitario o, dicho de otra forma, que el ordenamiento propio del Estado miembro no podrá imponer límites y condiciones no previstas en el Tratado y en esas disposiciones.

(...).

A la luz de los indicados preceptos comunitarios y de su interpretación por el Tribunal Europeo, cabe pues resolver el recurso partiendo de la base de que la expresión relativa a la exigencia de «un vínculo de convivencia estable y permanente» alude, en opinión de la Sala sin lugar a dudas, a la unidad de alojamiento como exigible a los miembros de la familia para la aplicación de las disposiciones del Real Decreto recurrido. Por ello el precepto recurrido resulta disconforme con el ordenamiento comunitario que no exige dicha unidad de convivencia en los términos de estabilidad y permanencia a que se refiere el inciso del artículo 2 objeto de impugnación que por ello ha de ser anulado.

(...).

En cuanto a la alegada necesidad a que se refiere el Abogado del Estado de evitar el fraude, a través de

Régimen comunitario

matrimonios de conveniencia, para impedir la ilegal entrada y estancia en España, en modo alguno, a la vista de lo expuesto, puede realizarse este control exigiendo un requisito de convivencia estable y permanente contrario a la normativa y jurisprudencia europea, sin perjuicio de que por parte de los órganos de la Administración se adopten las oportunas medidas de inspección y control en prevención y evitación del fraude alegado.

(...).

En cuanto al inciso del artículo 11.3.C).4.º del Real Decreto referido a que «se acredite la convivencia en España al menos durante un año», (...).

El precepto invocado como base y cobertura del impugnado parte del supuesto de referencia de que se trata de cónyuge de extranjero que se encuentra en territorio español gozando este último de derecho a obtención de permiso de residencia a cuyo efecto se le exige acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año. Pero esos requisitos no son aplicables en el caso presente donde se trata específicamente de cónyuge de nacional español o de nacional de un país de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a quien, según hemos visto y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, no cabe exigirle más requisito que el de acreditar su vínculo de relación conyugal para permitirle la entrada en España puesto que, (...) un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 8 de julio de 2004.

Ponente: D. J.-P. Puissochet.

Asunto: C-502/01 y C-31/02.

Voz: Libre circulación de ciudadanos de la Unión. Seguridad Social.

Resumen: El Tribunal declara procedente el pago de las cotizaciones del seguro de vejez otorgadas a un asegurado residente en el territorio del Estado competente o a persona que reside en otro Estado miembro.

“3. En Alemania, la Pflegeversicherungsgesetz (Ley relativa al seguro contra el riesgo de dependencia), que constituye el libro XI del Sozialgesetzbuch (Código de la seguridad social; en lo sucesivo, «SGB») 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.).

4. Toda persona afiliada al seguro de enfermedad, con carácter voluntario u obligatorio, debe abonar las cotizaciones del régimen de seguro de dependencia.

5. Este seguro da derecho, en primer lugar, a prestaciones dirigidas a cubrir los gastos correspondientes a los cuidados prestados a domicilio por terceros. Estas prestaciones, denominadas «cuidados a domicilio», cuyo importe depende del grado de dependencia de la persona de que se trate, pueden realizarse, a elección del beneficiario, en forma de cuidados prestados por los organismos concertados o como una asignación mensual, denominada «asignación de asistencia», que permite al beneficiario elegir la forma de ayuda que considere más apropiada a su situación.

6. Además, el seguro de dependencia da derecho a la cobertura de los cuidados prestados al asegu-

Régimen comunitario

rado en residencias o centros de asistencia, a asignaciones por las que se pretende suplir la ausencia por vacaciones de la persona que normalmente se ocupa del cuidado del asegurado, a asignaciones y dietas para cubrir diversos gastos ocasionados por la situación de dependencia del asegurado, como la compra e instalación de equipos especializados o la realización de obras de transformación de la vivienda.

7. Por último, el seguro en cuestión 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.

8. Los dos litigios principales se originaron a propósito de esta cobertura de las cotizaciones del seguro de vejez.

9. La Sra. G.-C, 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. G.-C. y de su marido por su dedicación a actividades de asistencia a persona dependiente, debido a que no residen en territorio alemán. En opinión de la aseguradora, de las disposiciones pertinentes de la SGB resulta 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 1408/1971.

10. Por su parte, la Sra. B., 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. A la vista de las disposiciones pertinentes de la SGB, la actividad de asistencia de la Sra. B. también se considera no profesional. La Sra. B. no ejerce ninguna actividad profesional. 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 (en lo sucesivo, «PAX»), 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. G.-C., relacionados con la residencia fuera de Alemania, el Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz ordenó la interrupción del pago de las cotizaciones que permitían a la Sra. B. adquirir sus derechos de pensión, pago que hasta entonces realizaban PAX y el Landesamt.

11. Las Sras. G.-C. y B. 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 virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Sozialgericht Hannover y el Sozialgericht Aachen, mediante resoluciones de

Régimen comunitario

12 de diciembre de 2001 y 18 de enero de 2002, declara:

1) 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, constituye una prestación de enfermedad de la que es beneficiaria la persona dependiente y a la que resulta aplicable el Reglamento (CEE) n.º 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/1997 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996.

2) 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 Tratado, en particular el artículo 17 de la CE, y el Reglamento n.º 1408/1971 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 del Estado competente.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 19 de octubre de 2004.

Ponente: D. J.N. Cunha Rodrigues.

Asunto: C-202/02.

Voz: Derecho de residencia. Menor de edad nacional de un Estado miembro que reside en otro Estado. Derecho de residencia de la madre.

Resumen: El Tribunal declara el derecho de residencia por tiempo indefinido de un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad y que está a cargo de un progenitor que a su vez es nacional de un tercer Estado.

“De la resolución de remisión se desprende que 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 esta. 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. C. 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, donde nació C. 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 Natio-

nality 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 C., ninguna de las demandantes en el proceso principal tiene derecho a residir en el Reino Unido en virtud de la normativa nacional.

La resolución de remisión precisa también que C. depende tanto afectiva como económicamente de su madre, que esta es la principal responsable de velar por ella, que Catherine es destinataria de ser-

vicios 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.

(...).

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

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Profesor Titular en la Universidad de Zaragoza,
Director del Postgrado E-Learning sobre Migracio-
nes Internacionales y Extranjería
y Director Adjunto de la *Revista de Derecho Migra-
torio y Extranjería*
(agchueca@extranjeria.info)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

(Crónica jurisprudencial, 1-julio-2003 a 30-junio-2004)

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 de la Convención). A) Los casos Thampibillai y Venkadajalasarma (Sentencias de 17 de febrero de 2004). B) El caso Madi (Sentencia de 27 de abril de 2004).

III. La detención del extranjero para su expulsión o extradición (artículo 5 de la Convención). El caso SHAMSA (Sentencia de 27 de noviembre de 2003).

IV. El derecho a un proceso equitativo (artículo 6 de la Convención). El caso Pini-Bertani Y Manera-Atripaldi (Sentencia de 22 de junio de 2004).

V. El derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 de la Convención). A) El examen general de la norma. El caso Radovanovic (Sentencia de 22 de abril de 2004). B) El concepto de vida familiar incluye a una adopción sin lazos efectivos. El caso Pini-Bertani y Manera-Atripaldi (Sentencia de 22 de junio de 2004). C) Inmigrantes de la segunda generación. El caso Benhebba (Sentencia de 10 de julio de 2003). El caso Mokrani (Sentencia de 15 de julio de 2003). D) Relaciones interculturales y divorcios: El caso Gudrún Hansen (Sentencia de 23 de septiembre de 2003). E) El problema de las minorías rusas en los Estados bálticos. El caso SLIVENKO (Sentencia de 9 de octubre de 2003).

VI. La libertad de pensamiento, conciencia y religión de los extranjeros (artículo 9 de la Convención). El caso Lotter and Lotter (Sentencia de 19 de mayo de 2004).

VII. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 de la Convención).

VIII. Expulsión y discriminación (artículo 14 de la Convención). El caso Koua Poirrez (Sentencia de 30 de septiembre de 2003).

IX. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención).

Ángel G. Chueca Sancho

X. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2 del Protocolo 4). La sentencia dictada en el caso Pini-Bertani y Maner-Atripaldi (Sentencia de 22 de junio de 2004).

XI. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4) .

XII. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1 del Protocolo 7).

XIII. La satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención).

XIV. La condena en gastos y costas procesales.

XV. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 de la Convención).

I. NOTA PRELIMINAR

El 5 de octubre de 2004 ingresaba en el Consejo de Europa Mónaco, como Estado n.º 46; además existe un candidato, Bielorrusia.

Desde la publicación de la crónica anterior se ha producido en la Convención Europea de Derechos Humanos sobre todo un hecho trascendente: La adopción en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004 del Protocolo adicional n.º 14 modificando el sistema de control de la Convención.

Las formaciones del Tribunal en el futuro variarán ya que, como dice el futuro artículo 26, “para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actuará *en formaciones de Juez único*, Comités de tres Jueces, Salas de siete Jueces y una Gran Sala de diecisiete Jueces”.

Este Protocolo, que debe ser ratificado por todos los Estados partes en la Convención para su entrada en vigor, ha sido firmado por 19 Estados (entre los cuales no se halla España), pero en estos momentos no ha sido ratificado por ninguno.

Además del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, otros órganos de protección de Derechos Humanos del Consejo de Europa siguen trabajando. Conviene recordar la ECRI o Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, que publicaba el 8 de julio de 2003 su Segundo Informe sobre España, aprobado el 13 de diciembre de 2002. Este Informe se muestra especialmente crítico con la situación de la población gitana y la política y las prácticas de inmigración, objetando en importantes cuestiones a la vigente LEY DE EXTRANJERÍA.

Por lo que atañe a la Crónica jurisprudencial en sentido propio, he de observar dos novedades significativas:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

1.^a El número de normas convencionales afectadas por cuestiones de extranjería se va incrementando. Ello demuestra la trascendencia de la protección de los Derechos Humanos de los extranjeros por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la presente Crónica aparecen dos nuevas normas, el artículo 6 (el derecho a un proceso equitativo) y el artículo 9 (la libertad de pensamiento, conciencia y religión).

2.^a Los demandados no son únicamente los que podemos denominar como clásicos Estados de inmigración (Francia, Alemania, etc.), sino que surgen demandas también contra otros Estados que pertenecen al grupo de los Estados que son a la vez de emigración y de inmigración. Así sucede en esta Crónica con Polonia, Bulgaria y Turquía.

Esta jurisprudencia ofrece además un interés particular en el caso Slivenko/Letonia; en él surge de modo indudable toda la problemática de la población de origen ruso en los Estados bálticos y su difícil situación incluso en el plano jurídico.

En todo caso, el texto completo de las sentencias analizadas en esta Crónica puede consultarse en inglés o francés (ambas lenguas oficiales del Consejo de Europa y de su Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en <http://www.echr.coe.int>.

II. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 3 de la Convención: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Sobre esta norma examinamos tres casos, dos contra Holanda y uno contra Francia.

A) Los casos Thampibillai y Venkadajalasarma (Sentencias de 17 de febrero de 2004)

Hechos

Dos nacionales de Sri Lanka, de etnia tamil, acusan a Holanda de violar la Convención por haber decidido su expulsión. De un modo u otro, ambos habían estado en contacto con los Tigres Tamiles, que pretenden la independencia del territorio ocupado por esta etnia.

El padre del primero de ellos había sido asesinado por el Ejército srilankés; él mismo sufrió torturas y malos tratos causados por dicho Ejército. Los informes de diversas ONG internacionales sobre la violación de los derechos humanos en dicho Estado también estuvieron al servicio del TEDH.

Ambas personas solicitaban el asilo o un permiso permanente de residencia; cuando las autoridades holandesas rechazan estas solicitudes, deciden su expulsión.

El TEDH dice y decide

Basándose en el alto el fuego entre los combatientes y en el cambio de las circunstancias políticas, el TEDH decide en ambos casos que la expulsión de ambas personas hacia Sri Lanka no viola el artículo 3 de la Convención.

Nota crítica

Ciertamente el Tribunal se ha apresurado a considerar la isla del Índico como un Estado pacificado. No se entiende bien cómo puede adoptar esta solución cuando parece claro que sucede lo contrario.

Todavía se entiende menos la decisión judicial cuando se comprueba que ambas personas no han sido acusadas en Holanda de ningún delito; sufren pues la expulsión hacia un Estado inseguro y donde existe la tortura y los malos tratos por el simple hecho de carecer de documentación; sufren la expulsión por problemas administrativos, no por causas penales abiertas contra ellos.

En ambos casos la jurisprudencia del TEDH retrocede y se fundamenta no en los derechos humanos sino en la razón de Estado, en este caso en la razón del Estado holandés.

B) El caso Madi (Sentencia de 27 de abril de 2004)

Hechos

El caso se origina en la demanda de Abdelmadjid Madi, de nacionalidad argelina, contra Francia. El demandante es acusado de tráfico de drogas, detenido por la policía francesa y, hallándose en dependencias policiales, sufre torturas que le provocan diversos hematomas y dolores.

Identificados 4 de los 5 policías que participaron en tan execrables hechos, el Tribunal Correccional de Versalles los condenaba a penas de prisión y al pago de indemnizaciones.

Los términos del arreglo amistoso

Ante el TEDH el caso termina mediante un arreglo amistoso en el cual Francia se compromete a pagarle la cantidad de 99.091 €, añadiendo la fórmula según la cual dicho pago “no implica por parte del Gobierno de Francia ningún reconocimiento de una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso”.

Por su parte Madi se compromete a no presentar ninguna reclamación adicional sobre el caso.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica

Dos aspectos sobresalen del caso:

1.º La persistencia de la tortura en centros policiales (o de otro tipo) incluso en Estados tan democráticos como Francia; desde luego la tortura no es generalizada pero el simple hecho de que surja uno de estos casos pone de relieve la imperiosa necesidad de proseguir la lucha por todos los medios lícitos contra estas aberrantes jurídicamente e inhumanas éticamente conductas.

2.º El uso de tan clásica y vacía fórmula según la cual el Estado correspondiente no se considera que haya violado la Convención.

Esta fórmula suscita al menos la pregunta de por qué entonces da al demandante la cantidad mencionada; si no ha existido dicha violación la entrega de tal cantidad supondría un mal uso del dinero público y un enriquecimiento injusto de Madi. Por tanto, seguir utilizando esta fórmula pretende (sin lograrlo) mantener la honorabilidad del Estado implicado.

Además dicha clásica y vacía fórmula olvida que un Estado es internacionalmente responsable de los actos de sus funcionarios y agentes incluso cuando se extralimiten en sus competencias o contravengan instrucciones superiores.

III. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 5:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo l.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.
4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.
5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

El caso Shamsa (Sentencia de 27 de noviembre de 2003)

Hechos

Los hermanos Abdelsalam y Anwar Shamsa, de nacionalidad libia, eran detenidos en Varsovia en un control policial sin que pudieran aportar documentación alguna. Tres meses después de su detención las autoridades polacas realizaban tres tentativas de expulsión:

- Vía Praga, ciudad en la que los demandantes se negaron a proseguir el viaje y fueron devueltos a Varsovia;
- Vía El Cairo, lugar desde el que el Gobierno egipcio los reenvió a la capital polaca y
- Vía Túnez, Estado desde el cual también fueron devueltos.

Declarados como personas no admisibles en territorio polaco, fueron detenidos por la policía de fronteras en la zona de tránsito del aeropuerto, zona reservada a personas no autorizadas a entrar en territorio polaco; en este lugar sufrieron detención desde el 25 de agosto hasta el 3 de octubre de 1997.

Cuando dirigieron una protesta al Ombudsman polaco, éste les respondía en 2001 diciéndoles que en ese período habían sufrido una detención según el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, detención además sufrida en condiciones penosas y difíciles de aceptar. Los demandantes permanecen en territorio polaco en el momento de adoptar la sentencia.

El TEDH dice y decide

Sobre el artículo 5 realiza las siguientes aportaciones:

“44. El Tribunal recuerda que, al proclamar el «derecho a la libertad», el párrafo 1 del artículo 5 contempla la libertad física de la persona; tiene pues por fin el asegurar que nadie sea privado de ella de manera arbitraria. Por tanto, para determinar si una persona se halla privada de su libertad en el sentido del artículo 5, es preciso partir de su situación concreta y tener en cuenta un conjunto de criterios, como el género, la duración y las modalidades de ejecución de la medida analizada...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

“45. El Tribunal constata que incluso si los demandantes no se hallaban en Polonia en el sentido en el que lo entiende el Gobierno, su mantenimiento en la zona de tránsito les hacía depender de hecho del derecho polaco. En la argumentación presentada por el Gobierno nada le permite (al Tribunal) considerar que la zona en cuestión se beneficia del estatuto de la extraterritorialidad.”

“47. El Tribunal constata que los demandantes, vigilados permanentemente por la policía de fronteras, no eran libres en sus movimientos y debían permanecer a disposición de las autoridades polacas. Concluye que el mantenimiento en esta zona se concreta de hecho, en razón de las restricciones sufridas, en una privación de libertad.”

No obstante es preciso saber si esta privación de libertad es compatible con el párrafo 1 del artículo 5.

“49. Sobre esta cuestión el Tribunal subraya que, cuando se trata de una privación de libertad, es muy importante satisfacer el principio de la seguridad jurídica ...”

“55. El Tribunal subraya que no se ha adoptado ninguna decisión interna según la cual los interesados deberían permanecer detenidos en la zona de tránsito ...”

“56. Observa que los mismos agentes de fronteras expresaron dudas en dos ocasiones en cuanto a la oportunidad de prolongar la detención de los demandantes en la zona en cuestión y las comunicaron a las respectivas autoridades policiales.”

Por eso el Tribunal decide que “la detención de los demandantes no estaba «prevista por la ley» y no era «regular» en el sentido del artículo 5 & 1.º de la Convención. Por tanto, ha existido violación de esta norma”.

Nota crítica

El caso demuestra, a primera vista, las dificultades de algunos Estados para obligar a algunos extranjeros a abandonar su territorio, cuando se hallen irregularmente en el mismo. Pero un examen en profundidad prueba asimismo el cinismo de algunos aparatos estatales para retorcer el derecho, interno o internacional.

Ese retorcimiento del derecho se produce sobre todo cuando Polonia considera que la zona de tránsito no pertenece a su territorio y que la detención en tal zona es perfectamente válida.

El concepto de territorio, tan celosamente guardado casi siempre hasta llegar a la obsesión por el mismo (el asunto de la Isla de Perejil lo demuestra), es transformado cuando esa transformación favorece los intereses del momento de un Estado frente a dos personas.

La buena fe, el sentido del derecho, la lealtad a la misma noción de territorio no se sostienen en este caso. La sentencia repone el concepto y su realidad donde siempre se han situado, evitando que los Estados creen espacios que podemos denominar como “tierra de nadie”.

IV. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN)

“Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

El caso Pini-Bertani y Manera-Atripaldi (Sentencia de 22 de junio de 2004)

Hechos

Estamos ante dos demandas contra Rumanía dirigidas respectivamente por dos matrimonios italianos; ambos matrimonios se consideran padres adoptivos de dos niñas rumanas, Florentina y Mariana.

Pero el proceso de adopción de ambas niñas, realizado de un modo perfectamente legal, no se materializó porque el Complejo Educativo “Poiana Soarelui” de Brasov (CEPSB) se opuso a ello, desobedeciendo dos sentencias del Tribunal Departamental de Brasov de 28 de septiembre de 2000.

La sentencia del TEDH suscita cuestiones de los artículos 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

El TEDH dice y decide

Analizando el artículo 6, sobre todo la inexecución de las sentencias del Tribunal Departamental de Brasov antes citadas, señala que:

“175. La ejecución de este tipo de sentencias requiere un tratamiento urgente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en la relación entre el niño y el padre que no vive con él.”

“176. El Tribunal reitera, además, su jurisprudencia constante según la cual el artículo 6 protege igualmente la ejecución de las decisiones judiciales definitivas y obligatorias que, en un Estado que respeta la preeminencia del derecho, no pueden quedar inoperantes en detrimento de una parte. Por consiguiente, la ejecución de una decisión judicial no puede ser impedida, invalidada o retardada de manera excesiva.”

“184. En el caso, el Tribunal constata que la situación inconfortable a la que se vio confrontado, el 3 de septiembre de 2002, el agente encargado de ejecutar las sentencias favorables a los demandantes, o sea su secuestro dentro del CEPSPB, ha sido una consecuencia directa de la falta de ayuda de las autoridades policiales...”

Porque, a pesar de que el Gobierno demandado dispone de un amplio arsenal jurídico para solucionar estos problemas

“186 (...) El Tribunal recuerda que no ha sido adoptada ninguna medida para sancionar la falta de colaboración de este establecimiento privado con las autoridades investidas del poder de ejecutar las decisiones de adopción examinadas. Además observa que el rechazo del director del CEPSPB de cooperar con los agentes de la justicia no ha supuesto para él ninguna consecuencia desde hace tres años.”

Por todo ello, por cuatro votos contra tres, se condena a Rumanía por la violación del artículo 6 de la Convención.

Nota crítica

La sentencia delimita sobre todo el contenido del artículo 6 de la Convención. Ese contenido incluye inequívocamente la ejecución de las sentencias definitivas. Si una sentencia no se ejecuta, el justiciable (que siempre padece la justicia) sufre una especie de burla o mofa adicional.

Desde luego el sistema judicial rumano actuó con negligencia, no ejecutando ambas sentencias. Pero actuó además con desprecio hacia sus propios funcionarios permitiendo el secuestro de uno de ellos en una institución privada sin ninguna consecuencia para sus responsables.

V. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCION)

Dice el artículo 8:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad

democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Varias cuestiones surgen respecto a esta norma; podemos agruparlas en las siguientes categorías:

- a) El examen general de la norma.
- b) El concepto de vida familiar incluye a una adopción sin lazos efectivos.
- c) Inmigrantes de la segunda generación.
- d) Relaciones interculturales y divorcios.
- e) El problema de las minorías rusas en los Estados bálticos.

Veamos ahora los aspectos más sobresalientes de estas cuestiones.

A) El examen general de la norma

El caso Radovanovic (Sentencia de 22 de abril de 2004)

Hechos

El caso surge mediante una demanda de un nacional de Serbia y Montenegro contra Austria. Nacido en Viena, residente durante bastantes años en el Estado de su nacionalidad, o sea la Federación de Serbia y Montenegro, vuelve a Austria donde es detenido en 1993 acusado de varios delitos como robo, allanamiento de morada, etc. En 1998 fue expulsado hacia el territorio del Estado de su nacionalidad, mientras su familia permanece en Viena.

Su expulsión va acompañada de la prohibición de entrar en territorio austriaco por tiempo indefinido.

El TEDH dice y decide

Desde luego la expulsión supone una interferencia en la vida familiar del demandante.

El Tribunal constata que esta expulsión es válida según el derecho interno austriaco pues está basada en la prevención del delito y en la defensa del orden público.

“33. El Tribunal señala que el demandante, joven adulto en el momento de la expulsión, no es un inmigrante de la segunda generación pues, a pesar de haber nacido en Austria, no ha vivido permanentemente allí hasta su mayoría de edad...”

“35. ... Sin menospreciar la gravedad de los delitos cometidos, el Tribunal observa sin embargo que el demandante los cometió en su etapa juvenil, no habiendo sido acusado antes de otros delitos y habiendo sido suspendidas la mayor parte de las sentencias por el Tribunal Juvenil...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

“36. Recordando que el demandante nació en Austria, donde también completó su educación secundaria y profesional cuando vivía con su familia, y teniendo asimismo presente que su familia residía legalmente en Austria desde hacía mucho tiempo y que el mismo demandante tenía un permiso de residencia de duración indefinida cuando cometió los delitos, y considerando que después de la muerte de sus abuelos en Serbia y Montenegro no mantiene allí apenas relaciones, el Tribunal declara que sus lazos familiares y sociales con Austria son mucho más estrechos que sus lazos con Serbia y Montenegro.”

“37. ... El Tribunal concluye que las autoridades austriacas, al imponer una prohibición de residencia de duración indefinida contra el demandante, no han tenido en cuenta el debido equilibrio entre los intereses afectados y los medios han sido muy desproporcionados.”

Por eso decide que Austria ha violado el artículo 8 de la Convención.

Nota crítica

No aporta esta sentencia ninguna novedad reseñable respecto a la jurisprudencia clásica: Los Estados pueden expulsar a los extranjeros que cometan delitos en su territorio si tales delitos son graves y la expulsión no viola entre otros el derecho al respeto de la vida familiar.

Simplemente declara que la expulsión por tiempo indefinido es una medida muy rigurosa; por eso condena a Austria.

B) El concepto de vida familiar incluye a una adopción sin lazos efectivos

El caso Pini-Bertani y Manera-Atripaldi (Sentencia de 22 de junio de 2004)

Analizados ya los hechos en el artículo 6, nos detendremos en otros aspectos. Recordemos que los matrimonios italianos, al no haberles sido entregadas Florentina y Mariana a sus padres adoptivos, aducen que se ha violado su derecho a la vida familiar. Por primera vez el TEDH decide si existe vida familiar entre adoptantes y adoptadas.

El TEDH dice y decide

En una amplia argumentación (pp. 105-166) podemos observar los siguientes aspectos:

“141. ... Los demandantes pueden prevalerse de dos decisiones judiciales definitivas e irrevocables de jurisdicciones nacionales que, otorgándoles derecho a la adopción, han reconocido su cualidad de padres de Florentina y Mariana.”

“142. Es preciso constatar que esta adopción confería a los demandantes los mismos derechos y obligaciones respecto a las menores que los de un padre o una madre respecto a su hijo legítimo, haciendo cesar los derechos y obligaciones existentes entre el adoptado y su padre o su madre biológicos o de cualquier otra persona u organismo, como se deduce del artículo 10 de la Convención Europea sobre la Adopción de Niños, ratificada por Rumanía... Además el Tribunal recuerda que la legislación rumana en la materia... no distingue entre padres legítimos y adoptivos.”

“143. Ciertamente, al garantizar el derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 presupone la existencia de una familia..., condición que no parece reunida en el caso, en ausencia de cohabitación o de lazos *de facto* suficientemente estrechos entre los demandantes y sus hijas adoptivas respectivas...”

