

revista de

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA

editorial
LEX NOVA

REVISTA DE
Derecho Migratorio y Extranjería
Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

María del Carmen Ainaga Vargas Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México). **Eliseo Aja Fernández** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona. **Pilar Charro Baena** Profesora TEU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos. **Luis Fernández Arévalo** Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla. **Javier Galparsoro García** Abogado del Ilustre Colegio de Vizcaya. **Juan L. Ibarra Robles** Magistrado, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. **Javier de Lucas Martín** Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia. **Fernando Mariño Menéndez** Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III. **Karen Musalo** Abogada y profesora del Hastings College of the Law. University of California (USA). **Fernando Oliván López** Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. **José Luis Rodríguez Candela** Abogado del Ilustre Colegio de Málaga. **Eduard Sagarra i Trías** Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona. **Francisco Soláns Puyuelo** Abogado del Ilustre Colegio de Valencia. **María Luisa Trinidad García** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería.

DIRECTOR (Coordinador)

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

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de León.

Ángel G. Chueca Sancho
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza.

© LEX NOVA 2003

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

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. Canadá: Inmigración y ciudadanía. Una introducción**
JAVIER DE LUCAS MARTÍN

[31] **II. La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia**
MARCO APARICIO WILHELMI

[55] **III. El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés**
DANIEL SENOVILLA HERNÁNDEZ

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER: XIV ENCUENTRO DE ABOGADOS SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA. CÓRDOBA, 20, 21 Y 22 DE MAYO DE 2004*

[83] **I. XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería. (I). Conclusiones**

[123] **II. Protocolos de actuación en materia de extranjería**

[141] **III. Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social**
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[163] **Índice analítico de voces**

- [163] **Asilo**
- [170] **Exención de visado**
- [174] **Expulsión**
- [194] **Permiso de residencia**
- [206] **Medidas cautelares**
- [212] **Derecho al trabajo**
- [218] **Permiso de trabajo**
- [235] **Derecho Penal**
- [241] **Homologación de títulos**
- [251] **Nacionalidad**
- [254] **Régimen comunitario**

[257] **Comentarios a las sentencias sobre la caducidad del expediente sancionador**
MARGA BLANCO ABILLA

[261] **Comentario a la STS de 6 de abril de 2004 sobre la legalidad del acuerdo de aprobación del contingente para 2002**
CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

[273] **I. Crónica legislativa de un semestre**
- [273] **Fuentes internas**
- [273] **Fuentes internacionales**
- [275] **Fuentes de la Unión Europea**

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

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[287] **Notas bibliográficas**

[293] **I. La nueva Ley de Migraciones de Argentina. Un paso hacia una concepción distinta de la migración**
PABLO CERIANI CERNADAS

[309] **II. Separación y divorcio internacional: su necesario tratamiento a nivel de adaptación**
MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ CABALLERO

[317] **III. Derechos para todos. Reflexiones acerca de los últimos acontecimientos de Barcelona**
ANTONIA MOYANO

[321] **IV. La aplicación de las normas de coordinación comunitarias sobre seguridad social a los nacionales de terceros países: reflexiones al hilo del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril**
ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

[327] **V. Lucha antiterrorista y discriminación por razón de nacionalidad. Comentario a la Decisión de la Comisión Británica de Apelación en asuntos de Inmigración, de 30 de julio de 2002 (y a su revocación por la Sección Civil del Tribunal Supremo de Justicia)**
MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ Y DIEGO BOZA MARTÍNEZ

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

EDITORIAL

En el momento de escribir estás líneas todavía no ha sido redactado el Borrador de Reglamento de Adaptación a la Ley Orgánica 14/2003. Sin embargo, por las informaciones que hemos ido recabando, podemos avanzar que el texto probablemente estará redactado a finales de agosto, coincidiendo con el regreso de vacaciones, y podría entrar en vigor a comienzos de otoño, tras la preceptiva tramitación y emisión de informes.

La expectación es máxima, teniendo en cuenta el elevado número de personas que se encuentran en situación irregular, y cuya situación depende del contenido que definitivamente adopte el texto reglamentario. Sólo queda esperar a la lectura del texto para confirmar el rumbo que, en los próximos meses, quizás años, tomará la regulación sobre extranjería en nuestro país.

Las diferentes propuestas que se han hecho llegar a la Secretaría de Estado para la Inmigración y Emigración, de las que conocemos las efectuadas por la Generalitat de Catalunya, Andalucía Acoge, Subcomisión de Extranjería del CGAE, AESCO, SOS Racismo y la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario PNV, esperamos tengan su reflejo en el texto definitivo. De ello va a depender la suerte de más de un millón de personas.

Sin embargo, vemos con preocupación que las medidas administrativas implementadas hasta este momento no han sido capaces de dar soluciones al gravísimo problema de gestión de los procedimientos. El denominado "Plan de choque", puesto en marcha desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ha tenido únicamente la "virtud" de ocultar las filas de inmigrantes, trasladando los problemas a la "cocina" de las Oficinas de extranjeros, incapaces ahora de dar solución a los expedientes en un plazo razonable. En el próximo número de la REDMEX dedicaremos un amplio espacio a todo ello.

El número 6 de la REDMEX ha resultado casi un extra de verano al incluir un amplio número de artículos y recoger el contenido del XIV Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería celebrado en Córdoba el pasado mes de mayo. En sucesivos números continuaremos publicando el conjunto de ponencias presentadas al Encuentro.

Destaca, también, la importante sección jurisprudencial, que recoge las sentencias de mayor actualidad con comentarios de las principales resoluciones. Se completa este número con las habituales secciones, que esperamos resulten una buena e instructiva lectura veraniega.

Sólo nos resta desearos unas felices vacaciones y un mejor regreso.

Artículos

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Universitat de València
(Javier.de-Lucas@uv.es)

I

Canadá: Inmigración y ciudadanía. Una introducción

RESUMEN

CANADÁ: INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA. UNA INTRODUCCIÓN

Canadá tiene una experiencia de gestión de la inmigración más que centenaria. Al mismo tiempo, esa política convive con el rasgo diferencial de ese país, el "mosaico canadiense", que se traduce en la política oficial de multiculturalidad. Su política de inmigración ha experimentado una evolución que, incluso a pesar de una posición más restrictiva en la última etapa, se ha caracterizado por su apertura y por un planteamiento inclusivo, es decir, concebir los flujos migratorios destinados a Canadá no en términos del modelo Gastarbeiter, el único presente en las políticas europeas (y desde luego en la española) sino de arraigo, y por ello con el destino final de convertirse en ciudadanos. Los mecanismos de esta gestión (desde las oficinas de inmigración en las legaciones diplomáticas en el exterior, hasta el comité parlamentario permanente) y su modelo de gestión de la multiculturalidad lo convierten en un ejemplo a estudiar, especialmente en el caso español.

ABSTRACT

CANADA: IMMIGRATION AND CITIZENSHIP. AN INTRODUCTION

Canada has an experience on immigration management more than centennial. At the same time, that policy lives together with that country differential feature, the 'Canadian mosaic', which is translated into the official policy of multiculturality. Its immigration policy has suffered an evolution that, even in spite of a more restrictive position in the last stage, has been characterized by its opening and by an inclusive point of view, that is to say, to conceive the migratory flows destined to Canada not in terms of the Gastarbeiter pattern, the only present in European politics (and naturally in the Spanish one) but of real estate, and for that with the final destination of becoming citizens. The mechanisms of this management (from the immigration offices in abroad diplomatic legations, to the permanent parliamentary committee) and its management model of the multiculturality transforms it into an example to study, especially in the Spanish case.

Javier de Lucas Martín

SUMARIO

I. Introducción.

II. La metáfora del mosaico.

III. Canadá, país de inmigración. A) Las etapas migratorias en Canadá. B) Algunos datos de la inmigración en Canadá, hoy.

IV. La peculiaridad del modelo de inmigración canadiense. La vinculación entre inmigración y ciudadanía. A) Rasgos específicos de la política migratoria de Canadá. B) La ciudadanía, elemento de integración.

V. Nota bibliográfica.

I. INTRODUCCIÓN

"La acomodación de la diferencia es la esencia de la verdadera igualdad". Esta afirmación del Tribunal Supremo de Canadá[1] contiene, al decir de muchos, la clave del proyecto desarrollado en este país para conjugar dos exigencias básicas en toda democracia multicultural, pluralismo e igualdad. Un proyecto que responde al lugar central que ocupa en la tradición, en la vida, en las instituciones y en la práctica social y política de Canadá el fenómeno de la diversidad cultural y nacional. Una diversidad particularmente profunda que es la característica distintiva de ese país.

En efecto, como ha subrayado el profesor LACZKO en su estudio comparativo acerca de la diversidad cultural en las democracias occidentales[2], Canadá escapa a las medias estadísticas que podemos encontrar en esos países porque contiene distintas formas de diversidad y todas ellas están presentes en el núcleo mismo de la vida política y social del país. En ese sentido, y sin desconocer otras experiencias, incluso experiencias exitosas, ni tampoco las aportaciones que se han hecho en el orden del reconocimiento jurídico y aun constitucional en otros países (Guatemala o Brasil, por ejemplo, o Hungría en el ámbito europeo, más que Australia, que suele

(1) "Accomodation of Difference is the Essence of true Equality", *Andrews vs Law Society of British Columbia* (1989), IO CHRR D/5719 (SCC). KYMLICKA comienza con esa referencia su trabajo reasuntivo sobre identidad y ciudadanía en Canada: cfr. KYMLICKA (2003: 19).

(2) LAZCKO (1994:41).

citarse como ejemplo ignorando el serio problema histórico que deriva del déficit del reconocimiento jurídico y político de sus aborígenes), parece fuera de toda duda que Canadá constituye el ejemplo más avanzado en la gestión de las relaciones etnoculturales, en los tres ámbitos de la diversidad cultural, los flujos de la inmigración, los grupos nacionales y los aborígenes o pueblos autóctonos.

Canadá puede proporcionar, desde luego, una experiencia ampliamente contrastada acerca de las dificultades que implica el proyecto de *Nation building*, cuando éste ha de enfrentarse con los desafíos que supone construir una democracia multicultural (multinacional, multiétnica) y aún más cuando la propia multiculturalidad es particularmente compleja, como es su caso. En efecto, se trata de una sociedad que desde su origen se caracteriza por la compresencia de al menos tres –incluso cuatro– factores de diversidad cultural.

Como es sabido[3], ya en la primera etapa fundacional del moderno Canadá debemos hablar de tres grupos culturales. De un lado, los amerindios que habitaban esos inmensos territorios (a su vez, un grupo ampliamente plural) y, de otro, los colonos franceses y los británicos, raíz de alma binacional canadiense. Como es obvio, de esos tres grupos (dos, en realidad, pues sería más exacto contraponer de un lado a los aborígenes y de otro a los canadienses de origen europeo, *old timers)* sólo uno es *tout court* nativo, el primero, del que hoy subsisten a su vez sólo lo que se denominan las "Primeras Naciones". Pero pronto, incluso en esa primera etapa, comenzaron a llegar los que ya fueron considerados como *new comers*, los inmigrantes. Estos fueron predominantemente europeos (la gran inmigración irlandesa constituye el primer ejemplo) hasta la última etapa de olas migratorias, en la que empieza a dominar la inmigración asiática y del mismo continente americano[4].

La cuestión nacional y la inmigración son dos ingredientes fundamentales de Canadá y ello sin duda explica la atención que se le presta, el interés sostenidamente creciente con el que se estudia su experiencia desde otros países como los europeos y en particular España, que comienzan a ser considerados países de inmigración y que, al mismo tiempo, han visto cómo su realidad interna, de carácter plural, se traduce cada vez más en exigencias de reconocimiento jurídico y político.

Esa es la razón de que, en Europa, la mayoría de los expertos vuelvan sus ojos hacia Canadá, tras un primer período de deslumbramiento ante la respuesta de los EEUU frente a las manifesta-

(3) Puede encontrarse una buena exposición de la compleja historia de construcción nacional de Canadá, en LACOURSIÈRE-PROVENCHER-VAUGEOIS (2000).

(4) Cfr. la presentación crítica que ofrece uno de los mayores expertos en la política de inmigración de Canadá, Peter LI, en su espléndido trabajo sobre la historia de las inmigraciones a Canadá (LI, 2002), en el que destaca el trato subalterno (un proceso de discriminación racial que, en su opinión, caracteriza buena parte de la política de inmigración del país) que vivieron las primeras oleadas de inmigración asiática, básicamente chinos, que fueron empleados para la construcción de los ferrocarriles canadienses, en analogía con la historia de los EEUU. Volveré más tarde sobre esta cuestión. También críticos son los trabajos de ABU-LABAN (2002) y ABU-LABAN y GABRIEL (2003), en particular éste, cuya lectura resulta especialmente recomendable en lo que se refiere a la política de acomodación del multiculturalismo.

ciones de multiculturalidad (lo que Olivier MONGIN criticara en un monográfico de la revista *Esprit*[5] como "el espectro del multiculturalismo norteamericano"). Es evidente, en efecto, el fracaso de esa propuesta y la incapacidad –o la ausencia de voluntad política– mostrada por las autoridades de los EEUU para gestionar adecuadamente, en términos de eficacia, desde luego, pero también de legitimidad, la nueva multiculturalidad y los nuevos flujos migratorios, un juicio que puede extenderse también a la muy reciente "sanatoria" respecto a los inmigrantes irregulares en EEUU, anunciada en enero de 2004 por el Presidente Bush jr., y que ha de contemplarse en el marco específico de las relaciones entre EEUU y México y ante la proximidad de la campaña electoral/presidencial.

II. LA METÁFORA DEL MOSAICO

Al escribir sobre el modelo canadiense y su utilidad para los desafíos a los que se enfrentan los países de la UE, y en concreto España, apenas concluido el año Gaudí, resulta difícil evitar la tentación de continuar utilizando una metáfora que constituye al mismo tiempo una de las grandes aportaciones del genial arquitecto catalán, el *trencadis,* recuperado por él de la herencia artística que dejara en nuestro país la civilización musulmana, una fórmula que permite analizar también algunas de las ventajas y dificultades del particular proyecto social y político de Canadá.

Todos los estudios acerca de la experiencia de Canadá en la gestión de las diferentes manifestaciones de la multiculturalidad incluyen una referencia al equivalente del *trencadis*, al denominado *mosaico* canadiense, una expresión que se contrapone con la fórmula que describe metafóricamente el modelo de sus *vecinos del sur*, el supuesto *melting pot*. Lo cierto es que la expresión, desde su origen mismo, contiene una dosis de ambigüedad que no siempre es tenida en cuenta.

Quizá lo primero que habría que destacar es que la expresión de *mosaico* no nace como una propuesta conceptual para subrayar la especificidad de construcción de una nación, del modelo nacional canadiense, sino como una referencia accidental en un diario de viajes, aunque obviamente no exenta de esas connotaciones.

En efecto, el uso de ese término para describir la peculiaridad del proceso que se vive en Canadá aparece[6] en una obra de 1922, *Romantic Canada*, un libro de viajes escrito por la yanqui Victoria HAYWARD, como consecuencia de su recorrido por una parte importante del país, acompañada

(5) *Esprit*, 1995, cuyo monográfico tenía por título "Le spectre du multiculturalisme américain". Se trata de uno de los primeros análisis en Europa acerca del modelo de gestión de la multiculturalidad en los EEUU, con contribuciones de MONGIN, TODOROV, WALZER, FÉHER, BARBER y ROMAN, anterior al debate sobre políticas de reconocimiento y multiculturalismo, en el que la huella de TAYLOR y KYMLICKA desde el punto de vista académico y de la práctica política y jurídica canadiense se ha hecho más evidente.

(6) Tomo la referencia de R.J.F. (Day, 2002: 150).

por su amiga y fotógrafa Edith WATSON. En su encuentro con las grandes praderas canadienses y con los nuevos canadienses que las pueblan (polacos, húngaros, rusos, suecos), describe las arquitecturas, las casas, la decoración abigarrada, y cómo en domingo uno puede asistir a una mezcla de ritos religiosos en la que describe los cantos de los suecos y de los rusos, una composición armónica en medio de los arces de Manitoba... "it is indeed a mosaic of vast dimensions and great breadth, essayed of the Prairie" (1922: 187).

Fue la canadiense Kate FOSTER quien publicó muy poco después un ensayo específicamente consagrado a la propuesta de esa fórmula como explicación del proyecto canadiense, en su libro *Our Canadian Mosaic*, el primero en utilizar esa tesis en el marco del análisis que nos interesa, es decir, para explicar en qué consisten las condiciones y las propuestas de la construcción de Canadá como nación. La noción de mosaico se presenta como equivalente a la amalgama y fusión de razas, y se justifica también precisamente por la "Mosaic's capacity to endure, a quality essential in nation-building". FOSTER se refiere asimismo a la capacidad del mosaico para ordenar, unificar y aprovechar todas las aportaciones diversas.

Tenemos así tres rasgos:

– amalgama o unión de la diversidad,
– fortaleza o duración y
– enriquecimiento o beneficio derivados del mismo.

La primera, la amalgama, parece evocar la idea de fusión, que sería similar aparentemente a la metáfora del puchero USA, el *melting pot*, pero en realidad es muy diferente, porque en el puchero hay realmente fusión, mientras que en el mosaico las piezas permanecen, es decir, quedan unidas, pero no desaparecen. Por eso, a mi juicio, bien podríamos predicar de Canadá la fórmula propuesta por la Convención europea en el proyecto de Constitución como lema: *strenght in diversity*, un leit motiv que es muy distinto, como trato de explicar, del que preside a los EEUU, *e pluribus unum*. Mientras que la unidad surge de la desaparición de las partes, de la superación de la diversidad, que es sustituida por algo nuevo (que ciertamente las implica), la unión respeta la diversidad, la mantiene, e incluso se fortalece en la diversidad.

Pero no todo es tan sencillo, pues la armonía del mosaico necesita un diseño, lo que también supone capacidad de separar, distinguir y reunir a las partes.

Y es que la metáfora del mosaico es engañosa en su traducción a la realidad social a la que se aplica, sobre todo si se toma como ejemplo de una armonía espontánea, sencilla, sin conflictos, y en particular sin patologías en la aparición e incluso en el tratamiento y en la resolución de esos conflictos.

Lo cierto es que quien compone el *trencadis* sabe que ajustar las piezas implica inevitablemente un grado de limitación y reducción, lo que en términos sociales significa un elemento indefectible de coacción. Lo que distinguirá, pues, el modelo del mosaico serán sobre todo las caracte-

rísticas del artesano que realiza la operación y el tipo y uso de la argamasa. En efecto, el artesano del mosaico debe arrancar de una cierta noción previa del modelo al que debe ajustarse el resultado, para evitar dos peligros. El primero, que el mosaico se convierta simplemente en *patchwork* (la idea simplista y casi exclusivamente retórica del *mestizaje,* que hoy tanto abunda). El segundo, que sólo una de las piezas del mosaico parezca perfecta.

Por eso, al trasladar la metáfora a la realidad social, es obvio que la política social del mosaico supone una visión que, además de inevitablemente marcada por la dimensión de autoridad (pero no necesariamente por un modelo autoritario), habrá de afrontar el riesgo paternalista al trabajar en el diseño. Es muy fácil que el diseño incurra en uno de los dos riesgos señalados y se pase de la idea de mosaico a la de homogeneidad o al menos hegemonía de una de las piezas, aquella que responde al proyecto dominante. Ese es precisamente, como criticaran PARK y la escuela de Chicago (antes lo había hecho TOCQUEVILLE), el riesgo que subyace a la metáfora del *melting pot*. No hay simetría entre los ingredientes y en realidad es uno de ellos el que impone a los demás su asimilación. El mosaico social exige negociación, flexibilidad, *acomodación razonable*. Esa es siempre una tarea más difícil y más cara que la de la uniformidad, el *café para todos* que hizo célebre un ministro de administraciones públicas en la transición española, a la hora de resolver el complejo entramado del sistema autonómico diseñado en la Constitución de 1978.

En todo caso, es imposible dejar de reconocer que, aunque no exento de sombras y dificultades, ese modelo constituye un buen campo de pruebas en el que aprender respecto a los retos a los que nos enfrentamos hoy los viejos europeos. Problemas que, como en el caso de Canadá, son, simultáneamente, problemas relacionados con las nuevas características de los procesos que desencadenan los nuevos flujos migratorios que tienen su destino en el viejo continente, pero también los nacidos de la nueva visibilidad de las minorías de diverso tipo (nacionales sobre todo, pero también culturales –religiosas, lingüísticas–) que emergen al perder su fortaleza los viejos Estados nacionales europeos, sobre todo en el centro y este de Europa.

Ese modelo de Canadá se presenta como conjugación de unión social o convivencia social armónica, a la par que consagración jurídico política de la diferencia, hasta hablar incluso de ciudadanía diferenciada, aunque no en el sentido técnico que propone YOUNG. Diría que sobre todo resultan interesantes para nuestro propósito, como clave jurídico-política de esa propuesta, dos elementos. El primero, la "cláusula de multiculturalidad" que nace del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos Fundamentales (*CCFR*, 1975) y de la Ley Canadiense de Multiculturalismo (1988), que configuran un modelo de "acomodación razonable" que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de ese país. La segunda clave es una noción distinta de igualdad, la "igualdad compleja", tal y como la han propuesto, desde posiciones muy diversas, TAYLOR y FERRAJOLI.

Lo más importante, a mi juicio, desde el punto de vista jurídico (y político) es el desarrollo jurisprudencial de esas dos propuestas de "acomodación razonable" e "igualdad compleja" que se ha producido en estos veinticinco años, hasta configurar un asuerte de *canon de flexibilidad constitucional* que a juicio de muchos es el mayor activo del modelo canadiense. En rigor, se trata de

un desarrollo en el que tan importantes como las decisiones de la Suprema Corte Federal lo son las de autoridades judiciales provinciales y también las decisiones de órganos administrativos con competencia específica en estas materias, como por ejemplo las decisiones del Tribunal Superior de Ontario y de la Comission pour les Droits de la Personne de Quebec[7].

Me permito llamar la atención sobre un ejemplo concreto, el caso Grant, que enfrentó a un canadiense *sikh* con una de las instituciones canadienses por excelencia, la Real Policía Montada del Canadá, y cuya solución constituye a mi juicio un espléndido ejemplo de la mencionada "acomodación razonable", de la gestión democrática del pluralismo. Un caso analizado por SEGLERS (2004), de quien tomo la referencia. Como he tratado de recordar en otras ocasiones, la defensa del pluralismo es una exigencia que trastorna los presupuestos jurídicos monistas (al menos de homogeneidad impuesta) de la mayor parte de los Estados-nacionales, comenzando por su legislación, pero también desafía la práctica de las administraciones públicas y de la propia sociedad civil. En el caso canadiense, la sociedad civil es constitutivamente pluralista, por lo que el choque resulta más fácil en el ámbito de la administración pública. El caso Grant tiene su origen en un grupo de oficiales jubilados de la Policía Montada que emprende una campaña contra la fractura de la uniformidad por parte de los oficilaes sikhs, que incorporan el turbante (un distintivo religioso) al uniforme, algo muy difernte del gorro clásico, símbolo secular. El argumento es particularmente interesante: la policía montada es un símbolo del país, y si se interfiere otro símbolo de carácter religioso, ya no puede ser vista como imparcial. La primera decisión judicial[8] fue favorable a los sikhs, y es ratificada por la suprema instancia jurisdiccional, pues sostiene que precisamente el hecho de portar turbante y de prestar servicio a toda la comunidad es una muestra de la pluralidad constitutiva del país. Que la policía montada admita el turbante sikh es una prueba de que se facilita la incorporación de las minorías a esta institución clave del país, al tiempo que ejemplifica cómo se garantiza la libertad religiosa, de forma que es plenamente coherente con la "naturaleza multicultural de Canadá". Comentando esta decisión, B. PAREKH escribe[9] que la transformación del *demos* canadiense, el incremento y fortalecimiento de su carácter multicultural, obliga a cambiar incluso la presentación tradicional de esta institución nacional, para que, tal y como sostiene KYMLICKA, sea de verdad representativa y también para que todos puedan entender que responde adecuadamente a la manifiesta voluntad de participación que muestran los individuos de esa minoría [10].

(7) Existe una considerable literatura científica sobre esas contribuciones. En el caso español, junto a las más conocidas aportaciones en el ámbito del Derecho constitucional y administrativo y de la ciencia política, me permitiría destacar tres muy recientes, que proceden de la filosofía jurídica y política, y del Derecho Público eclesiástico. Me refiero a los trabajos de Neus TORBISCO de un lado, y a los de María Eugenia RELAÑO, Beatriz GONZÁLEZ MORENO y Alex SEGLERS del otro. En particular, creo que desde el punto de vista del estudio comparado de esa aportación jurisprudencial en sentido amplio a la que me acabo de referir, resulta de la mayor utilidad los libros de estos dos últimos, que ponen en relación las decisiones de órganos jurisprudenciales y administrativos canadienses con las del TEDH de Estrasburgo y, en el caso español, con las del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

(8) *Grant et al. v. Attorney General of Canada* (1996) 125 D.L.R. (4th), 556.

(9) B. PAREKH (*2002:* 245).

(10) W. KYMLICKA (2001: 165).

Esa doctrina puede contrastarse con la que formula el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, y que es en gran medida coincidente, sobre todo al fijar los elementos de lo que se denomina "sociedad democrática", el punto de partida para una gestión inclusiva y plural de la multiculturalidad, que se apoyaría en cuatro principios, pluralismo, tolerancia, espíritu de apertura y libre expresión de todas las ideas.

Un futuro en el que se hace necesario revisar, reestructurar nuestro orden simbólico, comenzando por lo que con PAREKH podemos denominar *Valores Públicos Operativos*, es decir, el depósito del consenso pretendidamente neutral característico de la propuesta liberal, y que se revela sin embargo partidista en el momento en el que el pluralismo en serio comparece. Las denominadas "premisas éticas de la convivencia multicultural", consideradas como la condición *sine qua non* de la gestión intercultural, clave a su vez de un modelo respetuoso con la democracia y los derechos humanos, están muy lejos de constituir evidencias, ni aun cuando se recurre a pretendidas obviedades como la remisión a un supuesto depósito inalterable e indefectible de valores constituido por los derechos humanos como coto vedado[11] .

La dificultad estriba precisamente ahí, en el hecho de que detrás de la pretendida neutralidad (laicidad) en realidad hay unos presupuestos que cabría calificar como "laicocristianos", una identidad etnocultural singular, que entra en pugna con las nuevas identidades que se hacen visibles en nuestras sociedades multiculturales. Quizá la vía de respuesta más adecuada se encuentre en el modelo canadiense, interpretado a su vez desde la perspectiva que conjugue las críticas formuladas por TAYLOR, con una aproximación cercana a la del liberal culturalismo de KYMLICKA[12].

Insisto en que no trato de formular en estas páginas un juicio global ni exhaustivo sobre ese modelo, ni, menos aún, acerca de su aplicabilidad a la situación concreta de España, ni tampoco a la UE. No trato de sostener que nuestra solución pase por mimetizar la política de multiculturalismo que conocemos en Canadá. Del mismo modo que no se puede hablar de la sociedad multicultural, porque los factores de multiculturalidad no son idénticos en los diferentes

(11) En otros lugares he criticado la interpretación de esa fórmula kelseniana que ha propuesto mi maestro y colega el profesor GARZÓN VALDÉS. Sin negar que se trata de un uso inteligente y sugestivo de la propuesta de KELSEN sobre el concepto y función constitucionales de los derechos fundamentales, considero que es coincidente con la tesis justamente criticada por DWORKIN por su inequívoco origen iusnaturalista: una "caja de caudales trascendental".

(12) Sé que ni desde el punto de vista académico ni desde la práctica político jurídica pueden equipararse en sentido estricto esas dos posiciones, y tampoco ignoro que se han formulado críticas importantes a la conjugación de las dimensiones de gestión del multiculturalismo en Canadá, al insistir en el hecho de que la política específica en relación con los inmigrantes y con las Primeras Naciones tiene una incidencia (y, según algunas de esas críticas, una intencionalidad) sobre la degradación de la cuestión francófona como un asunto de minorías –como las demás–, argumento que en su extremo parece presente en la posición actual del *Bloc Quebequois* –fundado en 1990– más radicalmente que en el PQ, el *Parti Quebecois* original fundado en 1968. Su denuncia es que gana terreno la angloconformidad que transforma a su vez el federalismo, devenido en un instrumento homogeneizador y se aducen como ejemplo los episodios de la imposición de la Constitución a Québec y la resistencia al bilingüismo profundo y a las tesis de los otros canadienses no anglófonos. Por eso habría que resistir a lo que se entiende como "americanización" de Canadá. Puede verse a ese respecto recientemente el excelente ensayo de THÉRIAULT, 2003.

países en que aparecen, ni aun en el mismo país a lo largo de su historia, tampoco es posible encontrar una política *verdadera* de gestión de las diferentes formas de multiculturalidad. Pese a ello, obviamente, los criterios de eficacia y legitimidad democrática en la respuesta a las manifestaciones de multiculturalidad (flujos migratorios, minorías nacionales y culturales, pueblos indígenas) reducen el abanico de lo aceptable mucho más de lo que un relativismo *tout court* pueda pretender, y, por lo demás, la experiencia es siempre una fuente básica de conocimiento y aprendizaje, de forma que no creo que sea superfluo ni estéril plantear algunos elementos de la política de inmigración construida por Canadá.

III. CANADÁ, PAÍS DE INMIGRACIÓN

Al comienzo de un documento de divulgación dirigido básicamente a difundir el modelo canadiense de inmigración, elaborado por el departamento canadiense sobre Ciudadanía e Inmigración, y significativamente titulado *Ensemble vers l'Avenir/Growing Together*[13], al presentar la historia de Canadá se afirma textualmente: " todos somos inmigrantes en Canadá".

La tesis oficial es efectivamente ésta: la historia misma de Canadá es la historia de movimientos migratorios, puesto que los primeros pobladores fueron inmigrantes asiáticos que llegaron a través del estrecho de Bering o de las islas Aleutianas, por eso se afirma textualmente: "Estas primeras naciones fueron los primeros inmigrantes. Desde entonces, por nacimiento o por descendencia, todos nosotros somos inmigrantes, ya que todos nosotros hemos venido de otra parte".

A) Las etapas migratorias en Canadá

Las primeras olas migratorias después de esos primeros pobladores son las de los primeros europeos que pisaron Canadá, los exploradores franceses y británicos que abren paso a los colonos europeos (básicamente franceses e ingleses). Tras la victoria británica frente a los franceses en 1759 se produjo la llegada masiva de inmigrantes británicos a Canadá (reforzada casi de inmediato por la llegada de los lealistas ingleses que huían de la derrota en los nuevos EEUU). Particularmente masivas son las llegadas de inmigrantes irlandeses, como en 1845, como consecuencia de periódicas hambrunas (crisis de la patata).

El período siguiente abraza convencionalmente desde 1867 a 1967, un período marcado por una política de selección etnocultural –racial– de fuerte jerarquización bajo el paradigma del inmigrante blanco, anglosajón y protestante. La primera gran etapa migratoria de este período se produce tras la aprobación de la ley constitucional de 1867, hasta 1895, y es cuando se abren las puertas a la inmigración de Inglaterra y los EEUU. Desde 1896 (el año de la gran emigración hacia el oro del Klondyke) a 1914 se alcanza el momento álgido de los flujos migratorios hacia

(13) *Ensemble vers l'Avenir. Document d'information sur l'inmigration et la citoyenneté, Growing Together: a background on Immigration and Citizenship,* CIC, 1995, p. 1.

Canadá: la apertura se produce hacia los países del centro y este de Europa. Entre 1915 y 1945 llegan desplazados de la primera gran guerra y se reclutan europeos para el desarrollo agrícola. Entre 1945 y 1960 , como señala SATZEWICH, comienzan los cambios que darán lugar a un segundo período de carácter universalista, en el que se abandona ese modelo.

En realidad, el momento decisivo de este período comprendido entre 1867 y 1967 se produce con el proyecto de construcción del ferrocarril transoceánico, que se veía al mismo tiempo como un elemento de desarrollo y de atracción de otros territorios (básicamente la Columbia Británica al Canadá). Se cumple en ese momento, con toda claridad, aquello que sostiene LI para explicar hasta qué punto la inmigración es clave en la historia de Canadá: es, al mismo tiempo, un factor decisivo del proceso de *nation building* y del desarrollo social (económico, cultural) del país[14]. La aportación de la inmigración a la construcción del ferrocarril es una metáfora perfecta de esa tesis.

En efecto, este proyecto del ferrocarril, como en el caso de los EEUU, requirió, además de técnicos europeos especializados, reclutar una mano de obra barata que supuso la llamada a miles de inmigrantes irlandeses y chinos[15], que se añadieron a los británicos y escoceses (predominantes hasta entonces) como inmigración dominante. Con la apertura de la vía férrea fue posible el desarrollo interior, el de las *grandes praderas*, la agricultura (y en otra medida la ganadería), para lo que se reclutó una nueva leva de inmigrantes europeos de países distintos de Inglaterra, Irlanda y Francia: en este caso, del centro y del este de Europa. Sólo entre 1901 y 1911 llegaron un millón y medio de inmigrantes, el 28,9% de la población que existía en ese decenio en Canadá, con un pico de 400.878 inmigrantes en 1913.

En este período, que incluye variaciones en función de la coyuntura económica (durante la crisis de 1935 apenas 11.000 inmigrantes fueron admitidos), el modelo de inmigración es en gran medida, como señalan LI, WHITAKER, ABU-LABAN y GABRIEL, un modelo etnoracial, un proyecto fuertemente jerarquizado desde la raza y la identidad cultural, que supone *la exclusión de los orientales como inmigrantes deseables* (significativamente los chinos) que se concretó en dificultades crecientes para el acceso de estos inmigrantes y culmina en la ley sobre inmigración chino canadiense de 1923 (modificada en sentido aún más restrictivo en 1930[16]) que excluía casi completamente a ese tipo de inmigrantes.

El cambio comienza a abrise paso a partir de la segunda guerra mundial, aunque la apertura a la inmigración que sigue al fin de la guerra es concebida por el primer ministro MACKENZIE KING todavía como una inmigración que debe ser exclusivamente europea e incluso se produce una cierta selección basada en criterios ideológico-políticos, como ha argumentado WHITAKER[17].

(14) Cfr. LI (2003:14).

(15) Cfr. sobre ese particular la crítica de LI: (2003: 125 y 133) y ABU-LABAN/GABRIEL (2003: 54-55).

(16) No fue derogada hasta 1947. A lo largo de su vigencia, sólo fueron admitidos en Canada 8 inmigrantes chinos.

(17) Cfr. la reveladora cita de KING que ofrecen ABU-LABAN y GABRIEL (2003: 40). Cfr asimismo WHITAKER (1977: 14).

I

Cuando se hace patente el cambio es en 1967, el momento en que se aprueba un sistema universal de puntos para reclutar a los inmigrantes, con expresa prohibición de discriminación en razón de su país de origen, raza o religión[18]. El nuevo modelo de política migratoria arranca de las necesidades y aptitudes de los inmigrantes y en particular de su adecuación al mercado de trabajo interno y de sus conocimientos y formación. Incluye pruebas de lengua (inglés o francés) y valora los estudios, la formación profesional, la edad. Ese sistema continúa vigente hasta hoy, con variaciones en los baremos del sistema de puntos.

A partir de 1990, el impacto del fenómeno de la globalización incide en la política canadiense al respecto, abriendo una inflexión, una nueva etapa en la que se vive hoy. Nueva, hasta el punto de que algunos estudiosos críticos (ABU-LABAN y GABRIEL por ejemplo) hablan de la adopción de criterios neoliberales que transforman la política canadiense de inmigración, en el sentido de orientarse hacia mecanismos que aseguren el reclutamiento de un modelo de inmigrante (y de ciudadano) *deseables,* que correspondería a otra categoría, más próxima al europeo de *Gastarbeiter* o *guestworker,* es decir, una orientación a identificar el inmigrante como trabajador (o como agente económico) beneficioso para el país.

Es en 1994, al cumplirse 125 años de la creación del servicio de inmigración que dependió de diferentes ministerios (hubo brevemente incluso un ministerio de inmigración y ciudadanía que dio paso enseguida a un Ministerio de empleo e inmigración), cuando se da el paso al sistema administrativo que continúa vigente. En las elecciones de noviembre de ese año, formaba parte del programa del partido liberal la reagrupación de todos los programas y recursos humanos y materiales de la administración pública en materia de inmigración en un único departamento, unido a los programas de registro y promoción de la ciudadanía (que estaban incardinados en el Ministerio de Patrimonio de Canadá, *Canadian Heritage*). Se crea así un Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, lo que supuso, entre otras consecuencias, la retirada de la cuestión de ciudadanía del ámbito jurídico (legal) de multiculturalismo[19]. El objetivo de este nuevo Ministerio es la promoción de la "adquisición de la ciudadanía y del civismo".

Desde 1996 se aprecia el interés por reclutar inmigrantes económicos, que respondan a los perfiles de trabajadores cualificados, trabajadores autónomos, empresarios e inversores con la intención de que se establezcan de modo permanente en Canadá.

En el documento en el que el Gobierno canadiense presentaba los objetivos de su política de inmigración para los años 2001 y 2002 (*Planning now for Canada's Future. Introducing a mul-*

(18) Sin embargo, ABU-LABAN argumenta que la aplicación del sistema de puntos tiende a favorecer a los aplicantes que provienen de países *próximos* a Canadá.

(19) Decisión criticada como un exceso del federalismo orientado a reducir la presencia binacional en Canadá: se trataría de diluir la francofonía en el mosaico canadiense.

ti-year Plannig Process and the Inmigration Plan for 2001-2002)[20], se ratifica esa línea, aunque se insiste en sostener que la inmigración es "componente esencial de la sociedad canadiense". El objetivo es atraer inmigración de trabajadores especializados y de empresarios e inversores como un elemento que ayuda a competir en la economía de la globalización, que contribuye al crecimiento demográfico y de la población activa y por tanto se reformula el sistema de puntos para primar a quienes muestren experiencia profesional y competencia. Otra novedad es que se trata de reforzar la captación de inmigrantes temporales. Con todo, se insiste en algunos criterios que siguen ofreciendo diferencias fundamentales con el modelo de los países de la UE: la necesidad de facilitar el tránsito del estatuto de inmigrante temporal al de permanente y la promoción del reagrupamiento familiar son los más destacados.