“144. En el caso, nada permite dudar sobre la conformidad de la adopción tanto con la legislación nacional como con las convenciones internacionales en la materia...”

“146. En fin el Tribunal señala que, si no se encuentra plenamente establecida una vida familiar, vista la ausencia de cohabitación o de lazos *de facto* suficientemente estrechos entre los demandantes y sus hijas adoptivas respectivas antes o después de las decisiones de adopción, este hecho no sería imputable a los demandantes que, al elegir a las menores sobre la base de una simple foto, sin que hayan existido verdaderos contactos con ellas que las prepararan a la adopción, no han hecho más que seguir el procedimiento previsto en esta materia por el Estado demandado.”

“147. Además se deduce de los elementos del *dossier* que los demandantes se han considerado siempre como padres de las menores y se han comportado siempre como tales siguiendo la única vía que les estaba abierta, o sea haciéndoles llegar cartas escritas en rumano.”

“148. A la luz de lo que antecede, el Tribunal considera que una relación de este tipo, nacida de una adopción legal y no ficticia, podría ser considerada como suficiente para merecer el respeto que puede desear el artículo 8 de la Convención, el cual debe aplicarse...”

“159. El Tribunal observa, a instancias del Gobierno, que los demandantes gozaban, desde el 28 de septiembre de 2002, de un reconocimiento puramente formal de su relación de paternidad con las menores, que no estaba acompañado por ningún lazo efectivo...”

“163. El Tribunal deplora la manera en la cual se han desarrollado los procedimientos de adopción, sobre todo la ausencia de contactos concretos y efectivos entre los interesados antes de la adopción...”

El Tribunal decide, por cinco votos contra dos, que existe un lazo constitutivo de vida familiar y por seis votos contra uno que no ha existido violación del artículo 8.

Nota crítica

Decir que existe vida familiar sin lazos efectivos y basada sobre todo en los lazos afectivos manifestados por una de las partes en una adopción, no por ambas, resulta algo verdaderamente extraño. Puede considerarse como una pía intención sin demasiado fundamento jurídico.

La sentencia sufre, a mi entender, una gravísima doble contradicción:

1.^a Si no han existido lazos concretos y efectivos no debería admitirse la existencia de una vida familiar a proteger.

2.^a Si existe vida familiar, entonces el TEDH debería haber decidido que Rumanía la había violado, al no poner todos los medios a su alcance para ejecutar las sentencias del Tribunal Departamental de Bratsoy, antes citadas.

C) Inmigrantes de la segunda generación

Se plantean además en dos casos analizados por la jurisprudencia correspondiente a este período cuestiones relativas a inmigrantes de la segunda generación. En ambos la demandada era Francia y los demandantes argelinos.

Como los hechos son muy similares aun cuando las soluciones sean justamente opuestas, la nota crítica será común a ambos.

El caso Benhebba (Sentencia de 10 de julio de 2003)

Hechos

Nacido en Mohammedia (Argelia), el demandante llega a Francia a los dos años, según él y a los cinco según el Gobierno francés. En 1988 es condenado a 18 meses de cárcel por robo con violencia en las cosas; después es condenado a diversas penas y en 1994 es detenido con dos kilogramos de resina de cannabis.

El TEDH dice y decide

El Tribunal señala la injerencia de Francia en la vida familiar del demandante, pero se pregunta si es lícita tal injerencia.

Recuerda entonces los criterios establecidos (p. 32) en su sentencia dictada en 2001 en el caso Boulouf, para un extranjero que hubiera llegado a territorio de un Estado siendo adulto; son los ocho siguientes:

- la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos;
- la duración de su permanencia en el Estado del que va a ser expulsado;
- el tiempo transcurrido desde la comisión de los delitos y la conducta del implicado durante ese tiempo;
- la nacionalidad de las diversas personas implicadas;
- la situación familiar del demandante, por ejemplo duración de su matrimonio y otros elementos que denoten el carácter efectivo de la vida familiar de una pareja;
- la cuestión de saber si el cónyuge estaba al corriente de la infracción al comienzo de la vida familiar;
- el nacimiento de niños y, en su caso, su edad;
- la gravedad de las dificultades que puede sufrir el cónyuge en el país de origen de su esposo o esposa.

Pero si en el caso Boulouf estos criterios se aplicaban a los extranjeros que llegasen siendo ya adultos a territorio de un Estado, el TEDH los aplica ahora a los inmigrantes de la segunda generación o a los extranjeros que llegaron en su primera juventud (p. 33).

Como en este caso no se ha probado la existencia de vida marital previa a la aparición del problema, la sentencia se centra en los lazos del demandante con Francia.

“36 ... Tiene lo esencial de sus conexiones sociales en este país y no tiene otras conexiones más que la nacionalidad con su país de origen, como reconoce el Gobierno. Si bien todos los miembros de su familia viven en Francia, el Tribunal recuerda a este respecto que las relaciones entre adultos no se benefician necesariamente de la protección del artículo 8 de la Convención y no ha sido demostrada la existencia de elementos suplementarios de dependencia distintos a los lazos afectivos normales.”

Por eso el Tribunal decide por 5 votos a 2 que no ha habido violación de esta norma.

El caso Mokrani (Sentencia de 15 de julio de 2003)

Hechos

Nacido en Marsella de padres argelinos, toda su familia reside en Francia; acusado de diversos delitos menores (hurtos sobre todo), es condenado sin embargo en 1992 por tráfico de estupeficientes. Cuando se propone su expulsión surge el problema.

El TEDH dice y decide

“28. ... La tarea del Tribunal consiste en determinar si la medida de expulsión respeta un justo equilibrio entre los intereses en presencia...”

“29. Respecto a la situación privada y familiar del demandante el Tribunal constata que es un inmigrado de los llamados de la «segunda generación»...”

Recordando los criterios elaborados en el caso Boultif antes citados, el Tribunal observa:

“34. El demandante alega asimismo su relación con A., de nacionalidad francesa, que habría comenzado «hace mucho tiempo» y está demostrada desde 18 de mayo de 1995. Cuando el demandante estableció su relación con A., el procedimiento de expulsión ya había comenzado. Por tanto no podía ignorar la relativa precariedad de su situación... El Tribunal recuerda sin embargo que, para examinar la cuestión de saber si el demandante tenía una vida familiar según el artículo 8, se sitúa en el cual la medida criticada llega a ser definitiva... o sea en este caso en la fecha de la sentencia del Consejo de Estado de 15 de enero de 1999. En ese momento la relación duraba ya cuatro años...”

El Tribunal ha examinado después la posibilidad para el demandante y su esposa de establecer una vida familiar lejos. Además de la ausencia de lazos comprobados con otros países distintos de Francia y Argelia y de las dificultades de integración que de ello se deriva, es poco probable que obtengan la posibilidad de instalarse en un país tercero, dada la naturaleza de la infracción perpetrada. En cuanto al establecimiento de la pareja en Argelia, parece difícilmente concebible el esperar que la esposa, una nacional francesa que no ha vivido nunca en Argelia y que no tiene lazo alguno con este país, pueda seguir a Argelia al demandante. Además nada indica que este Estado estaría obligado a autorizar la entrada y la instalación de la esposa, de nacionalidad extranjera, en su territorio.”

“35. Estos elementos, y sobre todo la intensidad de los lazos personales del demandante con Francia, son suficientes para que el Tribunal concluya que dicha medida, si es ejecutada, no sería proporcionada con los fines perseguidos.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica

La segunda sentencia se halla sin duda bien fundamentada y ajustada a derecho; pero la primera plantea el eterno problema del desarraigo de los inmigrantes de la segunda generación o de los asimilables a ellos.

Siendo pues muy razonable la solución adoptada en el caso Mokrani, a mi entender resulta muy criticable la solución dada al caso Benhebbba. Porque la expulsión hacia Argelia, Estado con el que no mantiene lazo efectivo alguno, provoca un doble efecto perverso:

- En primer lugar su desarraigo;
- En segundo término la “doble pena”, porque su expulsión se produciría tras cumplir la pena en Francia.

D) Relaciones interculturales y divorcios

El caso Gudrún Hansen (Sentencia de 23 de septiembre de 2003)

Hechos

Sophia Gúdrun Hansen, de nacionalidad islandesa, mantiene en Reykjavik una relación con Halil, nacional turco, de la cual nacen dos hijos. Posteriormente ambos se casan y Halil obtiene la nacionalidad islandesa.

Cuando el padre marcha a Turquía de vacaciones, con sus dos hijos de 9 y 10 años en 1991 y no vuelve, comienza el asunto; el padre obtiene además en Turquía el divorcio y provisionalmente también la guardia y custodia de sus hijos.

Los intentos de Gúdrun de ejercer al menos el derecho de visita de sus hijos se estrellan una y otra vez con la negativa del padre.

El TEDH dice y decide

“96. ... El Tribunal ha reiterado que el artículo 8 incluye el derecho para los padres de que se adopten medidas que les permitan reunirse con sus hijos y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas...”

“97. Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de adoptar medidas para facilitar la reunión no es absoluta, cuando la reunión de un padre con un hijo que ha vivido durante mucho tiempo con el otro padre no puede realizarse inmediatamente y puede exigir que se adopten medidas preparatorias...”

“100. En conexión con lo anterior, el Tribunal reitera que, en un caso como el presente, la adecuación de una medida debe ser juzgada por la rapidez en su aplicación. Los procedimientos relativos

a la atribución de la autoridad parental, incluida la ejecución de la decisión adoptada para terminarlos, exigen un tratamiento urgente porque el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y el padre que no vive con él...”

La sentencia recuerda asimismo que el Gobierno turco no colaboró para que se respetasen los derechos de la madre y que los niños manifestaban su deseo de permanecer con el padre

“106. Si en este delicado terreno no son deseables medidas coercitivas obligando a los niños a reunirse con el padre con el que no viven, tampoco debe descartarse el recurso a sanciones en el caso de comportamiento ilegal del padre con el que viven los niños...”

“108. Teniendo presentes los elementos antes expuestos, el Tribunal concluye que las autoridades turcas han dejado de realizar esfuerzos adecuados y efectivos para obligar al respeto de los derechos de acceso de la demandante a los niños y por tanto han violado su derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el artículo 8.”

Nota crítica

El presente caso suscita un buen número de cuestiones, entre las que destacan las cuatro siguientes:

- 1.^a El retorno del padre a Turquía con sus hijos, realizado de un modo fraudulento, porque se marcha de vacaciones con ellos y no vuelve.
- 2.^a Las relaciones interculturales y su incidencia sobre los hijos de matrimonios de diferentes culturas y sistemas jurídicosociales.
- 3.^a El divorcio y sus efectos sobre la guarda y custodia de los hijos.
- 4.^a La pasividad de las autoridades turcas ante el repetido incumplimiento de sus obligaciones por parte del padre, tal vez temeroso de que la madre le pagase con la misma moneda fraudulenta y se los llevase a Islandia.

Desde luego la sentencia reitera la necesidad de preservar el interés superior de los menores y dicho interés debe quedar fuera de toda duda; sin embargo, ese principio esencial no puede permitir privar a la madre hasta del derecho de visita de sus hijos.

E) El problema de las minorías rusas en los Estados bálticos

El caso Slivenko (Sentencia de 9 de octubre de 2003)

Hechos

Inicialmente eran tres los demandantes, incluyendo a Nicolai Slivenko; después tan sólo lo son su esposa Tatiana y su hija Karina. Nicolai llega a Letonia en 1977, como militar del ejército de la URSS; Tatiana llegaba a Letonia cuando tenía un mes, hija a su vez de otro militar soviético. Nunca vivió en ninguna otra parte de la URSS ni en otros Estados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Cuando en 1991 Letonia recupera su independencia, las tres personas son inscritas en el Registro de Residentes Letones como “ciudadanos de la ex URSS”; en ese momento, ninguno de los tres tenía ninguna nacionalidad. Se firma después un tratado bilateral con Rusia para la retirada de sus tropas, Nicolai se retira del Ejército, entra en territorio ruso y adquiere la nacionalidad rusa.

En agosto de 1996 los servicios letones de inmigración adoptan una decisión de expulsión de las dos demandantes; poco después también deciden expulsarlas del apartamento que el Ministerio letón de Defensa les alquilaba.

Llevado el caso ante los tribunales internos, en octubre de 1998 las demandantes son detenidas por estancia irregular en territorio letón; puestas en libertad rápidamente y ante la insistencia de las autoridades letonas de que debían abandonar el territorio de ese Estado, emigran a Rusia, donde obtienen la nacionalidad rusa.

Mientras tanto, los padres de la primera demandante permanecen en Letonia bajo el estatuto de “ciudadanos de la ex URSS”.

Cuando las demandantes pretendían entrar en territorio letón, para ver a los ancianos, las autoridades rechazaron su entrada hasta 2001; después les conceden visados que les permiten permanecer en Letonia como máximo 90 días por año.

Las demandantes alegan sobre todo la violación del artículo 8 de la Convención. En el caso también interviene como tercera Rusia (artículo 36 de la Convención).

El TEDH dice y decide

Se alegaba la violación del artículo 5, del artículo 8 y del artículo 14 de la Convención. La sentencia se centra en el artículo 8 y rechaza que exista violación de las restantes normas.

“94. En la jurisprudencia relativa a la Convención y relativa a las medidas de expulsión y de extradición se ha puesto siempre el acento en la noción de «vida familiar», que se interpreta englobando la «vida familiar» efectiva establecida en el territorio de un Estado parte por los no nacionales que permanecen en él legalmente, teniendo presente que la «vida familiar»...”

“95. El Tribunal observa además que en su jurisprudencia ha contemplado siempre la expulsión de residentes de larga duración tanto bajo el epígrafe «vida privada» como bajo el epígrafe «vida familiar», dando una cierta importancia en esta materia al grado de integración social de los interesados...”

“96. En este caso la primera demandante llegó a Letonia en 1959, cuando tenía apenas un mes. Ha vivido en Letonia hasta cumplir 40 años. En este país ha realizado sus estudios escolares, ha encontrado un empleo y se ha casado. Su hija, la segunda demandante, nació en 1981 en Letonia, donde ha vivido hasta los 18 años, edad en la cual ha sido obligada a abandonar el país con su madre, cuando apenas había terminado su escolaridad secundaria... Han sido obligadas a abandonar el país en el que habían establecido, sin interrupción desde su nacimiento, relaciones personales, sociales y económicas que son constitutivas de la vida privada de todo ser humano... La medida de expulsión de

Letonia impuesta a las demandantes constituye una injerencia en su «vida privada» y su «domicilio», en el sentido del artículo 8 de la Convención...”

El TEDH considera que esta injerencia está prevista por la ley letona y por el tratado bilateral sobre repliegue de las tropas rusas.

Al examinar si el fin de la expulsión era un “fin legítimo”, a pesar de que ninguna de las dos demandantes formaba parte del Ejército ruso, el TEDH considera que su expulsión puede considerarse como una medida destinada a la seguridad nacional.

Finalmente se pregunta si es una medida “necesaria en una sociedad democrática”, señalando los siguientes aspectos:

“116. Según el Tribunal, exigir que las fuerzas armadas de un país independiente se retiren de otro, como consecuencia de la disolución del Estado al cual antes ambos países pertenecían, constituye según la Convención un medio legítimo de tratar los diferentes problemas políticos, sociales y económicos derivados de esta disolución... El tratado ruso-letón no es en sí criticable desde el punto de vista de la Convención, en particular de su artículo 8. Puede considerarse que este convenio es respetuoso de la vida familiar de las personas afectadas en cuanto no atentaba contra la unidad de la familia y obligaba a Rusia a aceptar en su territorio al conjunto de sus miembros, cualquiera que fuese el origen y la nacionalidad de cada uno.”

“117. Aunque la retirada de las fuerzas armadas rusas constituye una injerencia en el derecho de las personas afectadas a su vida privada y a su domicilio, dicha injerencia no parece normalmente desproporcionada, teniendo presentes las condiciones de la vida militar. Esto se aplica a los militares en activo y a sus familias.... Es evidente que mantener la presencia de militares en activo de un ejército extranjero, con sus familias, podría parecer incompatible con la soberanía de un Estado independiente y amenazante para su seguridad nacional. El interés público de que los militares en activo y sus familias abandonen el territorio en cuestión prima pues normalmente sobre el interés de un individuo de permanecer en ese país. Pero no hay que excluir que incluso en el caso de estas personas ciertas medidas de expulsión puedan ser injustificadas desde la perspectiva de la Convención, teniendo en cuenta la situación de los interesados...”

“120. El Tribunal toma nota de las informaciones aportadas por el gobierno demandado sobre el trato dado a los informes de las personas que podían encontrar graves dificultades. Así, alrededor de 900 personas (ciudadanos letones o próximos a ciudadanos letones) han podido regularizar su permanencia en Letonia, aunque fuesen parientes de militares rusos obligados a abandonar el país...”

“123. El gobierno demandado afirma que las demandantes no estaban suficientemente integradas en la sociedad letona. A este respecto el Tribunal señala que han pasado casi toda su vida en Letonia... Además han establecido en Letonia lazos personales, sociales y económicos desligados de su proximidad a los militares soviéticos (por tanto, rusos). Así lo demuestra el hecho de que las demandantes no vivían en un acuartelamiento o en un barrio de acceso limitado, sino en un edificio en el que residían igualmente civiles. Tampoco han estudiado o trabajado en un establecimiento militar. La primera demandante pudo encontrar un empleo en sociedades letonas cuando el país recuperó su independencia en 1991.”

“124. En cuanto al argumento del gobierno demandado de que el nivel de aptitud de las interesadas en lengua letona –siempre que sea una consideración pertinente– no se ha demostrado, según el Tribunal, que este nivel fuese insuficiente para permitir a las dos mujeres el llevar una vida normal en Letonia...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

“125. ... En resumen, el Tribunal considera que en ese momento las demandantes estaban suficientemente integradas en la sociedad letona.”

Por todo ello el Tribunal decide, por 11 votos contra 6, que ha existido violación del artículo 8 y que no ha existido violación del artículo 5 (asimismo alegado); además decide que no ha lugar a examinar la aplicación del artículo 14 de la Convención, que prohíbe la discriminación.

Nota crítica

El caso se plantea en la sucesión de Estados que sigue a la disolución de la Unión Soviética, proceso que tal vez no haya terminado. Respecto a las personas, este proceso produjo cambios en su nacionalidad y también la aparición de un buen número de apátridas (situación real de los padres de la primera demandante, por ejemplo).

Los hechos demuestran la situación incómoda de las minorías rusas en los Estados bálticos; desconozco si hoy es posible hablar de rusofobia, pero sin duda existen abundantes indicios según los cuales existe un elevado grado de xenofobia. Que ello suceda en cualquier Estado del planeta es preocupante; que ello suceda en un Estado miembro de la Unión Europea demuestra que la Unión debe trabajar mucho en esta materia y no basta con haber creado el Observatorio contra el Racismo, la Xenofobia y el Antisemitismo, con sede en Viena.

La argumentación jurídica del Tribunal tiene a mi entender un punto muy débil: Afirmar que las demandantes pueden ser expulsadas y basar la expulsión en la seguridad nacional; no existen pruebas de que ninguna de ellas constituyese ningún peligro para la seguridad nacional letona. Por tanto, el TEDH debía haber rechazado tal argumento y más tras el abandono del territorio de ese Estado del militar ruso, Nicolai.

Desgraciadamente el Tribunal no entra en la argumentación de la discriminación, no analiza el artículo 14. También había motivos suficientes para hacerlo.

A pesar pues del carácter condenatorio de la sentencia, esta resulta claramente insuficiente y tiene al menos las dos importantes lagunas jurídicas señaladas: El no entrar en el artículo 14 y el considerar que las dos demandantes constituían un peligro para la seguridad nacional de Letonia.

VI. LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN DE LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCION)

Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

El caso Lotter and Lotter (Sentencia de 19 de mayo de 2004)

Hechos

El matrimonio austriaco formado por Alfred y Edith Lotter, testigos de Jehová, visitan Bulgaria en varias ocasiones predicando sus creencias religiosas; como consecuencia de ello, se verán privados de su permiso de residencia y obligados a abandonar territorio búlgaro.

Los términos del arreglo amistoso

Tras la presentación de la demanda se llega a un arreglo amistoso del cual destacan los tres siguientes aspectos:

- El Acta búlgara sobre Denominaciones Religiosas (diciembre de 2002) confirma el derecho de cada individuo a la libertad religiosa y prohíbe la persecución por motivos religiosos;
- Los Testigos de Jehová han sido registrados como Denominación Religiosa en Bulgaria;
- El Gobierno pagará a los demandantes 3.000 € por daños morales y 5.000 € por gastos y costas procesales y les devolverá sus permisos de residencia.

Nota crítica

Estamos ante un tema que se presenta con frecuencia en la extranjería: Personas que desean predicar sus creencias religiosas y, en el caso de extranjeros, sufren violación del artículo 9 de la Convención.

Como exige el artículo 37 de la Convención, los términos del arreglo amistoso respetan los derechos humanos.

VII. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 13:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período analizado.)

VIII. EXPULSIÓN Y DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 14:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

El caso Koua Poirrez (Sentencia de 30 de septiembre de 2003)

Hechos

El demandante es un minusválido costamarfileño, al cual se le rechaza su petición de una pensión de invalidez. Para lograr esa pensión el derecho francés del momento exigía cumplir una de las dos condiciones siguientes: Ser nacional francés o ser nacional de un Estado con el cual Francia tuviese un tratado de reciprocidad en esta materia; Koua no cumplía ninguna de ellas porque no existía tratado bilateral en la materia con Costa de Marfil. Desde 1991 recibía sin embargo el Salario mínimo de inserción y tenía un documento francés que reconocía su invalidez.

En el caso se examina sobre todo el artículo 14 de la Convención, el artículo 1 del protocolo adicional n.º 1 (derecho de toda persona al respeto de sus bienes) y la Carta Social Europea, tratado internacional en el que Francia es parte. Precisamente el Comité Europeo de Derechos Sociales había declarado que la exigencia francesa de la reciprocidad para conceder la pensión de invalidez violaba el artículo 12 de la Carta Social Europea (p. 29).

El TEDH dice y decide

“36. El Tribunal recuerda que el artículo 14 completa otras cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos. No tiene existencia independiente pues sirve únicamente para «el disfrute de los derechos y libertades» que aquéllos garantizan...”

“39. Según el Tribunal el hecho de que el país de origen del demandante no haya firmado ningún tratado de ese tipo, aunque el demandante se ha visto atribuir un documento de invalidez, el hecho de que residiera en Francia, el hecho de que fuese hijo adoptivo de un ciudadano francés residente y trabajando en Francia y, en fin, el hecho de que se hubiera beneficiado del Salario mínimo de inserción no debería justificar en sí mismo el rechazo de esta prestación...”

“40. Además el Tribunal constata que el criterio de la nacionalidad para la concesión de esta prestación fue suprimido por la ley de 11 de mayo de 1998... El demandante se benefició de esta ley, inmediatamente después de su promulgación...”

“46. Según la jurisprudencia del Tribunal una distinción es discriminatoria según el artículo 14 si «carece de justificación objetiva y razonable», o sea si no persigue un «fin legítimo» o si no existe «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido». Por tanto, los Estados partes disfrutaban de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican distinciones de trato... Pero únicamente consi-

deraciones muy fuertes pueden conducir al Tribunal a estimar compatible con la Convención una diferencia de trato exclusivamente fundada en la nacionalidad...”

“47. En el caso el Tribunal constata que... el rechazo de las autoridades internas de darle la prestación cuestionada reposaba exclusivamente sobre la constatación de que el demandante no poseía la nacionalidad apropiada...”

“48. Además no ha sido probado, ni siquiera alegado, que el demandante no cumpliera las restantes condiciones legales para la atribución de la prestación social cuestionada...”

El Tribunal decide, por 6 votos contra 1, que hay violación del artículo 14 de la Convención combinado con el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 1.

Nota crítica

A pesar de ser un tema esencial en materia de derechos humanos, en pocas ocasiones analiza el artículo 14 el TEDH. Y sin embargo la discriminación es la base de la violación de tales derechos: Cuando una persona afirma que tiene más derechos que otra por haber nacido en el territorio de un Estado, por hablar una lengua, por practicar una religión (que por supuesto es la verdadera), por ser hombre o por ser mujer, etc., esa persona destruye la base esencial de los derechos humanos.

Hablando de los derechos económicos, sociales y culturales, atribuirlos tan sólo en base a la nacionalidad resulta jurídicamente inadmisiblemente y éticamente perverso. Inadmisibilidad jurídica y perversión ética que sin embargo se van considerando normales en nuestras sociedades donde ya se oyen voces que afirman que los inmigrantes en situación irregular no tienen derecho ni siquiera a la asistencia médica en caso de enfermedad y carencia de recursos.

Por una vía tan indirecta como el derecho de propiedad, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos aplica en este caso la CARTA SOCIAL EUROPEA; desde luego no es la vía adecuada porque se aleja del concepto de derechos humanos.

IX. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 34:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período analizado.)

X. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO 4)

Dice el artículo 2 del Protocolo 4:

- “1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.
2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.
3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.
4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.”

La libre circulación de los nacionales aparece en la reciente jurisprudencia del TEDH en las sentencias dictadas el 17 de julio de 2003 en el caso *Luordo/Italia*, el 13 de noviembre de 2003 en el caso *Napijalo/Croacia* y el 11 de diciembre del mismo año en el caso *Bassani/Italia*. Al carecer del elemento de la extranjería, no analizaremos estas sentencias.

La sentencia dictada en el caso Pini-Bertani y Maner-Atripaldi (Sentencia de 22 de junio de 2004)

Ver los hechos en el análisis del artículo 6.

El TEDH dice y decide

Respecto al artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4 los demandantes alegan restricciones a la libertad de circulación de sus hijas adoptivas, Florentina y Mariana y también una violación de su derecho a la libertad de circulación.

“195. En todo caso, suponiendo que los demandantes puedan considerarse «víctimas» según el artículo 34 de la Convención, teniendo en cuenta las circunstancias del caso... el Tribunal no observa ningún rastro de violación del derecho garantizado por esta norma.”

“196. Se deduce claramente de las pruebas aportadas por las partes que Florentina y Mariana circulan libremente, según su voluntad, tanto en el interior como en el exterior del país, se desplazan regularmente al colegio, visitan a sus parientes, participan en las audiencias judiciales a las que han sido convocadas y efectúan incluso viajes al extranjero...”

“197. Además, el Tribunal recuerda que Florentina y Mariana impugnan ellas mismas, como principales interesadas, que exista ninguna ingerencia en su propia libertad de circulación.”

Por todo ello, la sentencia decide por unanimidad que no ha existido violación de esta norma.

Nota crítica

Seguimos esperando que el TEDH analice en el terreno de la extranjería en algún caso el contenido y el alcance del artículo 2 del Protocolo adicional n.º 4. Hasta ahora tal análisis no se ha producido pero sí existen importantes indicios en los tres casos citados antes que afectan a situaciones de nacionales.

XI. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO 4)

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional n.º 4:

“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.”

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período analizado.)

XII. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO 7)

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 7:

“1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder

- a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión,
- b) hacer que se examine su caso, y
- c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período analizado.)

XIII. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 41 de la Convención:

“Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

En el caso Madi el demandante obtenía en el arreglo amistoso la cantidad de 90.091 €. A su vez en el caso Shamsa Polonia era condenada a pagar a cada uno de los dos demandantes la cantidad de 4.000 € por daño moral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

El caso Pini-Bertani y Manera-Atripaldi también supuso la obligación de Rumanía de pagar ciertas cantidades: 12.000 € al primer matrimonio y 10.000 al segundo por daño material y moral, cantidades ciertamente mucho más modestas que los 750.000 € solicitados por cada uno de ellos.

En el caso Radovanovic, aun cuando el demandante solicitaba 10.000 € como satisfacción equitativa y casi la misma cantidad por gastos y costas procesales, el Tribunal se reserva ambas cuestiones para un examen futuro.

La cantidad fijada como satisfacción equitativa en el caso Mokrani sería de 2.500 €, cantidad verdaderamente diferente de la solicitada por el demandante de nada menos que 150.000 €.

En el caso Gúdrun Hansen la sentencia condenaba a Turquía al pago de 50.000 € por daño material y otros 15.000 € por daño moral.

En el caso Slivenko la demandada Letonia era condenada –por 11 votos contra 6– a pagar 10.000 € a cada una de las dos demandantes por daño moral.

En el caso Koua Poirrez la demandada Francia era condenada a pagar al demandante 20.000 € por este concepto.

XIV. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES

En el caso SHAMSA se condena a Polonia a pagar a los dos demandantes conjuntamente 3.000 € por este concepto.

En el caso Pini-Bertani y Manera-Atripaldi, Rumanía fue condenada a pagar 7.000 € al primer matrimonio y 6.000 al segundo, cantidades también muy inferiores a las solicitadas por cada uno de ellos (que ascendían a unos 50.000 €).

En el caso Mokrani se fijó la cantidad de 3.970 € por gastos y costas procesales.

La cantidad fijada por el Tribunal por estos conceptos en el caso Gúdrun Hansen era la de 10.000 €.

En el caso Slivenko no hay condena en gastos y costas procesales porque las demandantes se beneficiaron del programa de asistencia judicial que tiene el mismo Tribunal Europeo.

La sentencia dictada en el caso Koua Poirrez condenaba a Francia a pagar 3.000 € por gastos y costas procesales.

XV. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 46 de la Convención:

- “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.
2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución.”

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período analizado.)



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 10 de junio de 2004, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anula el inciso "y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos" del párrafo primero del artículo 2, así como el inciso "y se acredite la convivencia en España al menos durante un año", del número 4.º del artículo 11.3.C) del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE n.º 203, de 23 de agosto de 2004).
- Real Decreto 1830/2004, de 27 de agosto, por el que se establece un nuevo plazo para la entrada en vigor de determinados artículos del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior (BOE n.º 210, de 31 de agosto de 2004).
- Instrucción de 30 de agosto de 2004, de la Viceconsejería de Educación, sobre admisión y matriculación de extranjeros en centros docentes no universitarios, públicos o privados, que impartan enseñanzas escolares no obligatorias del sistema educativo español (BOCM n.º 221, de 16 de septiembre de 2004).
- Resolución de 4 de octubre de 2004, 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 249, de 15 de octubre de 2004).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Albania sobre transporte internacional de viajeros y mercancías por carretera, hecho en Tirana el 10 de abril de 2003 (BOE n.º 193, de 11 de agosto de 2004).

Crónica legislativa de un semestre

- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú para la cooperación en materia de inmigración, hecho en Madrid el 6 de julio de 2004 (*BOE* n.º 237, de 1 de octubre de 2004).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (*DOUE*, L 261, de 6 de agosto de 2004).
- Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (*DOUE*, L 261, de 6 de agosto de 2004).
- (2004/573/CE) Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (*DOUE*, L 261, de 6 de agosto de 2004).
- 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 (*DOUE*, L 304, de 30 de septiembre de 2004).
- Posición Común 2004/748/PESC del Consejo, de 2 de noviembre de 2004, relativa a la acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos (*DOUE*, L 329, de 4 de noviembre de 2004).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación relativa al estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal en la UE. En el informe se recogen las formas existentes de gestión de la migración legal, la relación entre los flujos de migraciones legales e ilegales, las relaciones con países terceros y el desarrollo de nuevas iniciativas en el marco de la política común de inmigración. El estudio concluye que existe un vínculo entre la migración legal e ilegal, pero la relación es compleja y ciertamente no es directa, puesto que hay que tener en cuenta diversos factores.

(14 de junio de 2004).

Renovación del Fondo Europeo para los Refugiados 2005-2010

Los ministros de Justicia de la UE han alcanzado un acuerdo político sobre la propuesta de Decisión por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010. El Fondo Europeo para los Refugiados (FER) se estableció para el período 1 de enero de 2000 - 31 de diciembre de 2004. El Consejo ha aprobado su renovación para el período 2005-2010. El objetivo es promover la solidaridad entre Estados miembros en materias de asilo, apoyando y fomentando los esfuerzos de los Estados para acoger a refugiados y personas desplazadas en la asunción de las consecuencias de dicha acogida.

(14 de junio de 2004).

Sistema de información de visados

El Consejo de la UE ha aprobado la Decisión por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS). La Decisión constituye la base jurídica requerida para permitir la inclusión en el presupuesto general de la UE de los créditos necesarios para el desarrollo del VIS y la ejecución de esa parte del presupuesto, incluidas las medidas preparatorias necesarias para las características biométricas que deben incorporarse en una fase posterior. La Decisión establece un sistema para el intercambio de datos sobre visados entre los Estados miembros, que permitirá a las autoridades nacionales autorizadas incorporar y actualizar datos sobre visados y consultarlos electrónicamente.

(14 de junio de 2004).

(*) 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*.

Visados para investigadores de terceros países

El Consejo de la UE ha aprobado un planteamiento general, a la espera del dictamen del Parlamento Europeo, en cuanto a una Recomendación para facilitar que los Estados miembros traten el tema de los visados uniformes de estancias de corta duración para los investigadores de terceros países que viajan dentro de la Comunidad Europea para realizar investigaciones científicas. Para las estancias cortas, los Estados miembros deberán comprometerse a considerar a los investigadores de terceros países sometidos a la obligación de visado en virtud del Reglamento 539/2001, como personas *bona fide* y a concederles las facilidades incluidas en el acervo para los procedimientos de expedición de visados para estancias cortas.

(25 de junio de 2004).

Reglamento sobre Visados. Mecanismo de reciprocidad

La Comisión Europea ha aprobado una propuesta de Reglamento que modifica el actual mecanismo de reciprocidad establecido en el Reglamento n.º 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. En caso de que uno de los terceros países cuyos nacionales estén exentos de la obligación de visado decidiera someter a esta obligación a los nacionales de uno o más Estados miembros, el mecanismo permite a los Estados miembros concernidos aplicar la reciprocidad e incluir al país tercero en la lista de países con obligación de visado. Con el nuevo mecanismo, más flexible, la Comisión se encarga de presentar su propuesta de reciprocidad al Consejo, que debe pronunciarse sobre la misma dentro de los tres meses siguientes, y por mayoría cualificada.

(25 de junio de 2004).

Estrategia Europea para la integración de los inmigrantes

El comisario europeo de Justicia e Interior se ha pronunciado, en el Centro de Política Europea de Bruselas, sobre la estrategia europea para la integración de los inmigrantes, exponiendo las características del actual marco de integración así como el futuro desarrollo de la estrategia comunitaria en este ámbito. El texto con la intervención del comisario se encuentra disponible en línea <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/340&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

(25 de junio de 2004).

Informe sobre inmigración, integración y empleo

La Comisión Europea ha presentado a los ministros de Justicia e Interior su primer informe anual sobre la inmigración, la integración y el empleo. El informe confirma la necesidad de políticas coherentes de admisión destinadas a los inmigrantes económicos en la UE, a fin de poder responder mejor a las necesidades laborales de los Estados miembros. El documento presenta una visión general sobre la inmigración en la UE, analiza los cambios en la inmigración y des-

Europa en breve

II

cribe las acciones que deben adoptarse en cuanto a la admisión e integración de inmigrantes a nivel nacional.

(19 de julio de 2004).

Procedimiento común para el examen de solicitudes de asilo

La Comisión ha presentado, en el marco del Consejo de Justicia e Interior, una Comunicación sobre “El sistema común de asilo europeo: un procedimiento único como paso siguiente”. La Comunicación recoge las líneas de la Comisión sobre cómo debe mejorarse el procedimiento de asilo hasta llegar a un procedimiento único, donde todo posible requisito para otorgar la protección se valore en un único examen, y lograr así reducir los plazos del proceso.

(19 de julio de 2004).

Obligación transportistas comunicar datos personas transportadas

La Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, ha sido publicada en el *DOUE* (L 261/24 de 6-8-2004). La Directiva tiene por objeto mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal mediante la comunicación previa por los transportistas a las autoridades nacionales competentes de los datos de las personas transportadas.

(6 de septiembre de 2004).

Organización vuelos conjuntos expulsión de inmigrantes ilegales

La Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, ha sido publicada en el *DOUE* (L 261/28 de 6-8-2004). El objetivo de la Decisión es coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión individuales.

(6 de septiembre de 2004).

Formulario uniforme de denegación de entrada en la frontera

La Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la modificación del Manual común, ha sido publicada en el *DOUE* (L 261/36 de 6-8-2004). A fin de conocer los motivos de una decisión anterior de denegación de entrada a un extranjero, resulta necesario utilizar un modelo uniforme de denegación de entrada, lo que incluye una clasificación de los motivos posibles para denegar la entrada, e indicar en el pasaporte del interesado los motivos de la denegación. El formulario uniforme de denegación de entrada en la frontera se recoge en el anexo a la Decisión.

(6 de septiembre de 2004).

Política comunitaria de inmigración y asilo

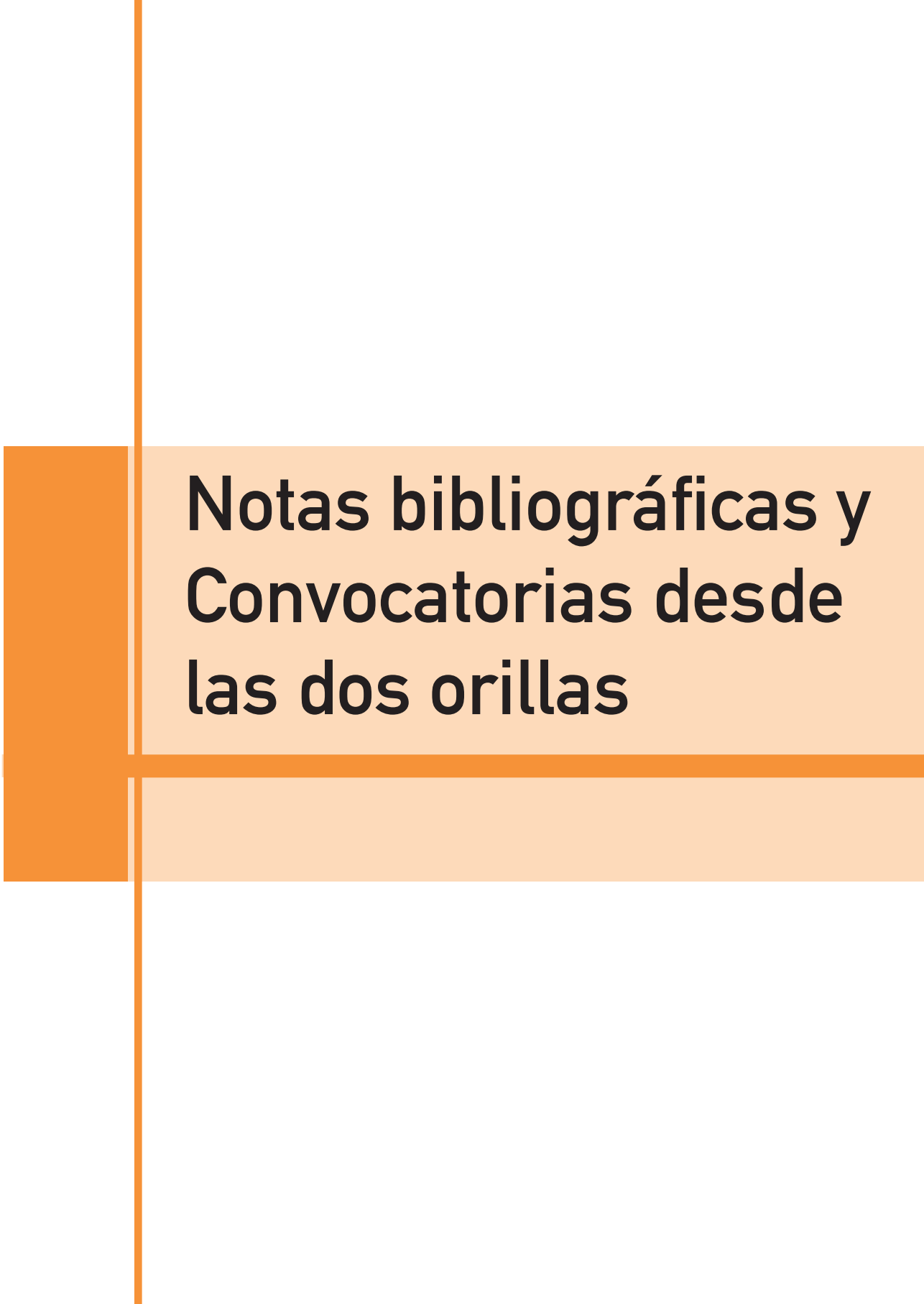
La Comisión Europea ha publicado una nota informativa sobre el estado actual de la política comunitaria de inmigración y asilo, con especial referencia a la inmigración ilegal por mar. La política comunitaria se centra en los ejes siguientes: el refuerzo de las fronteras exteriores de la UE y de la cooperación entre los Estados miembros para combatir la inmigración ilegal por mar; la puesta en marcha de una política común de asilo; el establecimiento de una política de retorno y readmisión; el desarrollo de la cooperación con terceros países y por último, la política de desarrollo.

(6 de septiembre de 2004).

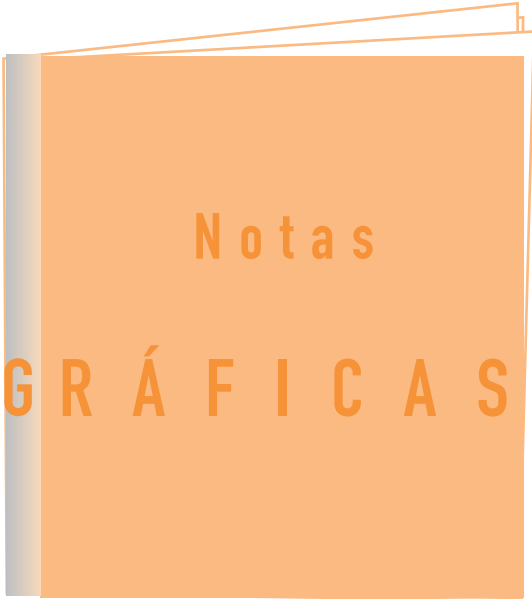
Reconocimiento de nacionales de terceros países como refugiados

La Directiva 2004/83/CE por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, ha sido publicada en el *DOUE* (30-9-2004, L 304/12). El principal objetivo de la Directiva es asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional y asegurar que un nivel mínimo de beneficios esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros. El plazo para la transposición de la Directiva es el 10 de octubre de 2006.

(4 de octubre de 2004).

A decorative graphic consisting of a vertical orange line on the left side of the page and a horizontal orange bar that intersects it, creating a cross-like shape. The text is positioned to the right of the vertical line and above the horizontal bar.

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas



Notas

BIBLIOGRÁFICAS

- AÑÓN ROIG, M.J., y GARCÍA AÑÓN, J. (coordinadores): *Lecciones de Derechos Sociales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2004, 283 pp.
- ATTAL-GALY, Yaël: *Droits de l'Homme et categories d'individus*, LGDJ, París 2003, 237 pp.
- CALVÈS, Gwénaële: *La discrimination positive*, Presses Universitaires de France, 2004, 128 pp.
- CLOSSET, Charles-L.: *Traité de la nationalité en Droit Belge*, Larcier, Bruselas, 2004, 532 pp.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Du contour au contenu: cinq années de suivi de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Estrasburgo, septiembre de 2004, 300 pp. (también en inglés).
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Informe anual de la Unión Europea sobre los Derechos Humanos 2004*, Bruselas 9 de septiembre de 2004, 193 pp., <http://europa.eu.int>.
- DJAVANN, Chahdortt: *Que pense Allah de l'Europe?*, Gallimard, París 2004, 56 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM): *Revisiting the Human Trafficking Paradigm: The Bangladesh Experience (Part I: of Adults)*, Ginebra 2004, 86 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM): *Trafficking in Unaccompanied Minors in Ireland*, Ginebra 2004, 55 pp.
- KHADIJA ELMAMAD: *Les Migrants et leurs droits au Maghreb avec une référence spécial à la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants*, en <http://www.december18.net/web/docpapers/doc1838.doc>
- LECKIE, Scott (ed.): *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons*, Ardsley, Nueva York 2004, 414 pp.
- MARIE, Claude-Valentin: *Preventing illegal immigration: juggling economic imperatives, political risks*

Notas bibliográficas

- and individual rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2004, 232 pp. (asimismo en francés).
- NASCIMBENE, Bruno (a cura di): *Diritto degli Stranieri*, CEDAM, Padua 2004, LIV+1284 pp.
 - NORDMANN, Charlotte (direction): *Le foulard islamique en questions*, Éditions Amsterdam, París 2004, 180 pp.
 - PACERE, Titinga Faso: *Burkina Faso: migration et droits des travailleurs (1897-2003)*, UNESCO, París 2004, 262 pp.
 - PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD): *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid 2004 y <http://www.undp.org>.
 - RYGIEL, Philippe: *Le bon grain et l'ivraie. L'État nation et les populations immigrées fin XXe-début XXIe siècle*, Éditions Rue d'Ulm, París 2004, 170 pp.
 - TAPIA, Stéphane de: *Les nouvelles configurations de la migration irrégulière en Europe*, Consejo de Europa, Estrasburgo 2004, 321 pp. (asimismo en inglés).
 - TURPIN, D.: "Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et de la mondialisation", *Revue Critique de Droit International Privé* 2004, pp. 311 y ss.
 - UNESCO: *Together with Migrants: a UNESCO Project for Poverty Reduction. Pairing Art, Research and Action Against Poverty*, <http://www.unesco.org>, 2004, 240 pp.
 - VV.AA. Consejo General del Poder Judicial: Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004.
 - ZAPATA-BARRERO, R.: *Multiculturalidad e inmigración*, Ed. Síntesis, Madrid, 2004.

Notas bibliográficas

Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales

ALBERTO PALOMAR OLMEDA (coordinador)
Thomson/Aranzadi, Cizur Menor
2004

Por:

PILAR CHARRO BAENA

Constituye este Tratado de Extranjería una obra de referencia en el nuevo Derecho de Extranjería, presentándose como un estudio sistemático, atento a la autonomía de los problemas jurídicos más que al capricho de la articulación normativa, a menudo tan poco operativa.

La obra se aborda desde la perspectiva multidisciplinar (civil, penal, administrativa y social) que proporciona la participación en este libro colectivo de un magnífico grupo de profesores y funcionarios de la Administración pertenecientes a distintos Cuerpos: magistrados, registradores, profesores universitarios, letrados del Tribunal Constitucional y de la Administración de la Seguridad Social y Administraciones Civiles del Estado.

Son cuatro las partes en que se articula el Tratado de Extranjería. La primera analiza la perspectiva internacional y comparada del Derecho de Extranjería: el capítulo I, a cargo de la profesora PÉREZ GONZÁLEZ, se centra en el estudio de la política comunitaria de inmigración y asilo, desde sus antecedentes y for-

mulación en el Tratado de la Unión Europea hasta la regulación en el Proyecto de Tratado Constitucional, mientras que el extenso capítulo II, obra de Pilar LÓPEZ MOLINA, hace un análisis de los modelos comparados más experimentados en la materia: Alemania, Reino Unido, Francia y Estados Unidos.

El segundo bloque temático comprende los capítulos III y IV dedicados, respectivamente, a la evolución post-constitucional de la normativa sobre extranjería y al estatuto legal de los extranjeros en España, a cargo, respectivamente del profesor PALOMAR OLMEDA y del Letrado del Tribunal Constitucional LOSADA GONZÁLEZ.

La tercera parte del Tratado comprende dos capítulos instrumentales: de nuevo de la mano del profesor PALOMAR OLMEDA, esta vez junto a DESCALZO GONZÁLEZ, en el capítulo V se analiza la organización administrativa para la implementación de las políticas de extranjería. El capítulo VI, obra del Registrador GÓMEZ GÁLLIGO, aborda la perspectiva privativista de la extranjería efectuando un extenso análisis del régimen jurídico de la nacionalidad, los derechos civiles de los extranjeros, la actuación de las personas jurídicas de la persona extranjera y, por último, las peculiaridades del ejercicio del comercio por los ciudadanos de tal condición.

A continuación, los tres capítulos siguientes se dedican al estudio minucioso del régimen jurídico de la entrada, permanencia y salida de los extranjeros (CARDENAL CARRO y FERNÁNDEZ COLLADOS) así como el régimen de respuesta del ordenamiento jurídico ante incumplimientos de la normativa vigente (PALOMAR OLMEDA).

Finalmente, un cuarto bloque abarca los capítulos X a XVI, en los que se abordan diversos aspectos específicos que presentan especial interés, como la condición de la extranjería como elemento trascendente en la definición de los tipos penales (DURO VENTURA), el derecho de asilo (PALOMAR OLMEDA), la protección social de los extranjeros (de MIGUEL PAJUELO), los

Notas bibliográficas

derechos a la educación y a la libertad religiosa (LLA-MAZARES CALZADILLA), los derechos de los extranjeros en la actividad deportiva (CARDENAL CARRO y BUENDÍA JIMÉNEZ) y su participación de los extranjeros en la defensa nacional (MALDONADO RAMOS).

En cada uno de los anteriores bloques brevemente reseñados, el lector encontrará no sólo un minucioso examen de la normativa sino también, allí donde es posible, oportunas respuestas a los silencios y a las lagunas de la misma, y un posicionamiento valiente sobre muchas cuestiones de envergadura que inciden en puntos clave del vigente régimen de extranjería.

La obra se completa con un CD de formularios con los modelos de solicitudes oficiales para la realización de distintos trámites en materia de extranjería (hasta 12 modelos sobre autorizaciones comunes, ofertas de empleo y otras autorizaciones) y formularios comunes del procedimiento administrativo, con indicación de la regulación legal (83), que se reproducen en papel en la obra; se acompaña, como es habitual en estas obras, de un completísimo índice cronológico de disposiciones citadas y un completo listado de bibliografía y, lo que es más novedoso, una relación de páginas web para la localización de la documentación extranjera.

**Inmigración, innovación política
y cultura de acomodación en
España (Un análisis comparativo
entre Andalucía, Cataluña, la
Comunidad de Madrid
y el Gobierno Central)**

RICARD ZAPATA-BARRERO
Fundación CIDOB
Barcelona, 2004

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Aparece ahora esta muy interesante monografía del Prof. ZAPATA-BARRERO, conocido investigador en materia de migraciones y miembro del Grup de recerca sobre immigració i innovació política. Como el mismo autor indica, a lo largo de los años la investigación en esta materia consolida algunas convicciones que, a veces, se enfatizan de una forma casi militante.

La obra, dividida en cuatro partes (en realidad tres más el amplio balance final) aborda en primer término el proceso de construcción de una sociedad de inmigración como es la española actual, especialmente en las Comunidades Autónomas citadas en el subtítulo. A un marco teórico pluridimensional (social, político, institucional, normativo, etc.) sigue un marco analítico en el que sobresale la llamada “cultura de acomodación”; esta “cultura de acomodación” es el conjunto de percepciones y valoraciones sobre los principales temas y sistemas de prioridades que intervienen para gestionar el proceso de multiculturalidad que resulta de la presencia de inmigrantes. En todo caso, la cultura de acomodación y las políticas de acomodación se fundamentan en el consenso, social y político.

La segunda parte profundiza en los indicadores estructurales del proceso en España; estos indicadores se centran en cuatro contextos: el demográfico, el social, el político y el institucional. Sin duda todos ellos se hallan ahora mismo en construcción o, al menos, en reconstrucción.

La parte tercera se centra en las percepciones del fenómeno, las redes de actores y los territorios. En ella analiza sobre todo los resultados por actores y niveles territoriales (algo que apenas si se hace todavía en España, salvo precisamente donde existen grupos de investigación en la materia, como Cataluña).

A su vez en el balance final identifica las líneas básicas para continuar el proceso de creación de un marco institucional para acomodar a los inmigrantes y a los ciudadanos. Líneas como unas mejores

Notas bibliográficas

relaciones entre distintos niveles de gobierno, el papel que desempeñan los principales gestores del proceso, los principios legitimadores de justicia, la percepción de las restricciones estructurales y la identificación de los receptores de las políticas.

En todo su tratamiento el autor parte de los derechos humanos y la no discriminación. La obra, que contiene una abundante información en cuadros comparativos, estadísticas y encuestas, en ningún momento pierde el interés.