B) Algunos datos de la inmigración en Canadá, hoy

Tras este rápido repaso por la evolución de los flujos migratorios con destino a su gestión, y del modelo mismo de gestión, quizá sea oportuno facilitar algunos elementos acerca de la situación de la inmigración en Canadá, hoy.

Para dar cuenta de forma sumaria de la realidad de la presencia actual de los inmigrantes[21] en el país, los datos del CIC –Citizenship and Inmigration Canada– constituyen la fuente imprescindible. Si la población de Canadá[22] en 2002 se aproxima a los 31.324.000 habitantes, los datos disponibles sobre flujos de inmigración correspondientes a 2002 ofrecen una cifra de 229.091 nuevos inmigrantes[23]. El total de inmigrantes en Canadá en 2001 era de 5.400.000, es decir, que suponían el 18,45% de la población. Más de un tercio de esos casi cinco millones y medio de inmigrantes ha llegado a Canadá en el decenio de 1981 a 1991 y de ellos casi el 80% se han convertido en ciudadanos canadienses. El peso de los inmigrantes en el total de la población se hace progresivamente más importante, incluso imprescindible. Hoy, el CIC estima que, de continuar la caída de la tasa de fecundidad (1,5 en 2002, muy por debajo del nivel de reposición, el 2,1), a partir de 2006 el único incremento de la población canadiense procederá de la inmigración[24].

(20) *Planifier dés maintenant l'avenir du Canada. Présentation d'un processus de planification pluriannuelle et du Plan d'Inmigration pour 2001 et 2002*, CIC, presentado por el Gobierno en ejecución de lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 7 de la Ley de inmigración que le obliga a presentarlo cada año antes del 1 de noviembre o en los 15 primeros días de sesión del siguiente. Lo esencial es ratificado en *Pursuing Canada's comittment to Immigration. The Immigration Plan for 2002* (*Maintenir l'engagement du Canada en matière d'immigration. Le plan d'Immigration pour le 2002*).

(21) No me refiero aquí a refugiados. En 1989 se alcanzó la cifra más importante, 37.361, sólo superada en los últimos 40 años en 1980, cuando se admitieron a 40.368. Desde hace diez años (1993: 24.835 refugiados admitidos), el número de refugiados admitidos –que no incluye el de personas admitidas por especiales razones humanitarias– se mantiene casi estable en torno a los 25.000, con ligera tendencia al descenso y con la única excepción del año 2000 (30.072).

(22) Cfr. *Census of Canada. Statistics Canada*. Cfr. www.statcan.ca. Tomo 2002 por utilizar la cifra comparada de inmigración, no disponible aún por lo que se refiere a 2003. La población canadiense en 2003 se cifra en 31.549.000 habitantes.

(23) Cfr. *CIC*. Cfr. www.cic.gv.ca. Desde 1990 (216.398) la cifra siempre ha rebasado los 200.000, con la única excepción de 1998 (174.191) y 1999 (189.922). En 2001 se alcanzó el máximo, 250.484.

(24) Así lo recoge expresamente el *rapport* del SCCI *Attirer les inmigrants*, junio 2002, p. 2. A partir de 2001 todo incremento de la población *activa* tendría esa procedencia.

Probablemente el cambio más importante en la evolución reciente de los flujos migratorios que se dirigen hacia Canadá es el del origen de esos flujos. Mientras que a finales de los 50 más del 85% de los inmigrantes canadienses eran de origen europeo (el 30% británicos y franceses), diez años después ya sólo representaban el 50%. En 1989, los europeos eran el 27,2% frente al 39,8% de los asiáticos. Hoy, el número más importante de nuevos inmigrantes llegados a Canadá, procede de Asia[25] (118.899), seguido de África[26] (46.113), Europa (38.841), Sudamérica[27] (19.417).

La importancia de los inmigrantes asiáticos respecto a los europeos –la fuente tradicionalmente mayor– se asienta a partir de comienzos de los 80: es en el año 1979 cuando por primera vez su número (50.450) supera al de éstos (32.858). Hoy representan el 60% de la inmigración llegada en el último decenio[28].

Por lo que se refiere a los inmigrantes procedentes de países africanos, su número experimenta un primer salto a finales de los 80 (1989: 12.199) y un segundo en el año 2001, cuando superan por primera vez a los europeos (48.278 frente a 43.204).

La mayoría de los inmigrantes, también en términos absolutos (58,34%) tienen como destino la provincia de Ontario (133.641 en 2002), a muy larga distancia de Columbia Británica (34.000, que suponen el 14,84%), Quebec (37.627, 16,43%), Alberta (14.729, 6,43%), y Manitoba (4.621, 2,01%)[29]. Entre las ciudades, Toronto ocupa el primer lugar (115.580, el 48,71% en 2002), seguido por Montreal (33.004, el 14,41%) y Vancouver (29.922, el 13,60%)[30]. Entre las tres suman el 80% del total. Hay que tener en cuenta que la tendencia de los flujos migratorios a Canadá es fuertemente urbana: el 94% de los inmigrantes llegados en el decenio de los 90 se asientan en áreas urbanas, frente al 64% de los canadienses.

En cuanto a la relación entre inmigrantes *económicos* (inmigrantes *tout court*) e inmigración *familiar* (reagrupación), es evidente la tendencia a primar aquélla y reducir ésta. En 1994, hace diez años, la primera suponía el 43% por el 51% de la segunda. A partir de 1996, se invierte la relación: 50% y 46%. En 1999, 52% y 44%.

Conviene destacar que la complejidad estructural de Canadá se refleja asimismo en la competencia en política de inmigración. Desde 1968 Quebec consiguió el reconocimiento de una de

(25) Incluye Oceanía.

(26) Incluye desde 2001 a Medio Oriente.

(27) Incluye desde 2001 al Caribe.

(28) En 2001, el 61% de los inmigrantes hablaban en su hogar un idioma distinto del inglés o francés, y de ellos más de un tercio hablaban chino. En el mismo período de 1991-2001 el número de inmigrantes que se confiesan de religiones diferentes del cristianismo –musulmanes, hindúes, sikhs y budistas– se ha duplicado.

(29) Las estadísticas de los últimos 3 años que he podido examinar, ofrecen como resultado que Columbia Británica y Quebec reciben casi idéntica cantidad de inmigrantes, con pequeñas variaciones.

(30) La población total de esas ciudades, en términos de Área Metropolitana (censo de 2001), es de 4.682.897 en Toronto, 3.426.350 en Montreal y 1.986.965 en Vancouver.

sus reivindicaciones permanentes (la selección de los inmigrantes) y ejerce un papel consultivo que culmina en el *Accord Canada-Québec relatif a l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*, aprobado en 1991, que supone la plena y exclusiva competencia de la *belle province* en materia de selección de inmigrantes (excepto por lo que se refiere a la reagrupación familiar y a los refugiados). No hay que olvidar que precisamente la ley federal de reagrupación familiar que incluye a los padres y abuelos, aprobada en 1978, supuso un cambio radical en la composición de la inmigración con destino a Canadá.

IV. LA PECULIARIDAD DEL MODELO DE INMIGRACIÓN CANADIENSE. LA VINCULACIÓN ENTRE INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA

De todo lo anterior ya cabe desprender algunos argumentos sobre los que sostener la tesis de la especificidad del modelo de política de inmigración seguido por Canadá. Vamos a referirnos a ello con algo más de detenimiento.

A) Rasgos específicos de la política migratoria de Canadá

1) En el año 2004 se cumplen 135 años desde la creación del servicio de inmigración en este país. Ese es el primer rasgo de los que, a mi juicio, singularizan la política de inmigración canadiense, la dilatada experiencia en la gestión de los diferentes tipos de flujos migratorios. De suyo, esta nota no llevaría consigo un argumento de preferencia por ese modelo, aunque indiscutiblemente constituye un punto de referencia que parece obligado conocer, máxime en países como España que afrontan una situación de acelerada transformación en país de destino de los nuevos flujos migratorios. Si a ello añadimos, como apunté más arriba, que la política de multiculturalismo fue oficialmente adoptada en 1971, lo que sorprende es que no se haya establecido hasta hoy un mecanismo de intercambio e incluso una vía específica que permita a los responsables y gestores de la política española de inmigración aprovechar esa experiencia.

Hay otros dos rasgos que, a mi juicio, especifican el modelo canadiense.

2) El segundo es, precisamente, la importancia de la gestión de la política de inmigración. No sólo por el rango ministerial, sino por el desarrollo de todo un sistema administrativo en relación con Inmigración y Ciudadanía, que supone, por ejemplo, la fuerte presencia del servicio canadiense de inmigración en las representaciones diplomáticas de Canadá en el exterior, la existencia de un Comité Permanente en el Parlamento Federal (SCCI) que ha elaborado un buen número de informes (a los que a su vez debe responder el Gobierno) sobre diferentes aspectos de la política de inmigración canadiense y que constituyen un material de máximo interés en materia de política de inmigración[31], además de un marco normativo con leyes específicas

(31) Cfr. anexo.

sobre inmigración y ciudadanía[32]. Los elementos fundamentales del modelo de gestión de la política de inmigración canadiense son el sistema de puntos, el multiculturalismo como base de la integración y el acceso a la ciudadanía canadiense.

3) El tercero es el enfoque positivo y abierto de la política de inmigración, conforme a la tradición canadiense reforzada a partir de 1967 y que se manifiesta, a mi juicio, en dos elementos:

a) El esfuerzo por la integración, desde el punto de vista que reconoce la asimetría en la posición. Desde luego, se trata de que los inmigrantes sean iguales en derechos y deberes, pero a diferencia de lo que sucede en la UE (en particular, en España), en lugar de insistir obsesivamente en el cumplimiento prioritario de los deberes (que es el correlato de la presunción de sospecha: el inmigrante como amenaza, comenzando por la presentación como delincuente potencial), se pone el acento en la política positiva, promocional, de proporcionar a los inmigrantes los medios necesarios para que puedan integrarse con la población canadiense, admitiendo además como punto de partida que no existe nada parecido a una cultura homogénea en la sociedad de acogida, también a diferencia de lo que sucede entre nosotros.

A partir de la aprobación de la IRPA (LIPR) en 2002, se pone en funcionamiento un abanico de programas que tienen ese objetivo. La garantía de servicios a *los new comers* incumbe al poder federal y provincial, pero los servicios no los presta el CIC, sino en su nombre los organismos *fournisseurs de services*, mediante contrato. De ahí la existencia de programas, y en primer lugar el programa sobre aprendizaje de las lenguas oficiales, entendido como requisito *sine qua non:* el *CLIC*, *Cours de Langue pour les Inmigrants au Canada*. Junto a ello, otros tres programas, el *PEAL, Programme d'etablissement et d'adaptation des inmigrés*, el *PA, Programme d'Accueil,* y el *PAR, Programme d'Aide au Reetablissement*. En el plan de prioridades de política de inmigración de 2003-4 se destinan 396 millones de dólares canadienses a estos programas. Es muy interesante el rapport del SCIC 5/2003 (*Settlement and Integration: a sense of Belonging. "Feeling at Home" (Etablissement et Integration. Un sentiment d'appartenance. "Se sentir chez soi"*). Todo eso no es óbice para que se plantee una política de aprendizaje de la ciudadanía, como señalaré más adelante.

b) En la orientación predominante de la política de inmigración hacia el objetivo de asegurar la pertenencia, es decir, hacia la adquisición de la ciudadanía, tal y como aparece en algunos de los *rapports* del SCIC a los que me refería en el párrafo anterior[33]. Este es, en definitiva, el

(32) La primera Ley de ciudadanía canadiense data de 1947. La actual es una revisión profunda de la ley de 1977. Sobre su evolución, cfr. YOUNG (1998). En cuanto al marco jurídico específico de la inmigración, hoy lo constituye la IRPA, *Inmigration and Refugee Protection Act*, que entró en vigor el 28 de junio de 2002, completada por las IRPR, *Inmigration and Refugee protection Regulations*. Una buena aproximación en L. WALDMANN (2003, pp. 9-17).

(33) Entre esos *rapports*, que merecerían por su extraordinario interés un estudio pormenorizado (lo que trataré de formular en un próximo trabajo), merece la pena destacar al menos cuatro. En primer lugar, tres de los más recientes: "Attirer les inmigrants" de junio de 2002, en el que se insiste en la decisiva función de las provincias y de los municipios y se propone reconocerles competencias en los programas de reclutamiento de inmigrantes (recomendaciones 39, 40 y 42), algo que debiera aprender nuestro país. No menos interesante es la respuesta del Gobierno (CIC, noviembre 2002). Asimismo, el *rapport* titulado *Bâtir un pays*, relativo al reglamento de la nueva ley sobre inmigración y protección de los refugiados,

argumento más importante y por ello parece aconsejable que le prestemos una atención aún más específica.

B) La ciudadanía, elemento de integración

Como ya he apuntado, ese principio de orientación de la política de inmigración que sostiene como horizonte deseable la ciudadanía, es decir, que apunta hacia la pertenencia, hacia el sentimiento de formar parte del país que se ayuda a construir es el elemento diferencial respecto a la visión de los inmigrantes que postula la política oficial de migración en Canadá y que ha desarrollado la jurisprudencia[34] . Resulta significativo que en el propio nombre del departamento administrativo (con rango de Ministerio) que gestiona esta política de inmigración se reúnan ambas competencias: *Ciudadanía e Inmigración*[35]. Ese es a mi juicio, el testimonio más claro de lo que significa integración. Porque a lo que se apunta es hacia la plena integración, que no puede ser otra cosa que la integración política, la participación de pleno derecho en el país que se contribuye a construir. Dicho de otro modo, y ésta es a mi juicio la diferencia más importante, la ciudadanía no es el fin del proceso de integración, sino un medio, un instrumento de integración. Una propuesta de ciudadanía que no supone una concepción monista, hobbesiana de la lealtad política, sino coherentemente pluralista (multicultural), hasta el punto de que la doble ciudadanía simultánea está explícitamente reconocida como un status posible.

Y aquí alcanzamos el núcleo de la cuestión. He sostenido en otros trabajos que la inmigración constituye sobre todo un desafío político, porque interpela nuestras respuestas a las cuestiones políticas fundamentales: quién tiene derecho a pertenecer y por qué a la comunidad política. Cuál es la relación entre comunidad etnocultural, o nacional, (etnos) y comunidad política (demos). Hasta dónde se puede mantener la exclusión del ámbito público de aquellos que no son originariamente miembros de nuestra comunidad. La soberanía y la ciudadanía son, así, sometidas a examen. LI (2002: 10-11) ha podido formularlo de otra forma, coincidente: la inmigración plantea la discusión entre *old-timers*, a propósito de cómo se identifican

de marzo de 2002, donde se examina la nueva prioridad acerca de los trabajadores especializados y cualificados y se proponen revisiones de la reforma del nuevo sistema de puntos. El tercero, del año 2003 y de título no menos significativo, *Settlement and Integration: a sense of belonging, "feeling at home"*. Además, un *rapport* anterior, de junio de 1994, que considero particularmente significativo del modelo canadiense: *La citoyenneté canadienne, un sentiment d'appartenace*. Volveré sobre este último.

(34) Me he referido anteriormente al caso Grant. Tan importante como esa decisión, desde el punto de vista de política de inmigración y de la exigencia de igual reconocimiento de derechos como requisito de integración, es el caso Singh, una resolución de la Corte Suprema de Canada –cfr. Armadale Communications Ltd. vs. M.E.I. (1991), 14 Imm.L.R (2.ª ed.), 13 (Fed. C.A.)– en el que el Tribunal Supremo canadiense decidió que la Carta canadiense de derechos fundamentales se aplica a todas las personas que se encuentran en Canadá, sean o no ciudadanos y arranca del artículo 15 que consagra la igualdad y la no discriminación.

(35) Como ya he advertido, el CIC (*Citizenship and Inmigration Canada*) proporciona documentación imprescindible para los inmigrantes a Canadá, pero también para los estudiosos de la política canadiense de inmigración. Puede encontrarse en la página web del CIC, ya citada, por ejemplo, el libro *A Look to Canada/Régard sur le Canada* www.cic.gc.ca, que es la referencia para el examen de ciudadanía al que me referiré después [también puede solicitarse a la Direction Générale de l'integration. Division de la promotion. Citoyenneté et Inmigration (Ottawa, Ontario. K1A 1L1, Canada)].

a sí mismos y (es decir, frente a) a los *new comers*, teniendo en cuenta que la particularidad de Canadá es que no se construye ni dede el punto de partida ni aun con el objetivo explícito de homogeneidad social y uniformidad cultural característicos de los Estados nacionales europeos.

Es cierto que pese a esta especificidad, la política de inmigración en el período 1867-1967 contribuye al refuerzo de esa función de teodicea social (Bourdieu), de segmentación social a partir de la capacidad de jerarquización otorgada a la diferencia etnocultural, racial. En ese sentido, de acuerdo con el planteamiento de LI, los *old-timers* (a su vez inmigrantes respecto a las primeras naciones, a quienes ignoran), refuerzan su posición respecto a los *new-comers*. La política de inmigración provee una función de aduana, de barrera a la hora de establecer quién es un inmigrante deseable y cumple dos funciones capitales. En primer lugar, asegurar la eficacia en el desarrollo económico y satisfacción de las necesidades (comenzando por los puestos de trabajo). Además, regular las fronteras sociales, culturales y simbólicas de la nación (LI, 2002: 36). Por eso, hay una clara distinción entre dos grupos, como propone PORTER: *charter-status* e *inmigrant-status*. Los que llegaron antes afirman su posición de hegemonía casi exclusivamente desde la base de su prioridad temporal, y el atributo principal, el más visible, es precisamente su competencia exclusiva a la hora de determinar las condiciones de admisión de los otros.

La noción de ciudadanía, en todo caso, es más compleja de lo que su presentación técnico-jurídica sugiere. La ciudadanía, además de un título formal de derechos y deberes, implica las nociones de pertenencia, identidad, lealtad.

El SCIC ha prestado atención en dos importantes *rapports* a la cuestión de la ciudadanía en esa compleja relación. Por ejemplo, en su *rapport La citoyenneté canadienne. Un sentiment du pertenence*, que ya he citado, lo subraya así: "entre nuestras responsabilidades como ciudadanos, hay una que aparece en primer lugar: la participación individual en la vida dela nación. esta participación adopta diversas formas y no se limita al derecho al voto. Algunos participan en la vida colectiva mediante el voluntariado y beneficencia, o como miembros de organismos, o trabajando para el bien común, o comportándose como vecinos educados. Tenemos la firme convicción de que es la participación en la vida de la colectividad y del país lo que crea el sentimiento de pertenencia". Y también en un segundo *rapport,* muy reciente (5/2003) y que ya he mencionado, el titulado *Settlement and Integration: a sense of Belonging. "Feeling at Home" (Etablissement et Integration. Un sentiment d'appartenance. "Se sentir chez soi".* Esta es la noción de integración y pertenencia que se trata de estimular, la que supone sentirse en casa. Las recomendaciones de este *rapport* muestran el grado de concreción y extensión de los derechos, de los servicios y prestaciones (a la formación lingüística, a la salud mental, a la prevención del stress –el síndrome de Ulises del que habla el psiquiatra ACHOTEGUI en nuestro país–) y una meticulosa atención a la prevención y eliminación de todas las manifestaciones de discriminación, que incluye campañas de sensibilización de los ciudadanos canadienses para enseñarles la aportación en todos los órdenes (no sólo en el económico) de los inmigrantes. Son asimismo destacables las recomendaciones del Comité Permanente acerca de la necesidad de implicar a la administración provincial y municipal y de fomentar la participación activa de los miembros de la colectividad local de acogida a los inmigrantes que llegan a esos municipios canadienses

en el proceso de estabilización y de integración, sugiriéndose la técnica de *jumelage* entre los *new comers* y los ciudadanos.

Todo ello explica que se conceda una notable importancia a las dimensiones simbólicas, a los signos comunes en los que se muestra la común pertenencia y la lealtad a lo que une desde la diversidad. Eso se explica también por otro factor. Me refiero a que conviene tener en cuenta respecto al modelo canadiense de ciudadanía (y de acceso a la misma) el carácter reciente de Canadá como país. Se trata, desde luego, del hecho de que el proceso de repatriación de la Constitución, que supone de derecho la autonomía absoluta del Canadá (aunque la reina permanezca como cabeza del Estado) data de 1982[36]. Por lo que se refiere a los símbolos de la identidad canadiense, parte relevante del test de acceso a la ciudadanía, la adopción de la bandera oficial data de 1964 (entra en vigor en 1965), mientras que la adopción como himno oficial del *O Canada!* se remonta sólo a 1980.

Estos símbolos comunes (y con ellos, la historia común, las lenguas oficiales) son en buena medida el cemento visible de la unión de la diversidad. Por eso, el acceso a la ciudadanía se cifra en buena medida en su conocimiento. Y por eso también la solemnidad que se pretende para la ceremonia de juramento de la ciudadanía.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Monografías

ABELE, Frances: "The Importance of Consent: Indigenous Peoples' Politics in Canada", VV.AA., (Bickerton, J. & Gagnon, A.-G., eds.), *Canadian Politics* (3.ª ed.), Broadview Press, Toronto, 2003.

ABU-LABAN, Yasmeen & GABRIEL, Christina: *Selling Diversity. Immigration, Multiculturalism, Employment Equity and Globalization*, Broadway Press, Peterborough, Ontario, 2002.

ABU-LABAN, Yasmeen: "The Politics of Race, Ethnicity and Inmigration: the contested Arena of Multiculturalism", VV.AA. (Bickerton, J. & Gagnon, A.-G., ed.), *Canadian Politics* (3ª ed.), Broadview Press, Toronto, 2003.

CASTLES, S. & DAVIDSON, A.: *Citizenship and Migration: Globalisation and the politics of Belonging,* London, Macmillan, 2000.

CASTLES, S. & MILLER, M.J.: *The Age of migration: International Population Movements in the modern World,* Basingtoke, Palgrave-Macmillan.

(36) La Ley constitucional de Canadá es de 1982 (adoptada con la oposición de Quebec), y fue enmendada en 1984 para reconocer derechos a los autóctonos. En 1987 se adoptó el acuerdo del lago Meech entre el gobierno federal y el de las provincias que reconocía la "sociedad distinta" y las condiciones exigidas por Quebec. Pero el acuerdo no obtuvo la ratificación posterior por parte de todas las legislaturas provinciales: Manitoba y Terranova no lo hicieron.

DAY, Richard J.F.: *Multiculturalism and the History of canadian Diversity*, University of Toronto Press, 2002.

FOSTER, Kate. *Our Canadian Mosaic*, Toronto, YWCA, 1926.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.

HAYWARD, Victoria: *Romantic Canada*, Toronto, Macmillan, 1922.

KAPLAN, William: *The evolution of citizenship legislation in Canada*, Ottawa, Multiculturalism and Citizenship, 1991.

KYMLICKA, William: "Citizenship and Identity in Canada", VV.AA. (Bickerton, J. & Gagnon, A.-G., ed.), *Canadian Politics* (3.ª ed.), Broadview Press, Toronto, 2003.

– *La voie canadiénne. Repenser le multiculturalisme*, Boréal, Quebec, 2003.

– "The Theory and Practice of Immigrant Multiculturalism", *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, 2001.

LACOURSIÈRE, Jacques; PROVENCHER, Jean; VAUGEOIS, Denis: *Canada-Québec. Synthèse Historique, 1534-2000*, Septentrion, Sillery, Quebec, 2000.

LACZKO, Leslie S.: "Canada's Pluralism in comparative Perspective", *Ethnic and Racial Studies*, 17, 1994.

– "Feelings of Fraternity towards Old and New Canadians: the Interplay of Ethnic and Civic Factors", *Nationalism and Ethnic Politics*, 1(3), 1995.

– "Feelings of Fraternity in Canada: an empirical Exploration of Regional Differences", *Asia and Pacific Migration Journal*, vol. 6, n.º 3-4, 1997.

– "Is Religion a barrier to Advancement? Canada in Comparative perspective", *International Journal of Canadian Studies*, 23/2001.

LI, Peter S.: *Destination Canada. Immigration Debates and Issues*, Oxford U. Press, 2003.

MACKEY, Eva: *The House of difference. Cultural Politics and National Identity in Canada*, University of Toronto Press, 2002.

PAREKH, Bikhu: *Rethinking Multiculturalism*, Oxford, 2002.

RELAÑO, María Eugenia: *Reconocimiento jurídico de las minorías religiosas en sociedades multiculturales: la perspectiva internacional de los derechos humanos y de los ordenamientos americano, canadiense y español*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2001 (inédita).

SEGLERS, Alex: *Llibertat religiosa i ciutadania musulmana. Una defensa de la laïcitat i l'integració islámica a Catalunya*, Angle, Barcelona, 2004.

TULLY, James: "Aboriginal Peoples: Negotiating Reconciliation", VV.AA. (Bickerton, J. & Gagnon, A.-G., ed.), *Canadian Politics* (3.ª ed.), Broadview Press, Toronto, 2003.

VV. AA. (J.-M. Larouche, ed.): *Reconnaissance et citoyenneté: au carrefour de l'ethique et du politique*, Sainte-Foy, Publications de l'université du Québec, 2003.

VV. AA. (F.N. Marocco, H.M. Oslett, S. Nigaen): *The Citizenship Act. The annotated Citizenship Act* , Scarborough, Carswell, Toronto, 1992, 1993, 1997.

VV. AA.: *Growing Together: a background on Immigration and Citizenship* (*Ensemble vers l'avenir: document d'information sur l'immigration et la citoyenneté*), Hull, Quebec, Public Affairs Branch, Citizenship and Immigration, in collaboration with R./L. Taylor Publishing Consult limit, ed. 1995.

VV. AA. (Baubock, ed.): *From Aliens to Citizens*, Aldershot, Avebury, 1994.

WALDMAN, L.: *2004 Canadian Immigration & refugeee Law practice*, Markham, Ontario, Butterworth, 2003.

YOUNG, Margaret Arnup: *Canadian Citizenship Act and current issues. Electronic ressources*, (prepared October 1997, revised August 1998), Parliament Research Branch, Ottawa, 1998. (http://disp-psd.communication.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp445-e.htm).

Reports of the SCCI (Standing Commettee on Citizenship and Immigration. The House of Commons, Parliament of Canada). Desde 1994

Canada Citizenship, A sense of belonging, 1994.

The evolution of Canada Citizenship: passports to understanding in a era of management change. Brief submitted by the Canada Advisory Council on the Status of Women, prepared for the SCCI. Report 1994.

Economic impact of recent Immigration. First Report of the Subcomisión on Diminuishing Return. Eighth Report of the standing Commettee, 1995.

Facilitating the entry of temporary Workers to Canada. Fourth report, 1995.

Immigration consultants. It's time to act. Ninth report, 1995.

Settlement renewal. Second report 1996.

Immigration Act and Renewal. Report 1998.

Refugees, Immigration and Gender (by Eleni Bakopanos). Report 1998.

Refugees protect and border security. Striking a Balance. Report 2000.

Hands across the Border: working together at our shared border and abroad to ensure safety, security and efficiency. Report 2001.

Building a Nation: the regulations under the Immigration & Refugees Protect Act. Report 2002.

Competing for Immigration, Joe Fontana chairman, 2002.

The Provincial nominee Program. A patrnership to atract Inmigrants to all parts of Canada. Report 2003.

A national Identity card for Canada. Report 2003.

Settlement and Integration: a sense of belonging, "feeling at home". Report 2003.

Documentos de interés

Growing Together: a background on Immigration and Citizenship, Hull-Quebec, Public Affairs Branch, Citizenship and Immigration Canada, in collaboration with R./L. Taylor Publishing Consult Limited, 1995.

Host Program. Guide for Applicants, 1997, produced by Public Affairs and the Settlement, Integration Branch, Citizenship and Immigration Canada, Ottawa, 1997, Minister of Public Works & Government Services Canada, Ottawa, 1997.

Inmigrant Settlement and Adaptation programm (ISAP). Guide for Applicants, Ottawa, 1997, Minister of Public Works & Government Services Canada, Ottawa, 1997.

Language Instructions for newcomers to Canada (LINC). Handbook for service provider organizations, Minister of Public Works & Government Services Canada, Ottawa, 1997.

A look to Canada/Regard sur le Canada, manual en el que se basa el test para la ciudadanía.

Leyes

Bill C-71. An Act to Amend the Criminal Code. The Immigration Act 1976 and the Citizenship Act, Speaker of the House of Commons, by the Queen's Pointer, Ottawa, 1987.

Bill C-254: an Act to Amend the Ctiizenhip Act (period of Residence), Speaker of the House of Commons, by the Queen's Pointer, Ottawa, 1987.

Citizenship Act (R.S.C. 1985, c. C-29).

IRPA, *Immigration and Refugee Protection Act* (SC, 2001, c.27).

IRPR, *Immigration and Refugee Protection Regulations* (SOR/2002-227).

Repertorios de legislación y jurisprudencia

Immigration Act of Canada, Franck N. Morocco & Henry M. Goslett, Carswell, Toronto, 2003.

Immigration Law Ressources. Recueil de Jurisprudence en Droit de l'Immigration, (se publica mensualmente), Carswell/Thomson Canada limited, Toronto, 2003.

Immigration Appeal Cases. Selected Judgments. Affaires d'immigration en appel. Recueil des Jugements, Carswell, Toronto, 1997.

Webs

http://www.cic.gc.ca

– français/vivre/menu-programmes.html

– français/citoyen/regard/regard-21.html

Marco Aparicio Wilhelmi
Universitat de Girona
(marco.aparicio@udg.es)

II

La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia[1]

RESUMEN

LA ÚLTIMA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El presente texto analiza el contenido de la última reforma de la Ley de extranjería (LO 14/2003) centrándose en la relación existente entre los medios propuestos y los objetivos perseguidos. El planteamiento escogido busca poner de manifiesto cómo la reforma, al igual que las anteriores modificaciones del texto originario de la Ley (LO 4/2000), supone una vuelta de tuerca más en una política migratoria cuya realización se encuentra inevitablemente aquejada de dos males: su ineficacia y su ineficiencia.

Tomado como punto de partida cuatro de los principales medios empleados por la reforma (reforzamiento del control de entrada; sistema de contratación en origen y restricción de las vías de regularización; mayor control sobre la estancia irregular y más terreno a la expulsión y al internamiento), se pretende demostrar no sólo por qué dichos instrumentos están destinados a la ineficacia, sino en qué medida son además ineficaces por suponer directas vulneraciones de previsiones constitucionales.

ABSTRACT

LAW ON ALIENS LAST REFORMATION

The present text analyzes the content of law on aliens last reformation (LO 14/2003) focusing on the existent relationship between the proposed means and the pursued objectives. The chosen way of seeing it is serching to demonstrate how the reformation, just like the previous modifications of the law first text (LO 4/2000), is another adjustment on a migratory policy whose realization is inevitably afflicted of two sickness: its inefficay and its inefficiency.

Taking as starting point four of the main means used by the reformation (reinforcement of the entrance control; contracting party system in origin and restriction of the regularization ways; a bigger control on the irregular stay and more facility to expulsion and internament) it's pretended not only to demonstrate why such instruments are destined to the inefficacy, but in what measure they are also inefficient because they are direct breaks of constitutional forecasts.

(1) Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada el 21 de enero de 2004 en el marco de la Jornada *Análisis de la Ley Orgánica 14/2003* organizada en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona por el Grupo de Extranjería de la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona de dicho Colegio. Quiero reconocer la utilidad de las consideraciones del profesor

Marco Aparicio Wilhelmi

II

SUMARIO

I. Introducción.

II. La controvertible adecuación entre medios y fines propuestos. La eficacia y la eficiencia. A) Los medios. B) Los dos planos de la crítica: la eficacia y la eficiencia. C) El plano de la eficacia. D) El plano de la eficiencia.

III. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que se aprobó la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LODYLE, en adelante), hemos tenido que ponernos al día respecto de su contenido cuatro veces. En esta última ocasión, fruto de la reforma operada por la LO 14/2003, de 20 noviembre, aparecen de nuevo numerosas cuestiones que merecen ser debatidas. Vale la pena recordar que la reforma es amplia: modifica nada más y nada menos que 31 de los 70 que contiene la LODYLE (de cuyo texto original poco quedaba tras la dilatadísima reforma operada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre), le añade otros ocho preceptos y seis disposiciones adicionales, cambia algunos aspectos de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) introduce una disposición adicional en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC, Ley 30/1992, de 26 de noviembre) e incorpora una modificación en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En primer lugar, hay que situarse en la siempre necesaria crítica externa a la ley, esto es, la que versa sobre sus objetivos. En este plano hay que distinguir entre sus objetivos inmediatos, las causas más específicas que motivan su aprobación, y las finalidades de fondo, que como en las anteriores ocasiones están referidas a la voluntad de frenar y condicionar la entrada y la permanencia de extranjeros/as en España.

Dejando de lado, al menos por el momento, esta última cuestión, donde sí merece la pena detenernos brevemente ahora es en la identificación de los objetivos inmediatos, pues sólo una vez examinados podremos pasar a la crítica más propia del análisis jurídico: la crítica interna, es decir, la que versa sobre la adecuación entre los medios y los fines propuestos en la ley.

Eduard ROIG MOLÉS acerca de las posibles causas de inconstitucionalidad de la LO 14/2003 (presentadas en un seminario realizado en la sede del Institut de Dret Públic de la Universitat de Barcelona, en diciembre de 2003).

Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, referencia: BJU 2003-06043.

II

Tomando como punto de partida los objetivos confesados por la *Exposición de Motivos* de la ley, hay que empezar cuestionando la primera de las causas declaradas: la necesidad de adaptación de la normativa a los cambios que el fenómeno migratorio, dado su carácter "mutable", exige.

El fracaso cosechado por las distintas versiones de la ley de extranjería, entendiendo como tal la no consecución de los objetivos por ella marcados, no se debe, ni mucho menos, a la mayor o menor mutabilidad del fenómeno migratorio, sino a que una realidad transversal que es fruto de la combinación de multitud de factores de distinta naturaleza difícilmente puede ser aprehendida por una norma de tipo sectorial que, además, se aleja en exceso de la realidad que pretende encauzar.

Hay que advertir, además, que el fenómeno migratorio en sí no es especialmente mutable; a lo sumo, y sin afectar a su esencia, lo que cambian son algunas de las formas que dicho fenómeno adopta a partir de la mutante normativa de extranjería, y de los mutantes criterios de aplicación que la Administración viene manejando.

Otro de los motivos alegados es el referido a la necesidad de "incorporar determinadas *consideraciones técnicas* efectuadas por el Tribunal Supremo", eufemismo con el que el legislador se refiere a la anulación de 13 preceptos del Reglamento de desarrollo de la LODYLE (RD 864/2001) como consecuencia de la vulneración, algo más que técnica, de los principios de legalidad y de jerarquía normativa, por ejemplificar el alcance de dicha contradicción[2].

Recordemos que entre tales correcciones estaban las referidas al derecho de reagrupación familiar (vinculado al derecho a la intimidad familiar); a las causas que podían generar la inadmisión a trámite de solicitudes del permiso de residencia y de trabajo (situación que incide directamente en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva); a la extensión de la posibilidad de decretar el internamiento a supuestos no previstos en la ley (concretamente a casos de devolución en los que no se hubiera vulnerado una prohibición de entrada); a la limitación de derechos de las personas ingresadas en centros de internamiento.

Finalmente, junto con la mejora de "la gestión de los procedimientos de extranjería con el objeto de ordenar adecuadamente los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquéllos", aparecen otros dos objetivos también de inmaculada oportunidad: "la mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites" y la necesidad de "luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos".

Lo que resulta más rebatible son los medios propuestos por la ley para corregir las insuficiencias de la anterior normativa y hacer frente a los objetivos planteados. Este cuestionamiento nos sitúa ya en el terreno de la crítica interna.

(2) Algunos fueron anulados por directa vulneración de derechos fundamentales. Así por ejemplo, en el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia (STS de 20 de marzo de 2003, sala de lo contencioso-administrativo, sección sexta) el Tribunal Supremo anula el artículo 38 del Reglamento por considerarlo contrario al artículo 19 de la Constitución. Dicho precepto permitía la adopción de medidas cautelares limitativas de la libre circulación dirigidas a quienes se les hubiese concedido una autorización de estancia por un máximo de tres meses pese a haber entrado con documentación defectuosa, sin ella o por lugares no habilitados al efecto.

2. LA CONTROVERTIBLE ADECUACIÓN ENTRE MEDIOS Y FINES PROPUESTOS. LA EFICACIA Y LA EFICIENCIA

A) Los medios

Con el objetivo de mejorar la gestión, ordenar adecuadamente los flujos migratorios y luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos, la reforma dispone una serie de medios que, a grandes trazos, pueden ser agrupados de la siguiente forma:

a) Reforzamiento del control de entrada: Se disponen medidas que acaban de dar forma al papel *parapolicial* de las compañías de transporte: se les impone la obligación de proporcionar a las autoridades españolas información sobre sus pasajeros, de comprobar la validez y vigencia de los pasaportes, títulos de viaje y, en su caso, del visado, y se les hace responsables de asumir los gastos que ocasione la vuelta a su país de los extranjeros rechazados por deficiencias en la documentación. A tal efecto, se incorporan como infracciones muy graves el incumplimiento de tales obligaciones, previendo multas que pueden alcanzar los 60.000 euros.

Hay que mencionar también la consolidación de la *devolución*[3] como instrumento de control de la entrada, que pasa a reunir ya todas las características de una medida sancionadora salvo en el terreno de las garantías. Así es, sin necesidad de iniciar el correspondiente procedimiento sancionador, la devolución se articula como respuesta a una infracción administrativa pudiendo conllevar el ingreso de centros de internamiento hasta 40 días y, en el supuesto referido a la entrada ilegal (por puestos no habilitados al efecto), además de la repatriación, una prohibición de entrada de hasta 3 años.

b) Más terreno a la expulsión y al internamiento: En primer lugar, se extiende la posibilidad de decretar el ingreso en centros de internamiento para todo tipo de procedimiento de devolución, y no sólo, como anteriormente, para los supuestos en los que se contraviniera una prohibición de entrada.

Por otro lado, se establece el carácter inmediatamente ejecutable de las resoluciones de expulsión dictadas en otro Estado de la UE, sin las garantías de un nuevo procedimiento en España.