A mi entender estamos ante una obra clave, imprescindible, para conocer hoy el fenómeno de la inmigración en España, el papel jugado hasta el momento por el Gobierno Central –preocupado monotématicamente por la seguridad– y el rol (cada día más visible y más significativo) de las Comunidades Autónomas. Una obra a completar con otra dimensión institucional, la municipal que (al menos en algunos casos) también debe abordarse en el futuro.

Inmigración y libertad religiosa (Un estudio desde la Ley de Extranjería)

FRANCISCA PÉREZ-MADRID
Civitas
Madrid, 2004

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

El aumento de los flujos migratorios disemina una gran cantidad de valores culturales, ideologías y re-

ligiones. Surge de esta forma el tema de fondo del derecho a la libertad religiosa de los nuevos habitantes por ejemplo de España.

La Ley de Extranjería no regula concretamente ese derecho a la libertad religiosa, pero sí aparecen en su articulado referencias a derechos conexos, como el de la libertad de reunión y manifestación (artículo 7).

Es esta la materia abordada en la interesante monografía de PÉREZ-MADRID. En ella revisa diversas manifestaciones del factor religioso en la extranjería; se centra sobre todo en la reagrupación familiar, sin obviar el matrimonio polígámico, cuya inscripción registral no resulta posible, como señala desde 1994 la Dirección General de los Registros y del Notariado. Aborda asimismo la exención del permiso de trabajo para los ministros de culto.

Estudia a su vez la vulneración del derecho de los extranjeros a la libertad religiosa y finaliza con la política de la integración.

El último capítulo incluye un apartado 5 en el que diseña unas “propuestas para una integración eficaz”, auténticas conclusiones de su trabajo a pesar de no denominarlas así.

Esta obra, bien trabajada, bien estructurada, ofrece una profunda reflexión, que además resulta necesaria en la sociedad española actual. Una reflexión cuyo eje es el derecho a la libertad religiosa de cada persona, que incluye también el derecho a no tener ninguna religión y a manifestarlo públicamente (cosa que olvidan con frecuencia los militantes más extremos de muchas religiones).

Notas bibliográficas

Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional

3.^a edición, 2004-2005

**Directores: P. Aguelo Navarro y
Á.G. Chueca Sancho**

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid, Homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

Directores: Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

Colaboran: Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Gobierno de Aragón –Consejería de Economía, Fundación Telefónica,

Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México)– Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gentes en movimiento.

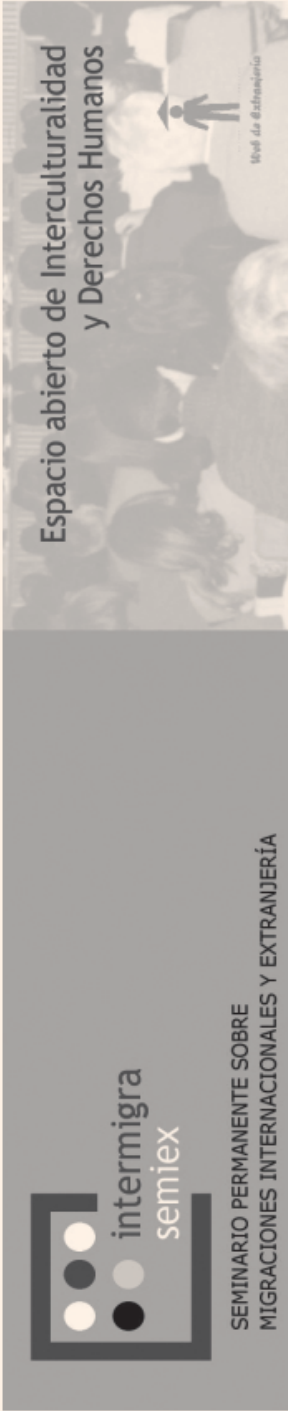
Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

www.intermigra.info/semiex



Un Espacio abierto de Interculturalidad y Derechos Humanos

Directores

Pascual AGUELO NAVARRO
Abogado del ReICAZ.

Ángel G. CHUECA SANCHO
Profesor de Unizar.

ELENA ARCE JIMÉNEZ
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados
de Córdoba

Los derechos de los menores: situación en España

SUMARIO

I. El papel del abogado en los procedimientos de protección de menores extranjeros.
II. Menores extranjeros no acompañados.
III. La guarda de hecho de menores: ¿garantía o quiebra de nuestro sistema de protección de menores?

I. EL PAPEL DEL ABOGADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS

Desde la entrada en vigor de la LO 1/1996 se reconoce plenamente la titularidad de todos los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Consecuencia de lo anterior es que queda introducido en toda la legislación el principio de ser escuchado si tuviera suficiente juicio en cualquier procedimiento que le afecte: derecho a ser oído.

Y ahí, en ese derecho a ser oído, es donde nuestra labor como abogados cobra pleno sentido: El menor podrá ser escuchado por sí, por medio de su representante legal siempre que no tengan intereses contrapuestos o a través de cualquier persona de su confianza.

Breve referencia legislativa

La protección de menores en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulada en leyes civiles y administrativas: Código Civil y LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, desarrolladas por cada una de las Comunidades Autónomas dentro de su respectivo ámbito competencial.

Al ser procedimientos en los que interviene una entidad pública hemos de tener siempre muy presente la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo. En concreto tres artículos: 32, 40 y 85:

Artículo 32.-Representación.

1. Los *interesados con capacidad de obrar* podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.
2. Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas.
3. Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.
4. La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

Artículo 40.-Comparecencia de los ciudadanos.

La comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley.

2. En los casos en que proceda la comparecencia, la correspondiente citación hará constar expresamente el lugar, fecha, hora y objeto de la comparecencia, así como los efectos de no atenderla.
3. Las Administraciones Públicas, a solicitud del interesado, le entregarán certificación haciendo constar la comparecencia.

Artículo 85.-Actuación de los interesados.

1. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.
2. Los *interesados* podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.
3. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el *pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento*.

Presupuestos básicos

- 1.º La familia es el seno natural donde ha de desarrollarse los primeros años de la vida de una persona.
- 2.º La protección de los menores es un principio rector de la política social que debe informar la actuación de los poderes públicos.
- 3.º La intervención administrativa ha de cumplir dos objetivos:
 - a) Evitar y, en su caso, poner fin a situaciones de maltrato y desprotección.
 - b) Colaborar con la familia de los menores para proporcionarles una asistencia que esta no pueda asumir de manera temporal.

Los derechos de los menores: situación en España

4.º Los procedimientos habrán de garantizar los derechos de todos los intervinientes en los mismos: menores, padres, acogedores, guardadores y adoptantes.

5.º Los procedimientos han de garantizar un acceso eficaz al ejercicio a la tutela judicial efectiva de todos los que intervienen en los mismos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, Auto de 3 de enero de 2002. Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez, viene a llamar la atención a la Administración respecto a las posibilidades de intervención que le otorga la LO 1/1996:

“... emplea el término amplio de situación de desprotección social del menor para referirse a todas aquellas situaciones que perjudiquen su desarrollo personal o social. No todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad.

La LO 1/1996 introduce la distinción entre:

1.ª *Situaciones de riesgo* (artículo 17) que son aquellas de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, sin que requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

2.ª *Situación de desamparo* (artículo 18) que aparece definida en el artículo 172.1 del Código Civil (Cc) como la que se produce de hecho «a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En ambos casos la administración competente tiene la obligación de actuar.

No obstante, sólo la situación más grave, la de desamparo, dará lugar a la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

En el caso de existencia de una situación de riesgo, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.”

Nuestra intervención como letrados por tanto debería estar garantizada desde el inicio del procedimiento administrativo de manera simultánea a la comunicación a los padres, tutores o guardadores y al propio menor del inicio de cualquier actuación respecto al menor. Así lo recoge, por ejemplo el artículo 24.1 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, regulando además que si los interesados manifiestan su deseo de solicitar la justicia gratuita el plazo para efectuar alegaciones se suspenderá durante diez días hábiles.

La efectiva intervención de un letrado desde el inicio del procedimiento evitaría a buen seguro situaciones kafkianas con las que nos desayunamos desgraciadamente a diario en muchas comunidades autónomas en las que situaciones de hecho mantenidas durante años se ven revocadas por los Tribunales una vez detectado un procedimiento administrativo en el que se han vulnerado los derechos más fundamentales de los padres biológicos, de los guardadores o incluso de los propios menores.

Nuestra labor como letrados, normalmente de oficio ya que la procedencia social de los clientes es siempre sobrecogedoramente parecida, es en estos procedimientos capital, el ciudadano se encuentra ante la Administración en una desigualdad de armas evidente, agravada en casos como en los presentes con situaciones humanas desgarradoras en las que personas, en muchos casos analfabetas, se enfrenta a una Administración que para proteger a sus hijos se los arrebató de su lado.

En este teatro, como casi siempre, a nosotros nos toca jugar el papel de malos: pretendemos sacar tajada mediática defendiendo a padres maltratadores, pertenecientes a sectas satánicas o cosas aún peores, frente a una Administración todopoderosa, madre sustituta de todos los niños, que está por encima del bien y del mal, que solo pretende proteger a unas pobres criaturas de sus padres y de unos abogados que tal mal los asesoran.

Si hemos conseguido intervenir en el procedimiento administrativo de manera efectiva, una vez se nos notifique la resolución administrativa que decreta la medida de protección decidida por la Administración, deberemos ir de manera directa a la Jurisdicción civil que es quien conoce de estos asuntos de protección. En las ciudades en las que existen Juzgados especializados la demanda se presenta ante el Juzgado de familia conforme al procedimiento regulado en los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El esquema del procedimiento es demanda en juicio verbal con las especialidades de familia: se presenta primero un escrito en el que se describe de manera sucinta los motivos que nos llevan a recurrir la resolución, se requiere a la Administración para que aporte el expediente administrativo, nos dan plazo de 20 días para formular demanda, de esta le dan traslado a la Junta y al Fiscal por 20 días y nos convocan para la vista.

También podemos intervenir como Letrados en los procedimientos sobre acogimiento y adopción, si no eramos bienvenidos en los procedimientos de desamparo, aquí somos recibidos como verdaderos mercenarios en defensa de intereses inconfesables.

Y, ¿cuál es nuestro papel cuando el único actor y objeto de protección en el procedimiento es el propio menor, que, además es extranjero? Según “autorizadas voces”: ninguno: es un menor desprotegido o es un menor no tan desprotegido que lo que intenta es beneficiarse de una normativa de extranjería que le beneficiará si dice que tiene 17 años y lo expulsará si tiene 18. Por lo que, una vez más, el abogado en estos procedimientos no hace sino enredar. Para proteger está la Administración y para velar por el cumplimiento de la legalidad y por los intereses del propio menor ya está el Ministerio Fiscal...

II. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Definición: Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03).

“Artículo 1: 1. La presente Resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no

Los derechos de los menores: situación en España

estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos... 4. La presente Resolución se entiende sin perjuicio de las disposiciones más favorables de Derecho nacional.”

Ha de conectarse esa definición con el concepto de **desamparo** en nuestro ordenamiento jurídico:

Artículo 172 del Código Civil: Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La consecuencia jurídica ante la constatación de una situación de desamparo, también la regula el artículo 172 del Código Civil:

La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo:

1.º Tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo.

2.º Deberá adoptar las **medidas de protección necesarias para su guarda**, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas.

Este sistema, a mi juicio, muy claro desde el punto de vista teórico, ha sido distorsionado muy gravemente por la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo. La citada circular excluye del sistema de protección de menores a los mayores de 16 años que acceden solos a territorio español, con el argumento de que esa llegada a nuestras costas, sin ser acompañados, es la prueba principal e irrefutable de su entrada de hecho en el mundo de los adultos. El actual Fiscal del Estado ha anunciado el día 29 de noviembre de 2004 en el Senado que ha anulado esa Instrucción, según publican diversos diarios el día 30 de noviembre de 2004.

ANTE UN MENOR EXTRANJERO QUE SE ENCUENTRA EN TERRITORIO ESPAÑOL NO ACOMPAÑADO LA ÚNICA SOLUCIÓN DISEÑADA POR NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO ES:

1.º Inmediata adopción de las medidas de protección necesarias.

2.º Asunción de la tutela por parte de la entidad pública.

A mi juicio, el protocolo administrativo que se debería seguir con el menor extranjero no acompañado es el siguiente:

1.º Localización del menor por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado: Si hay dudas sobre la minoría de edad, debieran hacerse las pruebas pertinentes antes del ingreso en el centro.

2.º Ingreso en el centro de protección de menores que indique la entidad pública competente en materia de protección de menores.

3.º Comunicación al Fiscal de la situación al menor.

4.º Entrevista con el menor: fundamental en el caso de menores extranjeros no acompañados: él maneja toda la información familiar y personal que interesa a la Administración y la va a dosificar en la medida en que se vea amenazado y no confíe en quienes dicen protegerlo.

5.º Comunicación al Consulado: es importante recordar que comunican al Consulado los datos que el menor ha querido facilitar, que muy frecuentemente no coinciden con la realidad.

6.º Según la legislación vigente en materia de protección de menores: Resolución de desamparo y Asunción de tutela por parte de la Administración.

7.º El criterio de reagrupación familiar o de repatriación solo podrá ser el interés del menor: Hablar de cómo debiera ser la resolución por la que se resuelve la reagrupación o repatriación de un menor, es entrar en el terreno del “derecho ficción”. Digo esto, porque en la práctica no he tenido ocasión de comprobar que ninguna de las Administraciones implicadas dicte una resolución administrativa que cumpla con los requisitos mínimos legalmente establecidos en cuanto a notificación al interesado, pie de recurso etc. Entiendo que debieran ser dos resoluciones una de la Administración central acordando ejecutar la reagrupación y otra de la entidad pública competente en materia de protección de menores cesando en la tutela, de manera motivada. Resoluciones que deberían ser notificadas al Ministerio Fiscal y al propio menor.

8.º La resolución por la que se acuerda la cesación de la tutela y la repatriación debiera ser recurrible y por lo tanto debiera estar contemplada la intervención letrada.

III. LA GUARDA DE HECHO DE MENORES: ¿GARANTÍA O QUIEBRA DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES?

Nuestro sistema de protección de menores es eminentemente administrativo, otorgando un papel preeminente a las entidades públicas de protección de menores, competencia transferida a las Comunidades autónomas.

Este sistema, por el que optó nuestro legislador en la reforma del Código Civil del año 1983 establece que la intervención judicial sobre las resoluciones administrativas que acuerdan medidas de protección de menores, se produzca con posterioridad a que la intervención de la Administración se haya producido. Por lo que el particular, menor o mayor de edad, se encuentra frente a una decisión administrativa directamente ejecutiva que puede llegar a tener una consecuencia tan grave como es la separación de un menor de sus padres biológicos o de aquellas personas a las que esté unido por análogos lazos de afectividad.

Desde la Administración parece querer darse una interpretación de la regulación actual del sistema de protección de menores en la que corresponde a la entidad pública, de manera exclusiva

Los derechos de los menores: situación en España

y excluyente, la protección de los derechos de los menores. Esta visión es fruto de un “efecto péndulo” que hace que tras la situación anterior en la que “los niños eran de los padres”, hayamos pasado ahora, dicho sea con todos los respetos y a efectos meramente argumentativos a la situación actual en la que “los niños son de la entidad pública”. A nuestro juicio, el sistema actual, cuando funciona, hace que los derechos de los menores estén plenamente garantizados y la intervención subsidiaria de la Administración cuando los titulares de la patria potestad no pueden ejercer las naturales funciones de buenos padres para sus hijos, hace que un menor esté plenamente protegido hoy día en nuestro país.

Desgraciadamente el panorama actual nos hace ver, con más frecuencia de la que sería deseable, que el sistema en la práctica, hay veces, en que no funciona. Es decir, en el S. XXI es todavía posible en España que existan menores que, de hecho, están bien cuidados y atendidos por personas que no son sus tutores ni los titulares de la patria potestad. Esto es lo que viene a regular la figura de la guarda de hecho, recogida en los artículos 303 y siguientes de nuestro Código Civil, y es el control jurisdiccional y una eficaz intervención de la Entidad pública los que deben velar para que los menores que se encuentren en esta situación, estén cuidados y atendidos de la mejor manera posible, respaldando y reconociendo la labor de ciudadanos anónimos que contribuyen, sin duda de manera eficaz, a la construcción de un Estado del Bienestar para todos.

Entendemos por tanto, que cuando un ciudadano que, por cualquier circunstancia, tiene bajo su cuidado a un menor, lo cuida, lo alimenta, lo tiene en su compañía y le procura una formación integral, decide dirigirse a la autoridad judicial e instar un expediente de jurisdicción voluntaria para que se reconozca su situación de guardador de hecho, en lugar de acudir a la Administración autonómica, no está pretendiendo burlar las instituciones de tutela, ni la de acogimiento, entre otras cosas porque la institución de la guarda de hecho se encuentra dentro del Título dedicado en el Código Civil a la tutela, curatela y de la guarda de los menores o incapacitados y por tanto cuenta con idéntico respaldo legal que las restantes instituciones clásicas de guarda, lo que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una verdadera institución de protección de menores y de sus bienes.

Al no haber sido debidamente definida por el legislador, la guarda de hecho aparece como una norma en blanco que deberá ser integrada por la doctrina y la jurisprudencia. Los artículos 303 y siguientes del Código Civil que regulan la figura de la guarda de hecho se hallan dentro del Título dedicado en el Código Civil a la tutela, curatela y de la guarda de los menores o incapacitados y por tanto cuentan con idéntico respaldo legal que las restantes instituciones clásicas de guarda, lo que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una verdadera institución de protección de menores y de sus bienes.

La doctrina científica es ya unánime en este sentido, la más reciente el n.º 60 de la *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, en el artículo “Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo” del Magistrado Juez D. Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana: “la rara unanimidad alcanzada por la doctrina en este punto... ha defendido que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa”.

La reforma del Código Civil operada en virtud de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que dedica un capítulo a esta figura, supone una reconciliación entre el Derecho y la realidad.

A partir de este momento esta figura no puede seguir llamándose en puridad “guarda de hecho”. Se le puede llamar “guarda informal” dado que no precisa de investidura ni de procedimiento porque nace directamente de la ley, o se le puede denominar “guarda provisional” porque lo natural es que desemboque en la constitución formal de la tutela, pero no parece correcto hablar de “guarda de hecho” cuando cuenta con idéntico respaldo legal que las restantes instituciones clásicas de Guarda... .

Siguiendo al Magistrado D. Antonio J. PÉREZ MARTÍN en su libro *Adopción, Acogimiento, Tutela y otras Instituciones de Protección de Menores* podemos definir la guarda de hecho como “aquella institución de derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor”.

Por su parte, D. Carlos ROGEL VIDE, en su trabajo *La guarda de hecho*, viene a configurarla como “aquella situación en la que, alguien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejercita, respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses”.

Así pues si un menor que deba ser sometido a tutela está bajo el cuidado de una persona que no sea titular de la patria potestad, hasta tanto se constituya legalmente y tome posesión de su cargo el tutor, estará bajo la guarda de hecho de esta persona.

En palabras de PÉREZ MARTÍN: “Resulta erróneo a mi entender, y al de otros autores como Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Peña Bernaldo de Quirós o Pérez Álvarez intentar dar cobertura legal a estas guardas de hecho a través de reconducirlas con la intervención de la entidad pública hacia la figura del acogimiento familiar, previa la declaración de desamparo del menor, pues si el guardador de hecho está ejerciendo correctamente sus funciones, no procederá la declaración de desamparo, ya que esta es una situación objetiva a la que se llega cuando el menor está privado de la necesaria asistencia moral y material. Porque, como indica Pérez Álvarez, de no ser así, resultaría que a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, la guarda de hecho ha sido sustituida por la tutela administrativa, y sin embargo sucede que la propia Ley otorga relevancia al guardador de hecho por medio del artículo 177.3 del Cc”.

O’CALLAGHAN en su *Compendio de Derecho Civil* es rotundo cuando dice: “se considera en situación de desamparo al menor que se halla privado de la necesaria asistencia moral o material, por razón de incumplimiento o mal cumplimiento de los deberes de protección que impone la Ley, respecto a la patria potestad, la tutela o la simple guarda de hecho”. Continúa diciendo: “El menor en situación de desamparo no debe continuar así y la Ley (Código Civil y Ley de Protección del Menor) se preocupa de su protección. Pero no se trata de una protección unitaria, sino que puede

Los derechos de los menores: situación en España

producirse mediante la adopción de dos medidas que se prevén: primera: la tutela automática por la entidad pública; segunda: la guarda legal a petición de los padres o por orden del Juez”.

El Defensor del Pueblo Andaluz, en el informe especial sobre acogimiento familiar dirigido al Parlamento Andaluz en julio de 2001 definía la guarda de hecho, dándole el nombre de acogimiento de hecho, diciendo: “se identifica con la figura de la guarda de hecho del artículo 303 del Código Civil, situación que suele darse frecuentemente en la práctica cuando los padres delegan en otra persona o entidad, que no está obligada legalmente a ello, el cuidado y atención de sus hijos”.

De la lectura del precepto mencionado, que se remite al artículo 228 del mismo texto legal (y al 203 en relación a los incapaces), atribuyendo al Ministerio Fiscal o al Juez competente la constitución de la tutela del menor, parece deducirse que la guarda de hecho se trate de una situación provisional en tanto no se constituya formalmente dicha tutela.

No solo la doctrina se ha pronunciado en cuanto a la vigencia de la guarda de hecho como figura de protección. La jurisprudencia más reciente, Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, Auto de 3 de enero de 2002. Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez: “... Por tanto existirá situación de desamparo y se presumirá en todo caso incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, siempre que nos encontremos con un menor privado de la necesaria asistencia moral o material.... Pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de intervención de la Administración, verificando si aquel tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la Ley, cualquiera que sea quien los proporcione...” Pues bien, en nuestro caso no cabe medida tan drástica como la adoptada por la Diputación en el momento de su intervención, no se puede considerar que la situación de hecho en la que se encontraba la menor pudiese catalogarse o calificarse de desamparo.

Sentencia de la Audiencia Provincial n.º 829/1999 Sevilla (Sección 6.^a), de 23 de noviembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcos Antonio Blanco Leira:

“Para la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia moral y material. El segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir que se encuentren carentes de tal asistencia... Si la misión que corresponde a la actuación judicial es el control de legalidad de la Administración en su función de tutelaje y guardadora de los menores, mal se puede realizar dicho control si las actuaciones y diligencias que procedan para llevarlo a cabo no las realiza el propio órgano judicial sino que se ha de basar en lo ya actuado por la Administración y conste en el expediente a modo de pruebas preconstituidas... Finalmente, sólo a efectos dialécticos, si se entendiese que la actitud del padre demandante es la propia de quien pretende suplantar, ignorar o puentear las facultades de la Administración en materia de tutela en sentido amplia, el expediente no es el de desamparo sino cualquier otra actuación correctora o incluso sancionadora. Porque podría concluirse que equivocó la Administración el procedimiento a seguir, pues no se trata aisladamente del ejercicio de los

deberes inherentes a la patria potestad propios del padre biológico sino de la constatación de si se ha producido «de hecho» una situación de desamparo de un menor que, por el riesgo que para él representaría, exigiría la intervención de los poderes públicos en esa función de guarda legal que les corresponde; todo naturalmente sin perjuicio de las acciones pertinentes frente al padre biológico si, por su comportamiento, estuviese incurrido en supuestos de suspensión o privación de la patria potestad, y, también, sin perjuicio de la activación de los mecanismos legales de custodia a fin de transformar la guarda de hecho..., en guarda de derecho; así, los artículos 216, 222, 228, 229, 230, y demás concordantes del Código Civil... Si tal incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro en la que ninguna influencia vaya a tener aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro... pero nunca la calificación de una situación que sólo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo...”

Auto Audiencia Provincial Álava, de 15 de junio de 1992 Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso Ochoa de Chinchetru:

“..., lo cierto es que en el caso presente no se da tal presupuesto fáctico de desamparo a que se refieren los citados preceptos legales, habida cuenta que existe un guardador de hecho que viene ocupándose convenientemente de ésta, por lo que no cabe entender exista desamparo en sentido legal.”

Auto Audiencia Provincial Asturias, de 24 de marzo de 1992. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso:

“El interés del menor se convierte en el norte y guía de cualquier decisión judicial relativa a su custodia y en este sentido la guarda de hecho acordada, con las facultades de control inherentes a la misma (artículos 303 y ss del CC), se acomoda plenamente a las circunstancias preexistentes, protege al menos transitoriamente de forma adecuada el interés de los hijos del matrimonio... se considera conveniente por el informe emitido por el Centro Municipal de Servicios Sociales... en el que se expresa la plena integración de los menores social y familiar... y en último extremo tal situación no los aleja del entorno local, educativo y sociológico en el que radicaban antes de producirse los acontecimientos que han desembocado en la necesidad de acudir a la guarda de hecho a fin de evitar el desamparo y evidente desprotección.”

La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4.^a, en Auto de 11 de septiembre de 2003 confirma la medida cautelar adoptada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Cádiz por Auto de 13 de febrero de 2003 solicitada por los guardadores de hecho consistente en suspender la ejecutividad del acto administrativo dictado por la Delegación de Asuntos Sociales en Cádiz que pretendía retirar a la menor a los guardadores de hecho e ingresarla en un centro de acogida, al entender que no existe indicio alguno de desamparo dada la existencia de los guardadores de hecho.

Son ya varias las resoluciones en este sentido de la Audiencia Provincial de Cádiz (Auto de 13 de abril de 2004 de la Sección 5.^a y Auto de 11 de septiembre de 2003 de la sección 4.^a). Sin embargo, la misma Audiencia Provincial de Cádiz acaba de dictar una resolución en apelación en la que mantiene a la menor con su familia guardadora de hecho pero confirma la situación de desamparo respecto a los padres biológicos (Sentencia de 16 de noviembre de 2004 de la Sección 4.^a).

Desde nuestro punto de vista, es claro que la figura de la guarda de hecho no significa en modo alguno una quiebra en nuestro sistema de protección de menores, muy al contrario es una garantía de que todas las situaciones de hecho que se dan en torno a la desprotección de un

Los derechos de los menores: situación en España

menor son reconducibles dentro del sistema ya sea a través de la figura de la declaración del desamparo y la asunción de la tutela por parte de la entidad pública, mediante el expediente administrativo correspondiente o ya sea a través del reconocimiento de la condición de guardadores de hecho mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

PILAR ANDRÉS JUSTE
Alumna Cum Laude Curso 2002-2003
Título E-Learning "Experto Jurídico sobre
Migraciones Internacionales y Extranjería".
(pandresj@aragob.es)

II

Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes

SUMARIO

I. Las políticas de servicios sociales. A) El régimen de asistencia social español. B) La operatividad del modelo asistencial español.

II. El marco legal de los servicios sociales.

III. La consideración jurídica de los derechos sociales.

IV. El acceso de los extranjeros al sistema de servicios sociales. A) El Plan Concertado y la calificación de las prestaciones sociales básicas en las normas autonómicas. B) La regulación del acceso a los servicios sociales en la legislación autonómica. C) El acceso de los extranjeros a las prestaciones económicas en la legislación autonómica. D) El acceso de los inmigrantes en situación administrativa irregular.

V. El estado de los derechos sociales en el marco de la Unión Europea.

VI. El acceso al sistema de servicios sociales como derecho fundamental.

VII. Conclusiones.

VIII. Bibliografía.

Los extranjeros se convierten en inmigrantes bien cuando deciden quedarse a trabajar en un país extranjero al que han viajado o bien cuando inician su viaje con la finalidad de trabajar o residir de forma permanente en el país destino. En la actualidad existen 175 millones de personas en el mundo que, de acuerdo con esta definición del profesor Eduard SAGARRA¹, se podrían denominar inmigrantes.

(1) SAGARRA, E.: *Régimen Jurídico de los Extranjeros en el marco Europeo: derechos y libertades* (2003), E-Learning de Experto Jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional 2002/2003, Consejo General de la Abogacía, p. 11.

A 30 de junio de 2004 había en España 1.158.783 extranjeros con permiso de residencia en vigor² y alrededor de 800.000 que se hallaban de forma irregular. Una sociedad organizada política y económicamente como la española debe asumir la nueva situación y la transformación que produce el fenómeno genéricamente denominado como globalización en nuestra comunidad estatal entendiendo la inmigración no como un problema, sino como un hecho real y cotidiano. Es una nueva situación a la que tendremos que acostumbrarnos y que deberemos asimilar puesto que la sociedad de bienestar necesita esta mano de obra como un elemento esencial, inevitable y potencialmente benéfico para su funcionamiento e incluso para su equilibrio demográfico.

Esta nueva realidad es políticamente aceptada dependiendo del momento del discurso, esto es, cuando se proclama esta necesidad de mano de obra y equilibrio demográfico, en otro momento político distinto, el inmigrante es el origen de problemas de inseguridad y orden público.

La necesidad política de justificar una cosa y a la vez la contraria es así por cierta falta de coherencia con lo que exige la presencia de los inmigrantes. En realidad hay una “resistencia” política y, como consecuencia de ésta, social a aceptar su estancia entre nosotros y por eso no se han hecho leyes que ayuden a construir una política de inmigración, sino leyes policiales, en parte consecuencia de que la inmigración hasta ahora haya sido una cuestión del Ministerio del Interior, no de políticas sociales ni interministeriales como sería lo lógico. El resultado de esta falta de política es la desestabilización social y jurídica del inmigrante convirtiéndolo en sujeto precario y propiciando su exclusión cuando, paradójicamente, es lo que se debería estar evitando. Y es que es difícil percibir la situación actual del inmigrante cuando el mensaje que se recibe está tan fuertemente marcado por la elección de un modelo de inmigración invisible, la del trabajador que hace su trabajo y desaparece sin dejar huella y sin apenas coste porque en realidad no queremos inmigrantes sino sólo mano de obra dócil y barata.

Con esta incoherente actuación no podremos evitar que dentro de nuestras sociedades modernas parte de estos inmigrantes pasen a engrosar las filas de los que el profesor Ángel GARCÉS denomina *exiliados sociales*,³ hombres y mujeres que se encuentran en una situación de exclusión siendo precisamente esta situación la que debería poner en marcha una determinada actuación administrativa, que es responsabilidad de los servicios sociales. Es esta la única forma de realizar una política preventiva de acción social siendo, en coherencia, su destinataria la población en general sin ningún tipo de discriminación amparada en la creación de una categoría de personas determinada como tal de acuerdo a un criterio administrativo. Se trata de solucionar la situación de marginación o de necesidad de una determinada persona, nacional o no, que le permita alcanzar un mínimo vital que, en un estado social y de derecho, hace ya mucho tiempo que no consiste en la mera supervivencia física.

(2) Observatorio permanente de la inmigración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla I.2, p. 70. En esta cifra no están incluidos los 618.210 residentes del Espacio Económico Europeo.

(3) GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: *La Acción Social. Delimitación conceptual y Régimen Jurídico* (1988), Colección Aragón de Bienestar Social, Diputación General de Aragón, Dpto. de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, p. 16.

Inmigración y derechos sociales

II

En el momento actual, y a causa probablemente de la falta de reconocimiento legal y social de la figura del inmigrante y sus derechos y deberes, se produce el fenómeno inquietante del nacimiento de peligrosos estereotipos relacionados con la delincuencia, la ilegalidad, el abuso de recursos sociales... sobre todo en lo referido a estos últimos cuando, hasta la fecha, no se ha podido demostrar esta relación de abuso, ni tan siquiera de uso, sino todo lo contrario y por varios motivos. En primer lugar la finalidad del inmigrante no es llegar a la privilegiada Europa a mal sobrevivir a través de los siempre escasos recursos que los Estados, y sobre todo España, dedican a los servicios sociales, sino que su objetivo es, básicamente, el conseguir un medio de vida digno para él y su familia; En segundo lugar el extranjero con permiso de residencia ha necesitado justificar los medios económicos suficientes para conseguirlo porque para obtener tal autorización o tiene una oferta o está trabajando, en tercer lugar porque es tremendamente dificultoso el camino de acceso a las prestaciones sociales de un extranjero inmigrante que se encuentra en una situación no regular.

La visión global de los inmigrantes nos lleva a desconfiar precisamente por culpa de los estereotipos de los que afloran numerosos prejuicios y la historia demuestra, en palabras de Albert Einstein, que es más difícil deshacer un prejuicio que un átomo.

Es curioso observar cómo cambia esta opinión negativa a priori del inmigrante, y hasta nos sorprendemos de la dureza e intransigencia legal, cuando individualizamos cada caso, es decir, cuando conocemos personalmente al inmigrante, sus problemas y la desprotegida situación en que se encuentra. Es muy común encontrarnos, en nuestra vida cotidiana, con ciudadanos nacionales que adoptan una postura muy exigente en cuanto a la forma de acceso de los trabajadores extranjeros a nuestro país, y en concreto al mundo laboral, y a la vista de una situación concreta se sorprendan, incluso se indignen por la difícil, y en muchos casos inexistente, solución legal.

Y es que los ciudadanos del primer mundo olvidamos la constante vigilancia en el respeto y aplicación de los derechos fundamentales, que si lo son deben ser universales, que con tanta insistencia exigimos a otros países para acceder al círculo democrático, y vivimos en la creencia de que la práctica habitual es la de su asunción y respeto por parte de las leyes y las instituciones. En realidad, basándose en criterios sobre todo financieros, se intenta justificar legalmente la falta de reconocimiento efectivo de estos derechos a través de fórmulas como reconocer la titularidad del derecho que no su ejercicio, o a través del uso cada vez más frecuente de conceptos jurídicos indeterminados, técnica especialmente rechazable a la hora del establecimiento de restricciones de derechos fundamentales como reconoce el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴.

En un momento en el que la llegada a nuestro país de trabajadores extranjeros es una realidad que crece día a día, el sistema de servicios sociales cobra protagonismo sobre todo en dos aspectos

(4) De LUCAS, J. (2003): "La Difícil Igualdad", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Editorial Lex Nova, n.º 3 (julio 2003), p. 214.

tos: como primer escalón de acceso al ejercicio del gran derecho social por excelencia que es el derecho al trabajo y como prevención al nacimiento de grupos marginados o excluidos.

Es importante hacer hincapié en la necesidad de adecuar la legislación sobre servicios sociales a la realidad migratoria, sobre todo teniendo en cuenta la antigüedad de la mayoría de estas normas. Este proceso debería realizarse en tres direcciones: 1) identificación clara del colectivo migratorio y sus demandas sociales específicas redefiniendo si es preciso las prestaciones sociales básicas; 2) reconocimiento de la situación de necesidad como el requisito para el ejercicio de la acción social y 3) reducción a su mínima expresión de la discrecionalidad administrativa y su consecuencia de inseguridad jurídica mediante la declaración de determinados derechos como subjetivos.

Sobre la base de estos tres objetivos se ha realizado este trabajo que trata de abordar cómo el sistema español de protección social puede y debe responder a una realidad que es la inmigración.

I. LAS POLÍTICAS DE SERVICIOS SOCIALES

Una primera consideración a tener en cuenta al estudiar la extranjería y la inmigración es su enfoque. La inmigración no se debe tratar como un problema, es una situación y en palabras de Eduard SAGARRA “Los problemas deben de solucionarse, si es que hay una verdadera solución, las situaciones deben de afrontarse, entenderse, asimilarse y darles una salida acorde con las circunstancias y posibilidades, nunca deben ser una realidad a combatir”⁵.

Los servicios sociales son un instrumento más para hacer frente a esta “situación” y de acuerdo con el artículo 148.20.^a de la Constitución Española son una materia competencial propia de las Comunidades Autónomas aunque su gestión, en el nivel primario de atención, depende de los entes locales. Son pues las normas creadas por estas instituciones el marco legislativo que afecta a la atención de las personas extranjeras, sin olvidar la influencia esencial que tiene en todo este desarrollo autonómico la aprobación por el Estado español de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sucesivamente modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003 (en adelante LOEx).

Como consecuencia de su competencia en materia de acción social el primer gran reto con el que deberían enfrentarse las Comunidades Autónomas es la definición de un catálogo de las prestaciones sociales básicas a las que hace referencia la LOEx, habida cuenta que no existe norma estatal alguna que las defina, aventurando que los órganos legislativos autonómicos no se apresurarán a ir más allá de lo hasta ahora regulado mientras sus políticas de empleo, y por

(5) SAGARRA, E.: *Régimen Jurídico de los Extranjeros en el marco Europeo: derechos y libertades* (2003), E-Learning de Experto Jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional 2002/2003, Colegio General de la Abogacía, p. 8.

Inmigración y derechos sociales

II

tanto las económicas y sociales, se encuentren permanentemente hipotecadas por la regulación estatal sobre extranjería.

A) El régimen de asistencia social español

La asistencia social tiene una larga tradición histórica en España aunque siempre relacionada con la beneficencia. En este modelo intervienen varias instituciones, con muy escasa operatividad, y con una administración básicamente discrecional, es durante la transición democrática cuando surgen los Servicios Sociales como un sistema de protección social que comparte con los países mediterráneos de nuestro entorno como son Portugal, Grecia e Italia, las siguientes características⁶:

- a) Es un sistema de mantenimiento de rentas en el que las prestaciones más elevadas son asignadas a los grupos sociales con una fuerte relación con el mercado de trabajo formal, al mismo tiempo que prestaciones discrecionales o escasas van a parar al resto de la población.
- b) Tanto el Estado como las regiones, las comarcas o los municipios administran todo un catálogo de programas para grupos o categorías específicos hecho que, junto a la descentralización, plantea problemas graves de coordinación.
- c) No existe una legislación específica de bienestar social en el ámbito nacional que proporcione prestaciones a todas las personas que carecen de recursos suficientes, tampoco existen criterios para delimitar un nivel mínimo de subsistencia.
- d) Las subvenciones asistenciales y la oferta de recursos, tanto públicos como privados son más bajos que la media europea.
- e) Tiene una estructura de relaciones entre administraciones públicas, sector privado y organizaciones voluntarias basada en el particularismo y la dependencia política, donde la coordinación y concertación de políticas entre el sector público y privado es relativamente débil.
- f) Los recursos destinados son muy escasos.
- g) Existen diferencias regionales muy importantes tanto en la cantidad como en la calidad de los servicios así como en las formas de gestión que ha dado lugar a tensiones muy importantes entre las regiones norte/sur sobre todo en lo que se refiere a las políticas de redistribución interterritorial de los recursos internos.
- h) Sobreviven los mecanismos clientelares en la distribución pública del bienestar basados en unos mecanismos administrativos en muchos casos ineficaces a la hora de racionalizar la burocracia.

(6) GALLEGO, R.; GOMÀ, R. y SUBIRATS, J.: "Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas", *Temas de Gestión y Administración Pública*, Editorial Tecnos (2003), p. 165.

B) La operatividad del modelo asistencial español

En general el gasto público en servicios sociales es insuficiente, con tasas de cobertura y utilización bajas.

De los cuatro países mediterráneos mencionados España es el que mantiene los niveles más bajos de proporción entre gasto en asistencia social y PIB, un 21,4%, mientras que en Portugal supone un 22,5%, en Grecia un 23,6% y en Italia un 25,9%. En Alemania estas cifras ascienden a 29,9%, en Francia un 30,8% y en Suecia un 33,7%⁷.

Podemos afirmar que los servicios sociales, a pesar de la expansión y modernización que han sufrido en general y sobre todo en España, no han logrado cumplir las expectativas universalistas y de servicio público. Siguen ocupando una posición peyorativa, identificada con lo asistencial y benéfico, con el mundo de los pobres y con los grupos de riesgo, probablemente alimentado por la no consideración de los derechos sociales como derecho subjetivo (no son derechos exigibles de acuerdo con un precepto jurídico concreto).

La Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a la existencia de un sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, pero lo cierto es que ni la propia CE, ni las leyes estatales, ni las autonómicas, ni las normas reglamentarias, ni los planes y programas articulan mecanismos eficientes para hacerlos efectivos siendo el resultado de esto que la atención a los ciudadanos queda en manos de la discrecionalidad de los trabajadores, los profesionales y autoridades públicas y de las disponibilidades presupuestarias que, dicho sea de paso, son siempre demasiado escasas. La financiación de los servicios sociales corre a cargo de la Administración estatal, local y autonómica, sin que existan criterios que establezcan qué partida corresponde a quién y siendo la modalidad tipo la subvención que se convierte así en un instrumento por el que los poderes públicos transforman los derechos de los ciudadanos en una simple oferta contingente y discrecional estableciendo las administraciones los criterios y requisitos incluso su supresión sin que asistan a los beneficiarios posibles derechos adquiridos.

II. EL MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES

En el plano internacional

– Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 13.1. “*Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un estado*”.

Artículo 25.1. “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...*”

(7) GOUGH, I. (1997): “La asistencia social en la Europa del Sur”, en MORENO, L. (comp.): *Unión Europea y Estado del Bienestar*, CSIC, Madrid.

Inmigración y derechos sociales

II

– Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966.

Artículo 11.1. “Los estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un *nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*. Los estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho,...”.

En el plano regional

– Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1968.

Artículo 14. “*Derecho a los beneficios de los servicios sociales*. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social...”

Artículo 15. “*Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social*”.

En el ámbito de la Unión Europea

– Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Artículo 26. *Integración de las personas discapacitadas*. “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

Artículo 34.3. *Seguridad social y ayuda social*. “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

En el plano estatal

– Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 10.2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Artículo 13.1. “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (I) en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”.

Artículo 41. “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la *asistencia y prestaciones sociales suficientes* ante situaciones de necesidad”.

Artículo 96.1. “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

– Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y por la Ley 14/2003 de 20 de noviembre.

Artículo 14.2. “Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles”.

Artículo 14.3. “Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”.

– Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985.

Artículo 25.2, apartado k) inserta entre las competencias que han de tener los municipios la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social.

Artículo 26.1, apartado c), establece que los municipios de más de 20.000 habitantes habrán de disponer, en todo caso, de prestación de servicios sociales.

En el ámbito autonómico

– Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, de Servicios Sociales de Navarra.

– Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales de Navarra.

– Ley 3/1986, de 16 de abril, de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

– Ley 9/1987, de 11 de febrero, de Acción Social de las Islas Baleares.

– Ley 4/1987, de 25 de marzo, de ordenación de la acción social, de Aragón.

– Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de las Islas Canarias.

– Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura.

– Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de acción social y servicios sociales de Castilla y León.

– Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía.

– Ley 5/1992, de 27 de mayo, de acción social de Cantabria.

– Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales de Galicia.

Inmigración y derechos sociales

II

- Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 12/1983, 26/1985 y 4/1994, en materia de asistencia y servicios sociales en Cataluña.
- Decreto 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña.
- Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales del País Vasco.
- Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social del País Vasco.
- Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales, del País Vasco.
- Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Ley 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales de La Rioja.
- Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias.
- Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.
- Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

III. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La Constitución Española (en adelante CE) no califica a los derechos sociales como derechos fundamentales sino como “principios rectores de la vida socioeconómica”, de tal forma que ya no son un derecho exigible por parte de los individuos ni existe un deber de satisfacción por parte de los poderes públicos. Desaparece así el carácter garantista y expansivo de los derechos humanos que recoge la filosofía del Estado de Derecho y queda rebajada de esta forma la categoría de estos derechos sociales que ya no son considerados unos auténticos derechos.

La vigente CE, en desarrollo de su artículo 9.2, establece en el capítulo III de su título I, artículos 39 a 52, los principios rectores de la política social y económica, y señala una serie de deberes de los poderes públicos, sin que generen en sus destinatarios unos verdaderos derechos puesto que quedan al margen de las garantías, que el artículo 53⁸ reconoce para los reflejados en el capítulo II.

Uno de estos deberes, es el denominado de asistencia social o servicios sociales, un concepto aún no bien perfilado que queda muy alejado del antiguo concepto de la beneficencia pública, más cercano a la filosofía de un Estado liberal, pero que hoy resulta inadmisibles en un Estado social.

(8) Artículo 53.3 de la CE “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. *Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

Los poderes públicos, según la norma constitucional, aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), la protección integral de los hijos (artículo 39.2), la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico (artículo 40.1), el descanso necesario del trabajo mediante la promoción de centros adecuados (artículo 40.2), las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social y económico y cultural (artículo 48), la realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos (artículo 49) y la promoción del bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (artículo 50).

El artículo 148.1.20.^a de la Constitución Española faculta a las Comunidades Autónomas a asumir la plenitud de competencias en materia de asistencia social sin que en el texto constitucional se defina claramente el contenido de *asistencia social* o *servicios sociales*, que queda en manos del legislador autonómico. La Administración Estatal, sin embargo, conserva competencias exclusivas en ámbitos como la garantía de la igualdad entre todos los españoles, la inmigración, los asilados y todo lo relativo a legislación básica y al régimen económico de la seguridad social⁹.

En el ámbito autonómico

Entre 1982 y 1993 los distintos órganos legislativos autónomos han ido creando, con más o menos acierto o precisión, un cuerpo jurídico y doctrinal que va a definir, describir y organizar los servicios sociales, esta organización optará por el municipio como el principal gestor de los servicios sociales, atendiendo al principio de subsidiariedad por el que las necesidades estarán mejor atendidas por el nivel administrativo más cercano a los ciudadanos.

Situados ya en este nivel autonómico los servicios sociales van a mantener de forma general una estructura en dos niveles distintos de actuación:

A) Prestaciones técnicas. Conformadas por lo que serían:

a) Los Servicios Sociales generales (comunes, comunitarios...):

Servicio de información, orientación y asesoramiento.

Servicio de ayuda a domicilio.

Programas de cooperación social.

Programas de ayudas de emergencia.

Programas de convivencia, prevención y reinserción social.

Se presentan como la estructura básica de atención y tienen por objeto promover y posibilitar

(9) GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: *La Acción Social. Delimitación conceptual y Régimen Jurídico* (1988), Colección Aragón de Bienestar Social, Diputación General de Aragón, Dpto. de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo.

Inmigración y derechos sociales

II

el bienestar social de todos los ciudadanos, orientándolos cuando sea preciso hacia los servicios especializados.

b) Los Servicios Sociales especializados:

Se dirigen a sectores de población con condiciones y circunstancias especiales: tercera edad, minusvalías, drogodependencias, mujer, inmigración, etc. Su ámbito de actuación y su gestión puede variar en función de su carácter público o privado y territorial.

B) Las Prestaciones económicas.

Son el complemento a la prestación técnica (servicios sociales comunes o especializados) y es el cauce que permite resolver el problema que los servicios sociales no deben o sencillamente no pueden encauzar, por ejemplo, porque la utilización de los servicios sociales provoque un desarraigo convivencial.

Pueden tener un carácter periódico (prestaciones por causa de invalidez o enfermedad en su modalidad no contributiva) o no periódico (ayudas de carácter urgente). Siempre ha de valorarse la necesidad y de la constatación de esta dependerá no sólo la exigibilidad del derecho a la prestación sino también la realización de un determinado comportamiento por parte del beneficiario.

En este punto es preciso aclarar que aunque los servicios sociales generales configuran lo que se denomina la estructura básica de atención, y se consideran el núcleo de las prestaciones sociales básicas, no hay razón jurídica alguna para no considerar como tales algún servicio social específico, si así se determina normativamente, de la misma manera que ya existen prestaciones económicas calificadas como básicas por la legislación autonómica, si no de forma explícita sí a través de su ámbito de aplicación.¹⁰ (Ingreso mínimo de inserción, renta básica, etc.).

Las orientaciones generales de las políticas de servicios sociales desarrolladas por cada Comunidad Autónoma coinciden aunque su desarrollo en la práctica es desigual teniendo en cuenta tanto la heterogeneidad en la asunción de competencias como las distintas posibilidades de financiación. En general las Comunidades más ricas, Navarra, Cataluña, País Vasco, Baleares y Madrid, con una renta media de entre 11.500 y 13.500 € desarrollan programas más avanzados y con unas tasas de cobertura mayores, que Comunidades más pobres como Aragón (con una renta media de 9.500 € o Andalucía y Extremadura entre 8.225 y 7.300 €)¹¹, por tanto la oferta a los ciudadanos y el acceso a los distintos programas será distinto dependiendo de la región donde viven y, en el caso de los extranjeros, si tienen permiso de residencia o se encuentran en España de forma irregular.

(10) Ley 5/1997 de la Comunidad Valenciana y Leyes 12/1998 y 10/2000 del País Vasco.

(11) *Anuario Económico de España 2003*, La Caixa.

IV. EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES

El derecho de acceso de los extranjeros a los Servicios Sociales es recogido por la LOEx, que tras sus sucesivas reformas ha mantenido el articulado inicial a este respecto y que determinó, y en algunos casos modificó, las condiciones de acceso de los extranjeros a los servicios y prestaciones sociales.

La LOEx, (artículo 14) diferencia en esta materia entre extranjeros residentes y el resto de extranjeros, sea cual sea su situación administrativa. Para los primeros reconoce el derecho a los servicios y prestaciones tanto básicos como específicos y los segundos sólo tendrán derecho a las prestaciones sociales básicas. Este distinto trato supone: a) el diferente sujeto del derecho según esté o no documentado y b) el objeto de ese derecho que podrán ser los servicios sociales básicos o específicos.

Esta distinción consolida la existencia de diversos grados de ciudadanía y por tanto de derechos y obligaciones, además consagra un peligroso principio de negación legal al marcar y definir tajantemente el tratamiento del otro, del indocumentado, como sujeto a excluir, provocando situaciones paradójicas, contradicciones jurídicas y dificultades en señalar los límites de los derechos¹².

A) El Plan Concertado y la calificación de las prestaciones sociales básicas en las normas autonómicas

Durante las décadas de los años ochenta y noventa, y tras la incorporación a sus respectivos estatutos de las competencias de asistencia social, se lleva a cabo en las Comunidades Autónomas el proceso normativo del sector de los servicios sociales.

Aunque las políticas de servicios sociales implantadas en cada Comunidad Autónoma coinciden por lo general, la práctica demuestra que el grado de desarrollo no es el mismo, consecuencia básicamente de dos factores: las diferencias en la asunción de competencias y las posibilidades de financiación. Así las Comunidades con más recursos económicos van a desarrollar programas con unas tasas de cobertura mayores y más avanzados, planteando importantes diferencias en la oferta que se ofrece a los ciudadanos en función del lugar donde vivan.

Estos importantes desequilibrios necesitaban mecanismos correctores que minimizaran sus

(12) MONTAGUD, X. y TORRES, F.: "Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad", (Servicio de Acción Social, Conselleria de Benestar Social, Generalitat Valenciana, Universitat de València, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 6/2000, p. 4. <URL> http://www.uv.es/CEFD/Index_6.htm.

Inmigración y derechos sociales

II

efectos y garantizaran los principios de solidaridad e igualdad a la vez que el de descentralización. Uno de estos instrumentos es la *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA) que, en su artículo 16, crea el *Fondo de Compensación Interterritorial*, constituyéndose en 1983 la *Comisión de Cooperación Interautonómica de Acción Social*, siendo su actuación más relevante la elaboración en 1988 del *Plan Concertado para el Desarrollo de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales*, cuya finalidad es promover la colaboración entre administraciones para financiar conjuntamente la red de servicios sociales municipales que permitan garantizar prestaciones básicas. El Plan Concertado se articula como un convenio administrativo que vincula a los tres niveles de la administración pública a través de compromisos de cofinanciación, gestión, información y asesoramiento técnico para garantizar a todos los ciudadanos la red de *prestaciones básicas* definidas como:

- Información y orientación.
- Ayuda a domicilio.
- Alojamiento y convivencia.
- Prevención e inserción social.

Este catálogo de prestaciones definido en el Plan Concertado ha sido trasladado, en general, al resto de legislaciones autonómicas aunque con distintas denominaciones (servicios generales, comunitarios, etc.) interpretándose que constituyen las prestaciones sociales básicas a que hace referencia la LOEx (artículo 14.3).

El Plan Concertado define niveles distintos de actuación, la clasificación entre prestaciones básicas y prestaciones específicas no tiene en cuenta en el año 1985 la situación administrativa regular o irregular de un extranjero y sus consecuencias legales. Esta posibilidad no era contemplada en aquel momento porque la mayoría de los extranjeros accedían a los servicios sociales desde una situación regularizada que les permitía ser atendidos en igualdad de condiciones que los nacionales.