Tales medidas deben sumarse a las modificaciones del Código Penal operadas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en la que se establece que "las penas privativas de libertad inferiores a

(3) Hay que recordar la configuración que la ley hace de este instituto. La LODYLE en su artículo 58 prevé la devolución para: "a) los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país". El supuesto cuya delimitación se presenta más conflictiva es el de la letra b). El Reglamento de ejecución de la LODYLE (RD 864/2001), precisa en su artículo 138 que se refiere a "los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir los requisitos de entrada". A partir de lo anterior, se puede decir que la devolución viene referida a los supuestos de *tentativa de entrada*.

seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España sean sustituidas en la sentencia por su expulsión". A diferencia con lo que sucedía antes de esta reforma, el juez debe imponer como pena la expulsión y, sólo excepcionalmente y de forma motivada, podrá exigir el cumplimiento de la pena privativa de libertad. También se prevé que la prohibición de entrada aparejada a la expulsión judicial será en todo caso de 10 años.

Por otro lado, se prevé que en caso de iniciarse un procedimiento de expulsión en vía preferente por estancia irregular, si la persona afectada demuestra haber solicitado una autorización de residencia por arraigo, el órgano competente deberá continuar, aunque de acuerdo con el procedimiento de expulsión de tipo ordinario.

Finalmente, la ley incorpora una previsión relativa a las medidas de seguridad que pueden imponerse desde la dirección de los centros de internamiento de extranjeros. Esta regulación permite la utilización de medios de contención física personal o de separación preventiva en habitáculo individual con muy escasas alusiones al procedimiento y las garantías. Así, se determina la necesidad de la previa autorización del director del centro, salvo que deban imponerse de inmediato, en cuyo caso se pondrá inmediatamente en conocimiento del director. También se establece la necesidad de que el director comunique "lo antes posible" a la autoridad judicial que autorizó el internamiento la adopción y cese de tales medidas, con expresión de su motivación. En los casos de separación preventiva, el juez deberá "en el plazo más breve posible" acordar su revocación o su mantenimiento.

c) Más control sobre la estancia irregular: Se reforma la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril) para permitir que la Dirección General de la Policía acceda a los datos del padrón municipal, previendo como garantía la necesidad de que quede constancia en la propia Dirección General de cada acceso realizado. Se establece, igualmente, que la persona extranjera sin autorización de residencia permanente, deberá renovar la inscripción en el padrón cada dos años, quedando autómaticamente cancelada la inscripción en caso contrario.

d) Contratación en origen y restricción de las vías de regularización: Se consolida como eje del control de la entrada la contratación en origen por medio casi exclusivamente del sistema contingentes. La única excepción se halla en la previsión de autorizaciones para búsqueda de empleo, de virtualidad seguramente limitada por estar vinculadas a los contingentes y restringidas a hijos y nietos de españoles (antes ya sujetos a trato preferencial) o a los supuestos que se prevean reglamentariamente.

Se recogen las limitaciones a la reagrupación familiar presentes antes en el Reglamento y que el Tribunal Supremo consideró contrarias al principio de legalidad. Concretamente, se cierra el paso a la llamada, de manera alarmista, "reagrupación en cadena". Se trata de impedir que la persona reagrupada pueda, a su vez, reagrupar a sus familiares (reagrupables, esto es, exclusivamente cónyuge, hijos menores y padres) hasta el momento en que consiga una autorización de residencia independiente, para lo que necesitará obtener una autorización para trabajar. Paralelamente, se restringe enormemente –y sin aparente justificación- la posibilidad de que los

ascendientes reagrupados puedan, a su vez, reagrupar: se les exige contar con una autorización de residencia permanente y acreditar solvencia económica.

Por otra parte, se elimina la figura de la exención de visado y se reconducen todos los supuestos al terreno de las autorizaciones de residencia por arraigo, razones humanitarias o circunstancias excepcionales, delegando por completo en el Reglamento la concreción de los requisitos necesarios para su concesión. Con ello, se elimina también la vía de regularización referida a los 5 años de permanencia ininterrumpida.

También hay que citar aquí, por ser una de las barreras a la regularización más importantes, la exigencia de comparecencia personal de los solicitantes en el momento de iniciar la tramitación de autorizaciones y visados, imponiendo como consecuencia de la no personación la inadmisión a trámite.

Es precisamente la figura de la inadmisión a trámite la última de las medidas a comentar. La reforma, justificándose en necesidades de mejora de la gestión y de simplificación de los procedimientos, introduce una serie de causas que conllevan la inadmisión a trámite de las solicitudes de autorizaciones o visados, esto es, sin conceder ninguna posibilidad de subsanación. Tales causas se hallan referidas a supuestos diversos, tales como la insuficiente acreditación de la representación, la extemporaneidad de la solicitud, la situación de irregularidad del solicitante o la falta de presentación personal, como ya se ha dicho.

B) Los dos planos de la crítica: la eficacia y la eficiencia

Existen dos planos de análisis que podrían ser distinguidos a partir de la línea que separa la eficacia de la eficiencia. Si hablamos de eficacia, sólo debemos observar si la medida resulta idónea o no para el fin que se propone. Teniendo en cuenta la eficiencia, dicha medida deberá además respetar consideraciones materiales, concretamente referidas a la salvaguarda de las previsiones constitucionales. Entre tales previsiones hay que destacar, por su relevancia, las referidas al reconocimiento de derechos y libertades así como el respeto del principio de proporcionalidad[4].

Pues bien, como a continuación se tratará de demostrar, la reforma que analizamos no resiste ni el juicio de eficacia ni el de eficiencia.

(4) Según este principio, cuando en la defensa de un determinado interés constitucionalmente protegible queden afectados otros intereses, la norma deberá optar por los medios menos lesivos; así, para que no se incurra en una vulneración de naturaleza constitucional, la limitación de determinados derechos o libertades deberá en cualquier caso justificarse en virtud de la protección de otros derechos o intereses constitucionales (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las allí citadas) y, por otro lado, deberá tratarse de medidas limitadoras proporcionadas en función del objetivo buscado (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 5 y 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6).

La diferencia está en que mientras que la demostración de la ineficacia no nos puede llevar más que a cuestionar el sentido o la oportunidad de la reforma, propugnando su pronta derogación, la ineficiencia nos obliga a plantear la necesidad de su inmediata anulación.

C) El plano de la eficacia

La reforma no es eficaz porque supone una nueva vuelta de tuerca a un sistema que lejos de suponer algún tipo de mejora en la denominada lucha contra la inmigración ilegal, lo único que ha hecho es favorecer su crecimiento.

Los datos son reveladores: en España viven 1.025.585 inmigrantes en situación irregular, número calculado a partir de contrastar los datos del padrón con los del *Registro Central de Extranjeros*, en los que figuran quienes residen con los permisos en regla[5]. La cifra se acerca cada vez más al número de personas con permiso de residencia, que el Ministerio de Interior cifra en 1.647.011 (1.240.812 si nos referimos a nacionales de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo)[6].

Veamos qué sucede con la ley que analizamos retomando los distintos bloques de medidas antes señalados:

a) Reforzamiento del control de entrada: Se ha demostrado que las causas que explican la inmigración son lo suficientemente poderosas como para superar el aumento del control de las entradas. Así, con medidas como las referidas a las empresas transportistas, lo único que se ha

(5) Datos revelados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) a 28 de enero de 2004. Según esta misma fuente, en 2003 el número total de personas extranjeras, tanto en situación regular como irregular, creció un 35,12%. De cada 10 personas empadronadas 8 fueron inmigrantes (694.651 personas sobre 879.170). Con tales cifras, dicho colectivo representa el 6,26% del total de la población. Distinguiendo por nacionalidades, el colectivo ecuatoriano es ya el más numeroso, después de experimentar en el último año un crecimiento del 40% hasta alcanzar los 390.199 (14,6% del total de extranjeros), más de la mitad de los cuales de halla en situación irregular. Pasa al segundo lugar el colectivo marroquí, con 378.787 (el 14,17%) personas empadronadas, siendo aproximadamente 45.000 quienes carecen de autorización de residencia. Le siguen el colectivo colombiano (9,15%), el británico (6,04%) y el rumano (5,14%). Finalmente, la misma fuente constata que exceptuando Cantabria y Extremadura, todas las comunidades tienen más de la cuarta parte de extranjeros en situación irregular.

(6) Según datos del "Balance 2003" publicado por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, del Ministerio del Interior. Los datos recogidos en dicho informe apuntan que en el 2003 las personas con tarjeta o permiso de residencia en vigor se han repartido de la siguiente manera: 406.199 nacionales de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo, 154.001 de otros países europeos, 514.485 de países iberoamericanos, 432.662 procedentes de países africanos, 121.455 de países asiáticos, 16.183 de Estados Unidos o Canadá, 1.018 de Oceanía y 1.028 personas sin constancia de nacionalidad. En cuanto al número de personas con autorización para residir y trabajar, a noviembre de 2003 se cifraban oficialmente en 963.055, distribuidas de manera muy dispar (Madrid y Barcelona reúnen cerca del 40%), cifra que supone un 5,71% del total de trabajadores y trabajadoras.

conseguido es reforzar el papel de las redes clandestinas de transporte de inmigrantes[7] y, con ellas, el número de muertos y desaparecidos en aguas del estrecho y de las Canarias[8].

b) Más terreno a la expulsión y al internamiento: También la experiencia de la aplicación de la normativa española de extranjería ha puesto de manifiesto que la expulsión como respuesta a la irregularidad no consigue frenar su crecimiento, tanto por la llegada de nuevos inmigrantes en situación irregular como por la propia dificultad práctica de llevarla a cabo (se calcula que llegan a ejecutarse menos del 30% de las expulsiones dictadas). Además, el hecho de seguir centrando los esfuerzos en las órdenes de expulsión lleva a la creación de un nuevo tipo de sujeto jurídico (que viene a ser algo así como una *infrapersona*): el *expulsado inexpulsable*. Consideraciones éticas al margen, esta realidad supone la más clara negación de cualquier razón jurídica. Un verdadero *Guantánamo* incrustado en nuestro sistema.

c) Más control sobre la estancia irregular: El acceso de la policía a los datos del padrón es una medida ineficaz para la detección de inmigrantes en situación irregular sencillamente porque si alguna vez llegara a tener algún fruto, acto seguido provocaría que los extranjeros sin autorización de residencia dejarían de empadronarse. Por lo tanto, el único efecto que puede esperarse es el alejamiento y la invisibilidad de tipo oficial y también social y jurídica de quienes se hallan en situación irregular.

d) Contratación en origen y restricción de las vías de regularización: La práctica desaparición de los supuestos de regularización y la permanencia del modelo de contratación en origen como único sistema supone ahondar en un sistema deshauciado. El fantasma del *efecto llamada* sigue apareciendo ante cualquier propuesta que apunte hacia un sistema de contratación en destino y dé cabida a vías de regularización. Pero a estas alturas pocas dudas pueden quedar ya respecto a que el verdadero efecto llamada es el producido por la desigualdad de desarrollo económico, el contexto político y la posibilidad de encontrar trabajo una vez aquí.

Sabemos que en la actualidad, aun sin las autorizaciones correspondientes y pese a la discontinuidad y la explotación laborales, el extranjero acaba encontrado algún trabajo que le permite sobrevivir y enviar dinero a sus familiares. Ése es el verdadero efecto llamada y no está ligado al mayor o menor cierre de fronteras o a las mayores o menores dificultades que los inmigrantes hallen en territorio español, sino a un tipo de mercado laboral que no va a cambiar mientras

(7) El mismo Informe recién citado reconoce que en 2003 se ha dado con respecto a 2002 un incremento del 15,03% en el número de personas que trataban de entrar ilegalmente en España. Por otro lado se cifra en 667 el número de redes de tráfico con inmigración irregular desarticuladas a lo largo de 2003. Finalmente se da noticia de la apertura de nuevos centros de internamiento en Algeciras y Tenerife y de la implantación del *Sistema de Vigilancia Exterior* (SIVE), al que se ha destinado en 2003 un presupuesto de más de 29 millones y medio de euros (cifra que se acerca a los 5.000 millones de las antiguas pesetas).

(8) El número de inmigrantes muertos o desaparecidos al intentar alcanzar las costas españolas ascendió en 2003 a 236, según las cifras oficiales recogidas en el informe de la *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía* "El Estrecho, la muerte de perfil" (donde la misma organización estima que el número podría elevarse a más de 300). Esta cifra supone más del doble de los fallecidos en 2002, 152 en total (oficialmente).

se siga apostando por el actual modelo de desarrollo económico; un modelo que ha optado, en el marco de las exigentes condiciones impuestas por la integración económica y monetaria europea, por lograr competitividad a partir de la explotación laboral, especialmente, aunque no sólo, de los trabajadores inmigrantes. No en vano, España se sitúa en los primeros lugares de países industrializados donde la economía sumergida tiene mayor peso[9], con los efectos que ello comporta[10].

D) El plano de la eficiencia

Como se ha indicado, el segundo plano de análisis se sitúa en las exigencias materiales que la Constitución plantea como irrenunciables, y que la normativa de extranjería no puede sortear. Hay que recordar que el legislador, amparándose en el principio de soberanía estatal, no puede regular libremente las condiciones de entrada y permanencia de las personas extranjeras en territorio español. En virtud del artículo 13.1 de la Constitución, que explícitamente reconoce a los extranjeros como titulares de todos los derechos del título I (a excepción de los del artículo 23, menos el sufragio activo y pasivo en elecciones municipales), el contenido de los derechos constitucionales se erige como límite a la acción del legislador.

Si bien es cierto que el propio artículo 13.1 establece que las condiciones de ejercicio de tales derechos atenderán a los "términos que las leyes y los tratados establezcan", de ahí no se deriva, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC), la total libertad del desarrollo legislativo: si bien, *a priori*, puede caber un régimen de ejercicio distinto para los extranjeros, el conte-

(9) Según recoge la revista electrónica expansión.com (www.expansiondirecto.com, visitada el 2 de marzo de 2004), "la economía sumergida en España siguió en aumento entre 1998 y 2000, año en el que llegó al 22% del PIB, según los últimos datos de la Comisión Europea. El estudio señala que la actividad de carácter irregular en España es, proporcionalmente, una de las mayores de la UE, por una cuantía que supera los 120.000 millones de euros, y se concentra en la agricultura y la construcción. La Comisión Europea cree que, lejos de haberse recortado el volumen de economía sumergida en España, se ha incrementado entre 1998 y 2000. Los últimos datos de la UE reflejan que frente a un dato de mercado oculto de un 15% del PIB en 1998, las actividades irregulares podían suponer en 2000 hasta un 22% del PIB (...). La economía sumergida española se encuentra, de esta forma, en la misma banda que la que soportan Portugal o Bélgica. Los tres países ya se encontraban en 1998 compartiendo el mismo nivel, con un 15%, y dos años después han visto aumentar su mercado oculto en siete puntos, según los datos recabados por los equipos de la Dirección General de Empleo de la Comisión Europea. A la cabeza de esta clasificación y como país más afectado por el trabajo no declarado se encuentra Grecia, con una tasa del 30% del PIB. En el polo opuesto, el del país más saneado, se sitúa Austria, con únicamente un 8%. Los principales motores de la UE, Alemania y Francia, quedan en el centro de la tabla, ambos con un 10% de mercado negro, y Reino Unido, con un 13%".

(10) Como por ejemplo se constata en el aumento de los índices de precariedad y accidentalidad laborales que afectan a todos los trabajadores y trabajadoras. Según datos de *Eurostat* referidos a 2002, España es el país de la UE con mayor porcentaje de empleos temporales y con contratos de menor duración (en España, según datos recientes del sindicato UGT, algo más de la mitad de los contratos temporales duran menos de un mes y más de las tres cuartas partes duran menos de tres meses). Tal precariedad tiene efectos en el terreno de la accidentalidad: según denuncia el sindicato CC.OO. con base en los datos publicados por el Ministerio de Trabajo y *Eurostat*, en los primeros siete meses de 2003, 687 personas murieron en su centro de trabajo. Por su parte, el sindicato UGT constató en una nota de prensa de 5 de marzo de 2003, que en 2002 un total de 1.831.938 trabajadores sufrieron accidentes laborales, causando baja laboral casi un millón (lo que supone un aumento de un 100% respecto de 1996, año de entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Uno de cada cinco accidentes laborales de la UE se produce en España: 7.600 trabajadores españoles de cada 100.000 han sido víctimas de un accidente (7,6%, frente a poco más del 4% de media europea).

nido del derecho afectado no podrá llegar en ningún caso a desvirtuarse. ¿Dónde se sitúan los límites? A grandes trazos, de la jurisprudencia constitucional se puede derivar la exigencia de que cualquier condicionante que introduzca el legislador esté justificado por la necesidad de la protección de un bien o un interés constitucionalmente relevante; supere el test de proporcionalidad entre medida y resultado pretendido y, finalmente, no desdibuje el contenido esencial del derecho afectado por la regulación. Este criterio empuja a considerar que hay una serie de derechos (aquéllos vinculables a la categoría de *derechos humanos*) cuyo régimen de ejercicio debe ser en todo caso coincidente con el referido a los nacionales, pues su naturaleza no acepta el trato diferenciado[11].

A partir de estas consideraciones previas, entramos a continuación en el análisis constitucional de las medidas adoptadas por la ley; nos situamos, pues, en el plano de la eficiencia:

a) Reforzamiento del control de entrada: Las obligaciones impuestas a los transportistas, además de suponer un injustificado traslado de responsabilidades públicas a sujetos privados, suponen un frontal ataque a las posibilidades de ejercicio del derecho de asilo, pues difícilmente alguna empresa transportista aceptará a quien no disponga del preceptivo visado, y no parece que vaya a servir demasiado, dada la cuantía de las multas, alegar la condición de perseguido político y la posibilidad de obtener asilo a la llegada. Dicha situación, que vulnera además los compromisos internacionales del Estado español en materia de asilo y refugio[12], se viene produciendo desde la aprobación de la LO 8/2000, pero con el incremento de la entidad de las sanciones la situación se agrava todavía más.

Por otra parte, se puede también sostener la afectación del derecho de libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), por cuanto las obligaciones mencionadas coartan el libre ejercicio de la actividad de un modo injustificado, tanto por el tipo de actividad impuesta a las empresas transportistas como por el carácter desproporcionado de las sanciones.

Los cambios en la devolución, otra de las medidas de reforzamiento del control de la entrada, también deben ser cuestionados por el hecho de que la nueva redacción del artículo 58.5 y 58.6 de la Ley conforman dicho instituto como una *sanción encubierta*. Debe recordarse que, tal y como está regulada, la devolución no se configura como sanción impuesta por la Adminis-

(11) Se trata de un planteamiento que requeriría una mayor fundamentación especialmente a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia, pero las características del presente trabajo lo impiden. Dicha fundamentación la he tratado de realizar, al menos en sus aspectos esenciales, en "Aproximación a la jurisprudencia constitucional sobre protección de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España", en ARBÓS, X., PANIAGUA, R. (coord.): *Derecho de la inmigración y derecho de la integración: una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*, Servei de Publicacions de la Universitat de Girona, 2002.

(12) Instrumento de 22 de julio de 1978, de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (*BOE* n.º 252, de 21 de octubre de 1978).

tración tras el preceptivo procedimiento y las garantías que el mismo incorpora[13], sino como medida complementaria de los rechazos en frontera[14]. La diferencia con la expulsión, que viene a motivar las mayores garantías que acompañan a ésta, es que la expulsión se refiere a situaciones en las que, por así decirlo, se ha consolidado la estancia en España, ya sea porque la entrada fue legal o porque siendo ilegal no fue advertida de modo inmediato[15].

Pues bien, tras la reforma no queda duda de que en realidad la devolución es una sanción encubierta principalmente por dos razones: porque se prevé como medida cautelar para su ejecución el internamiento (de hasta 40 días) y, sobre todo, porque en los supuestos de tentativa de entrada ilegal se vincula a la misma una prohibición de entrada durante tres años. Aparece pues un elemento de clara naturaleza sancionadora: un efecto punitivo (ejercicio del *ius puniendi* del Estado) que limita un derecho (la libertad de circulación de la persona) como respuesta a una determinada infracción[16].

Es jurisprudencia constitucional consolidada la consideración de la expulsión como sanción administrativa[17] y la exigencia, en consecuencia, de unas determinadas garantías: la imposición de toda sanción exige la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, en donde el afectado pueda alegar lo que a su defensa considere conveniente, sin que en ningún caso se produzca vulneración del artículo 24.2 de la CE (STC 276/2000, de 14 de diciembre, FJ 7, *in fine*).

Dado que tras la reforma quedan borradas las diferencias entre expulsión y devolución por lo que al tipo de efectos se refiere, se convierte en exigencia constitucional la extensión de las garantías recién señaladas a la figura de la devolución. De lo contrario se incurre en vulneración de los artículos 24 y 25 de la Constitución (principios de tipicidad y legalidad de la

(13) En este sentido, el Reglamento de ejecución de la LODYLE (RD 864/2001) en su artículo 138 excluye expresamente la devolución de seguir el procedimiento relativo a la expulsión, sin precisar más garantías que la asistencia jurídica, gratuita si se dan las condiciones, y de intérprete, en su caso.

(14) Definición apuntada por MOYA, quien aludiendo a la noción de *retorno* (anterior denominación de la devolución y hoy equivalente a la noción de *rechazo en frontera*), nos recuerda que se trata de una "medida específicamente dirigida a alejar de España a aquellos extranjeros que hubieran entrado eludiendo o defraudando los controles fronterizos". MOYA, D.: "VIII. El retorno", en la obra colectiva coordinada por AJA, E.: *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 180 (pp. 179 a 184).

(15) Para definición legal de la devolución ver *supra* nota a pie n.º 3.

(16) Para ver el concepto de sanción administrativa empleado por el TC, merece la pena acudir a la STC 76/1990, de 26 de abril. Otros pronunciamientos del TC sobre el concepto de sanción administrativa: SSTC 111/1983; 239/1988, de 14 de diciembre; 119/1991, de 3 de junio; 319/1993, de 25 de octubre; 64/1995, de 13 de noviembre; 141/1996, de 16 de septiembre; 61/1997, de 20 de marzo.

(17) SSTC 94/1993, de 22 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo; 24/2000, de 31 de enero.

sanción administrativa, presunción de inocencia[18], culpabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem*)[19].

b) Más terreno a la expulsión y al internamiento: Sin olvidar la siempre vigente necesidad de cuestionar la constitucionalidad de la propia medida de internamiento al menos por lo que respecta a su desproporcionada duración (hasta 40 días, con diferencia la más larga de todos los países miembros de la UE)[20], lo primero que hay que hacer, refiriéndonos así sólo a las novedades que aporta la reforma, es cuestionar que dicho internamiento pueda ser decretado también para todo supuesto de devolución. Resulta fuera de toda proporción, y por tanto contrario a la libertad personal reconocida en el artículo 17 de la Constitución, la posibilidad de decretar un internamiento de hasta 40 días en el marco de la ejecución de una medida de alejamiento no entendida jurídicamente como sanción; de modo que, tal y como se ha apuntado en el anterior apartado, o bien se incorporan los supuestos de devolución al ámbito de las infracciones con su correspondiente procedimiento sancionador, o bien se reserva la devolución como mecanismo de respuesta rápida (a ejecutar en menos de 72 horas) frente a intentos de entrada en territorio español que incumplan la normativa existente.

En segundo lugar, la ejecutabilidad inmediata de la expulsión decretada en otro país de la UE puede entrar en contradicción con el derecho de tutela judicial efectiva. El hecho de que exista una Directiva comunitaria relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión[21] no implica que pueda arbitrarse sin más una vía de ejecución de una sanción sin trámite de audiencia, sin asistencia letrada y sin control judicial alguno[22].

(18) En este sentido, la STC 13/1982, de 1 de abril, declara que "el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos" (FJ 2).

(19) A la misma conclusión se llega en el "Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo Superior de la Abogacía acerca de la posible inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero". Concretamente, en dicho texto (pp. 65 y 66), recordando que la devolución se lleva a efecto por procedimiento sumario, se sostiene que "aceptar la imposición de una sanción administrativa por razones de orden público, sin observar procedimiento alguno, sin hacerse oír, y por tanto sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión (...) sería admitir las sanciones de plano, que han sido negadas por el TC en su Sentencia 18/1981, de 8 de junio".

(20) Hay que recordar, no obstante, que el TC ya se pronunció sobre esta cuestión en su STC 115/1987, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra la primera ley de extranjería (LO 7/1985). En dicha resolución, el TC aceptó la medida de internamiento de hasta 40 días como medida preventiva de la sanción de expulsión, aunque exigiendo determinadas garantías, que pasaban por otorgar la decisión a la autoridad judicial, que sólo podría tomarla si las circunstancias del caso lo justificaban.

(21) 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 países.

(22) En esta línea, el Dictamen del Consejo General de la Abogacía ya citado recuerda que en cualquier caso "antes de dictar un acto, la administración debe cumplir una serie de trámites impuestos por la propia constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponden estrictamente con derechos de los particulares, como el derecho de audiencia de los interesados (artículo 105 de la CE), en este sentido se pronuncia la STC de 31 de enero de 2000" (pp. 66 y 67).

Asimismo, resulta más que cuestionable el nuevo artículo 63.3, en virtud del cual se debe reconducir hacia el procedimiento sancionador ordinario los expedientes sancionadores preferentes de expulsión en los que la persona afectada acredite haber solicitado con anterioridad un permiso de residencia por situación de arraigo. Está fuera de toda duda que en tales casos debe exigirse no el cambio de tipo de procedimiento, sino su suspensión[23].

El principio de proporcionalidad de las sanciones[24], que el TC considera parte del contenido del artículo 25 de la Constitución, queda asimismo comprometido por la disposición del Código Penal reformado por la LO 11/2003 que establece la prohibición de entrada durante 10 años de todo expulsado como medida sustitutoria a una pena de cárcel inferior a 6 años, sin previsión alguna de graduación en función de la gravedad de la infracción[25]. Hay que recordar que anteriormente el plazo se marcaba de manera graduable entre 3 y 10 años.

(23) En este sentido la STC 94/1993, de 27 de abril, es explícita al otorgar el amparo a la demandante partiendo de que "la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario vulnera el derecho fundamental que el artículo 19 de la CE otorga limitadamente a los extranjeros". Por ello advierte de que "la suspensión cautelar decretada en su día por los Tribunales Contencioso-Administrativos impidió que tales irregularidades sumieran a la señora Venzón en una situación material de indefensión, pues la licitud de su expulsión pudo ser enjuiciada con todas las garantías antes de llevar a cabo su ejecución, forzándole a abandonar el territorio español. La razón determinante del otorgamiento del amparo estriba en que la decisión de expulsarla fue adoptada prescindiendo completamente de si tenía o no derecho a permanecer en España" (FJ 5).

(24) El TC habla del criterio de proporcionalidad "como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 19/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 138/1989, 178/1989 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, «en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental», doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos" (STC 85/1992, de 1 de julio, FJ 4).

(25) Es jurisprudencia consolidada del TC la necesidad de una predeterminación legal suficiente que gradúe con la máxima claridad posible las distintas infracciones y sus correspondientes sanciones. Concretamente, el TC considera que "la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes" comporta una exigencia de *lex certa* "que afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas. Este es, en definitiva, el significado de la garantía material que el artículo 25.1 de la Constitución establece, en atención a los principios de seguridad jurídica y libertad esenciales al Estado de derecho" (STC 219/1989, de 11 de enero, FJ 4). Hay que añadir, al hilo de esta jurisprudencia, que la reforma que analizamos sigue sin solventar la falta de regulación de los criterios de determinación del tipo de sanción a imponer en el marco de los procedimientos sancionadores administrativos que la LODYLE prevé. Se vulnera así el principio de legalidad sancionadora (artículo 25 de la Constitución) y el de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

Finalmente, la vaga regulación referida a las medidas de seguridad que pueden imponerse a las personas ingresadas en centros de internamiento presenta también problemas de constitucionalidad. Hay que recordar, que se trata de una previsión general que no precisa con suficiencia en qué supuestos dichas medidas pueden ser impuestas (qué gravedad deben reunir las actuaciones de los internos), con qué límite temporal, mediante qué procedimiento y qué tipo de quejas o recursos pueden ser planteados[26]. Tampoco se prevé posibilidad de audiencia del afectado. Por tales razones, y al margen del siempre vigente (aunque debilitado) principio de seguridad jurídica del artículo 9.3, pueden verse comprometidos los preceptos constitucionales siguientes: artículo 15 (derecho a la integridad física y moral); artículo 24 (tutela judicial efectiva), artículo 105 letra c) (derecho de audiencia en el marco de los procedimientos administrativos); artículo 106 (control judicial de la legalidad administrativa).

c) Más control sobre la estancia irregular: El acceso por parte de la policía a los datos del padrón supone una vulneración del derecho de autodeterminación informativa (*habeas data*) del artículo 18 de la Constitución, así como una merma injustificada del principio de autonomía local consagrado también en la Constitución.

Según ha establecido el TC, y así es recogido en esencia por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[27], el artículo 18.4 constitucional consagra "un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»" (STC 254/1993, de 18 de agosto, FJ 6). Así, "la garantía de la intimidad, *latu sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención" (STC 11/1998, de 12 de febrero, FJ 4)[28].

(26) Ni siquiera se opta por incorporar las garantías de la regulación de las medidas análogas presentes en la normativa penitenciaria que, entre otras cosas, establece para el aislamiento un plazo máximo de 14 días, ampliable 7 días más en caso de reincidencia (artículos 41 y 42.1 y 2 de la LO 1/1979, de 29 de septiembre, General Penitenciaria).

(27) Esta Ley Orgánica establece además de manera explícita una prohibición general (salvo fines estadísticos y de elaboración del censo electoral) de cesión de datos entre Administraciones para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que traten materias distintas (artículo 21). Asimismo, en su artículo 22.2 dispone que "la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales...".

(28) A mayor abundamiento, ver la STC 292/2000, de 4 de enero, en la que el TC resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal constatando la existencia de vulneraciones del derecho fundamental a la protección de datos personales. Entre sus consideraciones, merece la pena destacar la referida a la necesidad de dar forma al contenido del 18.4 de acuerdo con la normativa internacional y comunitaria, y concretamente: la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los

Es cierto que, como cualquier otro, el derecho de libertad informática puede ser limitado en atención a la protección de otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando no quede afectado su contenido esencial y la medida restrictiva sea proporcionada al fin perseguido. La duda que se plantea es si la expulsión de quienes se hallan en situación irregular en territorio español constituye un interés lo suficientemente relevante como para justificar una intromisión como la que viene siendo analizada. El TC ha declarado en numerosas ocasiones que la paz social y la seguridad ciudadanas son bienes constitucionalmente relevantes que pueden dar cobertura a aquellas medidas restrictivas de derechos encaminadas a la persecución y sanción de las conductas delictivas[29].

Ahora bien, no cabe confundir irregularidad con criminalidad, en ningún caso y menos jurídicamente. Incluso, el TC se ha hecho eco de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "quien refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 de la CEDH, aplicable también al tráfico de datos de carácter personal, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (...) o la persecución de infracciones penales (...), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y *que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito* (...)"[30].

Por todo ello, la persecución de un incumplimiento de la normativa de extranjería a través de una tan frontal restricción del contenido de un derecho fundamental no resulta acorde con la Constitución, especialmente, aunque no sólo, porque dicha persecución cuenta con otros medios menos lesivos y porque, como se ha señalado con anterioridad, cabe dudar de la eficacia misma que el acceso a los datos del padrón por parte de la policía pueda llegar a tener.

Al margen de lo anterior, el acceso policial a los datos del padrón tiene como efecto directo el grave entorpecimiento del derecho a la protección de la salud (artículo 43 de la Constitución) y a la educación (artículo 27 de la Constitución), puesto que son derechos cuyo ejercicio concreto

Ficheros Computadorizados de Datos Personales; en el ámbito europeo, el Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981; por último, en el ámbito comunitario, la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo artículo 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto.

(29) De manera específica, en la recién citada STC 292/2000, el TC advierte que "en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE (por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3; ATC 155/1999, de 14 de junio)" (FJ 9).

(30) De nuevo, STC 292/2000, de 4 de enero, FJ 9. La cursiva es añadida. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a la que el TC hace referencia es la siguiente: caso *X* e *Y*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987, 47 y sigs.; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; caso *Funke*, de 25 de febrero de 1993; caso *Z*, de 25 de febrero de 1997.

requiere, como elemento necesario para la gestión de los servicios públicos, la inscripción en el padrón. En este sentido, en la legislación catalana, por ejemplo, se establece de modo explícito la vinculación entre el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria y la inscripción en el padrón[31].

d) Contratación en origen y restricción de las vías de regularización: La consolidación del sistema de contratación en origen y la gestión consular como llave, así como su combinación con la exigencia de personación y el recurso a la inadmisión a trámite compromete también previsiones constitucionales. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la regulación de las condiciones que han de permitir la obtención de un visado para residir y trabajar no puede responder, pese a lo que en ocasiones pueda parecer, a una sola lógica de control y restricción de la entrada de inmigrantes de origen extranjero y de protección de la mano de obra del mercado estatal.

No es así. Junto con la posibilidad de dotar a la Administración de instrumentos de control, existe una confluencia de intereses diversos que merecen también protección, y que sin duda deberían hallarse en la *voluntas legis*, como son dos derechos constitucionalmente recogidos: la libertad de empresa (artículo 38) y el derecho al trabajo (artículo 35).

A partir de ahí, es posible responder frente a la posibilidad de que la Administración cierre el paso a las ofertas de tipo nominativo, esto es, las dirigidas por el empleador a una persona concreta. Hay que recordar que tras la aprobación de la LO 8/2000 de reforma de la LO 4/2000, la Administración optó por restringir los permisos de trabajo otorgados vía contingentes a ofertas de tipo genérico, cercenando una faceta importante del derecho de libertad de empresa, cual es la referida a la elección del trabajador (que a su vez también ve afectado su derecho al trabajo)[32]. Pues bien, lo que aquí se defiende es la posibilidad de cuestionar la adecuación constitucional de la permisividad de la ley frente a dichas medidas.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la protección del contenido del derecho al trabajo y a la libre empresa no tiene por qué interferir con la salvaguarda de un bien constitucionalmente protegible, como es la preferencia de acceso al trabajo de la mano de obra existente en el mercado laboral estatal. No en vano, a tal efecto la ley establece la necesidad de tener en cuenta la "situación nacional de empleo" (artículo 38.1 de la LODYLE), aspecto independiente del carác-

(31) El artículo 7.1 del Decret 188/2001, de 26 de junio, *dels estrangers i la seva integració social a Catalunya* establece que El *Departament de Sanitat i Seguretat Social* de la Generalitat debe garantizar el derecho de los extranjeros que se encuentren en Catalunya "inscritos en el padrón de un municipio en el que residan habitualmente, a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos...".

(32) Concretamente, esta práctica quedó formalizada en la Resolución que publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de convocatoria del contingente para 2002, que en su punto cuarto preveía explícitamente que su objeto estaba constituido solamente por ofertas de tipo genérico. Una explicación del alcance de la contradicción de tal previsión con las disposiciones de tipo reglamentario, legal y constitucional puede hallarse en un texto de quien suscribe el presente: "Política de extranjería y derechos constitucionales: una cuestión de ilegalidad y de inconstitucionalidad", *Jueces para la Democracia*, n.º 44 (julio/2002), pp. 37 a 42. Tal contradicción sería además advertida judicialmente, en primer término por el Juzgado de lo Contencioso n.º 2 de Valencia que en sentencia de septiembre de 2002 consideró inaplicable la Resolución que comentamos por contrariar la LODYLE y su Reglamento de ejecución.

ter genérico o nominativo de la oferta y solventado en el pasado con la necesidad de los previos informes de las oficinas provinciales del INEM y el papel decisorio del Ministerio de Trabajo.

Hay otra cuestión que merece la pena no olvidar: el hecho de que la reforma acentúe el protagonismo de los visados como eje del control de los flujos migratorios viene, entre otras cosas, a reforzar la trascendencia del carácter no recurrible de las resoluciones en materia de visados de residencia y trabajo, una previsión introducida en la LODYLE por la LO 8/2000 cuya posible contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva le valió para ser incluida en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la mencionada ley (aún pendiente de resolución).

En segundo término, la restricción de las vías que permiten la reagrupación familiar, puede hallar dificultades de adecuación constitucional por suponer una limitación injustificada al derecho de intimidad familiar y personal (artículo 18) y, a partir de ahí, de la libertad de circulación (artículo 19). De acuerdo con la consideración de la vida en familia como parte del contenido del derecho de intimidad (de acuerdo con lo que dispone el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)[33], y al margen de la siempre vigente crítica al concepto restrictivo y tajante de familiares reagrupables, hay que cuestionar el propio objetivo declarado de evitar las llamadas "reagrupaciones en cadena". Tal objetivo no es justificable puesto que supone la total subordinación del derecho de vivir en familia a las exigencias de una determinada concepción de la política migratoria. Además, la exigencia de suficiencia de medios económicos de quien pretenda reagrupar ya implica un tamiz más que suficiente para seleccionar los supuestos en los que la reagrupación va a poder realizarse en condiciones óptimas[34].

Las previsiones en materia de reagrupación familiar dan pie a otras situaciones igualmente problemáticas. En primer lugar, hay que mencionar la situación del menor reagrupado que, por no conseguir autorización para trabajar, al acceder a la mayoría de edad pasa a estar en situación irregular. También es rebatible la situación de dependencia en que se sitúa al cónyuge reagrupado que no consiga autorización de residencia independiente: la obsesión por cerrar las vías de entrada y permanencia (en este caso, el miedo a los matrimonios de conveniencia como vía para conseguir la residencia), acaba convirtiendo a la legislación de extranjería no sólo en una norma que atenta contra el derecho de vivir en familia, sino que también afecta a la

(33) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido que el derecho a la reagrupación familiar forma parte del contenido del artículo 8 CEDH. A partir de ahí, ha ido consolidando una interpretación amplia del concepto de vínculo familiar, como lo demuestra la consideración de vínculo familiar no sólo en los supuestos de matrimonio, sino también aquellos supuestos de convivencia de hecho suficientemente acreditada de existencia de una vida familiar; es decir, el TEDH ha establecido un concepto bastante amplio de lo que debe entenderse por familia. En este sentido puede consultarse la Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz*, *Cabales* y *Balkandali*, parágrafos 62 y 63.