Intentar utilizar en la actualidad esta clasificación para reconocer el derecho al ejercicio a uno u otro nivel de prestaciones es cuando menos incoherente con el carácter universal que proclaman la mayor parte de estas normas autonómicas y con lo predicado en la propia definición de los servicios sociales especializados, que precisamente se dirigen a sectores de población específicos como puede ser el de los inmigrantes y dentro de éstos a aquellos que se encuentren en condiciones y circunstancias tan especiales como estar durante meses pendientes de la resolución de autorización de trabajo y residencia o de la sustanciación de un proceso judicial.

Nunca como ahora se hace necesaria la adaptación de las leyes sociales hacia la definición de un nuevo catálogo de prestaciones básicas que proporcione seguridad jurídica a los usuarios y, sobre todo, facilite el trabajo de los profesionales proporcionándoles a partir de esta definición instrumentos de planificación y orientación.

B) La regulación del acceso a los servicios sociales en la legislación autonómica

Durante esta década de los ochenta se produce la promulgación de la mayoría de las normas autonómicas sobre servicios sociales que incorporan la definición de prestaciones básicas que recoge el Plan Concertado identificándolas a su vez con los servicios generales o comunitarios.

Ahora bien si la LOEx determina el *acceso de todos los extranjeros a las prestaciones sociales básicas* hay que tener en cuenta que el legislador estatal no ha dicho qué entiende por servicios y prestaciones generales y básicas ni como tampoco por servicios y prestaciones específicas, esto corresponderá definirlo al legislador autonómico.

A partir de 1982 aparecen las primeras leyes autonómicas sobre acción social y en la década siguiente se promulgarán la mayoría de las normas¹³. Estas leyes (de las que la mayor parte continúan todavía en vigor) pretendieron abordar la regulación de los servicios sociales en un momento en que su propia definición no había alcanzado un suficiente deslinde doctrinal con el de las otras prestaciones de carácter social o asistencial.

En su mayor parte no se había producido la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma¹⁴, por tanto, ni los recursos ni las acciones o los programas tenían (o no deberían tener) nada que ver con los actuales. Tampoco se contemplaban realidades comunes hoy en día como ciudadanía europea o inmigración, situaciones que se resolvieron mediante la referencia a los Tratados internacionales, la ley y la reciprocidad. Conceptos como ciudadano o residente eran considerados sinónimos de español o domiciliado, respectivamente, los matices que diferencian unos de otros no alcanzaban la trascendencia legal que pueden tener en el momento actual. En estos aspectos la antigüedad de algunas normas hace que tengamos que acudir a su exposición de motivos, más que a su articulado, para interpretar la finalidad del legislador.

Las leyes posteriores a la segunda mitad de la década de los noventa¹⁵ son normas que surgen tras la consolidación de los servicios sociales y de la necesidad de ordenar tanto su número

(13) Ley 6/1982, de 20 de mayo, de Euskadi; Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, de Navarra; Ley 12/1983, de 14 de julio, Ley 10/1988, de 27 de julio y Ley 26/2985, de 27 de diciembre, de Cataluña; Ley 11/1984, de 6 de junio, de Madrid; Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Murcia; Ley 3/1986, de 16 de abril, de Castilla-La Mancha; Ley 9/1987, de 11 de febrero, de las Islas Baleares; Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Aragón; Ley 5/1987, de 11 de abril, de Asturias; Ley 9/1987, de 28 de abril, de las Islas Canarias; Ley 5/1987, de 23 de abril, de Extremadura; Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Castilla y León; Ley 2/1988, de 4 de abril, de Andalucía, Ley 5/1992, de 27 de mayo de Cantabria; Ley 4/1993, de 14 de abril, de Galicia.

(14) Ejemplo: Aragón, su Ley de ordenación de la acción social es de 1987 y la transferencia del INSERSO se produce en 1996. Esta norma continúa en vigor.

(15) Ley 4/1994, de 20 de abril, de Administración Institucional, de descentralización, de desconcentración y de coordinación del Sistema Catalán de Servicios Sociales y el Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 12/1983, 26/1985 y 4/1994, en materia de asistencia y servicios sociales; Ley 5/1996, de 18 de octubre, del País Vasco; Ley 5/1997, de 25 de junio, de la Comunidad Valenciana; Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social del País Vasco; Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales, de Navarra.

Inmigración y derechos sociales

II

como la multiplicidad de organismos y entidades que intervienen en el sector. Recogen las nuevas realidades legales sobre extranjería en el ordenamiento interno así como las adaptaciones precisas a la normativa comunitaria. De esta forma:

– Son leyes que nacen con la finalidad de estructurar su sistema de servicios sociales y a su vez regular la coordinación, la colaboración y la cooperación en la programación y la gestión de los servicios entre las diferentes instituciones públicas y privadas.

– El acceso al sistema de servicios sociales se reconoce como un derecho básico para *todas las personas* tal y como recoge, por ejemplo, la Ley catalana 4/1994, en su exposición de motivos cuando habla de la consolidación de los servicios sociales en Cataluña.

– La referencia a la nacionalidad española como requisito para la titularidad del derecho desaparece y se recoge de forma explícita el derecho que ostentan los ciudadanos europeos, de este modo la Ley 5/1996 del País Vasco, reconoce esta titularidad a “quienes ostenten la ciudadanía de la Unión Europea”; la Comunidad Autónoma de Navarra reconoce como objeto de su Ley Foral 9/1999, para una Carta de Derechos Sociales, el acceso a una renta básica a todos “*los ciudadanos y ciudadanas* residentes y empadronados en Navarra...”.

– Se concretan normas específicas creando un catálogo de determinadas situaciones susceptibles de intervención, así, por ejemplo, lo hace la Ley 12/1998, del País Vasco contra la exclusión social, mediante la cual se protege una determinada situación que conlleva un riesgo de exclusión, con el solo requisito del empadronamiento o la residencia legal en la Comunidad Autónoma.

*Las leyes promulgadas a partir del año 2000*¹⁶ coinciden ya con una realidad migratoria importante en España y con la aparición de la LOEx. En diciembre de 2000 la Ley 10/2000 del País Vasco reconoce (artículo 6), el requisito del empadronamiento como único para acceder a la Renta Básica. La Ley 1/2002, de la Rioja reconoce como titulares de derecho (artículo 5) a “*todos los ciudadanos residentes o transeúntes...*”. Una de las más recientes de las leyes sobre servicios sociales, la Ley 1/2003, de 24 de febrero, del Principado de Asturias, recoge como titulares del derecho a acceder al sistema público de servicios sociales, “a los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea” empadronados (artículo 4.1) y a “quienes no siendo nacionales de ningún estado miembro de la Unión Europea *se encuentren* en el Principado de Asturias,...”. Esta norma obliga (artículo 20) a la aprobación, en un plazo de dos años, de un catálogo de prestaciones en el que algunas de ellas tendrán el carácter de fundamentales y serán exigibles como derecho subjetivo. La Comunidad de Murcia reconoce, en su Ley 3/2003, de 10 de abril (artículo 14), a los inmigrantes como uno de los sectores de los servicios sociales especializados.

(16) Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales, del País Vasco; Decreto 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña; Ley 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales de La Rioja y la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, del Principado de Asturias.

No obstante, y a pesar de los avances que se aprecian en las más recientes normas, el colectivo de los inmigrantes sigue sin visualizarse como tal, siendo como es tan diferente del usuario autóctono, y por tanto su atención se recoge en una referencia genérica al extranjero. En el excelente trabajo de campo llevado a cabo por MONTAGUD y TORRES¹⁷ que, aunque referido a la Comunidad Autónoma de Valencia, se ofrece un excelente acercamiento a esta realidad. En este documento los profesionales sociales definen el perfil del usuario inmigrante de servicios sociales de acuerdo con tres criterios: a) se trata de personas que han tenido una inserción normalizada, laboral y social, en su país de origen y que emigran por la situación de crisis política o económica de su país, la falta de perspectiva o el deseo de mejora, b) tienen una muy buena disposición hacia las indicaciones de los profesionales, con una gran motivación para trabajar y c) no responden al tipo de usuario dependiente de servicios sociales, en muchos casos, tras la primera ayuda las personas inmigrantes no vuelven a acudir a los centros de atención. En resumen son personas autónomas, tenaces y trabajadoras con una actitud positiva y una rápida adaptación al funcionamiento del sistema.

Este estudio sirve como un buen argumento, como mínimo, para la reflexión a los legisladores autonómicos y sus administraciones, siendo un excelente punto de partida para acometer un exhaustivo trabajo sociológico que permitiera conocer la situación real de los inmigrantes en su territorio, previo a la modificación o adaptación de su legislación social hacia una acción directa y clara que dote de mayor seguridad jurídica el acceso al sistema y su acción administrativa.

C) El acceso de los extranjeros a las prestaciones económicas en la legislación autonómica

Las prestaciones económicas, en general, se encuentran normativamente situadas fuera de lo que la legislación de la comunidad autónoma correspondiente considera prestaciones sociales básicas, por tanto solo tienen acceso a ellas los inmigrantes residentes legales, con un período mínimo de residencia.

Hasta la LOEx las legislaciones autonómicas sobre servicios sociales exigían el requisito de “residencia” para el acceso de los extranjeros tanto a los servicios generales como a los especializados, si bien la definición jurídica de residencia no conllevaba implícitamente, como ocurre desde la promulgación de la Ley de Extranjería, la referencia a “*residencia legal*” es decir a la necesidad de autorización administrativa para residir. Son las leyes posteriores las que ya aplican en su articulado, o vía reglamento, la diferencia entre el acceso a los servicios sociales generales o especializados por parte de los extranjeros según sean residentes legales o no (Ley 1/2002, de 1 de marzo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja o la Ley 1/2003, del Principado de Asturias).

(17) MONTAGUD, X. y TORRES, F. (Servicio de Acción Social, Conselleria de Benestar Social, Generalitat Valenciana), (Universitat de València.), “Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 6/2000, pp. 21-22 <URL> http://www.uv.es/CEFD/Index_6.htm.

Inmigración y derechos sociales

II

Dentro del avance jurídico en la definición de las prestaciones básicas que incluyen prestaciones económicas hay que señalar las siguientes normas: la Ley 5/1997 de la Comunidad valenciana y las Leyes 12/1998 y 10/2000 del País Vasco, a estas habría que añadir la expectativa del futuro catálogo de prestaciones que ha de definir la comunidad asturiana de acuerdo con el mandato de su Ley 1/2003 (artículo 20).

La Ley valenciana incluye como uno de los principales recursos las prestaciones mencionadas en el artículo 12.f) como *programas de atención de las necesidades más básicas*. Son prestaciones económicas, que se regulan mediante sus correspondientes Órdenes anuales, a las que se accede *independientemente de la situación administrativa* de documentado o indocumentado¹⁸:

– Las prestaciones económicas individualizados (PEI) dirigidas a sufragar, parcial o completamente los gastos imprescindibles para el uso de la vivienda habitual y/o los destinados a cubrir las necesidades básicas familiares, en el caso de situaciones individuales o en núcleos familiares con graves problemas que afecten a su autonomía personal.

– Las Prestaciones Económicas Regladas (PER) que son prestaciones económicas mensuales de las que puede ser beneficiario una persona durante un mínimo de 3 años y va ligada a un compromiso de actividades formativas y/o educativas que faciliten su inserción socio laboral.

La Ley 12/1998 del País Vasco sólo exige la inscripción en el Padrón de cualquier municipio de los integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud o acreditar tres años de residencia legal en la Comunidad Autónoma para poder acceder al Ingreso Mínimo de Inserción. La Ley 10/2000 recoge la Carta de Derechos Sociales y garantiza (artículo 1) mediante el empadronamiento de un año de antigüedad (artículo 6) “a todos los ciudadanos, (...) una renta básica para que puedan ejercer sus derechos de ciudadanía”, más adelante (artículo 3) reconoce los derechos sociales básicos y una protección social suficiente para “*todos los ciudadanos del País Vasco, en el marco del ordenamiento jurídico correspondiente y de esta carta*”.

Es particularmente interesante esta ley vasca por dos motivos. El primero por el reconocimiento implícito de la situación de necesidad como presupuesto para obtener una protección, sin que tenga que afectar la situación administrativa del solicitante. En segundo lugar la excepcionalidad legal que supone el hecho de que para ostentar la condición política de vasco solamente es necesario tener la vecindad administrativa en cualquiera de sus municipios, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía Vasco, sin que sea exigible el requisito de la nacionalidad española.

(18) MONTAGUD, X. y TORRES, F.: “Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad”, (Servicio de Acción Social, Conselleria de Benestar Social, Generalitat Valenciana, Universitat de València, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 6/2000, p. 5, <URL> http://www.uv.es/CEFD/Index_6.htm.

Especial referencia merece, por lo que supone de novedad como concreción del colectivo de los inmigrantes separándolo del concepto general de extranjero, es el Decreto 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña única norma de estas características que existe por el momento en el territorio nacional. Mediante esta norma, y para hacer efectivos los derechos que se prevén en el título 1 de la Ley 4/2000, se concretan las funciones y servicios que será necesario prestar en el ámbito competencial de la Generalidad, para contribuir a la consolidación de la nueva legislación orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros, y para favorecer activa y positivamente la integración de los inmigrantes extranjeros establecidos en Cataluña. En los 11 artículos se desarrollan las competencias en vivienda, educación, servicios sociales, participación ciudadana, asistencia jurídica gratuita, derechos en el ámbito laboral, etc. que resultan afectadas por las normas sobre extranjería.

En resumen, se puede afirmar que el conjunto del cuerpo legislativo recoge una concepción muy general del derecho de asistencia a los servicios sociales comunitarios y a sus recursos para todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa, siempre que se cumpla con el requisito del empadronamiento. Para acceder a las prestaciones económicas, y con las (importantes) salvedades expuestas, es necesaria una situación de residencia legal.

Considero necesario, sin embargo, hacer una matización sobre el empleo del término “residencia” en la legislación social y el distinto significado que va a adquirir dependiendo del momento de promulgación de una norma determinada.

La presencia de usuarios inmigrantes en los servicios sociales es perceptible a finales de la década de los 90, hasta ese momento el número de inmigrantes era muy reducido y se trataba de personas ya asentadas, con permiso de trabajo y residencia y años de estancia en nuestro país la figura del inmigrante en situación irregular todavía no había aparecido o por lo menos no alcanzaba la magnitud actual para hacerla perceptible socialmente. De esta forma para las primeras normas autonómicas sobre acción social o servicios sociales la utilización del término residencia era referido a una forma efectiva de vivir en un municipio determinado, equiparable a estar domiciliado, cuya fehaciencia se la otorgaba la inscripción en el Padrón, era un concepto más cercano al de vecindad administrativa que a lo que hoy entendemos como residencia legal.

A mediados de 1999 la presencia de inmigrantes es creciente en los servicios sociales y se modifica el tratamiento administrativo hacia los indocumentados, sobre todo con la aparición de la LOEx y su calificación de las distintas situaciones administrativas, y es entonces cuando aparece delimitado el concepto legal de residencia, de tal forma que a partir de esta norma siempre que se mencione en un texto normativo el requisito de residencia esta se entenderá como autorización administrativa a residir. De este modo intentar aplicar este “novedoso” concepto en legislaciones anteriores es causa de buena parte de las contradicciones e incoherencias en la interpretación actual del articulado de las normas, sobre todo en lo referido al objeto de la ley y su ámbito de aplicación, que tienen que superarse mediante el uso de la discrecionalidad administrativa. Es esta una muestra más y no la menos importante de la necesidad de adecuación

de las normas sobre servicios sociales a la realidad, no solo del Derecho de Extranjería, sino de la inmigración.

D) El acceso de los inmigrantes en situación administrativa irregular

Antes de continuar es preciso aclarar que esta situación administrativa irregular es la de la persona que está presente en nuestro territorio al margen de las normas de extranjería y que además pueden llegar a esta situación por muy distintas vías: el turista y residente temporal que se queda cuando su visado o su permiso de residencia han expirado; contar con un permiso de trabajo temporal para un sector o región distinto del que realmente le acoge; el estudiante cuya presencia es legal pero trabaja sin permiso; el que permanece en el país después de denegársele el asilo... Todos estos son también casos de irregularidad, además de entrar en el país sin la documentación preceptiva y por un lugar que no es un puesto fronterizo, es decir, dejan de cumplir las normas del país en alguno de sus aspectos.

Estas personas en situación administrativa irregular se van a encontrar en una zona socialmente muy vulnerable y con toda probabilidad acaben incorporándose a un mercado de trabajo intermitente, precario, o simplemente a la falta de trabajo, situaciones que es fundamental apuntalar para no derivar en marginalidad o exclusión. Es en este momento donde los conceptos de *prevención e integración*, se han convertido en un incipiente *derecho a la inserción laboral e integración social*.

Los servicios sociales se ven desbordados para hacer frente a un nuevo reto: atender las necesidades de personas que son capaces de realizar un trabajo al que no pueden acceder no porque no exista sino porque la legislación estatal, aquella que debiera ser generadora de instrumentos y recursos, lo impide creando con ello una sobrecarga excepcional en los hombros de los gobiernos autónomos. De esta manera los programas autonómicos de inserción e integración, en el caso de que existan para este colectivo, se convierten en un recurso retórico que corre el riesgo de desempeñar una función de ocultar la miseria, de degenerar en simple ocupacionismo, de consistir en arbitrios o recursos extremos más o menos provisionales para matar el tiempo y dar la sensación de ocupar a la gente, siendo perfectamente conscientes de que se es incapaz de procurarle un verdadero trabajo fuente principal de integración¹⁹.

Sobre el alcance general del derecho de asistencia a los servicios sociales por parte de los inmigrantes en situación irregular hay que hacer alguna matización. En primer lugar aparece el problema de la atención a los extranjeros indocumentados itinerantes que a pesar de la relativa facilidad de la inscripción en el Padrón municipal acaban recibiendo el tratamiento administrativo como transeúntes. En segundo lugar porque si bien el derecho se encuentra recogido como tal, existe un grado muy alto de parcialidad y discrecionalidad en su efectividad teniendo

(19) GALLEGO, R.; GOMÀ, R. y SUBIRATS, J.: "Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas", *Temas de Gestión y Administración Pública*, Editorial Tecnos (2003), p. 174.

en cuenta la dependencia que existe para su gestión entre diferentes agentes (ayuntamientos, comarcas, comunidades autónomas), la subjetividad que siempre existe en los trámites de servicios sociales y sobre todo a la difícil definición del concepto de “necesidad” como criterio de acceso a un ámbito de tan escasos recursos.

En relación con las prestaciones económicas (Renta Básica, Ingreso Mínimo de Inserción, Ayudas de Inclusión) que puedan recibir los inmigrantes, en todo caso las legislaciones autonómicas, con la excepción del País Vasco, exigen el requisito de residencia legal en un municipio de la comunidad, con un tiempo mínimo (1 o 2 años).

Una especial referencia a las llamadas “ayudas de urgencia social”, “ayudas de emergencia social” o “ayudas de urgente necesidad”. Son las prestaciones económicas que por lo general, están abiertas a ser percibidas por parte de los extranjeros independientemente de su situación administrativa. Están marcadas por el concepto de “necesidad” y son ayudas que generalmente cubren gastos corrientes de forma puntual (alquiler, luz o comida), el único requisito es el de encontrarse empadronado, tienen un carácter municipal (aunque pueden existir ayudas autonómicas siempre con carácter subsidiario a las municipales) y no reglado, al no existir protocolos de actuación unificados entre los profesionales, el grado de parcialidad y su discrecionalidad en la concesión sus dos mayores problemas.

De esta forma los inmigrantes en situación irregular, que es uno de los colectivos sociales más vulnerables a caer en situaciones de marginación o de exclusión, quedan fuera de la mayor parte, por no decir de todos, de los programas que las administraciones diseñan precisamente para evitarlas, olvidando el carácter de instrumentos de integración que tienen los servicios sociales.

Antes de finalizar este epígrafe sería interesante resaltar la consideración del *empadronamiento* como vehículo de normalización sobre todo en el caso de los inmigrantes en situación irregular. En primer lugar facilita el acceso a servicios y derechos como la educación, los servicios sociales, la vivienda o la sanidad constituyéndose como un elemento más de integración social. Además, el Padrón facilita que de una situación de hecho como es vivir habitualmente en un lugar se pueda llegar al reconocimiento de una situación jurídica y es un instrumento fundamental para que las administraciones definan las políticas públicas que han de realizarse.

La gran dificultad con que se enfrentan las autoridades locales es saber realmente el número de extranjeros que efectivamente residen en su término municipal por dos motivos: a) que al tratarse de un colectivo de gran movilidad pueden trasladarse a otro municipio sin haberse dado de baja previamente en el Padrón del municipio donde residían hasta ese momento y b) la existencia todavía de un importante número de extranjeros que se resisten a acudir a las oficinas municipales²⁰.

(20) AJA, E. y NADAL, M.: *La inmigración a Catalunya avui. Anuari 2002*, Editorial Mediterrània (2003) p. 113.

Inmigración y derechos sociales

II

Huelga decir la trascendencia en la decisión de empadronarse de los extranjeros que puede tener la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que recoge la Ley 14/2003 (artículo tercero) y la incidencia negativa no sólo para el acceso a los beneficios que la ley reconoce por la mera inscripción en el Padrón sino para las administraciones local y autonómica en el desarrollo de sus políticas sociales.

Esta modificación legal convierte el Padrón Municipal en un instrumento más de control policial de la inmigración cuando permite el acceso de la policía a los datos de inscripción padronal (modificación de la disposición adicional séptima) y para nada supone una *“mejora de la gestión mediante la simplificación de los trámites administrativos...”* (Exposición de motivos II.1) puesto que establecer la necesidad de renovar periódicamente la inscripción cada dos años supone un nuevo trámite administrativo no exigido anteriormente. De esta forma la ya difícil situación en la que se encuentran los municipios y las comunidades autónomas en el desarrollo de sus competencias sobre acción social ha tenido una nueva “vuelta de tuerca” cuya consecuencia más probable sea el incremento de la reticencia de los inmigrantes a la inscripción en el Padrón dificultando la ya complicada obtención de datos fiables sobre los extranjeros que se hallan en un determinado municipio.

V. EL ESTADO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A diferencia de los derechos humanos tradicionales, los derechos sociales buscan garantizar una igualdad esencial, como atributo de la persona y presupuesto de su libertad, que facilite la autonomía y su desarrollo integral como ser humano en las esferas en las que se desarrolla su vida real, de esta forma esta igualdad de los ciudadanos se extiende del plano político al social y económico²¹.

Resulta muy complicado, por no decir imposible, conseguir que aquellos que viven en condiciones desiguales (económicas, sociales o culturales) piensen en igual forma que el resto de la comunidad, sólo se tendrá un interés similar cuando se obtenga un resultado similar. Manteniendo esta desigualdad los requisitos previos de la democracia, como son la comprensión recíproca y el sentido común de los valores corren el riesgo de quebrarse.

En el derecho originario de las Comunidades Europeas los derechos sociales merecían una escasa protección en los Tratados constitutivos puesto que se trataba de una Comunidad de índole básicamente económica pero es ese carácter económico el que lleva quizá a que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE) reconozca a través de sus artículos 2, 136 y 146, si bien desde el plano de la deducción no de su literalidad, el derecho a un nivel de vida suficiente y que de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

(21) GIL y GIL, J.L. y USHAKOVA, T.: “Los derechos sociales en la carta de los derechos fundamentales de la unión europea”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 5-2002, pp. 5 y 6, <URL> http://www.uv.es/CEFD/5/gil.html#_ftn9.

y Culturales que protege este derecho (artículo 11) debe incluir como mínimo, el derecho a alimentación, vivienda y vestido adecuados, el acceso a la educación, a los cuidados sanitarios y a los servicios sociales²².

Es a partir de mediados de los setenta cuando las instituciones comunitarias han venido planteando la modificación del derecho originario para introducir instituciones protectoras de los derechos fundamentales, entre ellos los derechos sociales, y para ello se planteaban varias posibilidades: la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950 (en adelante CEDH), la instauración de procedimientos específicos de protección de los derechos fundamentales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), o la incorporación al derecho originario de una tabla de derechos comunitaria.

Finalmente, en el Consejo Europeo de Niza, celebrado en diciembre de 2000, se proclamó la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, entre los que se incluía, como no podía ser de otra forma, a los derechos sociales, si bien con una referencia explícita para su ejercicio a las reglamentaciones de cada Estado parte.

En primer lugar, y a pesar de las restricciones que supone la consideración de los derechos sociales como derechos de carácter programático más que como auténticos derechos subjetivos y la prioridad otorgada por el momento a la actuación policial, cabe resaltar un aspecto positivo importante que aparece con la definición de la política de inmigración europea como parte del primer pilar, de acuerdo con el título IV del Tratado de Ámsterdam y las recomendaciones de Tampere de octubre de 1999 donde, por una parte aparece la exigencia de trato justo a los nacionales de terceros países y recomienda la asimilación en el reconocimiento de derechos en una situación comparable, aunque no equiparable, a los ciudadanos de la UE y por otra se reconoce como básico el respeto a la diferencia cultural.

Además, hay que hacer referencia a la relación entre el principio de ciudadanía y los derechos de las personas que emigran a Europa y que queda expresada en la distinción entre los extranjeros titulares de la “ciudadanía de la Unión”²³ y los extranjeros titulares de la “ciudadanía europea”²⁴. Esta ciudadanía sufre un vacío de derechos, en cuanto se refiere a su dimensión de

(22) Se obvia la referencia al resto de derechos sociales que recoge el TCE por el intento de centrar este epígrafe en los aspectos relacionados con los servicios sociales, aunque sea indudable la interrelación continua entre los distintos derechos sociales, sobre todo con el derecho al trabajo.

(23) A este respecto el Comité Económico y Social Europeo emite su Dictamen (2003/C 208/19) y, en base a la seguridad del incremento de la población de origen inmigrante en Europa, efectúa una interesante propuesta: reconocer la ciudadanía de la Unión no solo a los nacionales de los Estados miembros, sino también a todas las personas que residan de manera estable o de larga duración en la UE.

(24) Esta noción corresponde con la adoptada por la Comisión Europea bajo la denominación de “ciudadanía cívica” COM(2000) 757 final.

Inmigración y derechos sociales

II

“ciudadanía universal” es decir, extranjeros inmigrantes que residen de hecho en los Estados miembros de la Unión sin haber obtenido o habiendo caducado la autorización administrativa de residencia²⁵.