(34) En la misma línea, e incluso con mayores razones, debe rechazarse la limitación de reagrupar dirigida a ascendentes que hayan sido a su vez reagrupados. Si recordamos, se exige que cuenten con un permiso de tipo permanente, además de medios de vida suficientes. El objetivo, al parecer, es cerrar el paso a la reagrupación de los abuelos o de los hermanos o hermanas de quien hubiese reagrupado a sus padres, necesidad no justificable ni tan siquiera por el número de supuestos a los que afectaría. No en vano, la ley exige acreditar suficiencia económica, algo complejo si pensamos que previamente para haber podido ser reagrupados tendrían que haber acreditado su dependencia económica respecto del hijo o hija reagrupante.

libertad de deshacer el vínculo familiar conyugal, algo que puede perfectamente reforzar situaciones de subordinación todavía hoy frecuentes en la relación conyugal. La propia LO 14/2003 reacciona, aunque en un momento algo tardío, previendo la concesión de una autorización de residencia independiente para el cónyuge víctima de malos tratos desde el momento en que se dicte una orden de protección a favor de la misma (nuevo artículo 19.1).

Por otro lado, hay que referirse a la exigencia de la presentación personal del solicitante de prácticamente todo tipo de visado o autorización de residencia y de trabajo[35]. En el caso de las autorizaciones de residencia y trabajo, en vulneración del principio constitucional *pro actione* o de antiformalismo[36], se restringen además los lugares de presentación a los registros de los órganos competentes para su tramitación, apartando de nuevo a la extranjería del régimen general[37].

En primer lugar, hay que reparar en que la obligatoriedad de la presentación personal de las solicitudes supone una excepción dentro de la regulación general de la relación entre administrado y Administración. Esta excepción se justificaría, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la ley, en la necesidad de poner freno a las prácticas fraudulentas de quienes (gestores, abogados, se entiende) sacan partido creando falsas expectativas, así como en la conveniencia de que la Administración pueda tener un contacto directo con el solicitante. Se trataría, en definitiva, de proteger el interés del solicitante.

Al margen de las irregularidades que se dieron en el procedimiento que llevó a la aprobación del precepto que analizamos[38], hay que señalar la incongruencia de que se exija la presentación

(35) Las únicas excepciones a las que se da cabida son las referidas a las solicitudes y recogida del visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, casos en los que se permite que los trámites se realicen mediante representación debidamente acreditada. También se prevé que "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 (...) podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado". En todo caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir en cualquier momento la comparecencia del solicitante.

(36) La jurisprudencia constitucional viene rechazando con claridad toda normativa o interpretación formalista que dificulte la acción administrativa o judicial impidiendo llegar a una resolución sobre el fondo de la petición. SSTC 78/1992, de 15 de abril; 120/1993, de 19 de abril; 132/1997, de 15 de julio y 207/1998, de 2 de diciembre. Así ha sido recogido por el Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo Superior de la Abogacía, ya citado.

(37) El artículo 38.4 de la LRJAP y PAC establece que "los ciudadanos tienen derecho a presentar las solicitudes (...) a) en las oficinas de registro del órgano administrativo al que se dirijan; b) en las oficinas de registro de cualquier órgano administrativo perteneciente a la Administración General del Estado...; c) en las oficinas de correos, en la forma establecida reglamentariamente (...) 2. Asimismo, los ciudadanos pueden presentar solicitudes (...) dirigidas a la Administración General del Estado y a sus Organismos públicos... a) en los registros de las Administraciones de las Comunidades Autónomas; b) en los registros de las entidades que integran la Administración local, siempre que previamente se haya suscrito el correspondiente convenio".

(38) En la aprobación de la disposición adicional tercera de la LO 14/2003 se produjo una frontal vulneración de las normas de procedimiento. En el debate en el Congreso, el Grupo Socialista presentó una enmienda según la cual se eliminaba el advebio "personalmente" en el primer párrafo de la disposición adicional tercera (el referido a los supuestos en los que el solicitante se halle en España), de modo que la única exigencia era que la solicitud se presentara en los registros de los

personal tanto en los supuestos en los que el solicitante se halle en España como en el extranjero. Si alguna motivación puede llegar a tener la imposición de la presentación personal, es la de impedir supuestos de regularización encubierta como los que se daban con anterioridad[39], de modo que debería, en todo caso, quedar restringida a los casos en los que la presencia del solicitante en su país de origen sea requisito ineludible para la concesión del visado.

Pero incluso para estos supuestos, la exigencia de la presentación personal afecta de lleno a los derechos cuyo ejercicio se impide (libertad de circulación, derecho al trabajo, intimidad familiar, según el tipo de visado). Hay que tener en cuenta que la consecuencia de la no presentación personal es la inadmisión a trámite de la solicitud, sin que se pueda subsanar mediante la comparecencia personal posterior (antes de la concesión del visado), posibilidad que la propia disposición adicional tercera prevé para los supuestos en los que se excusa la presentación personal y que el artículo 25.3 de la LODYLE admite de manera general para todo tipo de visados. De este modo, la quiebra de la igualdad con el resto de supuestos no queda suficientemente justificada puesto que para lograr el fin propuesto (asegurar el cumplimiento del requisito de la presencia en el país de origen) no hace falta llegar al extremo de la inadmisión a trámite.

Y lo mismo sucede con la exigencia de presentación personal cuando el solicitante se halla en España. No parece que esta carga añadida pueda justificarse por la necesidad de evitar engaños y menos como medio para simplificar y dotar de mayor agilidad a los procedimientos administrativos puesto que, entre otras cosas, impide la posibilidad de la presentación conjunta de solicitudes por medio de organizaciones de asesoría a inmigrantes, abogados o gestores.

Además, hay que tener en cuenta que respecto de la solicitud de las autorizaciones para trabajar por cuenta ajena, el sujeto legitimado es el empleador. Pues bien, de nuevo rompiendo sin justificación alguna el criterio general y atentando de manera directa el principio de antiforma-

órganos competentes para su tramitación. Tanto en el Informe de la Ponencia como en el Dictamen de la Comisión Constitucional, desapareció el mencionado adverbio y en el debate en el Pleno del Congreso se aprobó el texto "sin modificaciones con respecto al texto del Dictamen de la Comisión". ¿Cómo se reintrodujo la exigencia de la presentación personal? No como enmienda sino mediante una corrección de errores en el Senado, lo que implicó que no se sometiera a nueva aprobación por el Congreso. Dada la entidad de la modificación, parece claro que estamos ante una vulneración del artículo 81.2 de la Constitución, referido al procedimiento de la legislación orgánica, y del artículo 90, donde se contienen las reglas generales sobre procedimiento legislativo. Así lo indicó el profesor Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, en la misma Jornada en que se presentó la ponencia que da pie al presente texto.

(39) Recordemos: ante la dificultad de conseguir el visado para residir y trabajar, la persona entraba como estudiante, como turista o de manera ilegal y después, una vez en territorio español, trataba de reunir los requisitos para solicitar dicho visado, aunque sin arriesgarse a volver a su país hasta tenerlo concedido, de modo que la solicitud ante el consulado la debía realizar por medio de un representante. Así pues, el motivo de cerrar el paso a este *modus operandi* estaría, de nuevo, en mitigar el "efecto llamada" de una normativa que al permitir posteriores vías de regularización, no desanima suficientemente las entradas sin las autorizaciones preceptivas. Hay que recordar que la LO 8/2000 introdujo la exigencia de que los contingentes fueran realmente dirigidos a quienes "no se encuentren en España", y dado que los contingentes se convirtieron en casi la única vía para conseguir el visado de residencia y de trabajo, la mayor respuesta a los supuestos de regularización mediante representante ya se había efectuado. Con la LO 14/2003 lo que se hace es convertir el requisito de la presentación personal en principio general en materia de extranjería, referido por igual a quienes se hallen en España o en el extranjero.

lismo que debe guiar cualquier procedimiento administrativo, la disposición que analizamos no permite una representación que no sea la del administrador o apoderado mediante poder notarial inscrito en el Registro Mercantil, no previendo además posibilidad alguna de subsanación[40].

Junto con la falta de presentación personal de la solicitud, la reforma que analizamos dispone un listado de causas de inadmisión a trámite de las solicitudes de visados o autorizaciones que presenta también serios problemas de constitucionalidad. En virtud de la nueva disposición adicional cuarta, son causa de inadmisión a trámite, no sólo las ya recogidas en la regulación general de procedimiento administrativo[41], sino otras previstas sólo para el régimen de extranjería.

Según el punto 4, se inadmitirá a trámite cualquier solicitud "cuando conste en 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". Difícilmente se puede argumentar que esta previsión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Este último principio, como hemos tenido ocasión de constatar más arriba, no sólo se refiere al proceso penal, sino también al procedimiento administrativo sancionador e incluso a procedimientos que aun no ser estrictamente de tipo sancionador tienen cierta vinculación y acaban comportando consecuencias perjudiciales para la persona afectada[42].

Incluso en el caso en que ya exista orden de expulsión, dado su carácter recurrible (en sede administrativa y contencioso-administrativa), no hay justificación para que en lugar de la admisión y posterior suspensión del procedimiento hasta el momento de la resolución, la única respuesta posible sea la inadmisión a trámite.

Pero aun en los supuestos en los que la orden de expulsión sea firme, cuando ésta no se ejecuta por inactividad de la Administración, no puede admitirse que además se barre el paso a cual-

(40) Como advierte el profesor AGUADO I CUDOLÀ en el texto de la ponencia ya mencionada, hay que recordar que la normativa de la Seguridad Social, y concretamente el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, se establece en el caso en que el empleador que deba dar de alta a sus trabajadores sea persona jurídica, "se acreditará la condición de empresario mediante escritura de constitución o certificación del registro correspondiente", además de "la identificación de la persona natural que formula la solicitud de inscripción y el título jurídico en virtud del cual la efectúa". Además, se prevé explícitamente que en los casos en que dicha documentación no se presentara, la Administración concederá siempre un plazo de diez días para la subsanación de tal defecto de forma.

(41) Esto es, cuando se trata de "solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento" (artículo 89 de la LRJAP y PAC) y en los supuestos de extemporaneidad, falta de competencia o falta de legitimación del solicitante, causas previstas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que jurisprudencialmente se vienen aceptando para el procedimiento administrativo. Así se recoge en el Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo Superior de la Abogacía, citado con anterioridad.

(42) Merece la pena en este punto acudir a MOYA, D.: "El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Justicia administrativa*, 8 (julio/2000), pp. 279 y 280.

quier solicitud, incluso de arraigo, durante los 10 años que deben transcurrir para que la orden de expulsión prescriba. No prever absolutamente ninguna salida a dicho supuesto, implica una vulneración del derecho de libre circulación, de acceso al trabajo y de todos los demás derechos negados a quien está en situación irregular.

El punto 7 se refiere a los casos en los que los solicitantes "se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 31, apartado 3". Sin duda, no se entiende que, salvo la obvia excepción de la solicitud de residencia por arraigo, la persona en situación irregular no pueda solicitar otro tipo de reconocimientos que pueden darse desde la irregularidad, como las revocaciones de las denegaciones de solicitudes o de órdenes de expulsión, o la solicitud de documentación. Y en cualquier caso, incluso forzando una interpretación que admitiera los supuestos recién señalados, sigue resultando desproporcionada una medida tan restrictiva que afecta directamente al derecho de los administrados a recabar una resolución motivada, lo que comporta una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva[43].

En definitiva, las especialidades introducidas en el procedimiento administrativo de extranjería, al margen de la problemática adecuación a las previsiones constitucionales en los términos que han sido reflejados, suponen una "huida del procedimiento administrativo común"[44] carente de justificación y atentatoria, por su corte restrictivo, del derecho de tutela judicial efectiva. Para que no quepa duda, la LO 14/2003 introduce una nueva disposición adicional a la LRJAP y PAC, la decimonovena, en la que se establece su carácter supletorio frente a la normativa específica de extranjería. Hay que considerar que el carácter común del procedimiento administrativo es un principio protegido por la Constitución, que en su artículo 149.1.18 no sólo establece un título competencial a favor del Estado, sino un mandato al legislador para que en todo caso garantice "un tratamiento común ante las Administraciones públicas", de lo que se deriva una consideración restrictiva, y necesitada de suficiente justificación, de toda excepción que se prevea[45].

Para concluir con el análisis, hay que referirse a un último aspecto: de nuevo, el legislador se desentiende en parte de su responsabilidad, y con ello vulnera la vertiente material del principio de legalidad, al exigir al reglamento, especialmente en materia de autorizaciones, una verdadera tarea innovadora que va más allá de la labor de desarrollo. Así se produce al no determi-

(43) Ver, en este sentido, la STC 115/1984, de 3 de diciembre, entre otras.

(44) En tales términos se expresa el Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo Superior de la Abogacía que viene siendo citado.

(45) En este sentido, resulta clara la Exposición de motivos de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, cuando hace referencia a que "la Ley recoge la concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías". Igualmente, el TC en su STC 227/1988, de 29 de noviembre. Merece la pena acudir a MARTÍN RETORTILLO, S.: "Reflexiones sobre el «procedimiento administrativo común»", *Revista de Administración Pública*, 131 (1993).

nar con suficiencia las líneas maestras de cuestiones de la trascendencia de la autorización para trabajar por cuenta propia (artículo 37 de la Ley)[46] y los supuestos que pueden dar a la concesión de autorizaciones de residencia por arraigo, razones humanitarias u otras causas (artículo 31.3 de la Ley)[47], o al remitir de manera abierta al Reglamento la regulación de la duración de las autorizaciones para residir derivadas de la concesión de los visados, así como las condiciones de las renovaciones y del cambio de tipo de autorización para residir. Hay que recordar que la protección del principio de legalidad en su sentido material fue, en buena medida, lo que llevó al TS a la anulación de parte del RD 864/2001.

III. REFLEXIONES FINALES

Volviendo al planteamiento inicial, una vez realizada una crítica interna a la ley se pone de manifiesto la más absoluta de las ineficacias y la más preocupante de las ineficiencias de la reforma y de la LODYLE en su conjunto.

La LODYLE, pese o gracias a sus sucesivas reformas, se convierte así en uno de los fracasos más evidentes de la historia legislativa reciente, a no ser que los objetivos identificados al inicio de este trabajo, que son los extraídos de la Exposición de Motivos, no sean en realidad los verdaderos objetivos que subyacen en la ley. Si los objetivos son otros, como por ejemplo consolidar un determinado modelo de desarrollo económico y de transformación de las relaciones sociales y laborales; o si entre los objetivos se halla el de sacar un beneficio electoral, entonces la ley no sólo no sería un fracaso sino que se trataría de uno de los instrumentos normativos más perfectos puestos en práctica en los últimos tiempos.

Respecto del modelo económico, no se puede olvidar que el mismo se inserta en un contexto global y europeo muy específico. No está de más recordar que según el borrador constitucional elaborado por la *Convención sobre el futuro de Europa*, la construcción de Europa pasa por la defensa ante todo de la "alta competitividad" (Parte I, artículos 3.2 y 3.3).

(46) Simplemente se prevé que "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". De este modo, la ley parece permitir al Gobierno condicionar libremente la concesión del permiso por cuenta propia, situación contraria al principio de legalidad, que referido a la regulación de los derechos del capítulo segundo del título primero de la Constitución (entre los que se encuentra el derecho al trabajo, artículo 35), supone una reforzada reserva material de ley y no sólo formal.

(47) Como señala el profesor ROIG, "el silencio legal (...) ha dado ya lugar a un desarrollo reglamentario polémico y a una práctica administrativa francamente discutible. En efecto, el concepto de arraigo resulta excesivamente abierto para agotar por sí mismo la regulación legal: o bien debe identificarse con un concepto tradicional de arraigo desarrollado esencialmente en la práctica judicial bajo la ley de 1985, o indefectiblemente resulta en realidad una remisión prácticamente en blanco al reglamento que le confiere su auténtico contenido (...). El uso de un concepto jurídico indeterminado, como pudiera ser el arraigo (...), se justifica tan sólo en la necesidad de concreción en la práctica administrativa, y no en la posibilidad de desarrollo de segundo grado (...). Toda norma abstracta que pueda precisar la noción de arraigo debe incluirse en la norma legal que en caso contrario se convierte en una habilitacion indeterminada al reglamento". Se trata de consideraciones realizadas por el profesor Eduard ROIG MOLÉS en un documento de discusión presentado en un seminario realizado en la sede del *Institut de Dret Públic de la Universitat de Barcelona*, en diciembre de 2003.

En relación con el beneficio electoral que las reformas en materia de extranjería puedan tener, cabe constatar que el anuncio de la última reforma se hizo en un mitin del presidente del Gobierno Jose María Aznar y se formalizó en un Consejo de ministros dos días antes de las elecciones municipales y autonómicas de mayo de 2003. Tal uso electoralista, también afectó de lleno al debate parlamentario de la LO 4/2000, meses antes de las elecciones generales de 2000, en las que uno de los ejes de la campaña del partido con mayoría parlamentaria fue la promesa de inmediata reforma de la ley recién aprobada.

En este sentido, se ha instalado en el discurso político la apelación al miedo en un país que, pese a la rapidez de las transformaciones, todavía tiene una de las tasas de inmigración más bajas de Europa occidental, esa Europa a la que, en teoría, hay que aproximarse como sea y cuanto antes mejor. En este sentido, se reiteran alusiones al "umbral de tolerancia de la sociedad española" o recordatorios de que "la capacidad de acogida no es ilimitada"; o se insiste en la vinculación entre delincuencia e inmigración, y así se muestra no sólo en el lenguaje político sino también en el normativo, como lo pone de manifiesto la versátil LO 11/2003 *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; o entre terrorismo e inmigración, una asociación extremadamente preocupante por sus efectos en la convivencia ya impulsada antes de los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004.

Ante esta situación, en líneas generales, el hasta las elecciones del 14 de marzo principal partido de la oposición, el PSOE, ha venido tratando de postularse casi únicamente como más eficaz en la misma política de supuesto control. Hay que recordar que la LO 14/2003 ha contado para su aprobación con los votos del grupo parlamentario socialista, apoyo que podría entenderse en clave de vía para suavizar algunas de las previsiones más agresivas. Sucede, no obstante, que también aparecen indicios que, en el mejor de los casos, apuntan hacia consideraciones de tipo electoralista: justificando el acuerdo para la aprobación de la reforma, el portavoz socialista en el Congreso, Jesús Caldera, fue suficientemente explícito: "el PSOE quería trabajar con intensidad para frenar la marea de inmigración ilegal que asola España" (*El País,* 11-9-2003). Habrá que estar pendiente a si en su tarea de gobierno opta por dar un verdadero giro a tales planteamientos.

Por otro lado, difícil suavización tiene una ley cuyo eje principal para combatir la irregularidad, sin abordar ahora otras consideraciones de adecuación constitucional, se sitúa en medidas cada vez más restrictivas de las posibilidades de entrar y permanecer en situación regular. El resultado, es que la ley se convierte en un instrumento para una política que hoy en día parece buscar fundamentalmente dos tipos de inmigración: por un lado, inmigración en situación regular de carácter rotatorio (basada sobre todo en contingentes anuales de trabajadores para actividades de temporada). En segundo lugar, y en contraposición, una inmigración en situación irregular que alcanza cotas de estabilidad cada vez más altas, puesto que apenas se prevén vías hacia la regularidad.

Al margen de las relevantes reacciones frente a aspectos puntuales de la legislación de extranjería, como en su día fue el rechazo a la exclusión de los inmigrantes en situación irregular

del ejercicio de derechos fundamentales como el de asociación, reunión, sindicación y huelga, o actualmente la declaración de desobediencia de algunos ayuntamientos a la obligación de ceder los datos del padrón municipal[48], lo que el presente trabajo ha querido demostrar con mejor o peor fortuna, es la necesidad imperiosa de un replanteamiento de la actual regulación en su conjunto.

Ante la magnitud del fenómeno migratorio y la celeridad de su crecimiento, es totalmente improrrogable plantearse (y completamente necesario aclarar) cuáles son los objetivos que se pretenden; qué modelo de sociedad se quiere ayudar a conformar partiendo del carácter a medio plazo inevitable (sin enjuiciar si resulta deseable o no) del crecimiento de la población inmigrada y con ella de la diversidad cultural y religiosa.

Mientras no se empiece a actuar sobre las causas que explican la necesidad de emigrar, cualquier ley de extranjería, esto es, cualquier normativa que establezca un régimen de entrada y permanencia para las personas no nacionales, no tendrá como efecto principal evitar o controlar las entradas (que evidentemente en parte lo consigue), sino que fundamentalmente lo que conseguirá es el trazado de la línea que divide a regulares de irregulares, junto con los efectos que ello comporta. El punto clave estará, a no ser que se opte por renunciar a cualquier legislación de extranjería, en el modo en que se traza dicha línea: cómo se ingresa en uno u otro lado, cómo se transita entre ambos puntos y cuál es el estatus de derechos que acompaña a una y otra situación. Ahí sí que la ley (y quien la haya impulsado, y quienes la aplican de un modo u otro) deviene protagonista, responsable de las situaciones que se generan en el plano social, económico, laboral y, en definitiva, humano.

(48) Dando cobertura a distintas mociones aprobadas por ayuntamientos, un reciente informe encargado por la Diputación de Barcelona al *Consorci per a la Integració de la Diversitat* (CRID), organismo perteneciente a la propia Diputación, recoge argumentos jurídicos que fundamentan la negativa de los ayuntamientos a facilitar a la policía los datos de los extranjeros inscritos en el padrón. En dicho informe, se sostiene que con base en la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, la Dirección General de Policía sólo podrá tener acceso a los mismos en caso de que demuestren por escrito que persiguen una conducta delictiva.

Daniel Senovilla Hernández
Jurista especializado en inmigración y derecho de asilo.
Doctorando en "Migraciones Internacionales Contemporáneas"- Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones- Universidad Pontificia de Comillas de Madrid
Chercheur- doctorant invité en MIGRINTER- Migrations, espaces et sociétés- Université de Poitiers- Centre National de la Recherche Scientifique- CNRS
(danserher@yahoo.es)

III

El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés

RESUMEN

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y FRANCÉS

El presente artículo pretende comprender y establecer una primera valoración del tratamiento jurídico social que se está arbitrando en Francia y España frente a la progresiva presencia en sus territorios de personas extranjeras menores de edad sin referentes familiares. La gran complejidad del fenómeno determina la dificultad de la respuesta frente al mismo: un tratamiento excesivamente proteccionista del colectivo no parece adaptado a sus necesidades y expectativas migratorias iniciales mientras que una excesiva restricción legislativa puede desembocar en una progresiva marginalización de estos niños en provecho de las actividades delictivas de los grupos mafiosos que se dedican al tráfico de personas. En cualquier caso, el texto pretende denunciar que la generalización de las repatriaciones como única medida posible al encuentro de estos menores no puede ser considerada incuestionablemente en todos los casos como la más adecuada a su interés superior.

ABSTRACT

NOT ACCOMPANIED FOREIGN MINOR JURIDICAL STATUTE IN THE SPANISH AND FRENCH LAW

The present paper tries for understand and stablish a first valuation of the social juridical treatment that is being arbitrated in France and Spain with the increasing presence in its territories of foreign minor without family references. The great complexity of the fact determines the difficulty of the answer to it: a treatment excessively protective of the collectivity is not adapted to its initial migratory necessities and expectations, while an excessive legislative restriction can end in these children being progressively pushed aside in benefit of the criminal activities of groups dedicated to trafficking in persons. Anyway the text pretends give notice that the generalization of repatriations just as the only possible way to the meeting of these minor can not be considered unquestionably in all the cases like the most appropriate one to their superior interest.

Daniel Senovilla Hernández

III

SUMARIO

I. Introducción. Delimitación de contenidos.

II. Tratamiento de los menores extranjeros en España. Legislación general aplicable.

III. Tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en España. Legislación específica aplicable. Especial atención a la Legislación Española de Extranjería (artículos 35 de la LOE y 62 del Reglamento de Extranjería –RE–).

IV. Los "mineurs isolés êtrangers " en Francia.

V. Los diferentes procedimientos de protección de los menores extranjeros no acompañados en Francia.

VI. La necesidad de representación jurídica. El acceso a una tutela.

VII. El acceso a la nacionalidad francesa de los menores extranjeros no acompañados y otras vías posibles de regularización.

VIII. Evolución posible de la legislación francesa sobre menores extranjeros no acompañados. La priorización de las repatriaciones.

IX. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DE CONTENIDOS

El presente documento pretende llevar a cabo una somera descripción de la respuesta que los legisladores español y francés han diseñado frente a la inquietante y creciente presencia del colectivo de personas extranjeras menores de edad no acompañadas en sus territorios. En este sentido, no se enfocará la exposición comparativa desde el análisis individualizado de los diferentes aspectos normativos de cada país, sino que se realizará una simple exposición global relativa a cada modelo que permita un primer acercamiento y reflexión en cuanto a su grado de idoneidad y a las similitudes y diferencias entre ambos.

III

En la *parte española*, se va a llevar a cabo un primer análisis y valoración de las diferentes normas reguladoras del estatuto jurídico de los menores extranjeros, contrastando la efectividad y disfunciones de su aplicación práctica con los datos y afirmaciones recogidos en diferentes informes de carácter técnico de origen tanto institucional como privado. Destacamos entre éstos, sea por la amplitud de su tratamiento o por su trascendencia de cara a la opinión pública, tanto el publicado por la organización "Human Rights Watch" en mayo de 2002 referente a la situación de los menores migrantes no acompañados en Ceuta y Melilla[1], como los Informes anuales del Defensor del Pueblo correspondientes a los años 2001 y 2002.

La *parte francesa* constituye una aproximación al tratamiento jurídico-social de este mismo fenómeno en el país vecino, construida básicamente a partir del análisis de las diferentes normas que regulan los dispositivos de protección de la infancia y de las informaciones recogidas en diferentes publicaciones, tanto de organismos estatales como asociativos[2], revistas especializadas, prensa, etc.

La gran complejidad de este fenómeno, la llegada a los países occidentales de menores de edad de forma independiente de sus familias, determinaría la necesidad de profundizar en este estudio (no sólo en su dimensión jurídica sino ampliando la investigación a otros campos de tipo sociológico, psicológico, etc., además de a otros Estados de la Unión Europea que comiencen a enfrentarse a esta realidad); con el objetivo de comenzar a diseñar un marco normativo y una *política comunitaria común*[3], procurando garantizar el adecuado cumplimiento de las disposiciones internacionales de protección de la infancia, y en particular, del *principio de interés superior del menor*[4].

(1) "España y Marruecos, Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes", mayo de 2002, vol. 14, n.º 4 (D), *www.hrw.org*.

(2) Tiene especial importancia el trabajo de la ADRI –*Agence pour le développement des relations interculturelles–, Ministère de Travail et la Solidarité;* GISTI –*Groupe de Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés*– y FTA –*France Terre d'asile*–.

(3) Tanto en la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 "relativa a las normas mínimas para la concesión de la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida" como en el Reglamento 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 "por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país" se lleva a cabo un primer tratamiento no específico –principalmente definición del menor no acompañado– de la materia. No es posible olvidar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 "relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros" –*DO* n.º C 221 de 19 de junio de 1997–, hasta la fecha único texto comunitario que trata con carácter exclusivo esta materia, si bien la fuerza legal de sus disposiciones es relativamente inconsistente.

(4) Principio consagrado en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño (CNUDN), adoptada y abierta a la firma y ratificación por Resolución 44/25 de la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 3 de noviembre de 1990): "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

II. TRATAMIENTO DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA. LEGISLACIÓN GENERAL APLICABLE

Numerosas normas concurren y son de aplicación a los menores extranjeros –acompañados o no– que se encuentran en España. Vamos a examinarlas brevemente a continuación:

a) En la **norma suprema** y partiendo del principio de equiparación restringida (posibilidad de limitar normativamente) que afecta a los extranjeros en cuanto al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución Española (CE)[5], se reconoce de forma absoluta el **derecho a la educación**[6], decretándose especialmente el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica[7]. Asimismo, con relación a la protección de la institución familiar, se establece la obligación de los poderes públicos de garantizar en general la **protección integral de los niños**[8], reconociendo además su derecho a "...la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"[9].

b) Con relación a los instrumentos internacionales protectores de la infancia, es texto de referencia la **Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño - CNUDN** (en vigor en España desde el año 1990), que establece una verdadera protección y defensa a nivel internacional de los derechos de los menores de edad, al tener fuerza vinculante y ser de obligado cumplimiento para los Estados que la ratifiquen. Vamos a ver los aspectos más relevantes de esta Convención:

– Establecimiento de una amplia determinación del término niño ("...todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad")[10].

– Implantación del **principio de extensión universal** de los derechos reconocidos en la Convención: los Estados parte han de garantizar su aplicación para TODOS los niños sujetos a su jurisdicción, sin distinción por causa alguna[11].

(5) Artículo 13.1 de la CE: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

(6) Artículo 27.1 de la CE: "Todos tienen derecho a la educación".

(7) Artículo 27.4 de la CE.

(8) Artículo 39.2 de la CE.

(9) Artículo 39.4 de la CE.

(10) Artículo 1 de la CNUDN. La Convención sigue el mismo criterio que la legislación común española (artículo 9 del Código Civil) al acudir a la ley nacional del interesado para determinar la edad mínima en que se puede establecer la mayoría de edad y fijando en cualquier caso el tope máximo de los dieciocho años para disfrutar de la protección prevista en las disposiciones de su articulado.

(11) Artículo 2.1 de la CNUDN: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

– Se instaura asimismo el anteriormente citado **principio general de salvaguarda del interés primordial o supremo del niño**, que como sabemos ha de inspirar cualquier medida o resolución institucional que afecte a la situación personal de una persona menor de edad.

– Entre otros derechos, resulta relevante en la materia que nos ocupa el reconocimiento de la obligación de protección o asistencia por parte de los Estados a los niños que estén temporal o permanentemente privados de su medio familiar[12].

c) La **protección jurídica de las personas menores de edad** cuenta, desde la aprobación en el año 1996 de la **Ley Orgánica del Menor - LOM**[13], con un texto legal central y de referencia dentro del ordenamiento jurídico español que procuró respuesta a dos necesidades imperativas: el desarrollo legal de las previsiones del artículo 39 de la Constitución (dispersas entre las diferentes reformas del Código Civil y otras normas) y la incorporación al ordenamiento jurídico de una serie de derechos que, bajo inspiración de la normativa de la Convención de Naciones Unidas, habían de reconocerse a los menores de edad. Por tanto, se reiteran en su articulado los principios de **protección universal de los menores de edad**[14] y el de **protección del interés superior del menor** sobre cualquier otro interés legítimo concurrente[15].

La LOM lleva a cabo sin embargo diversas **referencias a los menores extranjeros** que hemos de considerar como **innecesarias** por reiterar e incluso contradecir la extensión universal de su ámbito de aplicación[16]. Estas son:

– Reconocimiento del "*derecho a la educación* para los menores extranjeros que se encuentren en España..."[17] (como sabemos previamente ya establecido en los artículos 27 de la Constitución y 28 de la CNUDN).

– Más ambiguo resulta el reconocimiento del "...*derecho a la asistencia sanitaria* (y a los demás servicios públicos) de los menores extranjeros en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de Administración Pública competente aunque no residan legalmente en España"[18]. ¿Significaba

(12) Artículo 20.1 de la CNUDN.

(13) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(14) Artículo 3 de la LOM: "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social".

(15) Artículo 2 de la LOM: "En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

(16) Artículo 1 de la LOM: "La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad".

(17) Artículo 10.3 de la LOM.

(18) Artículo 10.3 de la LOM.

este precepto que los menores irregulares que no se encontrasen en situación de riesgo o bajo tutela no gozaban de tal derecho? En la práctica, muchos menores extranjeros hijos de inmigrantes irregulares fueron excluidos de los servicios públicos de atención sanitaria durante los años posteriores a la aprobación de la LOM[19]. Las posteriores reformas del año 2000 de la legislación de extranjería vinieron a restablecer de forma absoluta el acceso sin restricciones de los menores a la atención médica[20], aunque es discutible que el ejercicio de este derecho por los menores extranjeros no acompañados se esté produciendo de forma efectiva en todos los casos[21].

– Se establecía finalmente la *concesión de documentación a aquellos menores extranjeros* que quedasen bajo tutela o guarda de una Administración Pública competente, precepto que afectaba directamente a los menores extranjeros no acompañados y que iba a tener posterior repercusión en las modificaciones de la legislación de extranjería aún entonces por producirse y que examinaremos en un apartado posterior al cual nos remitimos [22].

Finalmente, el título segundo de la LOM consagraba las diferentes actuaciones de los Poderes públicos ante la **situación de desprotección social de un menor** y especialmente la **tutela de aquellos menores que se encuentren en situación de desamparo** por parte de la entidad pública competente[23], junto con la adopción de las medidas adecuadas para su protección y la comunicación al Ministerio Fiscal de la adopción de las mismas[24].

d) Existe finalmente una verdadera profusión de **otras normas** que afectan directa o indirectamente a los menores extranjeros no acompañados y que no nos detendremos a examinar[25]. Simplemente destacar para terminar este apartado que en el **Plan regional para la inmigración 2001-2003 de la Comunidad de Madrid**, dentro del Programa de atención a grupos vulnerables de menores inmigrantes, entre ellos menores extranjeros no acompañados, se reconoce expre-

(19) Este hecho se destapó a partir de la emisión de un escrito de reclamación al respecto por parte de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, suceso que alcanzó una enorme repercusión pública y provocó la inmediata aprobación de unas Instrucciones de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD de 3 de febrero de 1999, regulando el acceso de los menores extranjeros en situación irregular a la asistencia sanitaria. Para más información consultar, "El estatuto jurídico de los extranjeros gravemente enfermos en Francia y España", Daniel SENOVILLA HERNÁNDEZ, revista *Migraciones* n.º 9, pp. 141-142, Madrid, junio de 2001.

(20) Véase el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en adelante LOE–.

(21) El informe de HRW de mayo de 2002, anteriormente citado, denuncia en sus páginas 19-21, el limitado acceso que tienen los menores extranjeros no acompañados en Ceuta y Melilla a una asistencia sanitaria adecuada.

(22) Además del artículo 35 de la LOE, hay que considerar el artículo 13 del Real Decreto 155/1996, de 22 de febrero, de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

(23) Como sabemos, los artículos 148.1.20 de la Constitución y 172 del Código Civil disponen la competencia en esta materia de los servicios de protección de menores de las diferentes Comunidades Autónomas.

(24) Ver el artículo 18 de la LOM.

(25) Especialmente legislación autonómica de protección de menores, muchas veces anterior a la Ley estatal que acabamos de examinar, legislación en el ámbito educativo, etc.

samente que "el concepto de mayoría de edad en España choca frontalmente con adolescentes de mentalidad adulta que llevan años asumiendo comportamientos y responsabilidades propias de adultos, y que tienen una visión de la vida y de su proyecto migratorio que no corresponde con la mentalidad y preocupaciones de los niños y adolescentes españoles".

Este reconocimiento explícito de la madurez de muchos de los menores extranjeros que se encuentran solos en España, nos permite al menos cuestionar parcialmente el modelo de protección actualmente aplicable en España e incluso la propia calificación de los menores como personas en **situación de desamparo**[26]. La realidad de la situación de la infancia en Marruecos[27], país emisor de la mayoría de menores extranjeros no acompañados en España, nos lleva a aventurar que, si bien jurídicamente no podemos considerar a los jóvenes migrantes marroquíes de menos de 18 años de edad como personas mayores con capacidad jurídica como tales[28], social y psicológicamente están acostumbradas a una independencia de actuación y recursos que no casa adecuadamente con su integración en sistemas rígidos y demasiado estáticos de protección como los previstos en el ordenamiento jurídico español.

III. TRATAMIENTO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA. LEGISLACIÓN ESPECÍFICA APLICABLE. ESPECIAL ATENCIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA (ARTÍCULOS 35 DE LA LOE Y 62 DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA - RE[29])

Dejando de lado el tratamiento general que se da a los menores extranjeros en la normativa de extranjería, vamos a centramos por fin en la **regulación específica** recogida respectivamente en los artículos 35 de la LOE y 62 del RE actualmente en vigor, cuyo ámbito subjetivo de aplicación afecta a las **personas extranjeras menores de edad que se encuentran en situación de desamparo en territorio español** y, paralelamente, de los **jóvenes extranjeros no documentados de los que se desconoce con exactitud su edad**[30].

Curiosamente, nada se dice ni se diferencia en estos artículos ni en ningún otro de la normativa de extranjeros, en cuanto a si la **localización del menor o joven indocumentado** se lleva a cabo

(26) Recordemos que la situación de desamparo es definida en el artículo 172 del Código Civil como aquella "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 estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

(27) Ver Mercedes JIMÉNEZ ÁLVAREZ: "Los niños de la calle en la Medina de Tánger...", Suplementos Ofrim, junio 1999 y el Informe de HRW de mayo de 2002, pp. 5-8 y 44-48.

(28) Ver el interesante análisis sobre la regulación que prevé la legislación marroquí del concepto de emancipación de los menores de vida independiente (regulado a su vez en el artículo 319 del Código Civil español) en Salomé ADROHER: *Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración*, I Jornadas de Derecho de menores (coord. Isabel LÁZARO GONZÁLEZ e Ignacio V. MAYORAL NARROS), Ed. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 2003, pp. 259-282.

(29) Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LOE.

(30) Seguimos la línea establecida por Juan Manuel CAMPO CABAL, coord. en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Ed. Civitas, 2001, pp. 260-265.

ya en el **territorio nacional** o bien en el momento de su **entrada en España**. En el capítulo referente a **entrada y visados** no se hace ni una sola mención específica a los menores de edad (salvo en uno de los supuestos de exención de visado del artículo 49 del RE[31]), por lo que hemos de entender que **no existe un tratamiento específico** de los menores en esta materia. Queremos por tanto interpretar que el contenido de los preceptos citados es de aplicación a cualquier menor extranjero no acompañado o joven indocumentado, independientemente de que se disponga a entrar en España o bien se encuentre ya en el interior del territorio nacional.

Hecha esta precisión, entendemos que ante la localización de un extranjero supuestamente menor de edad, los artículos de referencia establecen *dos procedimientos iniciales diferenciado*s seguidos de un *procedimiento final común*:

– Si la identidad y en consecuencia el estado civil del **menor** como tal está **completamente acreditado** desde un principio, se considera inmediatamente que su situación es de **desamparo** y se actúa conforme a las disposiciones de protección que conocemos de la LOM: se informará al Ministerio Fiscal, y se pondrá al menor a disposición inmediata de los Servicios autonómicos de protección de menores que procederán a establecer de forma inminente su **tutela**[32].

– Si la **minoría de edad** del extranjero no está suficientemente acreditada, corresponde al Ministerio Fiscal proceder a su **determinación** con carácter prioritario y urgente, solicitando a tal efecto la colaboración de las instituciones sanitarias "oportunas" que realizarán las pruebas necesarias a tal efecto[33]. Una vez determinada la edad[34], si la persona es menor se procede exac-

(31) Ver la letra c) del artículo 49.2 del RE.

(32) En la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado se pone en tela de juicio la conveniencia del establecimiento de una tutela institucional automática, argumentando que la "avalancha" de menores extranjeros no acompañados que soporta España se debe a la voluntad de éstos de conseguir una residencia legal a partir del reconocimiento de su supuesta situación de desamparo. La Instrucción afirma sin paliativos que "la minoría de edad, sin el referente de una persona de mayor edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo".

(33) Artículo 35.1 de la LOE: "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".

(34) El procedimiento de determinación de la edad de los jóvenes extranjeros indocumentados se ha establecido en la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado. El informe de HRW de mayo de 2002, op. cit., pp. 26-29, denuncia la falta de fiabilidad de los procedimientos que en tal Instrucción se recogen. En el mismo sentido, el informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado de julio de 2002, sobre determinación de la edad de los menores no acompañados solicitantes de asilo; *www.cear.es*. En realidad, la citada Instrucción no insta sino a una coordinación lo más amplia posible entre las diferentes administraciones competentes en la materia –especialmente Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas, Fiscales y Autoridades sanitarias– solicitando específicamente la colaboración de aquellos centros sanitarios que cuenten con un servicio de urgencias radiológicas permanente, para lograr la determinación de la minoría o mayoría de edad del interesado en el plazo de tiempo más breve posible. Finalmente, el propio Fiscal general del estado reconoce en la Instrucción la escasa fiabilidad de las pruebas médicas que "...no suelen ofrecer nunca una edad exacta..." y recomienda que se tome como válida la edad establecida como inferior posible a tenor de las pruebas practicadas.

tamente como en el apartado anterior: puesta a disposición de los Servicios autonómicos de protección; declaración de desamparo y establecimiento de tutela[35].

Cuando se determine que la **persona no es menor de edad**, nos encontramos como tantas veces en la indeterminación jurídica: hemos de suponer que al tratarse de personas indocumentadas se procederá a su puesta en libertad, posiblemente previa incoación de un expediente de expulsión, aunque algunos informes parecerían indicar que en muchos casos tales expulsiones se ejecutan sin mayores miramientos[36]. La opción de un rechazo en frontera o devolución parece poco probable en atención a que el propio proceso de determinación de la edad implica la admisión implícita de la persona en territorio nacional.

Una vez comprobado que la persona es **menor de edad** y que se encuentra por tanto en **situación de desamparo** y a disposición de los Servicios de protección de menores, se atribuye a la Administración Central del Estado la **competencia** para resolver sobre la **repatriación del menor** a su país de origen o bien a aquel en que se encuentren sus familiares o, con carácter subsidiario, **sobre su permanencia en España**[37].

Tal **competencia** corresponde a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, estableciéndose también la participación de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación y de la Comisaría General de Extranjería y Documentación para gestionar junto con las Embajadas y Consulados correspondientes (o del Ministerio de Asuntos Exteriores caso de no existir representación diplomática) la localización de los familiares del menor y, en su defecto, de los servicios de protección de menores en el país de origen[38].

En cualquier caso, la normativa de extranjería establece de forma explícita la **prevalencia del principio de reagrupación familiar** del menor siempre que pueda localizarse a la familia o existan servicios de protección de menores en su país de origen[39]. A tal efecto, los Servicios de protección de menores que ejercen la tutela han de facilitar cualquier información que conozcan relativa a la identidad del menor, su familia, su domicilio, etc., así como comunicar las gestio-

(35) Artículo 35.2 de la LOE: "Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores".

(36) Informe de HRW de mayo de 2002, pp. 29-32.

(37) Artículo 35.3 de la LOE: "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".

(38) Artículo 62.4 del RE: "...La Administración General del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, según la legislación civil, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y éstas por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores..."

(39) Reiterar lo dispuesto por los artículos 35.3 de la LOE y primer párrafo del 62.4 del RE.

nes llevadas a cabo con este objetivo. El Ministerio Fiscal debe tener conocimiento de todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento[40].

Previamente a la resolución de **repatriación** del menor, éste debe ser oído[41]. Los Servicios de protección de menores han asimismo de presentar un informe al respecto[42]. Sin embargo, se establecen **dos únicos límites** a la aplicación del **principio de reagrupación familiar** y consiguiente repatriación:

– Un límite garantista en cuanto a la protección jurídica del menor **obligando a la** ***"...verificación de que no existe riesgo o peligro para su integridad, de su persecución o la de sus familiares"***[43].

– Un **límite temporal** objetivo de **9 meses** desde la fecha en que el menor haya sido puesto a disposición de los Servicios de protección de menores, transcurridos los cuales, si no se hubiera practicado la repatriación o ésta no hubiera sido posible, el menor ha de ser **documentado con una autorización de residencia**[44], cuyos efectos se retrotraerán al momento inicial de establecimiento de la tutela por los Servicios autonómicos de protección[45].

Es preciso criticar que la normativa de extranjería en ningún caso hace referencia al **principio de interés superior de menor**, norma que habría de resultar aplicable de forma directa en el proceso de determinación de su repatriación o permanencia en España. En cualquier caso, los artículos 35 y 62 de la Ley y del Reglamento parecen *identificar tal principio con el de reagrupación familiar*, algo que resulta cuanto menos cuestionable. El **Defensor del Pueblo español** ha comprobado que las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno acuerdan sistemáticamente la repatriación de los menores extranjeros "...plasmando a continuación un párrafo modelo en la resolución para todos los interesados en el que se afirma que la medida de reintegración familiar es la procedente al ser el entorno familiar el mejor para el desarrollo de estos menores..."[46]. Esta Institución denuncia asimismo que "parece cuestionable que en todos los casos la

(40) Artículo 62.4 del RE: "... El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor. La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento..."

(41) Según el informe de HRW de mayo de 2002, pp. 42-43, no existe garantía de que este derecho del menor pueda ser ejercido al menos en los casos de repatriaciones de menores en Ceuta.

(42) El artículo 35.3 de la LOE no especifica el carácter vinculante o no de tal informe.

(43) Artículo 62.4 del RE, párrafo 5.

(44) Artículo 62.5 del RE: "Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000".

(45) Artículo 35.4 de la LOE: "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".

(46) Informe del Defensor del Pueblo 2001, p. 143. *Boletín de las Cortes Generales* de 11 de junio de 2002.

reintegración a la unidad familiar y la convivencia en su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores... Pero aún resulta más cuestionable la solución de la reagrupación cuando un alto número de estos menores retorna a España en plazos muy pequeños, a veces de horas"[47]. La constatación de estas situaciones dio lugar a la emisión por parte del Defensor de sendas **recomendaciones** dirigidas tanto a la Delegación del Gobierno en Melilla como a la Consejería de Bienestar Social y Salud de la Ciudad Autónoma haciendo hincapié, entre otras cuestiones, en la necesidad de proceder a un *estudio individualizado de las circunstancias* en que se encuentra cada menor antes de tomar la decisión de repatriarlo o no[48].

En la línea contraria, la **Instrucción 3/2003 de 23 de octubre de la Fiscalía 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", ahonda en el criterio de la procedencia de aplicación de la figura del **retorno o devolución** a los extranjeros menores de edad que *accedan ilegalmente en España* con el objeto de no aceptar resignadamente "la incontrolada avalancha de clandestinos menores de edad que puede suponer la parálisis del sistema asistencial, con la consiguiente frustración de los fines que le son propios". Independientemente de la clara parcialidad que desprende el tono general de la Instrucción de la Fiscalía, los argumentos jurídicos que se utilizan tienen poca o nula consistencia. El retorno o devolución tan solo podría producirse en aquellos casos en que el menor extranjero no acompañado es interceptado en el momento de pretender entrar ilegalmente en el país[49], algo que en la práctica es posible ya que, como hemos dicho, la normativa no prevé ninguna disposición de protección especial para los extranjeros menores de edad en cuanto a las condiciones de acceso al territorio nacional. Una vez que la persona, menor o mayor de edad, se encuentra dentro del territorio español, la única medida de alejamiento posible viene constituida por la incoación de un procedimiento y eventual ejecución de una medida de expulsión[50]. A tenor de la legislación en vigor en el momento de la emisión de la Instrucción de la Fiscalía así como de la actualmente vigente, la determinación de la minoría de edad, con su consiguiente declaración de desamparo y establecimiento de una tutela, supone el reconocimiento implícito de la regularidad de la residencia de la persona y excluye, en principio, la posibilidad de expulsar al menor no acompañado del territorio. En cualquier caso, como vamos a ver a continuación, es posible que la aplicación que se está llevando a cabo de la ley por las autoridades administrativas competentes no esté tan lejos de las interpretaciones volitivas que lleva a cabo la Fiscalía.

En efecto, Human Rights Watch - HRW denuncia reiteradamente que las autoridades de Ceuta y Melilla **no proceden a la repatriación** de los menores **sino a su expulsión** mediante procedi-

(47) Ibíd.

(48) Ambas recomendaciones se encuentran recogidas en el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2002, pp. 228 y siguientes.

(49) Ver los artículos 58.2 letra b) y 60 de la LE (redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre).

(50) Salvo en el supuesto previsto en la letra a) del artículo 58.2 de la LE cuando la persona haya contravenido una orden de prohibición de entrada en territorio español.

miento sumario, y aportando datos de otra ONG[51], declara que "entre el 27 de julio y 18 de septiembre de 2001, las autoridades de Melilla efectuaron por lo menos 32 expulsiones (...) teniendo el más pequeño de los expulsados 11 años de edad y 17 entre ellos, como mucho 14 años"[52]. Esta organización internacional fundamenta su afirmación en que los menores casi nunca son reagrupados con sus familias ni siquiera puestos a disposición de un Juez para que decrete su ingreso en un Centro de protección de menores en Marruecos[53], sino que son retenidos por la Policía durante un tiempo indeterminado y después puestos en libertad, normalmente durante la noche. Al mismo tiempo, HRW hace referencia al hacinamiento que se vive en los Centros de protección de menores en Marruecos, desbordados por la cantidad de menores desamparados que existen en el propio interior del país, y la incapacidad de esos Centros de hacerse cargo de los menores que son repatriados desde España[54].

No sólo HRW denuncia que las **repatriaciones** de menores extranjeros no acompañados por parte de las autoridades españolas –especialmente en Ceuta y Melilla– son más bien **expulsiones encubiertas**. En las *Observaciones finales del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño a España* de fecha 7 de junio de 2002, tal Comité expresa su profunda alarma por las denuncias en cuanto a "la expulsión sumaria de niños sin procurar que sean devueltos en efecto a sus familias o a los organismos de asistencia social de su país de origen"[55]. Asimismo, el más reciente y ampliamente mediatizado *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los trabajadores migrantes en España*, dedica un capítulo especial a los menores no acompañados en el que la Relatora expresa su "creencia" de que la manera en que se llevan a cabo algunas reagrupaciones familiares (poniendo al menor en manos de la policía marroquí sin presencia de la familia ni de los servicios sociales) provoca que estas "reagrupaciones" se interpreten como expulsiones[56]. La Relatora establece asimismo que la "prioridad debe ser que las repatriaciones se realicen respetando los derechos de los menores y atendiendo al principio de interés del niño" y muestra su preocupación por el contenido de la Instrucción 3/2003 del Fiscal general del Estado, especialmente el hecho de que se inste por parte de los fiscales "la inmediata devolución a sus países de origen de aquellos menores extranjeros mayores de 16 años y no acompañados que se encuentren en territorio español"[57].

(51) Prodein, Asociación pro Derechos de la Infancia.

(52) Informe de HRW de mayo de 2002, p. 30.

(53) La legislación marroquí establece dos vías principales para decretar la protección de los menores no acompañados: la primera requiere una declaración judicial de abandono; y la segunda, la condena judicial por comisión de un delito, Informe HRW de mayo de 2002, pp. 46-47.

(54) Informe HRW de mayo de 2002, pp. 44-50.

(55) Observaciones finales frente al examen de los informes presentados por España en virtud del artículo 44 de la CNUDN –Comité de Derechos del Niño– Trigésimo período de sesiones –CRC/C/15/Add.185– 13 de junio de 2002, párrafo 45, letra e).

(56) Informe de la Relatora Especial, Sra. Gabriela RODRÍGUEZ PIZARRO, sobre la situación de los trabajadores migrantes en España –Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas– 60º período de sesiones –E/CN.4/2004/76/Add.2 de 14 de enero de 2004– párrafo 55.

(57) Ibíd. párrafo 56.

Para terminar, esta **política de reagrupaciones** tiene su culminación en la firma del "*Memorando de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados*" de fecha 23 de diciembre de 2003 que, en unas líneas muy básicas, institucionaliza la identificación del principio de interés superior del niño de la normativa de Naciones Unidas con la sistemática repatriación del interesado a su país de origen. El documento establece una serie de directrices lo suficientemente amplias y carentes de precisión para permitir dar legitimidad a cualquier práctica administrativa tendente a la repatriación de menores no acompañados de origen marroquí.

Atendiendo finalmente a **otros preceptos específicos de la normativa de extranjería** que hacen referencia a las personas menores de edad. A partir de los 16 años, los menores extranjeros que permanezcan en España bajo tutela de los Servicios de protección de menores y hayan sido documentados con un permiso de residencia previa acreditación de la imposibilidad de retorno al país de origen, podrán transformar dicho permiso en un **permiso de trabajo y residencia** sin que se considere la situación nacional de empleo[58]. Lógicamente, si no logran la preceptiva oferta de trabajo que dé paso a tal posibilidad, cabe entender que quedarían en situación irregular cuando su permiso de residencia caduque y hayan alcanzado la mayoría de edad. De igual forma, la nueva redacción que da al artículo 41 de la LOE la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, establece en su letra k) como una de las categorías de personas exceptuadas o exentas de la obligación de obtener una autorización para trabajar a "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".

No podemos evitar comentar la **incoherencia y falta de coordinación** de este nuevo supuesto de la **letra k) del artículo 41** si atendemos al mantenimiento de la **letra j) del artículo 40** de la LOE: cómo es posible que, por un lado, se cree una categoría preferencial para la obtención de una autorización de trabajo y que, por otro, se establezca el mismo supuesto de exceptuación de la obtención de una autorización de trabajo para la misma categoría de personas. Claro, si nos fijamos bien, los dos artículos *no son exactamente idénticos*: la letra j) del artículo 40 añade la coletilla "una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen". Cabría quizás interpretar entonces que los menores no acompañados tutelados están *exceptuados de la obtención de una autorización de trabajo* hasta el momento en que se acredita la *imposibilidad de su retorno* con su familia o al país de origen, y que acreditada tal imposibilidad, pasan a integrar uno de los grupos de personas con *preferencia para la obtención de una autorización de trabajo*. Curiosa y rebuscada solución pero válida jurídicamente, aunque tampoco queda claro si es aplicable en este caso el límite temporal de 9 meses como período de tiempo objetivo en el que ha de producirse la repatriación del menor. Entendemos, en cualquier caso, que estos preceptos fijan **conceptos ampliamente indeterminados** (cómo y en base a qué criterios se establece que un cierto empleo favorece la integración social del menor y otro

(58) Véase la letra j) del artículo 40 de la LOE en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (no modificada en este aspecto por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, excepto en el cambio de denominación de los permisos de residencia que pasan a llamarse autorizaciones de residencia a partir de la reforma).

no) y otorgan un **amplísimo poder discrecional** y una excesiva responsabilidad a los funcionarios de los servicios autonómicos de protección de menores sospechando que, en determinadas ocasiones y ante posibles situaciones de desbordamiento, puedan tomar decisiones arbitrarias pero determinantes para el futuro de los menores que vayan en contra de su interés supremo.

Por su parte, se establece el plazo reducido de un año de residencia legal para la adquisición de la **nacionalidad española** por los menores extranjeros que hayan estado bajo tutela, guarda o acogimiento legal de una institución española durante dos años consecutivos[59]. Teniendo en cuenta que supuestamente los efectos de la residencia de los menores no acompañados –una vez acreditada la imposibilidad de retorno al país de origen– se retrotraen al momento de la puesta a disposición del menor en los servicios de protección competentes, el plazo verdaderamente relevante a efectos de adquisición derivativa de la nacionalidad por residencia serían los dos años de tutela previa exigidos por la norma[60]. En cualquier caso, en este punto pueden tener una clara influencia los **supuestos retrasos** de determinados servicios de protección a la hora de solicitar la documentación de los menores no acompañados bajo su tutela tal y como establece la ley. En este sentido, la Relatora de Naciones Unidas ha expresado que la *obtención de la documentación por parte de los menores puede tardar entre 20 y 25 meses*[61]. Asimismo, el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2002 deja muy claro que "el inicio de las actuaciones tendentes a instar la documentación del menor no es una actividad potestativa, sino obligatoria" de los servicios de protección de menores[62]. El Defensor precisa que la solicitud de la documentación a veces se realiza poco antes de que el menor adquiera la mayoría de edad, lo que puede provocar el archivo o desistimiento posterior de la solicitud al cumplir éste 18 años[63].

Precisamente, una reciente *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha* decreta que el momento que determina la validez de la situación de minoría de edad que otorga el derecho a la documentación es la solicitud del permiso de residencia previsto en el artículo 35 de la LOE, a pesar de que en el transcurso de la instrucción administrativa de tal petición el interesado pierda tal condición de menor de edad[64]. Independientemente de la decisión judicial reseñada, cabe precisar que a pesar de que no hemos llevado a cabo un estudio de la **jurisprudencia** española en materia de menores extranjeros en situación de desamparo, tenemos la impresión de que ésta es muy escasa o prácticamente inexistente.

(59) Artículo 22.2 letra c) del Código Civil.

(60) Para un análisis más exhaustivo, ver Salomé ADROHER: *Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración*, op. cit. pp., 16 y 17.

(61) Informe de la Relatora Especial, Sra. Gabriela RODRÍGUEZ PIZARRO, sobre la situación de los trabajadores migrantes en España, op. cit., párrafo 58.

(62) Defensor del Pueblo, informe correspondiente al año 2002, p. 230.

(63) Defensor del Pueblo, informe correspondiente al año 2002, p. 230 (se refiere exclusivamente al caso de Melilla).

(64) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 7 de julio de 2003 (apelación n.º 77/2003).

IV. LOS "MINEURS ISOLÉS ÉTRANGERS" EN FRANCIA

Aunque parece que los primeros menores extranjeros no acompañados aparecen en Francia en la segunda mitad de los años 90, no es hasta el año 1999 cuando se inicia el debate sobre la necesidad de su protección y, paradójicamente y a diferencia del caso español que ni se plantea esta materia, tal debate se centra en un primer momento en relación a su **retención en la zona internacional** de aeropuertos, puertos marítimos y vías ferroviarias, es decir, previamente a su admisión en territorio francés.

Al igual que en España, los menores extranjeros que pretenden entrar en Francia en ausencia de representante legal son tratados como personas mayores de edad. Por tanto, pueden ser retenidos en zona internacional hasta un máximo de 12 días, prorrogables excepcionalmente hasta 20 por la autoridad judicial[65]. La gran diferencia con las personas adultas está determinada por el hecho de que, en atención a la incapacidad legal del menor[66], éste no podía recurrir las eventuales resoluciones de rechazo de entrada en el territorio o de mantenimiento de la retención en zona internacional. No ha sido hasta marzo de 2002 cuando se ha introducido definitivamente un párrafo adicional en el artículo 35 quáter de la LEF tratando de solventar esta situación: en el momento en que el menor no acompañado intenta su entrada en Francia, se designa inmediatamente por parte del Procurador de la República[67] –que ha debido ser previamente informado de su presencia por la Policía de Fronteras– un **administrador *ad hoc*** llamado a "asistir al menor durante su permanencia en zona internacional y a asegurar su representación durante todos los procedimientos administrativos y judiciales relativos a ese mantenimiento en retención"[68]. También ha de representarle en los procedimientos a nivel judicial y administrativo consiguientes a su eventual entrada en territorio francés[69]. Sin embargo, esta norma no ha comenzado a aplicarse sino a partir del mes de septiembre de 2003, fecha en que ha sido definitivamente aprobado un reglamento de desarrollo estableciendo las modalidades de designación y formas de remuneración de los administradores *ad hoc*[70]. Anteriormente a la aprobación y aplicación del régimen previsto en el artículo 35 quáter, los menores extranje-

(65) El artículo 35 quáter de la *Ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* (Ley de extranjería francesa, en adelante LEF) regula las condiciones de permanencia en zona internacional de los extranjeros (sin distinguir su mayoría o minoría de edad) que pretenden acceder a territorio francés desprovistos de la documentación requerida o de los solicitantes de asilo durante el tiempo en que se determina la admisión a trámite de su demanda. La autoridad administrativa puede decretar la permanencia de un extranjero en *zona d'attente* hasta un máximo de 4 días, pasados los cuales, tal retención puede ser prorrogada hasta 8 días más por una autoridad judicial –*Tribunal de Grande Instance*– y, excepcionalmente, re-prorrogarse 8 días adicionales previo control de una instancia superior –*Cour d'appel*–. En consecuencia, el tiempo máximo que una persona extranjera puede permanecer retenida en zona internacional es de 20 días. Después de este período, si no se ha producido la devolución de la persona a su país de origen o a un tercer estado, ha de ser autorizada a entrar en Francia y documentada con un salvoconducto de 8 días de vigencia, transcurridos los cuales, habrá de abandonar voluntariamente el territorio francés.

(66) Artículo 117 del nuevo Código de procedimiento civil (*Code de la procédure civile*).

(67) El Procurador de la República es una figura equivalente a la del Fiscal General del Estado.

(68) Artículo 35 quáter primer apartado de la LEF (la traducción es mía).

(69) Artículo 35 quáter noveno apartado de la LEF.

(70) *Décret 2003-841* de 2 de septiembre de 2003, *relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc institués par l'article 17 de la Loi 2002-305 du 4 mars 2002.*

ros no acompañados solían ser admitidos en territorio francés por orden del Tribunal de Gran Instancia que no autorizaba la prórroga de la retención administrativa en zona internacional precisamente por la falta de capacidad jurídica del menor y por su imposibilidad de recurrir u oponerse a cualquier decisión administrativa o judicial que le afectase[71].

Existen diferentes **estadísticas**[72] de organismos oficiales sobre el número de menores extranjeros no acompañados en Francia que pueden parecer contradictorias entre sí: En 2001, 1.400 menores extranjeros no acompañados fueron retenidos en zona internacional del Aeropuerto de París-Charles de Gaulle[73]; 1.100 solicitaron asilo en frontera y fueron admitidos en el territorio[74]; de los cuales tan solo 200 solicitaron asilo ante la Oficina de asilo y refugio[75]. Otras cifras son aportadas por los dos principales organismos institucionales de protección de la infancia en Francia: la Dirección de la protección judicial de la juventud[76] y la Asistencia social a la infancia (*Aide social a l'enfance*, en adelante ASE[77].) Siempre en 2001, la primera procura la cifra de 2.700 menores que pasan por sus servicios (1.800 de ellos por las diferentes delegaciones territoriales), de los cuales 1.350 son puestos a disposición la ASE. Por su parte, este último organismo aporta la cifra de 1.980 menores extranjeros no acompañados que han solicitado la admisión a sus dispositivos de acogida en el año 2001, duplicando la cifra del año 2000 (985) y casi triplicando la de 1999 (609).

Un informe elaborado por un grupo de trabajo constituido por el Prefecto de la Región de *Ile-de-France* (París y alrededores) por encargo del Secretario de Estado de Lucha contra la Precariedad y la Exclusión[78], aporta **cifras relativas al año 2002** correspondientes a la región parisina: 985 menores llegados al aeropuerto de París-Charles de Gaulle y 1.400 menores presentados ante la Fiscalía de esta ciudad[79].

(71) Para más información, Evelyne SIRE-MARIN: "*Le rôle de l'institution judiciaire*": *Plein Droit* n.º 52, marzo 2002, París, *Groupe de Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés*- GISTI, pp. 27-30.

(72) En su mayoría recogidas en el informe publicado por la revista *Migrations Etudes "*Les mineurs étrangers isolés en France", editada por la *Agence pour le développement des relations interculturelles* –ADRI– Ministerio de Trabajo y la Solidaridad, septiembre-octubre de 2002 (en adelante, informe de la ADRI septiembre-octubre de 2002).

(73) Estadística de la Policía aérea y de fronteras.

(74) Estadística de la Dirección de libertades públicas y asuntos jurídicos.

(75) Estadística de la OFPRA, organismo equivalente a la Oficina de asilo y refugio en Francia.

(76) *Protection Judiciaire de la Jeunesse*, dependiente del Ministerio de Justicia y encargada de la reinserción social de los jóvenes delincuentes y de la protección de menores en situación de desamparo.

(77) La ASE depende de los diferentes Consejos generales de los departamentos (el equivalente en España serían las Diputaciones provinciales) desde las Leyes de Descentralización de 1982 y 1984. Para más información, Catherine BOURGEADE: "Mineurs étrangers isolés: un besoin de protection" en *Accueillir –revue du Service social d'aide aux émigrants–*, octubre de 2002.

(78) *Secrétaire d'Etat à la lutte contre la Précarité et l'Exclusion –Ministère de Travail et de la Solidarité– Mission confiée à Monsieur le Préfet de la région Ile-de-France sur les mineurs isolés –Rapport Final–* junio de 2003.

(79) Jean Pierre ROSENCZVEIG, presidente del Tribunal de menores de Bobigny (localidad colindante a París y a su aeropuerto) y de la asociación DEI, *Défense de la Enfance Internationale* en *Les réponses institutionnelles notamment juridiques et judiciaires apportées par la France aux enfants étrangers isolés,* publicado en *http://rosenczveig.com/*, nos ofrece estadísticas bien distintas referentes a 2002 al hablar de 1.100 solicitudes de asilo en frontera (de las cuales sólo se ratificaron en territorio 200) y 1.400 menores retenidos en el aeropuerto de Roissy (Charles de Gaulle). En cualquier caso, ni este autor ni el informe del Prefecto de *Ile-de-France* expresan la fuente de las cifras que proporcionan.

La **dispersión normativa**, como veremos más adelante existen diferentes procedimientos de protección de los menores extranjeros no acompañados con competencias de diferentes organismos públicos en cada caso, y la gran **heterogeneidad** de este colectivo en Francia (los datos de menores acogidos por la ASE en 2001 arrojan 75 nacionalidades diferentes: Rumania, China y Marruecos las más representativas) podrían explicar la aparente contradicción de las estadísticas citadas.

Diferentes informes y autores establecen una primera **tipología de los menores extranjeros no acompañados en Francia** (por regla general varones de entre 16 y 18 años procedentes de los 5 continentes), basándose principalmente en el criterio de sus motivaciones personales[80]. Existirían las 5 categorías que se expresan a continuación:

– Los *"exiliados"* (procedentes de regiones en guerra, escapan de amenazas o represiones contra su familia o de su reclutamiento forzoso en ejércitos regulares o tropas rebeldes, a veces son huérfanos o desconocen el paradero de sus padres).

– Los *"mandados"* (incitados por padres o familiares para escapar de la miseria).[81]

– Los *"explotados"* (en manos de redes mafiosas y bajo riesgo claro de ser explotados de diferentes formas: prostitución, tráfico de drogas, trabajo ilegal, etc.).

– Los *"fugados"* (menores que han abandonado el domicilio familiar o institución en que vivían por razón de conflicto).

– Los *"niños de la calle"* (menores cuyos padres no pueden ocuparse de ellos y que pasan su tiempo en la calle, a menudo sufren dependencia de sustancias tóxicas y cometen actos de delincuencia).[82]

(80) Salomé ADROHER ha establecido una primera tipología en España distinguiendo tres categorías: menores inmigrantes económicos ("mandados" por sus familias); niños de la calle y "explotados"; en "*Menores extranjeros no acompañados: una nueva inmigración*" op.cit., pp. 259-282. Asimismo, el *Centre d'Estudis Juridics i Formació Especializada de la Generalitat de Catalunya*, en su boletín INVESBREU n.º 24, abril de 2004, sobre "Els menors estrangers indocumentats no acompanyats", construye una tipología sobre la base de un estudio de campo cuantitativo dividiendo dos grandes grupos: menores usuarios de los servicios de protección autonómicos (subdivididos en integrados y ocasionales) y menores infractores (con expediente abierto en el Departamento de Justicia de la Generalitat o auto-informados).

(81) El estudio del *Centre d'Estudis Juridics i Formació Especializada de la Generalitat de Catalunya*, ibíd., p. 8, ofrece el interesante dato de que un 80,2% de los menores investigados no habían roto vínculos con su familia antes de emigrar. Además, en un 77,2% de los casos la familia se mostraba de acuerdo con la intención del menor de emigrar, porcentaje que se eleva hasta un 99% en el caso de aquellos menores que siguen manteniendo un contacto (normalmente telefónico) con su familia desde España.

(82) Para más información sobre las características del colectivo de menores no acompañados en Francia: "Les mineurs isolés étrangers en France, *Migrations Etudes* n.º 109- septiembre-octubre 2002, op.cit., pp. 6-8; "Les mineurs étrangers isolés: les réponses des professionnels sur Paris- Ile de France" *Rapport Transnational YouCri- Agence pour le développement des relations interculturelles- ADRI*, noviembre 2002, pp. 10-24; "D'où viennent-ils? *Qui sont-ils?"*, Violaine CARRÈRE, *Plein Droit*, n.º 52, op. cit., pp. 3-6.

V. LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN FRANCIA

Según las modalidades o lugares de llegada en Francia, los menores extranjeros no acompañados serán orientados de forma diferente. La ASE, la Dirección de protección judicial de la juventud y el sector asociativo son los actores principales que intervienen en aquellos casos en que el menor extranjero no acompañado es localizado en primera instancia, sea a la salida de la zona internacional, sea por control de la Policía dentro del territorio, sea por propia presentación espontánea del menor en los servicios sociales o dependencias judiciales o policiales[83]. Los menores no acompañados que no consiguen o no desean entrar dentro de los circuitos de protección –digamos oficiales– corren serio riesgo de caer bajo diferentes redes de explotación –sexual y laboral– que operan en territorio francés[84].

El **procedimiento** que parece **más habitual** una vez localizado un menor extranjero no acompañado implica informar primero al Ministerio Fiscal y, a su vez, al Juzgado de menores. Este Tribunal debería evaluar si considera su *situación como de desamparo* y, en este caso, decretar su *puesta a disposición de los servicios de la ASE*. Realizada ésta, habría de comunicarse la situación al Juez civil para que decretase una *tutela social*, una vez constatada la ausencia de los titulares de la patria potestad. Sin embargo, todo parece indicar que las interpretaciones y prácticas son bastante variables y dependen de los diferentes departamentos provinciales, jueces y tribunales, existiendo toda una serie de *obstáculos prácticos* que impiden garantizar una protección efectiva en todas las ocasiones de los menores extranjeros no acompañados.

Al igual que en España, localizado el menor en zona internacional o en el territorio francés, se procede a instancia de los diferentes organismos (Policía de fronteras, Ministerio Fiscal, Juez de menores, ASE) a la **determinación de la minoría de edad.** Ésta se realiza básicamente a partir de una radiografía de la muñeca y de la mano izquierda del menor que es posteriormente comparada con un cuadro de referencia elaborado en Estados Unidos en el año 1930 para una población de origen europeo. Los propios profesionales médicos denuncian la falta de fiabilidad de este sistema que ofrece resultados con un margen de error de hasta 18 meses[85].

Determinada la minoría de edad, existen en la legislación de derecho común **diferentes procedimientos de protección** del menor extranjero no acompañado que procedemos a desglosar:

(83) Hecho este último que J.P. ROSENCZVEIG en "*Les réponses institutionelles...*", op.cit., evalúa como cada vez más frecuente.

(84) Numerosos autores denuncian esta situación. Destacar Nolwenn LEROUX: "Enfants migrants, caractéristique: sans parents...", en *Le Sociographe* n.° 13, 2004 pp. 45-59 y el informe "Les mineurs étrangers isolés: les réponses des professionnels sur Paris-Ile de France", op. cit., pp. 10-15.

(85) Odile DIAMANT-BERGER en "Détermination médico-légale de l'âge d'un adolescent"- *Colloque du 27 octobre 2000 organisé par France Terre d'Asile*- JDJ n.º 29, noviembre 2003, pp. 28-30, ofrece un exhaustivo e interesante análisis de los diferentes métodos empleados para determinar la edad así como una serie de propuestas para mejorar la precisión de los resultados.

– El procedimiento de protección judicial establecido en el artículo 375 del Código Civil.

Anteriormente anticipado, presupone que localizado el menor, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Tribunal de menores su presencia y, en aplicación del criterio de **situación de desamparo** que contiene el artículo 375.3 del Código Civil ("Si la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estuvieran en peligro, o si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas"[86]), se decreta por el órgano judicial bien su puesta a disposición de los servicios de la ASE para que se garantice su acceso a una medida de asistencia educativa o bien se encomienda su protección a otros organismos de carácter institucional o asociativo, principalmente:

• La Dirección de la Protección judicial de la juventud.

• El centro CAOMIDA –*Centre d'accueil et orientation des mineurs isolés demandeurs d'asile*– gestionado por la asociación *France Terre d'asile* y especializado en la acogida de menores no acompañados solicitantes de asilo.

• El LAO –*Lieu d'accueil et orientation*– que administra la Cruz Roja francesa, concebido por su proximidad geográfica como un lugar de primera acogida de los menores no acompañados que acceden al territorio francés a través del aeropuerto de París Charles de Gaulle.

Determinados autores critican el hecho de que la decisión judicial de emplazamiento del menor en un centro de la ASE o en otro organismo de protección tenga consecuencias directas en determinados aspectos futuros del proceso de integración jurídica del menor, en particular sus posibilidades de acceder a la ciudadanía francesa[87], máxime cuando tales decisiones han de ser tomadas por los jueces en base al único criterio de disponibilidad o no de plazas en los diferentes centros de acogida[88].

En cualquier caso, todo parece indicar que la situación de los menores extranjeros que llegan no acompañados a Francia, sin representación legal, sin referencias familiares, expuestos a redes mafiosas, a explotación, etc., habría de ser siempre merecedora de la protección prevista en el artículo 375 del Código Civil. Sin embargo, este precepto y el **criterio de situación de desamparo** que contiene, fueron concebidos muchos años antes de la llegada de menores extranjeros a Francia, pensando exclusivamente en aquellos **menores franceses** que eran **víctimas de maltrato familiar**. Según Michele CREOFF en su artículo "¿Qué es un menor en peligro?"[89], siguien-

(86) Traducción oficial recogida en la pagina de *www.legifrance.gouv.fr* del primer párrafo del artículo 375 del Código civil francés.

(87) Ver el apartado 7 de este documento referente al acceso a la nacionalidad francesa de los menores extranjeros no acompañados.

(88) J.P. ROSENCZVEIG: *Des questions difficiles posées par les enfants étrangers isolés,* en *http://rosenczveig.com/*. Para una mayor profundidad en el funcionamiento y características de las diferentes estructuras de acogida previstas, ver "Les mineurs étrangers isolés: les réponses des professionnels sur Paris Ile-de-France", op.cit., pp. 20-24.

(89) "*Qu'est ce qu'un enfant en danger?*" *Plein Droit* n.º 52, op.cit., pp. 6-14.

do la aplicación conjunta de los diferentes preceptos del artículo 375 del Código Civil, el legislador quiso abarcar todas las situaciones de peligro que afectan a un menor, ya que se deduce que el entorno del que emana la situación de riesgo, no es exclusivamente el familiar, sino aquel en que vive el menor. El mismo criterio es recogido en el Informe del grupo de trabajo constituido por la Prefectura de la región Ile-de-France, que establece que la situación de desamparo está constituida por el hecho de que el menor extranjero se encuentra solo en suelo francés y constituye una víctima potencial de las redes de delincuencia y prostitución. A pesar de ello, no parece una práctica excepcional entre determinados Juzgados de menores no decretar una medida de protección del menor y, por tanto, no decretar su puesta a disposición de la ASE u de otro organismo protector, considerando que *no se encuentra necesariamente en la situación de peligro* descrita sino simplemente en una *situación de ausencia de representación legal*. El Juzgado de menores se declara por tanto incompetente y designa al Juzgado de lo civil como competente de cara a la eventual determinación de una tutela[90].

– El procedimiento de protección administrativa previsto en el artículo 223.2 del Código social y de la familia

Este artículo establece que cuando un menor se encuentre en ausencia de representante legal ha producirse su **acogida de urgencia** por los servicios de la ASE, que han de prevenir inmediatamente al Procurador de la República. Tras un período de 5 días en que ha de intentarse la localización de los padres o familiares[91], el Procurador ha de informar a la autoridad judicial, en concreto al *Juzgado de menores*, que en aplicación de la normativa que hemos visto en el procedimiento anterior, ha de validar por medio de una resolución judicial la acogida de urgencia previamente realizada por la ASE y decretar en consecuencia una **medida de asistencia educativa.**

A pesar de que determinados servicios de la ASE de algunos Departamentos acogen a los menores según este procedimiento, la regla general parece ser esperar a la resolución del Juzgado de menores para recibir al menor extranjero. Un ejemplo de *particular diligencia* en la aplicación de este procedimiento administrativo de protección lo constituye el departamento de la Sarthe, donde el Consejo general departamental y las autoridades judiciales territorialmente competentes han firmado un *protocolo de colaboración* sobre el procedimiento a seguir para la acogida de los menores extranjeros no acompañados[92].

Diferentes autores consideran que el **dispositivo legal de acogida** de los menores extranjeros es **completo** al conjugar protección administrativa y judicial, pero que el rechazo o la mala volun-

(90) En este sentido, por ejemplo, la resolución del Juzgado de menores del Tribunal de Gran Instancia de Rochefort de 9 de agosto de 2002 y la Sentencia de la Corte de apelación de Lyon de 18 de junio de 2001, ambas citadas en "Protección judicial de los menores solos", diciembre de 2002, *www.editions-legislatives.fr*.

(91) Evidentemente este precepto está redactado en previsión de la búsqueda de familias de menores franceses en situación de desamparo.