Es sobre todo esta situación de desprotección la que hace necesaria la definición de una política de inmigración europea que defina y concrete el fenómeno de la inmigración como sujeto de unos caracteres específicos entre ellos el de la voluntad de integración por parte de los inmigrantes y la adaptación de la sociedad de acogida lo que supone un reconocimiento de deberes mutuo.

Esta falta de reconocimiento de derechos en una situación de irregularidad es apenas paliada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (documento no vinculante jurídicamente pero de carácter universal) que contiene una previsible potencialidad expansiva de determinados principios programáticos hacia derechos prestacionales cuando se refiere a la ayuda social con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza; a la ayuda de vivienda para la garantía de una existencia digna por parte de quienes no dispongan de recursos suficientes y sobre todo derecho a la tutela judicial efectiva y la prestación de asistencia jurídica gratuita cuando sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia, sobre todo teniendo en cuenta que el Tratado de la Unión (artículo 6.2) obliga a ésta a respetar los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario, tal como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales²⁶ comunes de los Estados miembros.

En esta línea de potencial expansión hacia derechos prestacionales con objeto de combatir la exclusión social y la pobreza cabe resaltar dos documentos: 1) la Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2001 sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 en la que se reafirman los derechos humanos básicos de las personas con discapacidad para su acceso a las actividades sociales y económicas y la necesidad de adoptar medidas apropiadas para su integración social y económica y 2) La Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 6 de febrero de 2003, sobre la inclusión social mediante el diálogo y la cooperación social.

Esta Resolución insta a los países miembros hacia el avance en la erradicación de la pobreza y la exclusión social mediante la adopción de unos objetivos comunes revisados para los planes nacionales de acción para la lucha contra la pobreza y la exclusión social en el período 2003-2005. En su punto 4 remarca la necesidad de generalizar la inclusión social de forma “que se permita a tantas personas como sea posible participar activamente en el mercado laboral y en la vida

(25) IBARRA ROBLES, J.L.: “Derecho judicial de extranjería”, Curso E-Learning de Experto Jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional 200/2003, Consejo General de la Abogacía, pp. 52-54.

(26) Artículo 10.2 de la CE que hace expresa referencia a la obligación de interpretar los derechos fundamentales y las libertades recogidas en el texto constitucional de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

de la sociedad en general...” haciendo especial hincapié en que la inclusión social va más allá de los enfoques tradicionales del mercado de trabajo y abarca otras cuestiones como pueden ser la vivienda o los servicios sociales.

VI. EL ACCESO AL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948* reconoce la dignidad humana no sólo como un derecho fundamental sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales elevando a principio el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Deberíamos partir de la consideración de que los derechos fundamentales, recogidos y admitidos como tal en la *Declaración Universal*, o son universales o no son fundamentales. Entre el catálogo de derechos, en su artículo 25, aparece el de obtener un nivel de vida adecuado que por supuesto garantice la dignidad intrínseca de la persona.

Con la aparición en 1966 de los dos *Pactos Internacionales* se produce una disgregación de los derechos y aparecen por un lado los derechos *civiles y políticos* y por otro los derechos *económicos, sociales y culturales* con un mecanismo de protección prácticamente ausente a diferencia de los primeros.

Esta división de la reglamentación aparece recogida en el plano europeo por el Consejo de Europa con el *Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950* y la *Carta Social Europea de 1961* (revisada en 1996). Así los derechos civiles y políticos tienen rango vinculante a través del Convenio y los derechos sociales son recogidos en un instrumento declarativo como es la Carta Social, aunque esta ausencia de vinculación será parcialmente superada por vía de interpretación del Tribunal de Estrasburgo abordando el campo social sobre la base de los principios de indivisibilidad²⁷ y de universalidad de los derechos. No obstante la posible exigencia de derechos sociales, en concreto el derecho a los beneficios de los servicios sociales (artículo 14) se atempera en el anexo de la propia Carta puesto que el ámbito de las personas protegidas se extiende a los extranjeros que residan legalmente o tengan un trabajo regular en el territorio de la parte contratante.

En esta misma línea de reconocimiento de derechos pero limitando su ejercicio el Consejo Europeo de Niza, celebrado del 7 al 10 de diciembre de 2000, proclamó la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* documento muy positivo en el sentido de hacer visibles los derechos fundamentales para los ciudadanos de la Unión pero que deja sin definir su naturaleza jurídica aunque la propia Comisión Europea estime que este aspecto quedará concretado en cuanto la Carta pase a formar parte de los Tratados como al parecer es su destino. El artículo 1 de este documento hace referencia a la dignidad humana y a su reconocimiento de acuerdo con

(27) La idea de la indivisibilidad de los derechos se formuló en el caso Airey (STDH, de 9 de octubre de 1979). Airey, Rec. Série A32).

Inmigración y derechos sociales

II

lo proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo el ejercicio del derecho de acceso a los servicios sociales (artículo 34.2) solo será reconocido a las personas que residan y se desplacen legalmente dentro de la Unión.

En el trasfondo de este reconocimiento al ejercicio de unos derechos determinados existe la reticencia de los Estados a constitucionalizar los derechos sociales en un texto jurídico vinculante como quedó demostrado en la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, en su redacción, refleja la distinta eficacia de los derechos sociales, según las tradiciones nacionales de los Estados miembros de la UE. No hay que olvidar que la mayoría de los Estados de la Unión mantiene una división entre los derechos sociales subjetivos y los programáticos y que la inclusión de los derechos sociales en la Carta tuvo importantes oponentes como Alemania o España y suscitó enormes reticencias por parte del Reino Unido o Suecia, que argumentaban el riesgo que un texto jurídico vinculante podría suponer para las políticas de flexibilización de las economías europeas y su consiguiente efecto en la competitividad, además y, sobre todo, el temor al nacimiento de obligaciones financieras que resultasen difícilmente asumibles por los Estados.

Y es que los derechos sociales son, a corto y medio plazo, “derechos caros” para las Administraciones. Es evidente que todo servicio necesita recursos humanos y económicos para su efectividad, pero no es lo mismo garantizar un servicio de orientación e información hacia la integración, que reconocer derechos subjetivos como la renta básica o el salario de inserción social, a pesar de la segura rentabilidad de invertir en este último recurso porque resulta prácticamente imposible que un inmigrante al que no se le reconozcan derechos se integre.

De este modo la finalidad de combatir la exclusión social y la pobreza que reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 34.3) se desdibuja en el caso de los extranjeros y no digamos en el colectivo de los inmigrantes, que además de ser extranjeros pretenden acceder a un trabajo remunerado, y que si no cumplen con los requisitos administrativos exigidos pueden perfectamente encontrarse en una situación de exclusión social, porque en la actualidad los Estados son incapaces de articular medidas para que nadie se encuentre de forma irregular en su territorio pero tampoco les garantizan un mínimo vital de subsistencia. Curiosa forma de llevar a cabo una política de lucha contra la pobreza y la marginación.

En la CE (artículo 10.2) se equipara a los extranjeros con los españoles en el reconocimiento y disfrute de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal, que le son inherentes y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. De acuerdo con esta interpretación es difícil sostener que el derecho a las prestaciones sociales no “pertenece a la persona en cuanto a tal”, es decir, que no afecta a la dignidad humana, cuando son el primer medio para asegurar un mínimo vital que garantice una vida digna sobre todo cuando el otro gran derecho social por excelencia que es el trabajo encuentra hoy todavía más trabas para su ejercicio. Así los derechos sociales, entendidos como derechos intrínsecos a la persona y a su dignidad, deberían poder ser ejercitados en un plano de igualdad sin criterio alguno de nacionalidad que los distinga.

Va a ser la jurisprudencia constitucional la que va a interpretar que el principio de igualdad no significa la atribución por igual a extranjeros y españoles de todos los derechos enunciados en el título I, es más en la STC 107/1994, de 23 de noviembre, recaída sobre un recurso de amparo planteado por un extranjero, el Tribunal Constitucional formula toda una teoría general sobre los derechos de los extranjeros en España proponiendo que, a partir del artículo 13 de la CE, se distinguieran tres tipos de derechos: los vinculados directamente a la garantía de la dignidad de la persona; los que pertenecen a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las leyes y los que en modo alguno pertenecerán a los extranjeros que serían los derechos políticos. En consecuencia los derechos y libertades de los extranjeros serían mayoritariamente de configuración legal, es decir, sólo existen en la medida que las leyes y los Tratados los reconocen, en oposición a los derechos de los ciudadanos que vienen garantizados por la propia Constitución.

Esta primera interpretación del TC ha experimentado una evolución importante, así esta subordinación casi total a lo que dijeran las leyes y los Tratados internacionales va a cambiar a partir de las SSTC 94/1993 y 116/1993, en las que se afirma que los extranjeros son titulares de todos los derechos fundamentales, salvo el del artículo 23, aunque los Tratados y las leyes puedan introducir algunas limitaciones. De esta forma el TC rompe la rigidez de su línea jurisprudencial inicial dejando un pequeño atisbo de posibilidad de reconocimiento de los derechos sociales.

Como resumen de todo lo anterior podría afirmarse que la concepción del derecho de acceso a los servicios sociales como derecho fundamental tiene suficientes argumentos a su favor, estos pueden ser algunos de ellos:

1. Porque toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y a los servicios sociales necesarios que reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1) el ejercicio de este derecho sólo puede limitarse por ley con el fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (artículo 29.2).
2. Porque este derecho queda fijado en el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11.1) que nos obliga como Tratado Internacional en vigor.
3. Porque los servicios sociales, además (o en vez) del otro gran derecho social por excelencia que es el del trabajo, son la entrada al estado de bienestar que reconoce como una de sus finalidades la evitabilidad de la exclusión definida precisamente como la imposibilidad o la incapacidad de ejercer los derechos sociales.
4. Porque la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la inviolabilidad de la dignidad humana (artículo 1) que constituye la base misma de los derechos fundamentales, dignidad que es difícilmente alcanzable si no se consigue un mínimo vital para subsistir.
5. Porque la misma Constitución Española (artículo 10.2) equipara a los extranjeros con los españoles en el reconocimiento y disfrute de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto

Inmigración y derechos sociales

II

a tal, que le son inherentes y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana obligando a utilizar la Declaración Universal como criterio hermenéutico, que reconoce el derecho a los servicios sociales como derecho fundamental.

VII. CONCLUSIONES

El reconocimiento del derecho de acceso a las prestaciones sociales resulta realmente decisivo para los inmigrantes cuando les protegen en su mismo estado de inmigrantes, es decir, cuando se les niega el ejercicio de cualquier otro derecho, justamente por ser inmigrantes, es en estas situaciones, a menudo dramáticas, cuando los derechos fundamentales, es decir los derechos reconocidos a la persona en cuanto a tal, adquieren toda su importancia para evitar cualquier riesgo de marginación o exclusión.

Las Comunidades Autónomas, como depositarias de la competencia, deben dar un paso adelante y afrontar esta nueva realidad desde la inclusión, considerando al inmigrante no sólo como un recurso económico sino como sujeto de derechos, como trabajador y sobre todo como persona. Han de desarrollar políticas que sensibilicen a sus sociedades hacia el acercamiento y al reconocimiento de los derechos fundamentales que todos compartimos, porque así lo ha ratificado nuestro país en los convenios internacionales.

Sería deseable que los Gobiernos autonómicos, de acuerdo con el ejercicio de su competencia sobre empleo incrementaran su participación en las decisiones sobre contingente anual y en la gestión de permisos de trabajo y residencia como una forma de fortalecimiento de su política social.

Es absolutamente prioritario que el legislador, sobre todo el autonómico²⁸, adapte su legislación social, visualizando al colectivo de los inmigrantes con la especialidad que le caracteriza, definiendo un catálogo de prestaciones sociales básicas y dejando para el nivel reglamentario, siempre más fácil de modificar, los requisitos administrativos (residencia legal, empadronamiento, etc.) de cada prestación.

En ocasiones resulta incomprensible el argumento que se esgrime para impedir el acceso de los inmigrantes irregulares al sistema de servicios sociales, en su vertiente de inserción, alegando que si no tienen autorización para trabajar, ni posibilidades prácticas de obtenerla, por qué destinar unos recursos económicos a este fin.

Pues bien, es necesario generar estos recursos porque, en primer lugar, existe voluntad por parte del individuo de permanecer en esta sociedad; en segundo lugar porque se encuentra físicamente en nuestro territorio y estamos obligados a proporcionarle una manera digna de subsistir, de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados que

(28) Hago esta distinción porque a pesar de que la acción social es de competencia autonómica todavía parte de ella es legislación básica y por tanto de competencia estatal, así ocurre por ejemplo con la calificación de minusvalía, de acuerdo con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

nos vinculan; en tercer lugar por un principio de solidaridad porque la “inversión económica realizada” en forma de programa de formación, ocupacional o de inserción, en el caso de que el inmigrante sea obligado a salir de nuestro país podrá aportar a su país de origen los conocimientos y habilidades adquiridos; en cuarto lugar porque con una legislación de extranjería que asume la existencia de inmigrantes en situación de irregularidad (artículo 31 de la LOEx) es posible que accedan a una situación regular y acceder al mercado formal de trabajo y en cuarto lugar porque otra de las características de la Ley 4/2000, es su vocación de cambio y a pesar de que esos cambios son hacia una mayor restricción queda la esperanza de que en algún momento alguien introduzca un poco de sentido común en la política de extranjería y aún más en la incipiente política de inmigración.

De un modo u otro la inmigración es una realidad que no podemos ignorar ni pretender regular mediante instrumentos de control policial, lo queramos o no, va a formar parte de nuestra cultura, nuestra economía, de nuestro ocio y, con toda seguridad dentro de muy poco tiempo, de nuestras familias.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABIZANDA, F. y PINOS, M. (coords.): “La Inmigración en Aragón”, Seminario de Investigación para la Paz. Cortes de Aragón (2001).
- ADELANTADO, J. y GOMÀ, R.: “La reestructuración de los regímenes de bienestar europeos”, en José ADELANTADO (ed.): *Cambios en el Estado del Bienestar. Políticas sociales y desigualdades en España*, Icaria-UAB (en prensa) (2000), Barcelona.
- AJA, E. y NADAL, M.: *La inmigración a Catalunya avui. Anuari 2002*, Editorial Mediterrània (2003).
- DE LUCAS, J.: “Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 4-2001. <URL> <http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>.
- GALLEGU, R.; GOMÀ, R. y SURBIRATS, J.: “Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas”, *Temas de Gestión y Administración Pública*, Editorial Tecnos (2003).
- GARCÉS, A.: “La Acción Social. Delimitación conceptual y régimen jurídico”, *Colección Aragón de bienestar social*, Diputación General de Aragón (1988).
- GIL y GIL, J.L. y USHAKOVA, T.: “Los derechos sociales en la carta de los derechos fundamentales de la unión europea”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 5-2002. <URL> http://www.uv.es/CEFD/5/gil.html#_ftn9.
- MONTAGUD, X. y TORRES, F.: “Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad”, Servicio de Acción Social, Conselleria de Benestar Social, Generalitat Valenciana-Universitat de València, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 6/2000. <URL> http://www.uv.es/CEFD/Index_6.htm.
- PÉREZ-DÍAZ, V.; ÁLVAREZ-MIRANDA, B. y GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, C.: *España ante la inmigración*, Colección Estudios Sociales, n.º 8. Fundación “La Caixa” (2001).
- SQUELLA, A.: “Nuevos derechos humanos en el siglo XXI. ¿Y qué fue de los derechos de los siglos anteriores?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 5-2002. <URL> <http://www.uv.es/CEFD/5/squella.html>.

Inmigración y derechos sociales

II

Curso E-Learning de Experto Jurídico 2002/2003 sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional, Consejo General de la Abogacía.

Seminario de investigación para la paz. La Inmigración, una realidad en España, Colección "Actas 57", Gobierno de Aragón (2002).

Anuario estadístico de extranjería, año 2002, Delegación del Gobierno para la Extranjería y la inmigración, Observatorio Permanente de la Inmigración, <URL> <http://www.mir.es/dgei>.

Datos básicos de aragón/2003, Instituto Aragonés de Estadística, Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, Gobierno de Aragón.

Memoria de funcionamiento de los servicios sociales de base, Aragón 2001, Dirección General de Planificación y Aseguramiento e Instituto Aragonés de Servicios Sociales, Departamento de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales, Gobierno de Aragón.

Programa Greco. Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración (2002), Madrid.

Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 1, noviembre/2002 y n.º 3 julio/2003, Editorial Lex Nova, Madrid.

Anuario económico de España 2003, La Caixa.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ El tratamiento jurídico de los extranjeros residentes en la Unión Europea.
30 de septiembre y 1 de octubre, Barcelona (Colegio de Abogados).
- ✓ Seminario sobre extranjería, asilo y refugio en la ciudad de Algeciras.
19-21 de octubre, Algeciras (Facultad de Derecho).
- ✓ XIII Jornadas contra el racismo y la xenofobia. Educación e inmigrantes: segundas lenguas.
15, 16 y 17 de noviembre, Bilbao (Organiza SOS Racismo).
- ✓ La inmigración extranjera como desafío y esperanza.
15 y 19 de noviembre, Alicante (Organiza UIMP).
- ✓ Migraciones y pluralismo religioso.
20 de noviembre, Madrid (Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones; Universidad Pontificia de Comillas).
- ✓ Derecho de asilo y persecución por motivos de género.
2 de diciembre, Bilbao (Organiza Gobierno Vasco e Instituto Vasco de la Mujer).

Acerca del procedimiento de normalización. Aspectos críticos y mejorables del mismo¹

ÚLTIMA HORA

La entrada en vigor del Real Decreto que regulará la LO 4/2000, con sus sucesivas modificaciones hasta la LO 14/2003, incorporará una disposición transitoria tercera por la que se abrirá un “proceso extraordinario de normalización laboral” de aquellos extranjeros no comunitarios que se encuentren en España en situación administrativa irregular, durante un período determinado previo (seis meses previos a la entrada en vigencia del RD), y con posibilidad inmediata de insertarse en el mercado laboral “legal”.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

1. En el plazo de 3 meses desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero, podrán solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que el trabajador figure empadronado en un municipio español con al menos 6 meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud.

b) Que el empresario o empleador 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 solicitada.

En el contrato de trabajo, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de 3 meses.

(1) Las propuestas han sido asumidas por la Subcomisión de Extranjería del CGAE y remitidas a la Secretaría de Estado de Emigración e Inmigración para su estudio y su posible incorporación al texto definitivo reglamentario.

En los sectores de la construcción y la hostelería, el cumplimiento del compromiso de mantenimiento de la prestación laboral de 6 meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de 12 meses.

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

c) Que se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 50 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de las letras a) y g).

2. Con sujeción a los requisitos establecidos en las letras a) y c) del apartado anterior, y en idéntico plazo al establecido en el mismo, podrán solicitar igualmente la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo los extranjeros que pretendan desarrollar su actividad en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar.

Para ello deberán acreditar que reúnen los requisitos previstos por la legislación aplicable a efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos y que van a realizar un número de horas de trabajo semanales no inferior a treinta, en el cómputo global. Las prestaciones laborales concertadas a estos efectos deberán de abarcar un período mínimo de actividad de 6 meses.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000 y la disposición adicional cuarta de su Reglamento, se admitirá la presentación de solicitudes en los lugares que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

4. Las solicitudes basadas en lo dispuesto por la presente disposición transitoria se tramitarán con carácter preferente. La presentación de la solicitud supondrá el archivo de cualquier otra solicitud de residencia o de residencia y trabajo para el mismo extranjero presentada con anterioridad.

5. La Autoridad competente, a la vista de la documentación presentada, resolverá de forma motivada y notificará al empresario o empleador en los casos del apartado primero, y al propio trabajador extranjero en los casos del apartado segundo, la resolución sobre la autorización de trabajo y residencia solicitada. Cuando la resolución fuese favorable, la autorización concedida estará condicionada a que, en el plazo de un mes desde la notificación, se produzca la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social. La notificación surtirá efectos para que se proceda al abono de las tasas correspondientes.

6. Cumplida la condición de afiliación y/o alta, la autorización comenzará su período de vigencia, que será de un año. Transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido la condición señalada, la autorización quedará sin efecto. En este caso, se requerirá al empresario o empleador en los casos del apartado primero, y al propio trabajador extranjero en los casos del apartado segundo, para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente.

7. Durante el mes inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la autorización, el extranjero deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, que será expedida por el plazo de validez de la autorización.

8. La concesión de la autorización determinará el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la orden de expulsión correspondiente esté basada en las causas previstas en el artículo 53, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(Pendiente de aprobación el texto definitivo.)

El texto del Borrador definitivo del Reglamento, lo ha acompañado la Secretaría de Estado de Extranjería e Inmigración de un *desiderátum* en el que explica básicamente los principales elementos de dicho Borrador, y en el que se refiere concretamente a dicha “normalización”

Acerca del procedimiento de normalización

IV

TEXTO PUBLICADO POR LA SECRETARÍA DE ESTADO EXPLICATIVO DE LOS ELEMENTOS DEL NUEVO REGLAMENTO –PUBLICADO EN FECHA 26 DE OCTUBRE DE 2004–, EN FORMA CONJUNTA CON EL BORRADOR DEFINITIVO DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN

NORMALIZACIÓN LABORAL

Antes de la aplicación del régimen ordinario del Reglamento, la existencia de cientos de miles de inmigrantes en situación irregular demandaba una medida excepcional.

Conscientes de ello, tanto los sindicatos como los empresarios han contribuido al diseño de una medida transitoria que va a permitir aflorar economía sumergida, que va a posibilitar el cambio de una herencia de desorden a un presente de legalidad, y que va a contribuir a recuperar desde ahora, todas aquellas contribuciones al sistema vía impuestos y cotizaciones sociales que no se estaban produciendo.

Lo primero que hay que señalar es que este proceso de normalización se diferencia de una regularización en que no es incondicional ni para todas las personas, sino para aquellos extranjeros que tengan un contrato de trabajo real. La novedad que incorpora el trámite y que permitirá un control inédito es la necesidad de alta de los trabajadores para que las autorizaciones concedidas entren en vigor.

Esta normalización quiere ser honesta y no pretende establecer ficciones, por eso, a petición de los agentes sociales, se ha querido adaptar a la verdadera realidad de las circunstancias y contempla soluciones diferentes para las distintas circunstancias. Sería un engaño inútil exigir contratos de una duración indefinida cuando la realidad no los demanda.

Entrando en el contenido de la Disposición transitoria, como regla general, quien quiera contratar a un extranjero que se halle en situación irregular deberá garantizar una ocupación de, al menos, seis meses.

Esta regla general tendrá tres excepciones:

- Los sectores de hostelería y construcción deberán garantizar seis meses en un período de doce.
- El sector agrícola la duración se podrá reducir hasta un mínimo de tres meses.
- En el servicio doméstico, aunque el período de garantía debe de ser de seis meses, será el único caso en que el propio extranjero que pretenda contratación por varios empleadores deberá solicitar la autorización. Con este objeto deberá reunir diferentes contratos, de manera que en cómputo global su actividad semanal sea de al menos treinta horas.

Los extranjeros que se puedan acoger a este proceso serán aquellos que hayan llegado a España seis meses antes de la entrada en vigor del Reglamento y deberán carecer de antecedentes penales.

Así, al margen del servicio doméstico por horas, en un ejemplo tipo, el empresario deberá solicitar la autorización para el trabajador extranjero, adjuntando el contrato firmado por ambos, que carece de efecto para las partes hasta que no se conceda la autorización.

Junto con el contrato, se adjuntará el resto de la documentación para demostrar la solvencia del empresario y el cumplimiento de los requisitos por parte del trabajador.

Examinada la documentación, si la Administración resuelve a favor de la solicitud, concederá la autorización de residencia y trabajo condicionada. Esto supone un filtro de seguridad que significa que, antes de que transcurra un mes desde la notificación, el empresario deberá dar de alta al trabajador en la Seguridad Social, y que este trámite de Seguridad Social es condición indispensable para que la autorización comience su período de vigencia. De esta manera que si no se produjera el alta, la autorización quedaría sin efecto.

Cuando la autorización entre en vigor, el extranjero se dirigirá a la Administración por primera vez para solicitar la tarjeta de Identidad de Extranjero.

En todo caso, debe decirse que, pese a ser un proyecto normativo consensuado, el Real Decreto que apruebe el Reglamento y el proceso de normalización debe pasar aún por trámites imperativos antes de su aprobación y, por tanto, no podremos hablar de que sea aplicable antes de que se produzca la preceptiva publicación en el Boletín Oficial del Estado y transcurra el correspondiente período de *vacatio legis*.

Esta medida excepcional, de afloramiento de la economía sumergida, tal como lo expresa el texto, es loable, ya que por un lado, denota un esfuerzo importante de encarrilar, y si se quiere, dotar de mayor realismo, a la verdadera necesidad de mano de trabajo extranjera, para así conocer mejor el mercado laboral español, y así poder poner en práctica políticas más cercanas a la realidad a la luz de la legislación vigente

La constatación por parte de la propia Administración de la existencia de cientos de miles de extranjeros trabajando en situación irregular en España, y su intención de incorporarlos (e integrarlos a través del trabajo) al mercado de trabajo “regular” de una forma precisa y controlada, puede verse frustrada en gran medida, bien por algunas inconcreciones en la norma a aprobar, o bien en una restrictiva interpretación de la misma a la hora de llevarla a la práctica, o bien en base a disfunciones propias de gestión en un proceso que solo estará abierto durante un plazo de tres meses.

Si bien no cuantifica la propia Administración la cantidad de extranjeros en situación administrativa irregular en España, se puede trabajar sobre una horquilla (siempre hipotética) entre 800.000 –los cálculos más conservadores (comparecencia de la Secretaría de Estado en el Senado 23-11-04)– y más de 1.200.000 (otras estimaciones).

Como punto de partida, podemos admitir, desde un claro ejercicio de realismo que a TODOS los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular no les podrá beneficiar las prescripciones normativas de esta normalización (ojalá así fuera, ya que significaría que todos se encuentran activos laboralmente, y que los responsables –empleadores– voluntariamente acepten su normalización).

Por ello, la exclusión sólo debería afectar a quienes no sean activos laboralmente, al momento del comienzo de la normalización, a quienes posean antecedentes penales, o bien a aquellos que no cumplan el requisito de estancia en España en el tiempo previsto por la norma (seis meses previos a la entrada en vigor del Reglamento).

Sin embargo existen determinados factores en la propia norma, que, por acción, omisión, del propio procedimiento, de mecánica en el propio procedimiento establecido que llevarán sin más a que no se cubran las expectativas creadas y a los deseos reflejados en las líneas apuntadas por la propia Administración en la presentación de este nuevo Reglamento.

FACTORES QUE PUEDEN CONTRIBUIR A QUE SE LIMITEN LOS RESULTADOS ESPERADOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN

Aun sabedores y conscientes que el proceso a abrirse no es ilimitado ni una “regularización” masiva de extranjeros, y con una clara voluntad de vincularlo al hecho laboral, la propia norma omite en forma deliberada a algunos colectivos que, no se encuentra explicación ni jurídica, ni lógica, ni estadística, que pusiera en modo alguno en entredicho los “elementos rectores de la normalización”.

I. Omisiones

a) Trabajadores autónomos y autoempleados

Aun cuando en las líneas directrices se establece que se quiere hacer aflorar el empleo sumergido, y, como gran novedad (y bienvenida), se realizará un control exhaustivo de la existencia de esa incorporación al mercado de trabajo (a través de la autorización de residencia condicionada a la efectiva alta, afiliación y cotización a la Seguridad Social), no existe ninguna razón por la que se excluya a este colectivo de trabajadores.

Aun para el caso (no declarado, ni especificado públicamente) en que se entienda que la exclusión se debe exclusivamente a que los “autónomos” extranjeros que realizan una actividad que pudiera ser “una competencia” a los españoles, desde la perspectiva del control del mercado laboral y de las necesidades reales de la economía española de mano de obra extranjera (en determinados puestos y ocupaciones que la economía aún puede absorber, por parte de extranjeros), la propia existencia de la “normalización” desmontaría de plano dicha argumentación.

En efecto, al no existir limitación alguna en cuanto al afloramiento de trabajadores en relación de dependencia, sin importar, ni puesto de trabajo, ocupación, sector de actividad, cualificación profesional, ni categoría profesional, este proceso excepcional admite, tolera y fomenta, incluso, que muchos puestos de trabajo que serán “blanqueados” se corresponderán en ocasiones, en actividades y categorías, en las cuales consta muchas veces la existencia de parados españoles (y/o residentes ya legales), perdiendo por tanto unos de los pilares básicos de la política migratoria desarrollada, como es la “protección del mercado de trabajo español”.

Asimismo, tampoco se encuentran explicaciones desde el “temor” de la “incontrolabilidad” del trabajador autónomo (acerca del cumplimiento de las obligaciones previsionales y fiscales). La propia norma ha establecido un sistema de control que le es de total aplicación, y viene determinada por el alta afiliación y cotización en la Seguridad Social, lo que garantiza un total control sobre el mismo, e incluso la misma penalización en caso de incumplimiento (la imposibilidad de solicitar en el futuro nuevamente una Autorización).

Tampoco desde el punto de vista estadístico, ni de la incidencia real de los autónomos en el mercado de trabajo español.

Baste para ello, remitirnos a los propios datos oficiales facilitados por la Secretaría de Estado al mes de abril de 2004.

Existiendo en España, la cantidad aproximada de 1.000.000 de extranjeros residentes y activos laboralmente, sólo aproximadamente menos del 3,5% de esos extranjeros, son activos laboralmente como cuenta-propista o autoempleado, cotizando en el RETA, es decir, menos de 35.000 extranjeros extracomunitarios, sobre una cantidad de 1.700.000 residentes legales y sobre una población activa laboralmente de 1.000.000.

Si bien en los propios datos se establece la existencia de 100.000 trabajadores autónomos, más de 65.000 provienen de ciudadanos de la Unión Europea, por lo que la incidencia de los extracomunitarios, es ínfima –solo 35.000 personas extranjeras extracomunitarias en régimen de autónomos–, frente a 2.700.000 españoles afiliados al RETA.

Como se ve la incidencia es casi nula en ese aspecto, y dichos datos podrán ser extrapolables al proceso de normalización.

La exclusión de este colectivo, supondría, por tanto, un tratamiento desigual para una situación idéntica (incorporación real al mercado de trabajo) respecto a aquellos extranjeros trabajadores por cuenta ajena, al no considerar esta normalización, la protección del mercado de trabajo como pilar de la política migratoria.

Es de hacer notar asimismo, que de acuerdo a la normativa general (en caso de no contemplarse este supuesto en la normalización), todos aquellos extranjeros autónomos que se encuentren YA EN ESPAÑA, TAMPOCO PODRÁN ACCEDER NUNCA A SU AUTORIZACIÓN DE TRABAJO, ya que no se prevé para ellos la figura del “arraigo laboral”, ya que de acuerdo a su redacción, en el fondo y en procedimiento, sólo está previsto para los “cuenta ajena” –cfr. artículo 45.2.^ª.a) y 46.2.^ª.b) del Reglamento a aprobar– al especificar que la “relación laboral solo se probará con acta de la Inspección de trabajo o resolución judicial”, por lo que se excluye a los autónomos de la Autorización de Trabajo por Circunstancias excepcionales por arraigo laboral de dos años previsto en el artículo 45 del Reglamento

PROPUESTA: Que en el proceso de normalización se incluyan, con las mismas garantías, prevenciones, y cautelas que las dirigidas a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores autónomos, con el condicionante de alta, afiliación, cotización en el RETA, y la obligación de declaración Censal en Hacienda de inicio de actividad, para la plena eficacia de la autorización de trabajo.

b) Familiares no activos laboralmente de extranjeros en situación administrativa regular activos laboralmente, y de aquellos extranjeros que obtengan su normalización (y que reunan los requisitos de estancia y de carencia de antecedentes penales como los trabajadores)

Si bien este proceso de normalización está dirigido exclusivamente a que aflore “el hecho laboral”, no es menos cierto, que como realidad, dentro de esa cantidad indeterminada de extranjeros en situación irregular, muchos de ellos lo conforman familiares directos de un/una cabeza de familia, activo laboralmente, que no realiza actividades lucrativas, y en muchísimas ocasiones con hijos menores de edad.

A pesar de no ser una “regularización”, y sí una normalización laboral selectiva, no podemos olvidarnos de los anteriores procesos extraordinarios de documentación (1986, 1991, 1996 y 2001), en los cuales siempre se previó –bien conjuntamente, o bien a posteriori– la situación documental de los familiares no activos laboralmente del trabajador extranjero.

Acerca del procedimiento de normalización

IV

Esta omisión radical de siquiera contemplarlo, podría suponer una vulneración a la vida en familia, a la intimidad, de aquel trabajador extranjero en situación regular, no coincidentes en ocasiones con las propias Directivas Comunitarias, y acaso de la propia normativa general de Extranjería.

El no preverlo, ocasionaría situaciones no deseadas ni esperadas, e incluso, contradicciones entre la misma legislación general.

Abocaría a aquellos familiares directos de extranjeros “normalizados” (cónyuge, descendientes y ascendientes) a mantenerse en situación irregular, hasta permanecer en esa situación por espacio de tres años para acceder a su documentación a través de la autorización por circunstancias excepcionales por arraigo familiar (artículo 45.2 b del Reglamento)

Ello, a pesar de tener derecho incluso a ser reagrupados (es decir a vivir con su cónyuge/hijos/ padres) por el régimen general (arts 16 y 17 de la LOEx) transcurridos que sean 12 meses desde que posee el cabeza de familia la autorización de trabajo y residencia (arts 36 y ss del Reglamento) y la haya presentado para su renovación.

Se da, por tanto, un doble “castigo” a los cónyuges e hijos de los trabajadores “normalizados”:

- Se los mantiene en situación irregular, pese a que el cabeza de familia, en la misma situación irregular que su cónyuge e hijos, se le permite “normalizar su situación laboral”, obligando a su núcleo familiar a mantenerse en la irregularidad.
- En muchos casos, con procedimientos sancionadores de expulsión o con decretos ya resueltos (al igual que el “normalizado” y por los mismos motivos) que no serán revocados.
- En estos casos (cuando ya exista decreto de expulsión) con prohibición de entrada en España por un período de tres a diez años.

Aunque el régimen general (al no entrar en el procedimiento de normalización) aconsejaría que el núcleo familiar regresara a su país de origen para comenzar la reagrupación familiar por los cauces ordinarios, una vez que el cabeza de familia renovara la primera autorización, dicha situación no sería aconsejable, para quienes se encuentren inmersos en un procedimiento previo sancionador, ya que la prohibición de entrada que conlleva, frustraría el trámite de reagrupación familiar.

Todo lleva a pensar que se intentará mantener en forma irregular en España, hasta reunir los requisitos de la autorización por circunstancias excepcionales por arraigo familiar de tres años (artículo 31.4 de la LOEx y artículo 45.2.º.b) del Reglamento).

Si bien por experiencias pasadas, en las que se previó incluso documentar a los familiares, ha demostrado que no es la mejor forma realizarlo en forma paralela y conjunta con aquellos que demuestren vínculos laborales, nada obsta a que se prevea en forma sucesiva y posterior, es decir, una vez aprobado la autorización de trabajo del cabeza de familia activo laboralmente.

La propia mecánica innovadora que representa este procedimiento de normalización, facilita incluso tal posibilidad.

En efecto, la concesión de la autorización administrativa, sujeta a condición resolutoria de contar con trabajo efectivo, y con condiciones económicas en igualdad de condiciones que los trabajadores españoles, permite, que en el momento que el extranjero “normalizado” solicite su TIE, en unidad de acto, podrá solicitar para su núcleo familiar la autorización de residencia no lucrativa, acreditando que los mismos cumplen las mismas condiciones de estancia en España, y de carencia de antecedentes penales en su país de origen, acompañando, claro está, el documento fehaciente que acredite el vínculo.

PROPUESTA: Incorporar o prever en el procedimiento de normalización laboral, la posibilidad de que fueran documentados como familiares directos, los cónyuges, descendientes o ascendientes, una vez que le fuera otorgada y con plena validez la autorización de trabajo y residencia al extranjero activo laboralmente, con una autorización de residencia no lucrativa y por el mismo período de vigencia que la del cabeza de familia, archivando a su respecto los procedimientos sancionadores abiertos o revocando los decretos por las infracciones del artículo 53.1.a) y b) de la LOEx, y siempre que acrediten reunir los mismos requisitos de estancia previa y se acredite el vínculo, y los demás requisitos del artículo 50 del Reglamento.

II. Factores procedimentales

a) Legitimación activa-interés propio-interés legítimo-representación

Prevé la Disposición Transitoria 3ª que los legitimados activamente –como regla general– para instar y presentar las solicitudes sean exclusivamente los empleadores/empresarios, quienes solicitarán la autorización a favor de un extranjero que se encuentre en situación administrativa irregular en España.

Sin embargo, la propia Disposición transitoria tercera establece una excepción, cuando permite la presentación y legitima activamente para presentar y solicitar la autorización, a un solo caso específico: *al extranjero en situación irregular* cuando se trate de quien obtiene varias ofertas de empleo por el régimen Especial de Empleados de Hogar en la modalidad de empleo discontinuo o a tiempo parcial.

Siendo como es un Régimen Especial (no se trata ni de un autónomo, aunque tenga la obligación de cotizar él íntegramente) continúa trabajando en relación de dependencia.

Se podría pensar que dicha “habilitación” a ser legitimado activamente, se explicaría, que, tal vez sería farragoso, poder dilucidar o determinar cuál o cuáles de los diversos empleadores para los que presta servicios, podría (debería) presentar la solicitud, concluyendo, en definitiva, por la solución más sencilla, que sea el propio extranjero quien presentara su solicitud.

Acerca del procedimiento de normalización

IV

No así el empleado de hogar fijo o continuo, a quien se le aplica el “régimen general de presentación” es decir, se encontraría inhabilitado para ello, y que debe ser su empleador el que lo presente.

Esta solución (por excepción) supone un tratamiento desigual para otros trabajadores extranjeros que se encuentran en su misma situación (es decir que tiene a su favor un contrato de trabajo).

No sirve en este caso la argumentación de que dicha imposición viene dada por la propia Ley Orgánica, ya que no define la misma la figura de la “legitimación activa”.

Establece la Ley, al contrario, en su disposición adicional tercera que

“Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes (...) Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por este, o por quien válidamente ostente la representación empresarial.”

Ahora bien, al no definir la LOEx la legitimación activa en los diferentes procedimientos, la misma sí viene dada en el propio Reglamento, a través del artículo 51 del mismo en que se establece que el empleador debe presentar personalmente (o a través de su representante legal empresarial)

“... Cuando pretenda contratar a un trabajador extranjero *no residente en España*...”

En igual sentido el artículo 96 (paso de residente no lucrativo a una autorización de trabajo).

Sin embargo, cuando se trata de un extranjero no residente legal en España (técnicamente hablando), es decir, cuando se halla en situación irregular en España, y *aun contando con un empleador que desea contratarlo, es el propio extranjero quien está legitimado activamente y quien debe de presentar personalmente la petición (artículo 46, Procedimiento de Autorización por circunstancias excepcionales por arraigo laboral)*.

Es decir, nada obliga (ni la LOEx ni el propio Reglamento) a que en este proceso excepcional sólo esté legitimado exclusivamente el empleador para instar el procedimiento.

Tampoco que se establezca una excepción, sin razón, ni motivo suficiente.

Tal vez, haya sido una práctica de inercia, del propio Régimen General, en el que se sobreentiende que el futuro trabajador no debe encontrarse en España.

Cuestión diferente es que se puede establecer un procedimiento especial y específico para cada uno de los procedimientos específicos, y se haya optado en forma especial en este.

Pero qué duda cabe que este proceso de normalización guarda mucha más analogía con el procedimiento del artículo 46 (de arraigo laboral) en que está legitimado el extranjero que se encuentra en España en situación irregular, con oferta de empleo, que aquel del artículo 51 en el que se sobreentiende que el extranjero se encuentra fuera de España

A mayor abundamiento, no pueden establecerse en los procedimientos especiales (y este lo es) menores garantías que el Procedimiento Administrativo Común, por lo que no debe de ser ajeno el concepto de interés legítimo del artículo 31 de la LRJAP y PAC, ya que el extranjero tiene interés legítimo e individual, al resultar afectado por la resolución que se dicte.

Como interesado, y con capacidad de obrar, puede estar legitimado activamente para instar el procedimiento de conformidad con el artículo 70 de la LRJAP y PAC.

Y ello, independientemente que, bien se solicite la ratificación personal del empleador, para manifestar la voluntad de contratación, o que sea este a quien se le notifique la resolución a adoptar.

Debe de adoptarse esta posibilidad de que ambos (empleador y empleado estén legitimados activamente, máxime cuando en el propio procedimiento establece una excepción que no es tal (empleadas de hogar discontinuas, y no por ejemplo, casos análogos a este Régimen Especial, como los de los trabajadores agrarios, o de la minería y carbón, por ejemplo).

No solo desde la perspectiva jurídica, sería aconsejable ampliar la legitimación activa en este procedimiento, sino de la facilidad, y agilidad de la propia gestión del proceso, tan exiguo en el tiempo.

Desconocidos aún los medios e infraestructuras con las que se dotará el mismo, lo cierto es que en el exiguo plazo previsto, 66 días hábiles, para atender un gran volumen de expedientes, y no estando definidas, los modos de atención (espera, o cita previa), la obligación de presentar personalmente por parte de los empresarios/empleadores las solicitudes, será en alguna medida un efecto persuasorio para dificultar la presentación (largas esperas, a veces falta de información adecuada, carencia de algún documento esencial, etc.).

PROPUESTA: Que se considere en la disposición transitoria tercera que el legitimado activo para las presentaciones sean los que tienen interés legítimo en la relación laboral, es decir, tanto el empleador/empleado como el trabajador, ambos como partes con interés legítimo e individual en el propio procedimiento. En su caso que en las Instrucciones que se dicten se realice esa interpretación de la propia disposición transitoria tercera.

b) Representación

En forma complementaria a lo anteriormente expuesto, corresponde abordar el tema de la representación.

Acerca del procedimiento de normalización

IV

Conocedores de la intención de la propia Administración de intentar evitar y minimizar al máximo los posibles fraudes (que, lamentablemente se han dado en esta clase de procesos), al tiempo de poder controlar la exactitud de los contratos presentados, así como conocer la voluntad del propio empleador al momento de realizar la solicitud, la Administración ha intentado siempre que la mayor fiabilidad mediante la presentación personal de las solicitudes por el legitimado activo.

Así, el legislador ha previsto en la disposición adicional tercera de la LOEx que es el propio empleador, cuando éste es el legitimado, deberá presentarla personalmente, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

No debe de olvidarse, tal como se puso de manifiesto en el apartado anterior, que el legitimado activo cuando se encuentre en España también es el empleado (en caso que se encuentre este en España).

En este procedimiento extraordinario y transitorio, no se menciona (ni se excluye) la posibilidad de la representación en los términos de la LRPAC y PAC.

Teniendo en cuenta que es un procedimiento TOTALMENTE al margen del procedimiento establecido en la LOEx como el régimen general, así del establecido en el propio reglamento, nada impide que se pueda tramitar conforme a las reglas del Régimen Administrativo Común

Aún vivo el debate abierto sobre los problemas jurídicos derivados de las figuras de inadmisión a trámite de la disposición adicional cuarta de la LOEx, y su posible ilegalidad o inconstitucionalidad, en su vertiente de falta de proporcionalidad y razonabilidad en procedimientos especiales que pudieran mermar las garantías de los Administrados (recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno Vasco, admitido y pendiente de resolución), sería deseable que en este procedimiento específico y extraordinario, no se cayera en la misma situación de impedir tajantemente la figura de la representación en lo que hace a la tramitación de los expedientes administrativos.

Esta normalización quiere ser honesta y no pretende establecer ficciones, por eso, a petición de los agentes sociales, se ha querido adaptar a la verdadera realidad de las circunstancias y contempla soluciones diferentes para las distintas circunstancias.

En el propio desiderátum, se pone de manifiesto el deseo de responder a la propia realidad, (dentro de la propia legalidad) y de hecho, tanto en el fondo, como en el procedimiento, se aparta bastante del propio procedimiento ordinario.

Por ello, y a efectos de generar falsas confusiones, y al no prever la disposición transitoria tercera (tampoco excluirla) la representación legal en la tramitación, y con el riesgo de “mimetismo” establecido al respecto en el procedimiento “ordinario” de la LOEx y el Reglamento para el régimen general, sería deseable que en las normas de desarrollo e Instrucciones de esta Normalización, se especifique en forma clara, que se acepta la representación legal en la tramitación, conforme a lo establecido en la LRPAC y PAC.

PROPUESTA: Que en las instrucciones de desarrollo del procedimiento de normalización, la representación será válida conforme a la LRPAC y PAC, y en su caso, establecer salvaguardas de comparecencias personales, cuando proceda.

c) Requisitos documentales

i) Certificado de empadronamiento

Tiene la finalidad el mismo de determinar en forma fehaciente la estancia anterior en el tiempo del sujeto a “normalizar”, evitando en su caso la admisión de cualquier otra prueba que pudiera “favorecer” el fraude de ley documental.

Aunque el tiempo de estancia exigido de estancia previa es relativamente corto (seis meses de antelación a la entrada en vigor del Real Decreto), y máxime teniendo en cuenta que las primeras noticias acerca de este proceso, en forma oficiosa, se conocieron en el mes de agosto de 2004, parecería sencillo, y no discutible la elección del mismo.

Sin embargo, la elección exclusiva y excluyente de dicho documento para acreditar la estancia previa, parece en principio desproporcionada, habiendo como hay, muchos otros documentos con la misma (o si se quiere mayor fehaciencia y fiabilidad que el mero empadronamiento).

Si bien se conoce por la experiencia, que la rigidez o laxitud a la hora de valorar la eficacia y fehaciencia los documentos, han determinado, bien soluciones injustas o fraudes de ley al respecto, el negar la prueba fehaciente de estancia previa, sin estar empadronado, se antoja igual de injusto.

Y no solo por la falta de fehaciencia o no del certificado de Empadronamiento, sino por los propios avatares en que los extranjeros se han visto inmersos con este documento en tiempos demasiado recientes.

Así como la entrada en vigor de la Ley 4/2000 produjo un incremento sustancial de los extranjeros empadronados en España (por la seguridad y los beneficios que de ello se derivaba), no es menos cierto que, a raíz de la entrada en vigor de la reforma de la LO 14/2003, se produjo al tiempo, una retracción igual de sustancial, en que los extranjeros se empadronaran como vecinos de su localidad

Casi ocioso sería recordar las razones (cruce de datos del padrón a efectos de control policial, de inadmisión a trámite, de retracción de muchos Ayuntamientos a la hora de empadronar, etc.).

Pero, lo importante a estos efectos, es que ese resultado (de no empadronamiento o desempadronamiento), no solo se dio espontáneamente, sino que en muchos casos, ha sido advertido/fomentado, desde los propios operadores, agentes sociales, sindicatos, ONG, profesionales, Corporaciones Locales e incluso partidos políticos, por las posibles y graves

Acerca del procedimiento de normalización

IV

consecuencias que según la propia Ley Orgánica, podría ocasionar al extranjero en situación irregular mantenerse empadronado.

Ello sin contar con los múltiples obstáculos (cuando no negarlos de plano) que algunos (pocos) Ayuntamientos han puesto para empadronar a los extranjeros en situación irregular; y tampoco que en algunas CCAA –Andalucía, por ejemplo– no exige el empadronamiento para expedir la Tarjeta Sanitaria, por lo que aun integrados en el Servicio Público de Salud no es impensable que muchos extranjeros juzgaran no conveniente el empadronarse (por el riesgo del cruce de datos).

También hay que decir los posibles efectos contrarios y contraproducentes que pudiera acarrear el empadronamiento como única prueba fehaciente de la estancia. La mera consideración como única prueba exclusiva y excluyente, sería darle carta de naturaleza de prueba *iure et de iure*, es decir que no admite prueba en contrario.

No es descabellado pensar un extranjero que hace un año haya estado en España y empadronado, y al momento de presentar su solicitud, por la mera exhibición del pasaporte, se constate una salida de España un año atrás, y una nueva reentrada dos días antes. Según la redacción de la disposición transitoria tercera ha acreditado su estancia anterior, cuando la razón nos indica que no, por lo que dicha prueba deberá ser necesariamente *iuris tantum*, pero no solo para posibilitar la prueba en contrario, sino también para complementar con cualquier otra prueba fehaciente y válida en derecho, para acreditar estancia y permanencia en España del tiempo exigido.

Sería deseable por tanto que se admitieran más pruebas fehacientes que acrediten la estancia previa en España.

Difícil es caer en una relación taxativa (por restrictiva y excluyente), por lo que procedería modificar el término de empadronamiento por otro de “prueba legal y fehaciente”, dejando entonces a normas de desarrollo (Instrucciones y Circulares las relaciones de tipo enunciativo que pudieran darse). A modo de ejemplo podrían servir todos aquellos documentos en los cuales el extranjero demuestre en forma fehaciente la participación de algún organismo público u oficial, o fedatario español, o privados con control estricto de la propia Administración: sello de entrada en España estampado en el Pasaporte, Alta en la Seguridad Social, Tarjeta Sanitaria, Comparecencias policiales, judiciales, ante notarios, ante cualquier organismo de la misma Administración Pública en el que se requiera legalmente la comparecencia personal, Contratos bancarios, de Servicios públicos por escrito, Partes médicos de Consultas, con la correspondiente apertura de la Historia Clínica del Paciente, constancia de envío de remesas de dinero, Certificaciones de presencia en Centros de Estudios reconocidos por el MEC, etc.

PROPUESTA: Que a efectos de la fehaciencia de la estancia en España con anterioridad requerida, lo sea con cualquier documento fehaciente y válido en derecho, y en los que la propia Administración Española ha intervenido, directa o indirectamente en su confección.

ii) Certificados penales o de buena conducta del país de origen

La inclusión de este apartado en este documento, no se refiere en sí a la necesidad o no de tal documento, sino en lo que se refiere a las consecuencias que pudieran derivarse de la dificultad, obstáculos o demoras en obtenerlo por parte del extranjero de las Autoridades competentes de su país, en el plazo exiguo previsto para el proceso extraordinario de normalización.

Teniendo como punto de partida, que la propia validez de los Certificados de Antecedentes penales tienen una corta validez temporal (normalmente de tres a seis meses), la obtención del mismo por parte de los Consulados es harto difícil (cuando es que directamente no los tramitan o cuando no existe representación Consular, o exigen que se haga personalmente en el país, o cuando las demoras en obtenerlos superan largamente los seis u ocho meses).

Difícil conciliar la necesidad de tal documento con las dificultades reales en obtenerlos, y que de ello, podría derivarse la no consecución de los papeles. No está de más recordar que en ningún procedimiento extraordinario de documentación se ha exigido anteriormente este documento. No quiere decir ahora que no se exija, pero bueno es buscar fórmulas alternativas e imaginativas, que, sin renunciar al mismo, su tardanza, o dificultad en obtenerlos, impida al extranjero ser normalizado.

Por ello sería bueno también recordar, que los extranjeros que se encuentran en España con antecedentes penales en sus países de origen, son una ínfima minoría en comparación con aquellos que carecen de antecedentes delictivos.

Ello sin entrar siquiera a analizar qué clase de antecedentes penales serían impeditivos para ser regularizados en España (falta, delito, delito en España, graves, leves, cancelados, etc.).

Podría pensarse una solución que consistiría en la presentación de una declaración jurada en la que el extranjero manifieste que carece de antecedentes penales en su país, con la advertencia de que en caso de faltar a la verdad su documentación se vería automáticamente extinguida.

Ello, sin perjuicio que se le requiera los mismos, pero que el plazo de presentación, sea más amplio y generoso que los propios términos de la normalización, y que su no presentación física, no impida la prosecución del procedimiento, incluso la entrega del TIE, siempre con el requerimiento y la obligación de presentarlo.

PROPUESTA: Que estando obligado el extranjero a presentar los antecedentes penales de su país de origen, el mismo a los efectos de este procedimiento será sustituido por una declaración jurada de carencia del mismo, con la advertencia de la extinción de la autorización en caso de falsedad, dándosele un plazo razonable y adecuado para la efectiva aportación del mismo.

Madrid, noviembre de 2004.

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 30 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@extranjeria.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