(92) "Protocole d'accord sur la procédure relative à l'accueil des mineurs étrangers isolés", Le Mans, 2003.

tad de los actores implicados en los diferentes dispositivos de defensa de la infancia impiden una verdadera protección de los mismos[93]. El temor y la alarma que provoca la presencia de estos menores y desemboca en el progresivo tratamiento de su situación desde un prisma de extranjería, unido a problemas competenciales y presupuestarios (los Consejos departamentales estiman que no les corresponde financiar la acogida de estos menores ya que su admisión en Francia depende de una decisión de la Administración central), son apuntadas como posibles causas de este rechazo o mala voluntad.

VI. LA NECESIDAD DE REPRESENTACIÓN JURÍDICA. EL ACCESO A UNA TUTELA

Independientemente de que el menor haya sido puesto o no a disposición de los servicios de la ASE, sea por la vía de la protección judicial o de la protección administrativa que hemos examinado, la resolución del Juzgado de menores en este sentido no resuelve la cuestión de su **representación jurídica**. En el Derecho francés, como hemos dicho, un menor está considerado como incapaz jurídicamente hablando y, en ausencia de un representante legal, no puede ni solicitar beneficiarse de un determinado derecho ni contestar o recurrir una decisión judicial o administrativa que le afecte. Por tanto, el otorgamiento de una tutela a un menor es absolutamente indispensable.

La **regulación de la tutela** se recoge en el capítulo segundo del título décimo, artículos 393 a 475 del Código civil francés[94], en los que se determina que la ausencia de autoridad parental permanente o provisional se produce en los casos en que los padres son incapaces de manifestar su voluntad respecto al niño, por haber muerto, por ser incapaces, por estar ausentes, por estar lejos o por cualquier otra causa[95]. Todos estos supuestos darían lugar al establecimiento de una tutela por parte del Juzgado civil competente (**Juez de tutelas**, según la traducción literal[96]) que podrá ser requerido bien por el Ministerio fiscal o bien interesarse de oficio. Si no existe ningún pariente próximo en Francia y por tanto no hay posibilidad de tutela familiar, ésta se declarará vacante y se otorgará al **Consejo general departamental** donde viva el menor y, por consiguiente, a los servicios de la ASE[97].

El informe de la ADRI de septiembre-octubre de 2002 expresa que con carácter previo a interesar al Juez de tutelas, ha de llevarse a cabo una **investigación sobre la familia** del menor, bien

(93) Autores como Michèle CREOFF, Eveline SIRE-MARTIN o Nolwenn LEROUX, denuncian la laxitud con la que en ciertos casos actúan algunos fiscales, determinados Juzgados y ciertos servicios de la ASE, bloqueando tácitamente los mecanismos legales previstos para la protección del menor desamparado.

(94) Consultable en la página web de http://www.legifrance.gouv.fr/.

(95) Artículo 390 del *Code civil français*.

(96) *Juge des tutelles*, juez que según el artículo 393 del Código civil pertenece al Tribunal de Instancia (*Tribunal d'instance)* de la jurisdicción en la que el menor tenga establecido su domicilio.

(97) Artículo 433 del Código civil francés.

por orden del Tribunal de menores o bien a instancia de las estructuras de acogida. Se solicita a tal efecto la colaboración de las Embajadas y Consulados del país de origen del menor y de ONG internacionales (particularmente la Cruz Roja Internacional.) Si transcurrido un plazo de 6 meses la investigación es infructuosa o bien se descubre que la familia no puede ejercer por diversas causas la patria potestad (se encuentran en un campo de refugiados, rechazan volver a acoger al menor, sus condiciones de vida son muy difíciles, etc.), se solicita la tutela al Juzgado competente.

Evelyne SIRE-MARTIN, presidenta del Sindicato de la magistratura, interpreta sin embargo que existe una **dualidad competencial** en el ámbito de la justicia y aboga por el hecho de que tanto el *Juzgado de menores como el Juez de tutelas hayan de ser informados de forma paralela* desde el primer momento en que se localiza al menor extranjero no acompañado: "Así, cuando el Tribunal de menores acepte decretar una medida educativa para un menor extranjero, está reconociendo su derecho de acogimiento y guarda; en cierto modo, está asegurando al menor un techo y la cobertura de sus necesidades vitales e inmediatas. Por el contrario, el Juez de tutelas, al abrir la tutela, permite al tutor ejercer el conjunto de atribuciones que conlleva la patria potestad, entre las que el deber de guarda no es sino una parte. El tutor va a permitir que el menor ejerza sus derechos"[98].

En cualquier caso, y suponiendo que el Juez de tutelas haya sido informado, lo cual no es siempre el caso[99], parece que la concesión de la tutela no se produce tampoco de forma sistemática. En este sentido, el informe de la ADRI de septiembre-octubre de 2002 expresa que **el Juez puede rechazar el otorgamiento de la tutela por diferentes causas**, principalmente por falta de disposición de documentos que acrediten el estado civil, la edad o la identidad. Normalmente, el proceso se demora de 2 a 6 meses y cuando el joven se encuentra próximo a la mayoría de edad, la solicitud suele ser denegada. Otra frecuente causa de no-concesión es el simple hecho de que los padres no estén muertos, lo cual es interpretado por algunos jueces como la imposibilidad de demostrar que la familia no puede ejercer su patria potestad, determinando por tanto la improcedencia de la tutela. Estas decisiones en cualquier caso variarían mucho de un Juzgado a otro, por lo que las asociaciones intentan solventar este obstáculo procurando domiciliar a los menores en aquellas jurisdicciones competencia de juzgados más predispuestos a la hora del reconocimiento de la tutela[100].

(98) Evelyne SIRE-MARTIN, "Le rôle de l'institution judiciaire", *Plein Droit,* n.º 52, *op.cit.,* p. 30. La traducción es mía.

(99) La propia ASE ha reconocido que durante el año 1999 solamente solicitó 8 tutelas sobre 219 menores acogidos. Ver Evelyne SIRE-MARTIN, ibíd., p. 29.

(100) "Les mineurs étrangers isolés", *Migrations Etudes* n.º 109, op.cit., pp. 11-12.

VII. EL ACCESO A LA NACIONALIDAD FRANCESA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS Y OTRAS VÍAS POSIBLES DE REGULARIZACIÓN

El artículo 21.12 del Código Civil autoriza al menor extranjero que haya sido confiado a los servicios de la ASE bien por tutela o bien por decreto de asistencia educativa a **solicitar la nacionalidad francesa por declaración de voluntad** antes de llegar a su mayoría de edad. Hasta una muy reciente reforma de noviembre de 2003 no se establecía en la Ley ninguna otra condición o requisito, ni siquiera en cuanto a la duración previa de la presencia en Francia o del tiempo bajo tutela o asistencia de la ASE (de ahí la relevancia de la decisión de tal Tribunal de confiar el menor a la protección a la ASE o a otra institución[101]). Tan solo eran requeridos documentos de prueba del estado civil o identidad (como constatación de la minoría de edad), así como la resolución judicial de tutela o de puesta a disposición de la ASE (como requisito objetivo para poder acceder a la declaración de nacionalidad). El menor debía, por tanto, llevar a cabo a través de su representante legal una **declaración de voluntad** ante el Tribunal de instancia competente según su lugar de residencia antes de alcanzar la mayoría de edad. Si el Tribunal de instancia rechazaba el registro de su solicitud, el menor podría contestar tal decisión personalmente –en ausencia de representante legal– siempre que tuviera entre 16 y 18 años de edad[102]. El *principal obstáculo* en este procedimiento de adquisición de la nacionalidad francesa, al igual que en la declaración de tutela, era la *carencia de documentos de identidad*, en particular, de un acta de nacimiento. Según el informe de la ADRI de septiembre-octubre de 2002, comenzaba a ser frecuente la existencia de Juzgados que rechazaban la declaración de nacionalidad a pesar de presentarse la documentación requerida, argumentando arbitrariamente que el plazo de presencia previo del menor en Francia era muy corto o bien que la asistencia educativa por parte de la ASE no se estaba produciendo efectivamente[103].

Como anticipábamos, con la aprobación de la Ley de 26 de noviembre de 2003 que ha modificado sustancialmente la Ley de extranjería francesa[104], se ha introducido la necesidad de que el menor extranjero no acompañado acredite **un período mínimo de 3 años** de permanencia **bajo asistencia educativa o tutela de los servicios de la ASE** para poder beneficiarse de la ciudadanía francesa[105].

El principal problema que implica esta reciente reforma a juicio de diferentes autores es la **ausencia de otras alternativas de regularización** para aquellos menores no acompañados que-en función de contar con más de 15 años de edad en el momento de ser confiados a la ASE por decisión del Tribunal de menores, se verán excluidos al llegar a su mayoría de edad de toda

(101) Ver nota 87.

(102) Artículo 26.3 del Código civil.

(103) "Les mineurs étrangers isolés", *Migrations Etudes* n.º 109, op.cit., pp. 13-14.

(104) Loi n.º 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

(105) Artículo 67 de la Ley 2003-1119 que modifica el apartado primero del artículo 21.12 del Código civil.

forma o posibilidad de prolongar su residencia de forma regular en Francia[106]. En algunos casos puede plantearse la posibilidad de establecer una prórroga de hasta 3 años a la medida de asistencia educativa por parte de la ASE –programas de *jeune-majeur*– para promover la inserción socio-profesional del joven extranjero en el mercado de trabajo. Sin embargo, estos programas carecen de la más mínima coherencia desde el momento en que el menor no tiene ninguna posibilidad futura de regularizarse y está por tanto condenado a la clandestinidad al llegar a la edad de 21 años.

VIII. EVOLUCIÓN POSIBLE DE LA LEGISLACIÓN FRANCESA SOBRE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. LA PRIORIZACIÓN DE LAS REPATRIACIONES

Extrañamente, y es ésta una de las **diferencias más sustanciales** que podemos encontrar en la regulación jurídica del tratamiento y protección de los menores extranjeros no acompañados entre España y Francia, las *normas francesas no hacen ninguna referencia a la reagrupación del menor* con su familia o a su país de origen ni como posible prioridad ni como posibilidad siquiera. Hay que considerar que, hasta la fecha, la política francesa al encuentro de los menores no acompañados ha sido la aplicación de su ya existente legislación común protectora de la infancia adaptada en función de las características de este colectivo. Sólo a partir de marzo de 2002, con la reforma del artículo 35 quáter de la Ley de Extranjería se han introducido en el ordenamiento jurídico las primeras disposiciones específicas de tratamiento de los menores no acompañados en zona internacional con el nombramiento de un administrador *ad hoc* que asegure su representación jurídica.

Sin embargo, el informe encargado a la Prefectura de París por parte del Secretario de Estado para la Lucha contra la Precariedad y la Exclusión (ver nota 78) que, a pesar de ser un documento de carácter interno ha trascendido en su contenido a la opinión pública[107], establece efecti-

(106) J.P. ROSENCZVEIG, como Presidente de la asociación *Défense de la Enfance Internationale- France*, en una carta dirigida al Ministro del Trabajo y la Cohesión Social recogida por *Actualités Sociales Hebdomadaires,* n.º 2358 de 7 de mayo de 2004, expresa su preocupación por aquellos jóvenes que después de "*aprender el francés y comprometerse en una escolarización o proyecto de formación profesional van a encontrase* (tras la reforma) *en una situación de ilegalidad que les afecta a ellos y a la sociedad francesa*" (la traducción y el paréntesis son míos). Este autor, que reconoce que la "facilidad de acceso" a la nacionalidad francesa que implicaba la legislación anterior producía situaciones incoherentes en la que menores sin conocer ni una palabra de francés accedían a la ciudadanía, propone el otorgamiento de un título de residencia temporal a aquellos que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo *acogida de la ASE o de la Dirección de la Protección judicial de la juventud*, hecho que les permitiría continuar su formación o acceder al mercado de trabajo. En este mismo sentido, el propio informe del grupo de trabajo constituido por la Prefectura de París abogaba en junio de 2003 por modificar en un sentido restrictivo el acceso a la nacionalidad francesa en beneficio del otorgamiento de un documento de residencia a los menores extranjeros no acompañados confiados a la ASE.

(107) Notablemente, por su amplia difusión y dejando aparte otras publicaciones especializadas, en la edición de *Le Monde* de 30 de septiembre de 2003, en un artículo firmado por Sylvia ZAPPI, con el siguiente titular: "Dos informes preconizan el retorno a su país de origen de los menores extranjeros no acompañados" (la traducción es mía). El hecho de que la periodista se refiera a dos informes se debe a que el Prefecto constituyó dos grupos de trabajo diferentes (uno sobre modalidades de acceso al territorio y otro sobre modalidades de acogida una vez que el menor ha accedido al territorio) que redactaron sendos documentos que finalizaron por condensarse en dos partes del mismo informe.

vamente la organización del **retorno al país de origen en condiciones humanas dignas** como una de las principales "modificaciones legislativas o reglamentarias susceptibles de limitar la entrada de menores no acompañados en el territorio francés"[108]. Los argumentos que aporta el informe en apoyo de su proposición son:

– Que las disposiciones del Código Civil relativas a la patria potestad así como las de la Convención de Naciones Unidas instituyen el *derecho del niño a vivir en su entorno familiar*.

– Que es la única forma realmente susceptible de *disuadir la actividad de las redes de tráfico de personas*.

Acto seguido, el informe propone la instauración de un **dispositivo especial de tratamiento de los menores no acompañados**, incluyendo la creación de zonas internacionales de retención específicas para menores así como oficinas especializadas en los principales países de origen. Se sugiere además la posibilidad de *prorrogar la retención en zona d'attente fronteriza hasta un máximo de 40 días*, plazo de tiempo que se estima como suficiente para proceder a la repatriación en la mayoría de los casos[109]. Evidentemente, se plantea asimismo la posibilidad de llevar a cabo la repatriación cuando el menor no acompañado es directamente localizado en el interior del territorio francés[110]. En contraposición, el informe aboga por facilitar la documentación e integración educativa y profesional de los menores caso de que no pueda producirse su repatriación.

En cualquiera de los casos, este informe –sin fecha oficial por su carácter de documento interno pero emitido aproximadamente en junio de 2003– no ha visto recogida su propuesta principal en la reciente reforma legislativa de noviembre del mismo año[111]. Nada excluye sin embargo que en posibles desarrollos reglamentarios de esta ley pueda seguirse la tendencia española de priorizar e identificar el retorno del menor con su interés superior.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Existen finalmente dos aspectos con relación al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados que nos parecen especialmente preocupantes y que consideramos que ha de insistirse en su denuncia a fin de que puedan corregirse con carácter urgente. Estos son:

(108) Apartado II del Informe final del grupo de trabajo sobre las modalidades de acceso de los menores no acompañados en territorio francés.

(109) El plazo máximo de retención administrativa autorizado por la Ley es de 20 días siempre bajo control judicial desde el cuarto. Artículo 35 quáter de la LEF.

(110) En definitiva, la regulación francesa permite la denegación de entrada y consiguiente retorno de los menores extranjeros no acompañados interceptados en frontera aunque la práctica indica que en la mayor parte de los casos acaban siendo aceptados en Francia. El propio informe del Prefecto ofrece un porcentaje de entre un 70 y 75% de menores que, tras pasar por la zona internacional, acaban siendo admitidos en el territorio por decisión judicial del Tribunal de menores. En cualquier caso, parece que el número de menores directamente localizado en territorio francés por control policial o por propia voluntad del menor estaría aumentando progresivamente (ver nota 83).

(111) Ley 2003-1119 de 26 de noviembre de 2003, op. cit., nota 104.

– La *identificación* que los poderes públicos centrales y autonómicos en España han estado haciendo de la *reagrupación familiar y consiguiente repatriación* del menor extranjero no acompañado *con su interés superior*, vulnerando así tanto la legislación internacional como la propia LOM y las propias disposiciones de la normativa de extranjería española. Existen indicios apuntados en el apartado número 8 de este documento de que la normativa francesa pueda evolucionar en una línea similar.

– La consideración de TODOS los *menores extranjeros* no acompañados como *personas desamparadas* y su inmersión en procedimientos rígidos y estáticos de protección que acaban fomentando su dependencia y aislamiento y, a la larga, su conflictividad. Hemos de considerar que el principal objetivo de estos menores es conseguir una integración, fundamentalmente económica, en el período de tiempo más corto posible. Por tanto –una vez decidida su acogida– es urgente diseñar e instaurar procedimientos dinámicos para facilitar y apoyarles en la consecución de tal propósito.

Con absoluto reconocimiento de la dificultad de tratamiento de un fenómeno tan delicado como es la emigración de personas menores de edad en ausencia de sus referentes familiares hacia sociedades con concepciones de la infancia absolutamente diferentes a las suyas de origen, es posible imaginar que una normativa excesivamente protectora pueda llegar a favorecer tanto la asunción de riesgos progresivos por los propios menores para acceder a los territorios de los estados europeos como el consecuente incremento de la actividad de las mafias de tráfico de personas. No obstante, estamos absolutamente convencidos que la gradual *restricción de las vías de integración jurídica* de los menores extranjeros no acompañados va a conllevar un verdadero beneficio a medio plazo de esas mafias que, ante la ausencia de otras oportunidades para estos jóvenes, encontrarán el entorno ideal para fomentar tanto sus actividades delictivas como su explotación laboral y/o sexual con el consiguiente incremento de la alarma social y el progresivo rechazo y demonización de su figura.

Notas y colaboraciones

Dossier: XIV Encuentro de abogados sobre Derecho de Extranjería

Córdoba, 20, 21 y 22 de mayo de 2004

Córdoba, mayo 2004

I

XIV Encuentro de abogados sobre Derecho de Extranjería (I) Conclusiones

SUMARIO

Intervención de Pascual Aguelo Navarro.

Mesa 1: Jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y medidas cautelares en los procedimientos de extranjería.

Mesa 2: Situación laboral del extranjero.

Mesa 3: Extranjero en procedimientos penales.

Mesa 4: El procedimiento sancionador en la ley de extranjería .

Mesa 5: Mujer inmigrante.

Mesa 6: El extranjero en prisión.

Mesa 7: Los SOJEXs en los colegios de abogados e intervención letrada de oficio en procedimientos de extranjería administrativos y judiciales.

Mesa 8: Reagrupación familiar.

Mesa 9: Régimen comunitario.

Mesa 10: El padrón. ley de protección de datos.

INTERVENCIÓN DE PASCUAL AGUELO NAVARRO, PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Queridas compañeras, queridos compañeros:

Un año más, y son ya catorce, cumplimos con el encargo de procurar el encuentro de los abogados responsables de los servicios y turnos de extranjería de los respectivos Colegios y de cuan-

tos juristas especialistas en la materia han querido compartir con nosotros las inquietudes y experiencias profesionales desarrolladas a lo largo de todos estos años.

Desde luego, poco o nada tiene que ver este Encuentro, como ya lo fueron los de León o Palma, con aquellas reuniones casi furtivas que algunos Colegios llevamos a cabo en los primeros años de los servicios de extranjería, allá por el año 1991.

Pero lo cierto es que el camino emprendido entonces no sólo ha continuado contando con los iniciales impulsores, sino que al mismo se ha ido sumando el conjunto de Colegios de Abogados españoles. El Encuentro que hoy inauguramos, con la presencia de la casi totalidad de Colegios, es su mejor reflejo.

Los objetivos y deficiencias a cubrir todavía son importantes, pero, a día de hoy, podemos afirmar que una de las preocupaciones centrales de todos los Colegios de Abogados es la de abordar, de la forma más eficaz y efectiva, nuestro fundamental oficio de defensores de un colectivo tan desprotegido jurídica y socialmente como es el de las personas inmigradas y más concretamente los inmigrantes carentes de recursos. Esta fue y es una de las máximas preocupaciones de la Abogacía Española.

El entusiasmo de los diferentes Colegios que han ido organizando los sucesivos encuentros y el esfuerzo del conjunto de letrados y letradas en quienes se ha personificado ese entusiasmo ha sido una pieza fundamental para el éxito de la tarea emprendida.

En este sentido parece obligado destacar el trabajo de las compañeras y compañeros del Colegio de Córdoba, haciendo una mención especial de las compañeras Cristina Ranz y Elena Arce que han encabezado la extraordinaria organización del XIV Encuentro y son responsables de la espléndida acogida con la que el Colegio de Córdoba nos ha dispensado.

No puedo olvidarme tampoco del decisivo respaldo de los respectivos decanos, y en particular del recordado Decano de Córdoba, Paco Rojas, y desde luego del Presidente del Consejo General de la Abogacía, Carlos Carnicer. Sin el concurso de todos ellos seguramente esta reunión no habría sido posible, al menos con tal brillantez.

El buen trabajo del que este Encuentro es buen reflejo pone las cosas muy difíciles a los Colegios que tomarán el relevo y deberán encargarse de desarrollar las próximas reuniones, que ya anuncio serán; el de Zaragoza para el próximo año; que tendrá el honor de organizar el XV Encuentro y celebrar así en su casa el X aniversario de la I Conferencia Internacional de Abogados celebrada también en Zaragoza en 1995; para volver a Andalucía, concretamente a Sevilla, en el año 2006. Se han presentado diversas propuestas para sucesivas reuniones, Badajoz, Pamplona y Barcelona. Como veis la continuidad y consolidación del movimiento emprendido están perfectamente garantizadas.

No quisiera alargarme, pues el tiempo nos apremia y son muchas las sesiones que compartiremos y en las que tendremos ocasión de volver sobre estos y otros temas que a buen seguro

van a suscitar importantes debates y conclusiones. Únicamente quisiera incidir en el carácter de las Jornadas.

Es obvio recordar, que se trata como bien sabéis de un Encuentro, lo que quiere decir puesta en común de experiencias y reflexiones. Trataremos de evitar las intervenciones magistrales y centraremos nuestros esfuerzos en analizar la siempre complicada práctica profesional cotidiana, llena de sinsabores, pero también de gratificantes experiencias.

Las mesas de Trabajo constituidas pretenden únicamente incitar, canalizar el debate y la búsqueda de soluciones que sean capaces de orientar la labor profesional. Este año el esfuerzo realizado en el diseño de las Mesas de Trabajo esperamos nos ayude a alcanzar unas conclusiones eficaces que conduzcan a la elaboración de propuestas que constituyan un insustituible material en nuestro trabajo cotidiano.

Quiero también significar que el Encuentro se sitúa en un momento socio-jurídico de la máxima expectación, se trata del primer y más importante foro especializado que va a tener la oportunidad de reflexionar y debatir sobre la materia, tras el giro electoral del 14-M.

A vuela pluma quisiera recordar algunos trascendentes acontecimientos que pueden ayudar a enmarcar nuestros debates.

El año 2003 comenzó con esperanzadoras noticias para la situación jurídica de los trabajadores migrantes, tanto en el contexto español como internacional.

Entre otros y en primer lugar, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, declarando ilegal una importante batería de preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería.

Después, la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2003, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso "que residan legalmente en España" del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, vino a reconocer el derecho a la justicia gratuita como invocable por TODAS las personas, independientemente de su nacionalidad y situación administrativa.

En el plano internacional, significamos la entrada en vigor el 1 de julio, tras la ratificación por el vigésimo Estado, de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990 y la Opinión Consultiva de 18 de septiembre, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a instancia de los Estados Unidos Mexicanos.

Y también tenemos que mencionar, la valiente jurisprudencia de algunos Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo contencioso-administrativo que vino a corregir las aristas más agudas de la cada vez más restrictiva normativa migratoria y que anticipaban la Sentencia del

Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004 que anula el punto 9.º del Acuerdo de Consejo de Ministros de diciembre de 2001 y confirma la compatibilidad del régimen general de autorizaciones de trabajo y el procedimiento de contingentes anuales.

Sin embargo, en las postrimerías de año 2003, el panorama quedó ensombrecido por dos reformas legislativas que, a mi juicio, suponen un importante paso atrás en orden al avance del reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros, cada vez en situación más precaria y discriminada: Se trata de La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y la reciente Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica de extranjería y otros.

Tales reformas consuman un régimen administrativo especial por razón de la nacionalidad del sujeto administrado, en el que las garantías jurídicas y derechos fundamentales quedan mermados hasta hacerlos irreconocibles. La desconsideración del derecho a la libertad del extranjero, de su intimidad personal y familiar, del derecho a la presunción de inocencia, conforman un estatuto jurídico que parte del criterio de desigualdad y es sometido a una situación de fuerte precarización.

Fue en este contexto en el que el Encuentro fue diseñado. Se trataba de un Encuentro en el que procuraríamos buscar fisuras por donde poder avanzar en la defensa de los derechos e intereses de las personas inmigradas, en definitiva para intentar gestionar la restrictiva y delicada situación creada en este nuevo marco jurídico.

En este sentido hay que considerar el trabajo realizado por la Subcomisión de Extranjería del CGAE, que culminó con la elaboración del Dictamen acerca de la posible inconstitucionalidad de diversos preceptos de la LO 14/2003 y que sirvió de fundamento al Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco.

El vuelco electoral del 14-M supone una nueva perspectiva de trabajo, quizás más exigente, que nos obliga no solo a tratar de gestionar la restrictiva perspectiva y miseria de la LO 14/2003, sino de ser capaces de elaborar propuestas que sirvan de inicio para un necesario debate que lleve al replanteamiento de las actuales líneas del derecho Migratorio, que coloque a la PERSONA y sus DERECHOS en el centro de su regulación.

Se abre un período de esperanzadoras expectativas, no confundir con vanas ilusiones, en el que el nuevo Gobierno tiene la oportunidad de evidenciar que su postura de liderazgo en la oposición al Gobierno Popular frente a la contrarreforma de la Ley de extranjería del año 2000 obedeció a sinceras convicciones y no a meras estratagemas electorales.

El nuevo Gobierno debe escuchar los argumentos y propuestas que desde los más diversos sectores, incluida la Abogacía Española, se vienen realizando desde hace años, para sin precipitaciones abordar la elaboración de una política migratoria no sujeta a vaivenes electorales.

Las políticas desarrolladas en estos años no han sido efectivas. Han generado graves tensiones en el campo social, unas crecientes situaciones de irregularidad y un importante déficit democrático al privar a amplios sectores de la población, las personas migrantes, de derechos fundamentales y de garantías jurídicas esenciales. Todo esto debe modificarse.

En primer lugar se debe producir un radical cambio del rumbo de la actual legislación de extranjería, acomodándose a los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y reconocimiento de Derechos Humanos para todas las personas independientemente de su nacionalidad o condición administrativa. No se olvide que ante el TC siguen pendientes una decena de recursos, alguno de ellos impulsados por el Partido Socialista.

Promover cauces administrativos que favorezcan la legalidad: Reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, regulando el derecho de los trabajadores migrantes a desplazarse con sus familiares. En este sentido una primera actuación pudiera ser la ratificación por España de la Convención Internacional de 1990 sobre Derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, en vigor desde el año 2003.

Una política de visados más flexible que contemple los visados para búsqueda de empleo, e implementando cauces administrativos que permitan la normalización sin demoras injustificadas y sin innecesarios viajes de ida y vuelta.

Políticas que favorezcan la movilidad frente a las medidas de cierre de fronteras que generan un creciente movimiento ilegal transfronterizo de personas, que viene acompañado con el surgimiento de "mafias internacionales" cada vez más audaces y profesionalizadas.

La ley de reforma aprobada en noviembre de 2003 exige la acomodación del Reglamento del año 2001 a las previsiones de la LO 14/2003. En este sentido, parece adecuado y prudente no proceder a su elaboración precipitada, sino únicamente de aquellos aspectos imprescindibles para su ejecución, por ejemplo, la regulación de la vía de la Residencia temporal por arraigo, promover una normalización generosa para todas aquellas personas que se encuentran ya en España y tienen la posibilidad de trabajar y permanecer pacíficamente entre nosotros.

Impulsar la iniciativa legislativa de elaboración de una nueva Ley de Extranjería con vocación de permanencia de conformidad con los postulados expuestos.

Por último, y aunque sé que no es preciso decirlo en este Foro, siempre resulta útil recordar que desde 1991, algunos Colegios de Abogados nos marcamos la tarea de comprometer a la Abogacía en la DEFENSA con mayúscula de los Derechos Humanos de los extranjeros y más concretamente de los inmigrantes carentes de recursos. Las deficiencias que, en algunos casos pueden existir o haber existido, no deben enturbiar el desinteresado empeño de la mayoría de los Colegios de abogados y sus letrados y letradas.

Quiero finalizar señalando que cerca de un millón de personas viven junto a nosotros en condiciones jurídicas difícilmente soportables. Sin demagogia, muy sinceramente, os pido que el

Encuentro coloque en el centro de sus preocupaciones la situación de tan importante y amplio colectivo, víctimas de las injustas barreras y fronteras impuestas a las personas en la búsqueda de mejores y más dignas condiciones de vida.

Ánimo y que el Encuentro acierte a alcanzar los importantes objetivos propuestos.

Córdoba, 20 de mayo de 2004

CONCLUSIONES (*)

MESA 1: JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA

D.ª Inmaculada Montalbán Huertas. Magistrada del TSJA en Granada
Coordinador: D. Santiago Yerga Cobos. ICA Jerez de la Frontera

1. Actuación de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos

PRIMERA

• Desconocimiento de la realidad social en la que viven las personas inmigradas: están más cerca de la realidad social los Juzgados unipersonales que los colegiados.

SEGUNDA

• No existe homogeneidad ni unidad de actuación a la hora de dictar sentencias.

TERCERA

• Es necesaria la formación especializada en esta materia de la judicatura y Fiscalía, proponiendo cursos específicos de formación para ambos estamentos, con intervención de la Abogacía Española

CUARTA

• Incrementar la dotación de recursos humanos y materiales a los Órganos jurisdiccionales.

2. Cuestiones de procedimiento acerca de las medidas cautelares

QUINTA

• Representación: dificultades para la acreditación de la representación, especialmente en turno de Oficio.

(*) Las Conclusiones del Encuentro han sido asumidas por la Subcomisión de Extranjería del CGAE en sesión de fecha de 23 de junio de 2004

Propuesta: Ha de bastar con la acreditación de la intervención en el expediente administrativo o el oficio por parte del Colegio.

(Lo contrario supone vulneración de un Derecho Fundamental que crea indefensión por lo que se podría utilizar el procedimiento de protección de Derechos fundamentales de Ley 29/1998).

SEXTA

• Dificultades en el examen del expediente administrativo con carácter previo a la interposición de la demanda en el procedimiento abreviado.

Propuesta:

Necesidad de articular un mecanismo con las Oficinas de Extranjeros para permitir dicho examen por los letrados: convenios, ventanillas específicas, etc.

3. Medidas cautelares y cautelarísimas

SÉPTIMA: PROTOCOLO COMÚN

• Panorama: denegación habitual por la "presunción de ilegalidad" de la situación de las personas inmigradas y de las medidas solicitadas.

Propuesta:

Despejar la mención de la no suspensión en materia de extranjería en vía administrativa.

OCTAVA

A) Cautelarísimas:

• Solicitarlas solamente cuando existan razones de urgencia: detención, internamiento, ejecución de la expulsión, etc.

• Solicitarlas cuando varíen las circunstancias en la situación personal del extranjero.

NOVENA

B) Medidas cautelares:

• Interpretación extensa del concepto de arraigo, no puede quedar limitado sólo al arraigo familiar, hay que extenderlo al arraigo laboral o empleabilidad del trabajador extranjero.

DÉCIMA

• En supuestos de denegación de renovaciones, las medidas cautelares por ministerio de la Ley deberían ser siempre positivas (suspensión de la salida obligatoria y autorización provisional para trabajar).

• En el caso de solicitudes iniciales quedará a criterio de la autoridad judicial.

MESA 2: SITUACIÓN LABORAL DEL EXTRANJERO

D. Cristóbal Molina Navarrete. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Jaén
Coordinador: D. Francisco García-Calabrés Cobo. ICA Córdoba

PRIMERA

• Supeditar expresamente la condición de trabajador extranjero a la existencia de un contrato de trabajo y no de su previa autorización.

Conclusión:

• El extranjero adquiere la condición de trabajador, de la misma forma que la adquiere el nacional: por la existencia de un contrato de trabajo (aspecto jurídico-material), no porque tenga una autorización para trabajar, que no es más que un requisito administrativo (aspecto jurídico-formal).

• Esta relación jurídico-material, o sea la existencia de contrato de trabajo aun cuando no exista autorización, es la que recoge la reciente jurisprudencia.

Propuesta:

• Se deben primar los aspectos jurídico-materiales antes que los jurídico-formales, dando un nuevo enfoque a la relación contrato-autorización: si el contrato existe sin autorización y el artículo 36.3 reconoce los derechos del trabajador extranjero y las prestaciones que pudieran corresponderle hay que resituar jurídicamente la autorización administrativa de trabajo.

SEGUNDA

• Derogar la disposición adicional 4.ª de la LO 14/2003, sobre la inadmisión a trámite de la solicitud del trabajador irregular, en base a la existencia de unos derechos ya reconocidos, pese a su irregularidad, en el 36.3.

Propuesta:

• Derogación de la disposición adicional 4.ª, en su punto 7, sobre todo teniendo en cuenta que la inadmisión puede dar como resultado una falta de tutela judicial efectiva.

TERCERA

• Tender a superar el concepto de Contingente, y dar una solución real.

Conclusión:

• El procedimiento de contratación en origen a través de Contingente no ha dado los resultados esperados tal y como está conceptuado sobre todo ante la expectativa de que sea el único procedimiento de contratación de trabajadores extranjeros. No puede ser un procedimiento que excluya a la contratación a través del Régimen General.

• Ahora bien no podemos olvidar que la disposición adicional 4.ª de la LO 14/2003 trata de impedir la contratación de trabajadores en situación irregular lo que en buena manera exige que el trabajador se encuentre en su lugar de origen. De acuerdo con lo reformado por la Ley 14/2003 se trata de exigir la contratación en origen, ya sea por Contingente o Régimen General, salvo en el caso de que el solicitante se encuentre de forma administrativamente regular en España.

Propuesta:

• El procedimiento de contingente debe tender a facilitar la contratación del trabajador por el empresario español, debe reducir tiempos y trámites:

1. Sería interesante la participación más activa de organizaciones empresariales y sindicales y que la actividad administrativa lo fuera de garantía y seguimiento del proceso y de los contratos resultantes.

2. Mayor participación de las Comunidades Autónomas a la hora de diseñar sus necesidades de contratación, con flexibilidad real para incluir nuevas actividades, modificación de plazas, etc.

3. Las Comunidades Autónomas deberían trabajar con la posibilidad de exigir el "cupo autonómico" que les permite el artículo 70.1.3 del RELOEx.

4. Cooperación entre distintas Administraciones, sobre todo autonómica y estatal, a la hora de llevar a cabo las funciones de garantía y seguimiento de la contratación a través de contingente.

5. Existencia de Comisiones de Seguimiento efectivas que detecten los "fallos" del sistema de Contingente y puedan ser solucionados de forma ágil y efectiva.

CUARTA

• Lo deseable sería que la participación del INEM se convierta en una GESTIÓN más que en la sola emisión de un certificado.

(En todo caso, se debe insistir en una gestión más intensa de la Oferta de Empleo, tal y como está planteado el concepto de "situación nacional de empleo" sólo puede suponer más tiempo de tramitación.)

• Por otro lado el cuestionario que realiza el INEM es muy general, no incluye todas los requisitos exigidos por el empleador, no refleja la realidad, habría de darse unas pautas tasadas al INEM, por parte del Gobierno u organismo competente, que admita lo anterior.

• Además adaptar las resoluciones de tribunales a la legislación (así exigir la posibilidad efectiva de la incorporación del trabajador al puesto de trabajador ofertado).

(Se refiere a la interpretación jurisprudencial de los conceptos de "idoneidad" y "disponibilidad"). Hay que tener en cuenta las leyes laborales y la jurisprudencia no solo la contenciosa sino también la laboral (ej.: no se puede ofertar un puesto de trabajo a más de 30 km de distancia del domicilio del trabajador).

QUINTA

• Concretar reglamentariamente el concepto de representación empresarial.

SEXTA

• Debería de documentarse a los irregulares en función de un criterio flexible del artículo 31.3 de la LO y/o un sistema de estancia ampliado.

Conclusión:

• El Reglamento actual es excesivamente rígido con respecto a la figura del arraigo (tiempos exigidos y requisitos cumulativos) que dificultan el acceso del extranjero en situación irregular a una situación de regularidad.

Propuesta:

En relación con la posibilidad de solicitar residencia temporal por arraigo:

• Reducir a dos años el tiempo necesario para acceder a la residencia temporal.

• Aplicar un plazo más reducido, como lo hace el Código Civil con respecto a la nacionalidad, a los nacionales de otros países con especial vínculo con España.

• No exigir requisitos de forma cumulativa (Oferta de trabajo + vínculos familiares).

• Ampliar los "vínculos familiares" (abuelos, hermanos, parejas de hecho).

SÉPTIMA

• Crear sistemas de visados de búsqueda de empleo para los irregulares que residen aquí, facilitando así la integración de forma regular del trabajador extranjero.

Propuesta:

• Definir Planes de Inserción "reales" dando un visado de búsqueda de empleo.

• Hay que tener en cuenta la dimensión local de la política de empleo, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 56/2003 (LEY DE EMPLEO) y lo establecido en la Estrategia Europea de Empleo, ya que "las políticas de empleo en su diseño y modelo de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local".

• Para la inserción efectiva y eficaz de estos trabajadores resulta imprescindible la participación, coordinación y colaboración con las comunidades autónomas y corporaciones locales.

OCTAVA

• Que se conceda una habilitación para trabajar desde el momento de la solicitud.

Al igual que en los casos de admisión de la solicitud de Asilo, en el caso de la admisión de la solicitud de autorización de trabajo, debería habilitarse provisionalmente para trabajar al solicitante.

• Además adaptar las resoluciones de tribunales a la legislación (así exigir la posibilidad efectiva de la incorporación del trabajador al puesto de trabajador ofertado).

MESA 3: EXTRANJERO EN PROCEDIMIENTOS PENALES

D. Fernando Santos Urbaneja. Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba.
Coordinador: D. Ignacio Almandoz Ríos. ICA Guipúzcoa.

1 y 2: Identificación del extranjero en la vía pública. retención. Artículo 20 de la LO 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. Asistencia letrada al extranjero en la comisaría de policía. *Habeas corpus.*

PRIMERA

• Necesidad de acabar con la discriminación que sufren los extranjeros (principalmente los que cuentan con marcados y claros rasgos que denotan su procedencia) con respecto a los nacionales, a la hora de ser "retenidos" en la vía pública para su identificación.

SEGUNDA

• Delimitar el alcance de la exigencia de documentación al amparo de la LO 1/1992. ¿Se trata de una simple identificación de la persona o se puede exigir la documentación relativa a la situación legal de permanencia?

TERCERA

• A tener en cuenta por el abogado: la detención es una medida cautelar que ha de acordarse siempre tras la incoación de un procedimiento sancionador. En supuestos que vulneran lo anterior, debe acudirse al procedimiento de *habeas corpus*.

CUARTA

• El abogado debe exigir el máximo de legalidad a la hora de incoar el procedimiento sancionador; debe hacerse en presencia y por instructor y secretario.

QUINTA

• Debe hacerse un mandato a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para que, en casos de detención por motivos de extranjería, se cumplan estrictamente sus competencias. La policía local y la guardia civil no tienen competencias en materia de extranjería. El abogado debe supervisar sus actuaciones y si es preciso acudir al *habeas corpus*.

SEXTA

• Pese a no ser reconocido como legitimado por la ley orgánica correspondiente, el letrado y fundamentalmente el de guardia, debe tener capacidad plena para formular un *habeas corpus* contra la detención ilegal de un extranjero. Necesidad de unificar criterios en este sentido por los distintos Colegios de Abogados.

SÉPTIMA

• Exigencia por parte del letrado, de la aplicación plena del artículo 520 de la L.E.Crim. en todos los casos en que el extranjero se encuentre detenido. Evitar el supuesto de aplicación del estatus de retenido o detenido según convenga a las autoridades policiales.

OCTAVA

• Exigencia de un tratamiento digno, y separado físicamente en dependencias policiales de la "delincuencia habitual", para el extranjero detenido única y exclusivamente por irregularidades en su documentación. No es un delincuente.

NOVENA

• Necesidad de unificar criterios en los distintos colegios de abogados para que el letrado de guardia tenga conocimiento de la detención de un extranjero desde el momento mismo en que esta se produce, para no restar eficacia a un posible *habeas corpus*.

DÉCIMA

• El letrado de guardia ha de estar presente en todas aquellas actuaciones administrativas o judiciales que supongan retención o detención del extranjero.

UNDÉCIMA

• Es imprescindible que la tramitación de un asunto de extranjería corresponda al mismo y único letrado desde el principio hasta el final del procedimiento. Ello da operatividad y efectividad a su actuación. Los colegios profesionales deben unificar criterios en este sentido.

DUODÉCIMA

• Debe protegerse al extranjero que acude a una oficina pública para cualquier actuación administrativa, p.e. formular una denuncia, consultar documentación, etc. para que la policía no pueda aprovechar ese momento para retenerle o detenerle.

3. 4. y 5: El extranjero en la fase procesal comprendida entre la incoación del procedimiento penal y la celebración de la vista oral. Marco del artículo 57.7 de la Ley de Extranjería tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003. Problemas relacionados

DECIMOTERCERA

• Debe ser labor de todos los operadores jurídicos, el interpretar el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería como de aplicación residual o excepcional y no como una regla automática que es lo que ocurre en la práctica. El artículo 57 no obliga a expulsar.

DECIMOCUARTA

• A la hora de aplicar la expulsión prevista en el artículo 57.7 debe valorarse la proporcionalidad de su aplicación, atendiendo al caso y las circunstancias concretas. Se evitarán situaciones de excesiva "penalidad" y situaciones en las que la expulsión pudiera ser un "premio" o mal menor para el extranjero.

DECIMOQUINTA

• Para la aplicación del artículo 57.7 es imprescindible delimitar con exactitud los conceptos de inculpado e imputado.

DECIMOSEXTA

• Deben evitarse situaciones de incompatibilidad entre órdenes de expulsión y obligación de comparecencia *apud acta* ante un juzgado penal.

DECIMOSÉPTIMA

• No es posible que pueda equipararse, para la aplicación del artículo 57.7, el delito con la falta. Debe acabarse con tal equiparación.

DECIMOCTAVA

• Para acordar la medida de expulsión, tanto el fiscal para emitir informe, como el juez, deben exigir el expediente completo. No basta con la mera resolución de expulsión, con esto es imposible valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.

DECIMONOVENA

• La expulsión o internamiento en un CIE debería ser controlada y supervisada por un juez de lo contencioso, a través de la pertinente modificación legislativa.

VIGÉSIMA

• Imprescindible la creación de un juzgado especializado en extranjería. Ello conllevará necesariamente la mejor formación de jueces, fiscales, abogados y mejor funcionamiento de los turnos especiales de oficio en esta materia.

VIGÉSIMO PRIMERA

• Todos los colegios de abogados deben contar con un turno especial de extranjería y una unificación de criterios. En cualquier procedimiento penal en que sea parte un extranjero, debe intervenir un letrado especializado en extranjería, por la repercusión que pueda tener la resolución penal en el ámbito administrativo. Solo un letrado especializado puede controlar estos efectos.

VIGÉSIMO SEGUNDA

• Debe instarse la inconstitucionalidad del artículo 57.2 pues vulnera la finalidad de reinserción social de cualquier pena privativa de libertad y el principio *non bis in idem*.

VIGÉSIMO TERCERA

• Necesidad de controlar la legalidad de las sentencias penales dictadas por tribunales de otros países. El abogado cuenta con la dificultad de que no conoce esas legislaciones.

VIGÉSIMO CUARTA

• Debe existir por parte de las autoridades y el abogado, un control de la legalidad respecto de la ejecución de resoluciones de expulsión dictadas por países Schengen.

6 y 7. El extranjero condenado a pena privativa de libertad. Artículos 89 y 108 del Código Penal tras su modificación por la Ley Orgánica 11/2003

VIGÉSIMO QUINTA

• El artículo 89 del CP no es de aplicación automática, debe ser de interpretación restrictiva. Debe atenderse muy especialmente a las circunstancias del caso concreto para valorar la sustitución de la pena de privación de libertad por la de expulsión.

VIGÉSIMO SEXTA

• En las conformidades en procedimientos penales el letrado debe intentar prever la posibilidad de una expulsión posterior, que dejaría sin efecto la condena impuesta. Es conveniente en la conformidad, aportar la documentación que permita en ese momento valorar las circunstancias concretas del caso para evitar la sustitución por expulsión.

VIGÉSIMO SÉPTIMA

• La existencia del artículo 89 del CP, cuando de juicios rápidos se trata, hace perder virtualidad práctica al 57.7 de la Ley de Entranjería.

VIGÉSIMO OCTAVA

• Las expulsiones llevadas a cabo tras el acceso del recluso extranjero al tercer grado penitenciario pueden dar lugar, en algunos casos, al rechazo del interno a la progresión en grado. Son aquellos casos en que la situación en el país de procedencia es más "perjudicial" que la estancia en prisión.

VIGÉSIMO NOVENA

• La aplicación del artículo 89 del CP no puede provocar desigualdades en el trato de los extranjeros en situación irregular con relación a los nacionales e incluso a los extranjeros en situación regular.

TRIGÉSIMA

• Imprescindible compatibilizar la obligación de sustituir la pena de privación de libertad inferior a seis meses (artículo 71.2 del CP) con los supuestos en que sustituida la pena no es posible ejecutar la expulsión. No puede obligarse al extranjero a cumplir una pena inferior a seis meses, que no cumpliría un español.

TRIGÉSIMO PRIMERA

• El tiempo transcurrido en prisión preventiva o en situación de condenado por parte del extranjero que tenga sustituida la pena privativa de libertad por expulsión deberá ser descontado del período total de prohibición de entrada.

TRIGÉSIMO SEGUNDA

• Deben controlarse de manera estricta las consecuencias de la aplicación de la D. Adicional 17.ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

8. Artículo 318 bis, Tras la reforma de la LO 11/2003

TRIGÉSIMO TERCERA

• Principal problema: sentar las bases y criterios de diferenciación entre el delito o la falta muy grave del artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería.

9. Artículo 59 de la Ley de Extranjería. Colaboración del extranjero

TRIGÉSIMO CUARTA

• El abogado debe velar por la efectividad del acuerdo de colaboración alcanzado con la brigada provincial de extranjería. La última decisión la tiene Madrid, no la brigada provincial.

TRIGÉSIMO QUINTA

• Para las autoridades policiales no basta la mera denuncia, exigen una colaboración activa. Debe tratarse de redes organizadas para la vigencia de este precepto.

TRIGÉSIMO SEXTA

• El abogado debe controlar la colaboración del extranjero con la justicia, al amparo del artículo 31.3 o al amparo del artículo 59 de la Ley de Extranjería. Son supuestos distintos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA

• Debe exigirse a las autoridades policiales que les sea vinculante una resolución judicial en la que conste que el extranjero colabora con la justicia.

MESA 4: EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

D. José Ignacio López González. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide.
Coordinador: D. Francisco Solans Puyuelo

1. Sobre el procedimiento preferente

PRIMERA

La tramitación por el procedimiento preferente en casi todos los casos de estancia irregular constituye por parte de la Administración un abuso jurídico manifiesto y una irregularidad impugnable como causa de nulidad del expediente, dado que el artículo 63.1 no puede ser interpretado como de aplicación preceptiva.

SEGUNDA

El procedimiento preferente debe ser, por sus limitaciones, doblemente extraordinario, y debidamente motivado en el doble plano de por qué se opta por la expulsión y por qué por ese procedimiento y no por el ordinario. Una nueva norma reglamentaria debería dejar claro este aspecto y evitar la aplicación generalizada, limitando el procedimiento preferente, por ejemplo, a cuando se dé un internamiento simultáneo, o existan razones específicas de urgencia.

TERCERA

Se señala asimismo un abuso de modelos esteriotipados por parte de la Administración, que constituyen en el fondo una motivación genérica inválida.

CUARTA

Los plazos de caducidad deberían verse reducidos en el procedimiento preferente, dada la naturaleza urgente del mismo, y por razones obvias de proporcionalidad, a un mes.

QUINTA

Un nuevo Reglamento debería aclarar que el derecho de audiencia sigue siendo preceptivo como trámite esencial si se presentan alegaciones, y no a voluntad y criterio del instructor, pues siguen vigentes para el procedimiento de extranjería las garantías y principios del título IX de la L 30/1992 a través del artículo 20.2 de la LOEx.

2. Notificación

SEXTA

Para evitar la indefensión y clarificar la figura del letrado, en el procedimiento de expulsión, como defensor y al tiempo garantizar la información al extranjero de los pasos del procedimiento es necesario un sistema de tramitación con doble notificación, similar al procedimiento penal: cada trámite y resolución debe notificarse al ciudadano extranjero y al letrado, sin que comiencen los plazos hasta que se hayan dado las dos notificaciones.

SÉPTIMA

Denunciamos un abuso frecuentísimo por parte de la Administración de mecanismos de notificación irregulares y nulos: notificaciones por fax o telefónicas, directamente por edictos sin siquiera intentar localización, etc. La jurisprudencia ha reconocido esa nulidad por lo que los abogados impugnaremos esas irregularidades mientras la Administración no ceje en esas irregularidades.

4. Detención cautelar

OCTAVA

Se aprecia además un abuso en las detenciones de personas con documentación personal, sin previo acuerdo de incoación, que exceden de lo previsto en el artículo 61, y que por tanto podrían constituir detenciones contrarias a Derecho.

5. Designación de letrado y representación

NOVENA

Los servicios colegiales de Turno de Oficio deben garantizar el principio de un único letrado para todo el procedimiento. Sólo en aquellos casos en que nuevas asistencias se deban realizar en otra provincia o a gran distancia, se garantizará mediante el auxilio colegial y la exigencia de que se facilite esa información por la Administración, la coordinación y comunicación entre el letrado inicial y quien intervenga posteriormente.

DÉCIMA

Se señala que la exigencia por parte de algunos Juzgados de lo Contencioso de exigir una designación *apud acta* del letrado como representante puede estar configurando un atentado a la Tutela Judicial Efectiva, contrario por otra parte a la Ley de Asistencia jurídica Gratuita. No obstante, se recomienda a los servicios y comisiones de turno de oficio que desde el principio se designe al letrado "para la defensa y la representación, cuando la ley le faculte para ello".

MESA 5: MUJER INMIGRANTE

D.ª M.ª Dolores Adam Muñoz. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Córdoba
Coordinador: D. Yosif Mohamed Gharbaoui. ICA Barcelona

CONCLUSIONES:

1. Situación, en el ámbito social, de la mujer inmigrante

PRIMERA

¿Cuáles son las principales dificultades con que se encuentra la mujer inmigrante en España?

• El principal problema es encontrarse en situación irregular e imposibilidad de poder conseguir la concesión de permiso de residencia y/o trabajo. Asimismo, como consecuencia de la existencia de tópicos, existe una predeterminación del trabajo que se ofrece a la mujer inmigrante, a la que únicamente se le permite acceder o realizar determinados trabajos –servicio doméstico, asistencia a personas de la tercera edad, hostelería, "alterne"...–, con independencia de su formación, voluntad y cualidades.

SEGUNDA

¿Desde la sociedad y Administraciones se facilita y fomenta la integración de la mujer inmigrante?

• La sociedad integra a la mujer inmigrante, si bien es una "integración" con matices: la sociedad orienta a la mujer inmigrante delimitándole el acceso a determinados sectores de actividad profesional, que son los que la sociedad necesita cubrir, no permitiendo o prácticamente imposibilitando el acceso a sectores diferentes.

Por parte de la administración no sólo no se fomenta sino que se dificulta la integración del inmigrante en general, y de la mujer inmigrante en particular. Pese a ello, en determinadas administraciones locales y autonómicas existen programas dirigidos a las mujeres en general, al que también pueden acogerse y del que pueden beneficiarse las mujeres extranjeras.

TERCERA

¿La situación y realidad de la mujer inmigrante varía dependiendo de su origen? ¿Tienen mayores dificultades de integración mujeres procedentes de determinados países? ¿El trato que reciben, por parte de la sociedad en general y de las Administraciones en particular, varía dependiendo del origen de la mujer inmigrante?

• Sí que varía dependiendo de su origen, siendo diferentes las dificultades en función del país de procedencia y resultando el idioma un factor determinante.

CUARTA

¿Se ha constatado si la mujer inmigrante procura integrarse totalmente a la forma de vida de este país, o si, por el contrario, sigue viviendo en España de la misma forma en que lo hacen las mujeres en su país de origen –dedicación exclusiva al hogar, no escolarización, etc.–?

• Procura integrarse pero conservando sus costumbres, intentando integrar a su vida y a sus hijos los aspectos beneficiosos que aprenden y les ofrece España. Se viene constatando que el inmigrante con un nivel cultural superior procura más la integración de su cultura de origen y la del país de acogida

QUINTA

¿La educación que proporcionan las mujeres inmigrantes a sus hijos es similar, igual o diferente a la de los autóctonos?

• En general, la mujer inmigrante procura y pretende que sus hijos se integren totalmente, pero sin olvidar sus orígenes, si bien ello varía dependiendo del origen de la mujer, por cuanto, por ejemplo, las mujeres procedentes de países del este prefieren que sus hijos permanezcan y estudien en su país de origen, por cuanto consideran que en aquellos se ofrece una formación superior a la que pueden recibir en España.

SEXTA

¿Qué nivel de incorporación al mercado laboral existe entre el colectivo de mujeres inmigrantes? ¿Los sectores de actividad a los que se dedica profesionalmente la mujer inmigrante son los mismos y en la misma proporción que los de las mujeres españolas?

• El nivel de incorporación es alto y sectorial por cuanto suelen desarrollar actividades profesionales que la mujer española ha dejado de realizar como consecuencia de su incorporación al mercado laboral.

2. Regulación jurídica de la condición de mujer inmigrante, aplicación de dicha normativa e incidencia en el referido colectivo

SÉPTIMA

¿La legislación española tiene en consideración a la mujer inmigrante y la normativa regula, contempla y puede solucionar la mayoría de situaciones en que puede encontrarse?

• En general no.

OCTAVA

¿La mujer inmigrante conoce cuáles son sus derechos y ejercita cuantas acciones procedieran en su defensa y reclamación?

• En general ignora y desconoce la normativa española y sus derechos, por lo que no ejercita las acciones que pudieran proceder en su defensa y reclamación.

NOVENA

¿Qué incidencia ha tenido, en el colectivo de mujeres inmigrantes, la modificación del artículo 107 del Código Civil?

• Como consecuencia de lo reciente de la modificación, la incidencia de la misma ha sido mínima, si bien se prevé que tendrá mucha importancia en el futuro.

DÉCIMA

¿Se ha constatado que las mujeres inmigrantes soliciten el amparo de la Orden de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica?

• Sí, si bien las gravísimas consecuencias que se pueden derivar para el agresor y la familia disuaden, en numerosas ocasiones, a la mujer de interponer la denuncia. Asimismo, la policía carece de los medios necesarios para garantizar la seguridad de las mujeres que denuncian, todo ello con independencia de la picaresca consistente en que mujeres, no víctimas de maltrato, denuncien únicamente para acogerse a las ventajas previstas para las víctimas de los maltratos.

UNDÉCIMA

¿El ejercicio de sus derechos es el mismo en el caso de mujeres inmigrantes en situación regular que en el de mujeres en situación irregular? ¿Varía dependiendo del país de procedencia de la mujer?

• Ciertamente, el ejercicio de los derechos es el mismo en mujeres en situación regular o irregular, si bien varía dependiendo del país de origen de la mujer.

DUODÉCIMA

En méritos de su condición de mujer, ¿existen dificultades añadidas para solicitar, tramitar, consecuentemente, obtener, permisos de residencia, trabajo, autorizaciones para estudiar, nacionalidad, etc.? ¿Las dificultades varían en función del origen de la mujer?

• Las dificultades son muchas para los inmigrantes en general.

DECIMOTERCERA

En los supuestos en los que la mujer ha venido a España como consecuencia de haber sido reagrupada por su cónyuge, ¿puede continuar en situación regular con independencia de su cónyuge, si así lo desea, obteniendo permisos de residencia, trabajo, etc.?

• Puede hacerlo pero el proceso es complicado, lento y farragoso.

DECIMOCUARTA

¿Existen supuestos en los que la normativa española, a los fines de poder conceder la solicitud realizada, exige el cumplimiento de requisitos, en el país de origen, de imposible cumplimiento, como consecuencia de la condición de mujer?

• Sí, por cuanto en ocasiones se exige que se aporte documentación o el cumplimiento de requisitos de imposible cumplimiento (aportar el libro de familia en Marruecos, que la mujer vaya acompañada de un varón para realizar según que trámites, etc).

3. Conclusiones y propuestas de actuación para posibilitar la total integración social y legal de la mujer inmigrante

DECIMOQUINTA

Que se establezca un procedimiento específico que, teniendo en consideración las especiales circunstancias que concurren en los supuestos de mujeres víctimas de la violencia doméstica, se pueda obtener por las mismas, con carácter urgente, permiso de residencia independiente del agresor.

DECIMOSEXTA

Que se permita a las mujeres inmigrantes que, pese a no ser vícitimas de violencia doméstica, hayan obtenido Auto de Medidas en procedimiento de separación o divorcio, obtener, con carácter urgente, permiso de residencia con independencia del cónyuge.

DECIMOSEPTIMA

Que por parte de las Administraciones Públicas no se inicie ni tramite ningún tipo de procedimiento sancionador contra las mujeres que, pese a no encontrarse en situación regular, y como consecuencia de haber sido víctimas de violencia doméstica o explotación sexual o laboral, interpongan denuncia o soliciten el amparo y protección de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, o tutela judicial o administrativa, permitiéndosele a estas mujeres beneficiarse expresamente de cualquier medida de carácter judicial o asistencial prevista para las mujeres nacionales o en situación regular.

DECIMOCTAVA

Que a las mujeres inmigrantes que soliciten asilo no se les exija el cumplimiento de requisitos que, como consecuencia de sus especiales circunstancias, en méritos de las cuales se solicita el asilo, son de imposible cumplimiento.

MESA 6: EL EXTRANJERO EN PRISIÓN

D.ª Elisa García España. Profesora Derecho Penal de la Universidad de Málaga.
Coordinadora: D.ª Cristina Almeida Herrero. ICA Salamanca

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN COMÚN

1. Necesidad de la asistencia de intérprete para garantizar los derechos del extranjero en prisión

PRIMERA

Requerir a los Centros Penitenciarios para que se faciliten de modo real los folletos informativos al interno en su lengua (especial atención al árabe).

SEGUNDA

Instar a los letrados para que denuncien ante sus colegios la inexistencia de intérprete en sus asistencias en prisión.

TERCERA

Elevar quejas ante Juzgado de Vigilancia y Defensor del Pueblo por inexistencia de intérprete.

2. Formación de letrados de los servicios de orientación jurídica

CUARTA

Destacar la íntima conexión de materias de Derecho Penal, Penitenciario y de Extranjería.

QUINTA

Solicitar de los Colegios de Abogados la exigencia de formación en materia de extranjería a los letrados del turno de oficio penitenciario.

SEXTA

Proponer al Consejo General de la Abogacía Española la inclusión de la formación en esta materia como requisito para acceder al turno de oficio penitenciario.

3. Documentacion de los internos

SÉPTIMA

Exigir el consentimiento de los internos para contactar con las autoridades consulares del país del extranjero en prisión a fin de proceder a su documentación.

OCTAVA

Instar a los colegiados para que no realicen trámites relativos a la documentación que corresponden a las Instituciones Penitenciarias, sino exigir su realización por las mismas en las mismas condiciones que los nacionales, con especial atención al caso de los preventivos.

NOVENA

Vigilar la documentación de los internos contra los que se inician causas penales.

DÉCIMA

Considerar la posibilidad de recurrir resoluciones de los Jueces de Instrucción que ordenan la retirada del pasaporte por ser contrarias al artículo 4 de la LOEx. e innecesarias en los casos de internos en prisión.

UNDÉCIMA

Solicitar la devolución de los objetos personales (incluido el pasaporte) de los internos desde el mismo momento de su ingreso en prisión preventiva.

DUODÉCIMA

Exigir el desplazamiento de la Policía a los Centros Penitenciarios para entregar documentación que el interno no pueda recoger (renovación de permisos de residencia, etc.) o en su caso solicitar permisos extraordinarios para que pueda recoger dicha documentación (artículos 3.3 y 48 de la LOGP y 159 del RP).

DECIMOTERCERA

Alegar que el interno se halla documentado con la sentencia condenatoria.

4. El interno en prisión no está en situación irregular

DECIMOCUARTA

Impedirá la tramitación de procedimientos preferentes de expulsión.

• DECIMOQUINTA

La situación del interno es regular, al hallarse sujeto a una relación de sujeción especial.

• DECIMOSEXTA

En todo caso la situación irregular no se puede considerar voluntaria, ni culpable.

• DECIMOSÉPTIMA

Considerar los autos de libertad condicional como permisos de residencia, con la posibilidad de solicitar la renovación de las autorizaciones administrativas para residir.

PROPUESTAS DE MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

1. Asistencia de intérprete

DECIMOCTAVA

Garantizar la asistencia de intérprete en comunicaciones con abogados y otros profesionales para garantizar los derechos del interno (derecho de defensa, a la asistencia sanitaria).

DECIMONOVENA

Proponer mayores dotaciones presupuestarias para la asistencia de intérprete y la creación de un cuerpo de intérpretes para su asistencia en prisión.

VIGESIMA

Modificación del artículo 242.2.j) del RP de 1996 para que dicha asistencia no sea potestativa por otros internos o funcionarios.

VIGESIMOPRIMERA

Necesidad de garantizar el acceso a la educación de los internos extranjeros, con posibilidad de aprender los idiomas españoles.

2. Supresión del artículo 57.2 de la LOEx

VIGESIMOSEGUNDA

Es una expulsión que no se corresponde con ninguna infracción definida como tal.

VIGESIMOTERCERA

Tiene todos los inconvenientes de una pena accesoria sin contar con ninguna de sus garantías.

• VIGESIMOCUARTA

En todo caso, necesidad de que se haga referencia expresa a la valoración de las circunstancias personales del extranjero para su adopción.

3. Autorizaciones para trabajar

• VIGESIMOQUINTA

Los acuerdos de concesión de tercer grado y de libertad condicional, han de considerarse o bien directamente autorizaciones para trabajar, o en todo caso documentos aptos para obtener dicha autorización, incluso después de la extinción de la condena.

• VIGESIMOSEXTA

Garantizar la percepción del subsidio por excarcelación en las mismas condiciones que los nacionales.

4. Permisos penitenciarios

VIGESIMOSÉPTIMA

Fomento de lugares para el disfrute del permiso donde el elemento de extranjería no pueda ser incluido como una variable de riesgo (pisos de acogida de ONG,...).

MESA 7: LOS SOJEXS EN LOS COLEGIOS DE ABOGADOS E INTERVENCIÓN LETRADA DE OFICIO EN PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

D. Pascual Aguelo Navarro. Presidente de la Subcomisión de Derecho de Extranjería del CGAE
Coordinador: D. Max Adam Romero. ICA Sevilla

1. Modificación del Título de la Mesa

PRIMERA

Se acuerda la modificación del título de la Mesa por el de "LA REGULACIÓN DE LOS TURNOS ESPECÍFICOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. EL CAMINO HACIA LA ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA DE ASISTENCIA JURÍDICA A EXTRANJEROS".

2. El Turno Específico de Extranjería. Reglamento, Requisitos y Baremo

SEGUNDA

Se constata la necesidad de promover en cada Colegio de Abogados un Turno específico en materia de extranjería.

TERCERA

Con objeto de regular este Turno se aprueba un MODELO DE REGLAMENTO adaptable a las necesidades y medios de cada Colegio.

CUARTA

Se aprueba igualmente, con carácter imperativo, los REQUISITOS IMPRESCINDIBLES que deben reunirse para poder acceder al citado Turno.

QUINTA

Asimismo y en aras de una mayor especialización se aprueba un BAREMO ORIENTATIVO DE MÉRITOS, que refleje el Ranking de calidad del Servicio de extranjería en cada sede colegial.

3. Curso de Extranjería y Asilo

SEXTA

Se asume la necesidad de desarrollar como imprescindible, en cada sede colegial, el programa del CURSO DE INTRODUCCIÓN A LA PRÁCTICA DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA de 16 horas homologado por la Subcomisión de Extranjería y Comisión de Formación de CGAE.

SÉPTIMA

Se solicitará del CGAE la ampliación de los contenidos del Programa en la materia de Asilo.

OCTAVA

En aquellos colegios donde el asilo tenga una relevancia especial, el contenido del Curso en esta materia tendrá carácter imperativo para acceder al Turno Específico.

4. Protocolos de Actuación

NOVENA

Se aprueba un BORRADOR DE PROTOCOLO DE ACTUACIÓN en materia de extranjería que abarca hasta este momento:

• Procedimientos sancionadores.
• Otros procedimientos.

• Se solicita de la Subcomisión de Extranjería del CGAE la elaboración de un Protocolo que regule el auxilio colegial en los procedimientos de extranjería.

5. Derogación de la disposición adicional 4.ª

DÉCIMA

Consecuente con el Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del CGAE acerca de la posible inconstitucionalidad de las previsiones de la disposición adicional 4.ª de la LO 14/2003, relativas a las restrictivas normas en materia de representación y registros, se reclama la derogación de la citada disposición adicional y cumplimiento de los mandaos normativos de la Ley de procedimiento administrativo común.

6. Principio *pro-actione*

UNDÉCIMA

En todo caso se reclama una interpretación de las disposiciones de la LOEx favorable al principio *pro-actione* favoreciendo el acceso de los administrados extranjeros a las ventanillas administrativas y al procedimiento.

7. Modelo de Acuerdo para la tramitación de expedientes

DUODÉCIMA

Se adjunta el texto del Acuerdo alcanzado entre el ReICAZ y la Delegación del Gobierno en Aragón tendente a facilitar la tramitación de expedientes partiendo de las Instrucciones emanadas de la anterior Secretaría de Estado de Extranjería e Inmigración.

8. Homogeneización de criterios administrativos

DECIMOTERCERA

Se insta a la Subcomisión de Extranjería del CGAE al objeto de dirigirse a la Secretaría de Estado para la Inmigración y Emigración reclamando la homogeneización de criterios entre las distintas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y se facilite a los Letrados el acceso a las Circulares que dictan instrucciones para la aplicación de los preceptos legales.

9. Representacion letrada

DECIMOCUARTA

Que se traslade al CGPJ la disparidad de criterios existente en los Juzgados de lo Contencioso a la hora de admitir la representación procesal del extranjero por parte del Letrado de oficio y que está impidiendo en algunas sedes, en concreto Sevilla, la interposición de recurso ante la no preceptividad de la actuación del Procurador en los procedimientos abreviados.

10. Conclusiones

DECIMOQUINTA

Se insta a la Subcomisión de Extranjería del CGAE con objeto de que promueva con carácter urgente los procedimientos colegiales oportunos para que las conclusiones de este Encuentro entren en vigor en el más breve plazo. Los representantes colegiales presentes en el Encuentro se comprometen a defender ante sus respectivas Juntas de Gobierno los acuerdos alcanzados.

ANEXO I: BORRADOR DE REGLAMENTO DE TURNO ESPECÍFICO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Artículo 1.- El presente Reglamento se aplica únicamente a las cuestiones relativas a procedimientos administrativos o gubernativos, tanto en la vía administrativa previa, como la contencioso-administrativa, derivados de la aplicación de la Ley de Extranjería o de sus Reglamentos, de la Ley de Asilo y de sus Reglamentos, y de la situación de refugiados políticos, o de la trasposición en Derecho español de Tratados Internacionales o Supranacionales en la materia.

Artículo 2.- Dentro de la Relación del Turno de Oficio, se confeccionará otra, anexa a la primera, a la que podrán adscribirse aquellos Letrados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del presente Reglamento. Por el Colegio de Abogados se procurará que en cada Turno de Asistencia al Detenido, se incluya, al menos, un Letrado adscrito a la lista anexa, para el supuesto de que se produzca la necesidad de una asistencia letrada en la materia descrita en el artículo 1.

Artículo 3.- El Letrado a quien corresponda el servicio, se encargará de asistir, en dependencias policiales o judiciales, a la persona sujeta a las formalidades de las Leyes enumeradas, o de cualquiera que las sus-

tituya o complete, en los trámites, notificación de resoluciones y en los recursos que procedieran contra las mismas, e incluso Contencioso-Administrativos. En los trámites de internamiento, la competencia se extenderá a los trámites judiciales.

Artículo 4.- El Letrado entrará de guardia en el mismo momento que los Letrados de turno ordinario. En caso de recibirse una noticia por el Colegio de Abogados de la existencia de una actuación que precisa la asistencia jurídica en las materias descritas en el artículo 1, la encargará al Letrado de ese turno especial. Una vez producida la asistencia en esta materia, el Letrado será designado a su cliente para su representación y defensa, en todas cuantas actuaciones se sucedan y deriven en la materia de defensa del cliente adscrito por turno de guardia, aunque no se requiera su materialización en dicho día.

Artículo 5.- En el parte diario se hará constar la incidencia que haya tenido lugar, si el ciudadano no nacional hablaba correctamente el castellano, si precisó intervención de un intérprete, y si se produjo un internamiento cautelar en espera de expulsión, y por cuántos días fue autorizado.

Artículo 6.- Los Letrados intervinientes harán constar por escrito las alegaciones diferentes de la simple asistencia, tales como alegaciones, recursos administrativos o judiciales, que harán llegar al Colegio de Abogados a fin de su cómputo, valoración y abono.

Artículo 7.- Podrán pertenecer al Turno específico los Letrados en ejercicio del Colegio de Abogados de (.....), que se inscriban en una lista especial que permanecerá abierta hasta el día treinta del mes de noviembre de cada año, que cumplan los requisitos que se señalan en el anexo II, asistan a las actividades previstas para informarles del correcto funcionamiento del Turno especial, así como a los seminarios y sesiones formativas obligatorias que se organicen, sin cuya realización no serán admitidos o serán dados de baja en convocatorias posteriores.

Artículo 8.- El Turno especial intentará obtener la máxima coordinación posible con el Turno especial penitenciario, menores, violencia doméstica, Servicio permanente de intérpretes y otros turnos y servicios específicos, que simultánea o posteriormente puedan instituirse.

Artículo 9.- Se establecerá un turno de actuación para aquellos otros casos en que la intervención de oficio del Letrado fuera necesaria en asuntos que no dieran lugar a la asistencia en Comisarías o Juzgados.

Artículo 10.- Las precedentes reglas se entienden referidas a las asistencias dependientes de la Guardia de (.....).

Disposición final.- La lista correspondiente a (.....) entrará en vigor el día .... de ..... de .....

ANEXO II: BAREMO TURNO ESPECIAL DE EXTRANJERÍA

A) Requisitos imprescindibles

1. Acreditar tener cumplidos los requisitos genéricos de cada Colegio para aceder al Turno de Oficio general. (Normalmente un mínimo de 3 años completos de ejercicio profesional).

2. No haber sido suspendido ni sancionado por causa del ejercicio profesional, ni encontrarse incurso en expediente disciplinario por dicha causa.

3. Tener despacho profesional y domicilio en la demarcación del Turno de (.....).

4. Imprescindible haber realizado al menos el Curso de 16 horas sobre Introdución a la Práctica del Derecho de Extranjería según programa homologado por la Comisión de Formación y Subcomisión del Consejo General de la Abogacía española o cualquier otro curso de formación idéntica o superior que cubra el programa homologado realizado por cualquier otro Colegio de Abogados, Consejo Autonómico de la Abogacía o por cualquier Universidad española.

B) Baremo de especialización

Asimismo y en aras de una mayor especialización se aprueba un BAREMO ORIENTATIVO DE MÉRITOS, que refleje el Ranking de calidad del Servicio de extranjería en cada sede colegial: Obtener un mínimo de 7 puntos, de acuerdo con el baremo de méritos que se relacionan a continuación.

1. Cursos Formativos: máximo 4 puntos.

• 1 punto: Curso mínimo de 16 horas según programa homologado por la Subcomisión del Consejo General de la Abogacía española.

• Cursos de mayor duración: Por cada 50 horas adicionales: 1 punto, con un máximo de 3.

2. Ejercicio profesional: máximo 5 puntos.

• Haber prestado el Turno de Oficio Ordinario, siempre que no se haya excluido en ninguno de los ejercicios valorados el Turno Penal y de Asistencia al Detenido y el Turno Contencioso-Administrativo.

• Haber realizado una pasantía en el Turno Especial de Extranjería en aquellos Colegios en los que se encuentre constituida esta modalidad.

• Haber venido dedicándose al asesoramiento en materia de extranjería o haber trabajado como asesor jurídico en materia de extranjería en cualquier organización, Administración Pública, empresa o entidad.

• 1 punto por cada año de dedicación debidamente acreditada, con un máximo de 5 puntos.

3. Docencia: máximo 5 puntos.

• Participación como ponente o enseñante en cursos y jornadas sobre Derecho de Extranjería, en cualquier nivel de enseñanza, o tener publicaciones sobre la materia.

• 1 punto por cada comunicación en congresos.

• 2 puntos por cada artículo jurídico o por cada conferencia.

• 3 puntos por cada monografía.

En todo caso, con un máximo de 5 puntos.

4. Idiomas: máximo 1 punto.

• Conocimiento de lenguas extranjeras, con nivel medio o superior, acreditado mediante la presentación del oportuno Certificado o Diploma de Centro Público o Privado reconocido oficialmente.

• 0,5 puntos por cada idioma, con un máximo de 1 punto.

MESA 8. REAGRUPACIÓN FAMILIAR

D.ª Aurelia Álvarez Rodríguez. Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León
Coordinadora: D.ª Margarita Palos Nadal. ICA Baleares

Conclusiones

1. Requisitos exigidos al solicitar un informe de reagrupación familiar. Reagrupación familiar en sede administrativa. Enumera los requisitos exigidos en la Delegación donde ejerce o Subdelegación, en su caso

PRIMERA

Autorización de trabajo y residencia del reagrupante renovado. Los Retrasos injustificados en las renovaciones de los permisos de trabajo (se hace especial referencia a la situación insostenible de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona –en las renovaciones se están dando citas para 2005– y Alicante) imposibilitan la reagrupación. Por tanto la gestión de las Delegaciones y Subdelegaciones en su caso, demorando en el tiempo la cita previa de la renovación, sin causa que lo justifique, impide el ejercicio por parte del extranjero "residente" del derecho a la vida en familia y el derecho constitucional a la intimidad familiar.

SEGUNDA

Requisito de vínculos familiares: Especialmente presentan problemas generalizados para la legalización de los documentos el Consulado de España en Ecuador y el Consulado de España en Lima.

Especial referencia a la vivienda: en el supuesto de servicio doméstico, ¿admiten el acta en la vivienda del empleador al objeto de reagrupar al cónyuge?

TERCERA

Disparidad absoluta de criterios:

• Cataluña. Se solicita que el contrato de alquiler esté registrado en Consejería de la Vivienda por tanto no se admite la vivienda del empleador.

• En otras comunidades se admite que la vivienda sea la del empleador, comparecencia del empleador ante notario, que se tenga habitación para empleado y un servicio, en otras provincias basta un acta de manifestaciones y presencial, en otras provincias Servicios Sociales hacen informe de habitabilidad.

• CUARTA

En general no se admiten viviendas compartidas a los efectos de solicitud de informe gubernativo de Reagrupación Familiar.

Propuesta:

EXTENDER el criterio de la suficiencia de un informe de habitabilidad extendido por los Servicios Sociales.

Letrados de Alicante denuncian el trato vejatorio a Letrados e inmigrantes.

Se cumple la concesión de la renovación del permiso por silencio administrativo, sólo en Zaragoza, País Vasco (Guipúzcoa) y Madrid.

2. Plazo de resolución de los informes gubernativos para tramitación de visados por reagrupación familiar

A los efectos de lo establecido en la disposición adicional primera (plazo de resolución de expedientes) de la Ley 4/2000, de 11 de enero, cuál es el plazo de resolución de los expedientes de solicitud de informes gubernativos para reagrupación familiar en tu Delegación o Subdelegación, en su caso.

QUINTA

Se incumplen los plazos en la generalidad de las Subdelegaciones.

Como ejemplo, Barcelona: el problema son las citas previas, ahora dan cita para noviembre, luego tarda un mes en resolver.

3. Problemática consular

¿Qué opinión te merece la gestión por los Consulados de España con los que trabajas en cuanto a la gestión de los expedientes administrativos de solicitud de visado por reagrupación familiar? Plazos de resolución. Anomalías detectadas.

SEXTA

Generalizadas denuncias sobre el funcionamiento de los Consulados. Ejemplos:

• En general se constata la deficiente gestión de los Consulados del Norte de África. Tánger: petición reagrupación de esposa e hijo, se concede a la madre y al hijo no se dice nada, tras un año.

• Nigeria: pruebas del ADN para los hijos.

• Senegal: Radiografía de la muñeca para comprobar la edad.

• Dificultad, en general, para comunicar con Consulados (Quito, Guayaquil, Bogotá etc.).

• Muy grave es la situación constatada de los países donde no hay Consulado de España (Georgia, por ejemplo).

• La documentación para la tramitación de los visados por reagrupación varía según los Consulados. Se constatan igualmente diferencias en las páginas web de los Consulados.

SÉPTIMA

Queja unánime por la imposibilidad de contactar con el Ministerio de Asuntos Exteriores.

OCTAVA

Se concluye que será necesario utilizar las vías de queja, además de dejar constancia de los problemas planteados en la página web del Defensor del Pueblo.

4. Sistema de entrega inmediata

Haz constar si en la Delegación o Subdelegación donde ejerces funciona el servicio de entrega inmediata de la resolución de concesión de residencia o autorización de trabajo, en su caso, a la presentación del extranjero del visado de reagrupación familiar. Comentarios.

NOVENA

Se constatan diferencias por la existencia de visados con arreglo a la Ley anterior y con arreglo a la nueva. Donde existía el sistema de entrega inmediata la cuestión se resuelve con relativa facilidad.

En aplicación de la Ley 14/2003, en Barcelona se adjudican en la resolución el NEV y el NIR y carta con tasas con el sistema actual.

5. Familiares reagrupables. Posible ampliación de los familiares enumerados en el artículo 17

¿Has iniciado algún expediente administrativo de solicitud de informe para reagrupación familiar, con el objeto de reagrupar algún familiar fuera de los supuestos del artículo 17 de la Ley 4/2000, de 11 de enero? ¿En qué supuestos y requisitos exigidos?

DÉCIMA

Lo suelen inadmitir a trámite.

• No se admite la reagrupación de padres con menos de 65 años.

UNDÉCIMA

Se propone reformar la ley dando la posibilidad de reagrupación para otros parientes:

• Incluir hermanos en igualdad de condiciones que los hijos si dependen económicamente.

• Padres sin límites, y ampliar la edad de los hijos como mínimo hasta 23 años y siempre que tengan dependencia económica respecto de sus progenitores.

• Se propone el reconocimiento explícito de las uniones de hecho.

• Igualmente se propone la equiparación con el Derecho Comunitario.

Se destaca un caso en el territorio nacional en concreto el de Burgos donde se ha concedido la Reagrupación Familiar de un hermano. En la mayoría de las Delegaciones y Subdelegaciones ni siquiera se admitirían a trámite estos supuestos.

6. Antiguas exenciones de visado y reagrupación familiar

a) Indica la problemática en el procedimiento administrativo de solicitud de exención de visado conforme a la antigua Ley Orgánica 4/2000, para los familiares reagrupables del artículo 17. ¿Se concedían y conceden las exenciones de visado solicitadas?

DUODÉCIMA

De nuevo se constata la disparidad absoluta de criterios entre Subdelegaciones.

En Barcelona están pendientes de resolver las solicitudes de febrero de 2003 (las quejas al Defensor del Pueblo han determinado que en breve plazo se vayan resolviendo).

b) En el supuesto de mujer víctima de malos tratos, cuyo cónyuge no quería facilitarle la documentación necesaria para solicitar una autorización de trabajo por circunstancias excepcionales, ¿qué requisitos te eran exigidos para iniciar el correspondiente expediente administrativo?:

- **Parte de lesiones.**
- **Denuncia en la Jefatura Superior de Policía.**
- **Denuncia en la Policía Local.**
- **Informe de la trabajadora social.**
- **Informe de mediador intercultural.**
- **Otros.**

DECIMOTERCERA

En la actualidad orden de alejamiento. Con anterior normativa ha bastado en casos con parte lesiones en Baleares.

7. Legislación actual. Ley 14/2003: Solicitud de autorizaciones de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales (31.3.º de la Ley 14/2003) para familiares reagrupables con arreglo al artículo 17

a) Cómo se concreta en la Delegación o Subdelegación donde ejerces el requisito de "solvencia económica" del artículo 17.3, conforme a la redacción dada por la Ley 14/2003.

DECIMOCUARTA

Málaga: 900 euros para cónyuge, más otro tanto para cada hijo. Barcelona 700 euros. Valencia 7.500 anuales, más 1.500 por cada reagrupado.

Propuesta:

Unificar al salario mínimo interprofesional.

b) En el supuesto de mujer víctima de malos tratos cuyo cónyuge no quiere facilitarle la documentación necesaria para solicitar una autorización de trabajo por circunstancias excepcionales, ¿qué requisitos te son exigidos para iniciar el correspondiente expediente administrativo?:

- **Parte de lesiones.**
- **Denuncia en la Jefatura Superior de Policía.**
- **Denuncia en la Policía Local.**
- **Informe de la trabajadora social.**

• Informe de mediador intercultural.
• Otros.

DECIMOQUINTA

Orden de alejamiento.

8. Violencia doméstica

Cuando la víctima de la violencia doméstica es mujer residente con permiso dependiente de su cónyuge, ¿en todos los casos se te ha requerido la orden de protección del artículo 19 en su redacción por la Ley 14/2003 o te han admitido otro tipo de pruebas para la concesión de la autorización de tarjeta independiente?

DECIMOSEXTA

En algún caso grave parte de lesiones.

9. Demoras en la entrega de las tarjetas de autorización de residencia o trabajo

Indica el plazo de tiempo que media desde la presentación de la resolución y pago de tasas correspondientes hasta la entrega de la tarjeta correspondiente.

DECIMOSÉPTIMA

La demora en la concesión de las tarjetas es muy grande puesto que en muchas ocasiones las Comisarías de Policía están dando cita pasados cuatro y cinco meses para la entrega de la tarjeta correspondiente. No están adecuados los servicios policiales de entrega de tarjetas al volumen de autorizaciones, especialmente renovaciones, que proviene de las Subdelegaciones o Delegaciones del Gobierno.

10. Otras cuestiones

DECIMOCTAVA

En cuanto a menores extranjeros se realiza una QUEJA EN CUANTO A LA NEGATIVA DE VARIOS CONSULADOS extranjeros a otorgar pasaporte a los menores NACIDOS EN ESPAÑA, en concreto, RUMANIA, UCRANIA, RUSIA Y MARRUECOS.

MESA 9: RÉGIMEN COMUNITARIO

D. Andrés Rodríguez Benot. Profesor Titular de Dcho. Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Coordinador: D. Marcelo Belgrano Ledesma. ICA Madrid

PRIMERA

• Recordamos que el régimen comunitario es de aplicación automática por aplicación directa del Tratado CEE y de su normativa derivada, de tal manera que el RD 178/2003 se limita a regular las formalidades administrativas para articular dicho Derecho.

SEGUNDA

• Se exige la supresión –no necesariedad– de visado para los familiares extracomunitarios de los españoles y comunitarios en estricta aplicación de las Directivas y Regl. Comunitarios, tal como ha sido interpretado por la Sent. TJCE de 25-7-2002.

TERCERA

• Recordamos que conforme al artículo 13.1 del RD 178/2003, la solicitud de tarjeta de residente comunitario es plenamente equiparable a la tarjeta en si, a los efectos del derecho de libre circulación y de acceso al trabajo de los familiares de los ciudadanos comunitarios.

CUARTA

• Instamos a un tratamiento de gestión homogéneo y de unidad de criterio en la aplicación del régimen comunitario en las diferentes provincias, respecto de aquellos conceptos jurídicos indeterminados tales como la dependencia económica del comunitario en relación con los ascendientes y los descendientes mayores de 21 años.

QUINTA

• Juzgamos insuficiente, confusa y deficiente la regulación que determina el régimen transitorio aplicable a los nuevos ciudadanos comunitarios desde 1-5-2004, a la vez que exigimos, en aras de la seguridad jurídica, su elevación a una norma jurídica con rango suficiente como para vincular a las Administraciones y a los administrados.

SEXTA

• El silencio del RD 178/2003 respecto del régimen de los ciudadanos extracomunitarios familiares de ciudadanos españoles puede provocar un agravio comparativo entre aquellos y los de otros ciudadanos comunitarios, por lo cual se insta a la oportuna rectificación del RD de referencia y, entre tanto, a una interpretación favorable a los primeros.

SÉPTIMA

• En aplicación de Dercho comunitario, que prima sobre el interno por exigencia del Derecho Internacional Público y de nuestra Constitución, debe suprimirse del RD el requisito de exigencia de "convivencia estable y duradera" para la reagrupación de los familiares no comunitarios, todo

ello habida cuenta de que el Derecho Comunitario tan sólo exige acreditación de la identidad del extranjero y del vínculo de parentesco por los medios de prueba admitidos en Derecho.

OCTAVA

• Instamos a dotar de mayores medios e infraestructuras a las representaciones consulares españolas en el extranjero a los fines de agilizar la gestión, tramitación, y expedición de documentos en su función de Registro Civil y en la expedición de visados en los casos de familiares de españoles y de comunitarios.

MESA 10: EL PADRÓN. LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS

D.ª M.ª del Mar Pérez Velasco. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona
Coordinador: D. Francisco Dorado Nogueras. ICA Granada

Propuestas de actuación:

PRIMERA

Debe determinarse a qué principio constitucional responde el control establecido en la L 14/2003, es decir, qué se salvaguarda mediante ese control, ya que en la LOPD (artículo 22.2) se salvaguarda la seguridad, y puesto que en la L 14/2003 se restringe un derecho fundamental.

1. ¿Qué pautas de actuación concreta debemos seguir los Colegios de Abogados respecto a este asunto en cada uno de los municipios en los que tenemos presencia?

SEGUNDA

Ante las dudas que plantea la Ley, poner en conocimiento de los ayuntamientos la posible inconstitucionalidad de la misma, en cuanto a la cesión de datos a la DGP de los extranjeros inscritos en el padrón, informando del planteamiento de la existencia de un recurso de inconstitucionalidad, que todavía no se ha desarrollado reglamentariamente dicha disposición legal y que no se dispone de los mecanismos técnicos adecuados para atender esas peticiones de cesión de datos.

2. ¿Debe el Consejo General de la Abogacía dirigirse a alguna instancia en reclamación de alguna pauta concreta de actuación?

TERCERA

Transmitir al legislador nuestro desacuerdo con la normativa vigente al respecto e igualmente al ejecutivo, a través de la vicepresidenta primera del Gobierno, para el correspondiente desarrollo reglamentario, así como al INE (Consejo de Empadronamiento) y la Secretaría de Esta-

do para la Emigración e Inmigración. De igual modo, se hará extensiva esta preocupación a la FEMP, FAMP y Defensores del Pueblo de las distintas CCAA.

CUARTA

En relación con el sistema VIGIA, mostrar su preocupación al CG del Notariado por las dudas legales que plantea la creación del sistema en relación con la inexistencia de la libertad en el consentimiento de los interesados en la cesión de sus datos a la DGP.

QUINTA

Se propone que el Instituto Nacional de Estadística coordine las actuaciones de los municipios para la uniformidad de criterio en cuanto a la aportación de datos.

3. ¿Qué actuación debe llevar el abogado que ve perjudicados los intereses de su cliente por un indebido tratamiento de la información protegida?

SEXTA

El CGAE recuerda a los abogados expresamente que tienen en sus manos la posibilidad de ejercer el derecho de acceso para pedir información sobre los datos de los extranjeros de que dispongan tanto los Ayuntamientos como la policía, así como sus posibles cesiones.

SÉPTIMA

Que la no atención a este derecho es denunciable ante las agencias de protección de datos así como ante la jurisdicción contenciosa-administrativa (por el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales) y en su caso alegar, si procede, el planteamiento de las oportunas cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces y tribunales competentes.

OCTAVA

Con ocasión de la defensa en un procedimiento administrativo, en el que se hayan utilizado ilegítimamente datos personales, instar la teoría de "la fruta del árbol prohibido" (ver recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el parlamento vasco sobre la L 14/2003).

II

Protocolos de actuación en materia de extranjería (*)

SUMARIO

I. Protocolos de actuación en materias propias del turno de extranjería. A) Tipos de intervenciones. B) Los distintos procedimientos. C) La asistencia a extranjeros detenidos en dependencias policiales en el Procedimiento Preferente de expulsión (artículo 63 de la LOEx). D) El supuesto de devolución. E) La intervención en los procedimientos de denegación de entrada y retorno. F) La asistencia a extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión, devolución y retorno en el expediente judicial de internamiento. G) La asistencia en los Centros de Internamiento. H) La intervención en el proceso contencioso administrativo.

II. Protocolo de actuaciones en la asistencia a extranjeros en procedimientos penales. A) Identificación del extranjero en la vía pública. Retención. Artículo 20 de la LO 1/92, sobre protección de la seguridad ciudadana. Asistencia letrada al extranjero en la comisaría de policía. *Habeas corpus*. B) El extranjero en la fase procesal comprendida entre la incoación del procedimiento penal y la celebración de la vista oral. Marco del Artículo 57.7 de la ley de extranjería tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003. Problemas relacionados. C) El extranjero condenado a pena privativa de libertad. Artículos 89 y 108 Código Penal tras su modificación por la Ley Orgánica 11/2003. D) Artículo 318 bis, tras la reforma de la LO 11/2003. E) Artículo 59 de la Ley de Extranjería. Colaboración del extranjero.

III. Protocolo de actuación común. El extranjero en prisión. A) Necesidad de la asistencia de intérprete para garantizar los derechos del extranjero en prisión. B) Formación de letrados de los servicios de orientación jurídica. C) Documentacion de los internos. D) El interno en prisión no está en situación irregular.

I. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN EN MATERIAS PROPIAS DEL TURNO DE EXTRANJERÍA

A) Tipos de intervenciones

Fundamentalmente las asistencias se centran en los siguientes tipos de intervenciones:

1) Asistencias a extranjeros en dependencias policiales al serles notificado el Acuerdo de incoación del expediente sancionador en el Procedimiento preferente de expulsión (artículo 63 de la LOEx).

(*) Los protocolos fueron aprobados por el XIV Encuentro dentro de la mesa 7 y han sido asumidos por la Subcomisión de Extranjería del CGAE en sesión de fecha de 23 de junio de 2004. Son un primer intento para homogeneizar el trabajo de los turnos y servicios de extranjería de los distintos Colegios de Abogados.

2) Asistencias a extranjeros en dependencias policiales en el procedimiento de ejecución forzosa de una resolución de expulsión dictada por autoridad gubernativa de la misma provincia o de otra distinta (artículo 64 de la LOEx).

3) Asistencias a extranjeros en dependencias policiales al serles notificado el Acuerdo de incoación del Procedimiento de devolución (artículo 58 de la LOEx).

4) Asistencias a extranjeros en fronteras exteriores, portuarias o aeroportuarias, al serles notificado el Acuerdo de incoación del Procedimiento de denegación en frontera o retorno (artículos 26 y 60 de la LOEx).

5) Asistencias en el Juzgado en el Expediente Judicial de Internamiento, que puede acordarse mientras se sustancia la tramitación del expediente de expulsión (artículo 62 de la LOEx), devolución (artículo 58.5 de la LOEx), retorno (artículo 60 de la LOEx) o en el trámite de ejecución forzosa de la resolución de expulsión (artículo 64 de la LOEx).

Debe quedar claro que este último supuesto, el Expediente Judicial de Internamiento, no supone ningún procedimiento separado del procedimiento administrativo de expulsión, devolución y retorno; se trata únicamente de la posibilidad de acordar mientras se sustancie o en fase de ejecución forzosa una serie de medidas cautelares, entre ellas el posible internamiento judicial, que dada su naturaleza exigirá la asistencia letrada del extranjero en el momento de acordarse.

Por ello, es indispensable que el letrado que interviene en el Expediente de Expulsión, Devolución y Retorno sea el mismo que intervenga en el Expediente judicial de internamiento, puesto que éste no es sino una medida de tipo procesal que puede adoptarse en la sustanciación del procedimiento administrativo. Con la salvedad de aquellos supuestos en que por tramitarse el expediente en localidad diferente a la del lugar del internamiento, sea preciso acudir a la figura del "auxilio colegial".

B) Los distintos procedimientos

a) Procedimiento preferente de expulsión (Artículo 63 de la LOEx):

De forma sucinta señalaremos que se podrán tramitar por el procedimiento preferente aquellos expedientes de expulsión comprendidos en los supuestos a) y b) del artículo 54, así como los supuestos a), d) y f) del artículo 53 de la LOEx.

En todos estos casos se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo mientras se sustancie el expediente. Si la detención sobrepasara las 72 horas precisará la autorización judicial de internamiento que puede prolongarse hasta un máximo de 40 días.

b) Procedimiento de devolución:

Aplicable a los extranjeros que pretendan entrar en el territorio nacional de forma ilegal y a quienes infrinjan una prohibición de entrada previamente existente. Se regula en el artículo 58 de la LOEx.

De igual manera, si la detención sobrepasara las 72 horas precisará la autorización judicial de internamiento que puede prolongarse hasta un máximo de 40 días.

c) Procedimiento de retorno:

En supuestos de denegación de entrada regulados en el artículo 26.2 de la LOEx, cuando el extranjero carece de los requisitos legales y reglamentarios para entrar en el territorio español. Se regula en el artículo 60 de la LOEx.

d) Procedimiento de ejecución forzosa:

En el artículo. 64 LOEx, se contempla la detención e internamiento del extranjero en el procedimiento de ejecución forzosa, tanto en supuestos de procedimientos preferentes, como ordinarios y en supuestos de ejecución de resoluciones europeas.

C) La asistencia a extranjeros detenidos en dependencias policiales en el Procedimiento Preferente de expulsión (artículo 63 de la LOEx)

El artículo 63.2 de la LOEx, ordena que:

"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 el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos".

Desde luego, la intervención letrada en el acto de notificación del Acuerdo de incoación del procedimiento y adopción de las medidas cautelares es de la máxima trascendencia. De ninguna manera debe ni puede entenderse como mera formalidad garantista. La asistencia como veremos debe ser activa, con un claro contenido de defensa de los derechos e intereses del detenido.

El contenido de la asistencia:

En cuanto al alcance material de la asistencia al extranjero detenido en virtud de un expediente administrativo de extranjería, hay que señalar que éste goza de todos los derechos reconocidos al detenido por el artículo 520 de la L.E.Crim. haciendo especial incidencia en el derecho a un intérprete si no entiende el castellano. Si este derecho no se garantiza o nos deberíamos negar a realizar la asistencia o deberíamos hacer constar la protesta, a fin de no convalidar un acto nulo por falta de un requisito esencial.

II

La asistencia letrada no se agota con la mera intervención presencial, su alcance abarca el examen del expediente administrativo, formalización del trámite de alegaciones, audiencia y de los recursos que procedan, tanto en la vía administrativa como judicial.

Se recuerda que en comisaría al extranjero detenido en aplicación de la Ley de Extranjería no tiene obligación de declarar, ya que tan sólo se le comunica la incoación de un expediente administrativo, salvo que se le quiera tomar declaración en calidad de testigo por ser perjudicado, víctima o testigo de alguno de los delitos contra los derechos de los extranjeros, en cuyo caso podrá exigirse la aplicación del "premio a la delación" del artículo 59 de la Ley de Extranjería.

También debemos exigir la apoderación *apud acta* de conformidad con el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, a fin de garantizarnos la representación de nuestro cliente y poder presentar en su nombre cuantas alegaciones o recursos sean precisas.

Es importante enmarcar la asistencia dentro de un procedimiento administrativo, con lo que ello implica de garantías al amparo de la Ley 30/1992 (vista del expediente, derecho a obtener copias, etc.), artículo 35.

La intervención letrada incluye la asistencia en el procedimiento de internamiento ante el Juez de Instrucción y diferenciada para el caso de que el extranjero pudiera estar incurso en algún tipo de procedimiento penal.

En todo caso la intervención debe comprender:

1. El examen de los motivos expresados en el acuerdo de incoación que motive la tramitación del expediente por el procedimiento preferente y la justificación o no de la medida cautelar de detención, máxime teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, nos hallamos ante un procedimiento administrativo sancionador consecuencia de una mera irregularidad documental. "Principio de proporcionalidad".

2. Deberemos cerciorarnos que el extranjero comprende nuestro idioma y en otro caso solicitar la presencia de intérprete, al que tiene derecho (artículo 63.2 de la LOEx).

3. Informar al detenido de su situación y derechos.

4. Plantear, si procediese, la petición de *habeas corpus*

5. Informar al extranjero, si así le conviniere e instar, en su caso, la declaración de aceptación voluntaria del expediente y salida voluntaria del país, debiendo, en este caso, cesar de inmediato cualquier medida.

6. Formular alegaciones en el plazo de 48 horas, en las que se plantearán los medios de prueba y descargo de que se disponga. En muchos casos se ha venido optando por muchos compañeros,

ante la dificultad de encontrar argumentos o motivos de defensa, por no realizar ninguna clase de alegaciones. Sin embargo, ello comporta varios problemas:

a) Tener en cuenta que en la mayor parte de los casos, dadas las características de las personas asistidas, su ignorancia del idioma y otros, les convierte en personas jurídicamente muy vulnerables y esto hace que se encuentren en la forma más absoluta en manos del abogado, más aun si cabe que en cualquier otro tipo de procedimiento judicial o administrativo.

b) No hace falta reiterar que en la mayor parte de los casos nos encontramos ante personas que exclusivamente han cometido una mera infracción administrativa y que la medida de detención o internamiento, así como la elección del procedimento preferente exclusivamente debiera acordarse en casos auténticamente excepcionales.

c) Añadimos que la ausencia de alegaciones tiene contenido jurídico negativo, en el sentido de dar por admitidos los hechos o motivos imputados. Es decir una especie de conformidad con los mismos con las consecuencias jurídicas que esto supone. Por ello y salvo mejor y personal criterio, pensamos que lo mejor sería –siempre hablando con carácter general– presentar, dada la urgencia, alegaciones negando al menos las imputaciones, dando tiempo a buscar si existen, otros medios de descargo, evitando con ello una posible situación posterior de indefensión.

7. Datos del Letrado: Es necesario que cada Letrado facilite al extranjero una tarjeta con sus datos, o bien su nombre y teléfono. En la medida de lo posible se podrá confeccionar una tarjeta tipo por el correspondiente servicio del turno.

8. Apoderamiento *Apud acta:* Son necesarios los apoderamientos *apud acta* para la formulación de las alegaciones a la incoación de las expulsiones, notificaciones, etc. al encontrarnos dentro del marco del procedimiento administrativo sancionador, evitando con ello localizaciones con posterioridad y dada la premura de los plazos de las 48 horas para formular alegaciones..

9. Presentación de alegaciones: La presentación de las alegaciones se prodrá hacer, durante todos los días en: (especificar lugares de presentación y horarios). Además de su presentaión en la dependencia policial o gubernativa, se podrá realizar por cualquier otro medio admitido en derecho, como por ejemplo, correo certificado; en algunas ciudades es habitual la utilización del fax, en este caso debe exigirse el acuse de recibo.

10. Solicitudes de Asistencia Jurídica Gratuita: Es importante acordarse de retirar del Colegio de Abogados las SOLICITUDES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA así como de rellenarlas con los datos que nos facilite el extranjero y que sean firmadas por el mismo a efectos de poder solicitar la remuneración de las gestiones que realicemos con posterioridad.

11. Por último señalar la posibilidad de recurrir, si procede, la orden de expulsión. Algunas consideraciones al respecto.

II

– En algunos casos, la autoridad gubernativa viene entendiendo como no preceptiva la presencia de abogado en el momento de entrega de la resolución de expulsión por lo que en los casos que se haya producido la detención o posterior internamiento del extranjero y habida cuenta que la ejecución de la expulsión, en el procedimiento preferente es inmediata, en la práctica, el extranjero quedará en la más absoluta indefensión, al no poderse recurrir las resoluciones de expulsión –por no tener constancia– y ello pese a la posibilidad teórica de hacerlo a través de la vía consular o diplomática. Resulta necesario que en los casos de internamiento el letrado asistente intente encontrar los mecanismos más idóneos para tener conocimiento de la notificación de la resolución y, en su caso, si procede, interponer el correspondiente recurso. (Téngase en cuenta que la expulsión conlleva aparejada la prohibición de entrada por 3 a 10 años).

– En otros casos nos encontramos con el incumplimiento de las reglas que regulan el procedimiento de notificación de las resoluciones: hacerlo primero al interesado, y a continuación en el caso al representante legal (letrado designado), o a veces con la negativa a notificar la resolución al Letrado representante, en estos casos, además de requerir la notificación de la resolución en forma, cabrá acudir a la vía del recurso contencioso-administrativo y estudiar la posible caducidad del procedimiento (6 meses desde su inicio). Existen diversas sentencias que declaran la caducidad del procedimiento de expulsión por incorrecta o deficiente notificación.

D) El supuesto de devolución

Aplicable a los extranjeros que pretendan entrar en el territorio nacional de forma ilegal y a quienes infrinjan una prohibición de entrada previamente existente. Se regula en el artículo 58 de la Ley de Extranjería.

Artículo 58. Efectos de la expulsión y devolución

(...)

"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 acordada 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 veinticinco de la Ley de Reforma 14/2003.)

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 veinticinco de la Ley de Reforma 14/2003.)

En estos supuestos es preceptiva la intervención letrada, que si concurren los requisitos deberá ser de oficio. Y ello es así, porque el extranjero estará detenido. Tan solo si existiese alguna posibilidad de notificar la resolución de devolución sin detención, podrá el extranjero renunciar a este derecho. Viene siendo habitual que la policía interprete que el sujeto que pretende entrar en España en patera no se encuentra aún en territorio español, por lo que no aplica el artículo 22, pero esta interpretación, sin duda alguna torticera, no se mantiene dado que en cualquier caso estas personas serían trasladadas desde alta mar a alguna comisaría, donde además estarán detenidos, por lo que la asistencia letrada será preceptiva.

El párrafo 5.º del artículo 58 en la nueva redacción dada por la LO 14/2003, permite ahora el internamiento en todos los supuestos de devolución.

El contenido de la intervención y recursos similares al supuesto de denegación de entrada y retorno. [Ver apartado H)].

Se deberán examinar de forma individualizada los motivos, circunstancias y peculiaridades de cada asunto y de cada afectado por el expediente, concretando la exacta disconformidad con el proceder administrativo con argumentos adecuados a cada caso. De manera que la asistencia letrada no se convierta en un puro formalismo vacío de contenido.

RECURSOS: La resolución de devolución no agota la vía administrativa y cabe por tanto interponer Recurso de alzada ante el superior jerárquico. El recurso no suspenderá la materialización de la devolución. La resolución definitiva podrá recurrirse mediante recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo contencioso correspondiente, por el procedimiento abreviado.

E) La intervención en los procedimientos de denegación de entrada y retorno

Ante la imposibilidad de realizar un control exhaustivo a todos los extranjeros que llegan a nuestras fronteras, teniendo además en cuenta que el turismo es uno de los grandes motores de nuestra economía, los funcionarios del Ministerio del Interior encargados de realizar el control centran sus esfuerzos en aquellos extranjeros que proceden de países de emigración.

1) En la actualidad se supervisa, salvo excepciones:

– a los nacionales de países iberoamericanos a los que no se les exige visado por los Convenios que tiene suscritos España con dichos Estados;

II

– a los extranjeros procedentes de África, y
– a los procedentes de países de la Europa del Este.

2) A dichos extranjeros además se les exige el cumplimiento de los requisitos generales:
– Pasaporte,
– visado en su caso,
– medios económicos,
– carecer de prohibición de entrada.

3) Preguntas más frecuentes: Se les suele hacer unas preguntas para que expliquen el motivo de su visita a España; si el funcionario de policía sospecha que el motivo del viaje encubre la intención del extranjero de trabajar o residir en nuestro país sin portar los correspondientes visados, se pondrá en marcha todo el procedimiento encaminado a denegar la entrada y retornar a esta persona al país del que procede.

En un principio se le tomarán todos los datos de filiación, nacionalidad, compañía transportadora y vuelo del que procede para posteriormente realizarle una entrevista con derecho a intérprete si no conoce el idioma español y con asistencia letrada, que se proporcionará de oficio si el extranjero no designa uno de su confianza.

4) Entrevista con asistencia letrada: Los funcionarios de policía suelen hacer una serie de preguntas en orden a determinar el motivo de su visita a España. En el caso más frecuente (es donde se dan el mayor número de rechazos) que alegue motivos turísticos se le preguntará:

– sobre las ciudades que viene a conocer,
– qué lugares de interés va a visitar,
– si tiene contratado viaje organizado,
– si viaja solo o acompañado,
– cuántos días va a permanecer,
– si tiene alojamiento contratado y pagado,
– si conoce a alguna persona en nuestro país,
– cuánto dinero trae y si tiene tarjetas de crédito,
– profesión o trabajo en su país de procedencia,
– cuánto gana,
– si tiene familia,
– cuánto tiempo lleva preparando el viaje,
– si compró personalmente el pasaje,
– cualquier otra pregunta encaminada a verificar la verosimilitud del motivo invocado para entrar en España.

El abogado deberá incidir sobre aquellas cuestiones que no hayan quedado claras, asimismo solicitará en el acto de la entrevista, apoderamiento del extranjero para interponer los recursos necesarios.

Para poder fundamentar un posterior recurso deberá pedir que se fotocopien los documentos que lleve el extranjero a efectos de dejar constancia de ello en el expediente administrativo.

Finalizada la asistencia se firma la declaración por parte de las partes intervinientes (funcionario, intérprete, extranjero y abogado).

5) Entrevista reservada. Tras la misma el abogado por primera vez podrá entrevistarse en privado con el extranjero sometido a dicho control y le informará de la situación legal en que se encuentra y del procedimiento a seguir.

6) Informe propuesta, alegaciones y resolución. El funcionario de policía instructor emitirá un informe propuesta y adjuntará la documentación recibida que será remitido al Jefe de Servicio del puesto fronterizo que resolverá al respecto. De este informe propuesta se debería dar traslado al interesado para poder hacer las **alegaciones** pertinentes tal como exige el principio de contradicción que rige en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 20.2 de la Ley de Extranjería), y tras conocer dichas alegaciones resolver conforme a la ley. La celeridad que la policía quiere dar a estos trámites conlleva en muchos casos una cierta indefensión por parte del extranjero al hacer imposible muchas veces diligencias de comprobación pedidas por el extranjero.

7) Notificación de la resolución. Si tras las investigaciones pertinentes se deniega la entrada en el territorio nacional el Jefe de Servicio notificará al extranjero una Resolución denegatoria de entrada junto con el acuerdo de retorno indicando el día y la hora en que se efectuará.

También contendrá los recursos que proceden contra la misma y los plazos para efectuarlos.

RECURSOS: La resolución de denegación de entrada no agota la vía administrativa y cabe por tanto interponer Recurso de alzada ante el superior jerárquico, en el caso de Barajas, el Director General de la Policía. El recurso no suspenderá la materialización del retorno. La resolución definitiva podrá recurrirse mediante recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo contencioso correspondiente, por el procedimiento abreviado.

F) La asistencia a extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión, devolución y retorno en el expediente judicial de internamiento

Como ya se ha expuesto, es imprescindible que el letrado que interviene en el expediente de expulsión, devolución y retorno intervenga igualmente en el expediente judicial de internamiento dado que éste no es sino una medida cautelar que se adopta durante la sustanciación de aquél. En cualquier caso estimamos que la asistencia debe comprender al menos:

II

1. Examinar si concurren motivos suficientes para ordenar/autorizar la medida de internamiento y lo que es igualmente importante, su posterior mantenimiento. En cualquier momento nos podremos dirigir ante el juez que decretó el internamiento solicitando su revisión.

2. Vigilar se cumplan los requisitos: asistencia letrada, intérprete, etc.

3. Informar e instar, si así le conviniera al extranjero, la declaración de aceptación voluntaria del expediente y cumplimiento voluntario de la sanción, debiendo cesar, en este caso, la medida de internamiento.

4. Recurrir, si procede, la orden de internamiento.

5. Asistir jurídicamente a los internados en el centro de internamiento. Pues téngase en cuenta que tratándose de una medida cautelar pueden sobrevenir circunstancias que devengan injustificable el internamiento. La asistencia exige una actividad letrada continuada por lo que se deberán establecer los necesarios contactos con los clientes privados de libertad.

6. Traslado del detenido al Juzgado de Guardia: Averiguar cuándo se les pasa al Juzgado de Guardia (o bien preguntando en la Comisaría o bien al día siguiente o a los dos días en el Juzgado de Guardia dado que es obligatorio asistir al extranjero al día siguiente o a los dos días en el Juzgado de Guardia: recomendamos que se acuda al Juzgado de Guardia para facilitar un teléfono donde vamos a estar localizados manifestando que somos los Letrados del Turno de extranjería.

– Personarse o llamar al Juzgado de Guardia de Detenidos o de Incidencias para ver si han trasladado a la persona a la que se asistió el día anterior o dos días antes, facilitando un teléfono de contacto donde vamos a estar localizados.

– Asistencia al extranjero en la comparecencia recordando que ello supone encargarse de la actuación judicial completa.

– Es necesario que el letrado que asista al extranjero le facilite una tarjeta con sus datos o su nombre y teléfono.

– Es importante acordarse de retirar del Colegio de Abogados el día en que nos toque la Guardia, las SOLICITUDES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA así como de rellenarlas con los datos que nos facilite el extranjero y que sean firmadas por el mismo a efectos de remuneración de cualquier gestión posterior.

– No olvidar entregarlas rellenadas y firmadas (por el extranjero) en el Colegio tras la guardia.

G) La asistencia en los Centros de Internamiento

– En aquellos Colegios en cuya demarcación exista Centro de Internamiento. Obligación de acudir al mismo en atención a lo dispuesto en el artículo 127.7 del Reglamento de Entranjería, Real Decreto 864 / 2001, de 20 de julio.

– Recordar que los Centros de Internamiento tienen normalmente un concreto horario de visita, pese a que nuestro Tribunal Supremo en alguna sentencia ha llegado a prohibir que se pongan limitaciones en los horarios de estos centros, por lo que se aconseja llamar previamente.

– Averiguar si existe un letrado anterior que lleve al interno así como el lugar donde fue detenido.

• Si existe un letrado anterior, el letrado que ha sido llamado deberá comunicar al Centro de Internamiento la necesidad que tiene de llamar al mismo.

• En el caso en que se desconozca el nombre del mismo tenemos la obligación de asistirlo para lo cual es importante acordarse de retirar del Colegio de Abogados, el día en que nos toque la Guardia las SOLICITUDES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA, así como de rellenarlas con los datos que nos facilite el extranjero y que sean firmadas por el mismo a efectos de remuneración de cualquier gestión posterior. No olvidar entregarlas rellenadas y firmadas (por el extranjero) en el Colegio tras la guardia.

• Si el primer letrado interviniente en el expediente administrativo pertenece a sede colegial distinta se deberá acudir al instrumento del "auxilio colegial".

H) La intervención en el proceso contencioso administrativo

– Recurso Contencioso-Administrativo: Los recursos se formularán ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, por el procedimiento abreviado, por tanto hay que redactar la demanda en el escrito inicial, al que se podrá acompañar la solicitud de adopción de medidas cautelares, suspensivas y positivas que en su caso pudieran plantearse.

– Para poder confeccionar con rigor la demanda, se deberá solicitar de la Delegación de Gobierno vista del expediente administrativo. Sería conveniente articular algún tipo de mecanismo con las Oficinas de Extranjeros para permitir dicho examen por los letrados: convenios, ventanillas específicas, etc.

– Se podrán asimismo solicitar, en su caso, medidas cautelarísimas, si bien se aconseja su solicitud solamente cuando existan verdaderas razones de urgencia, como detención, internamiento, ejecución inmediata de la resolución de expulsión...

– En todo caso y dada la no prepeceptividad de la intervención de procurador en el procedimiento abreviado, la representación puede ser ostentada por el letrado, debiendo bastar con

la acreditación de la intervención en el expediente administativo o en su caso con el oficio por parte del Colegio de haber asignado la defensa por Turno.

– El Juzgado adoptará las medidas cautelares que estime conveniente y señalará el día en que deberá celebrarse la vista oral. Contra el auto de medidas cautelares cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo contencioso-administrativo.

– Con una antelación de 15 días sobre la vista, la Administración viene obligada a remitir el expediente administrativo que será puesto a disposiciòn del demandante para poder preparar el juicio oral.

– A la vista deberá acudir el Letrado y Procurador, si tuvieren conferida la representación, bajo apercibimiento de tener al recurrente por no comparecido y desistido del recurso. En el caso de que no compareciese la adminsitración se proseguirá la vista en su ausencia.

– En orden a la realización de la prueba en juicio, la misma deberá proponerse y practicarse en el acto de la vista, por lo que es de carga de cada una de las partes su aportación. Se podrá solicitar el auxilio del Juzgado para citaciones y requerimientos con una antelación no inferior de 9 días a la fecha señalada para la Vista.

Importante retirar del colegio y rellenar las solicitudes de asistencia jurídica gratuita y que nos la firme el extranjero a los efectos de remuneración de las gestiones realizadas.

II. PROTOCOLO DE ACTUACIONES EN LA ASISTENCIA A EXTRANJEROS EN PROCEDIMIENTOS PENALES

A) Identificación del extranjero en la vía pública. Retención. Artículo 20 de la LO 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. Asistencia letrada al extranjero en la comisaría de policía. *Habeas corpus*

– Necesidad de acabar con la discriminación que sufren los extranjeros (principalmente los que cuentan con marcados y claros rasgos que denotan su procedencia) con respecto a los nacionales, a la hora de ser "retenidos" en la vía pública para su identificación.

– Delimitar el alcance de la exigencia de documentación al amparo de la LO 1/1992. ¿Se trata de una simple identificación de la persona o se puede exigir la documentación relativa a la situación legal de permanencia?

– A tener en cuenta por el abogado: la detención es una medida cautelar que ha de acordarse siempre tras la incoación de un procedimiento sancionador. En supuestos que vulneran lo anterior, debe acudirse al procedimiento de *habeas corpus*.

– El abogado debe exigir el máximo de legalidad a la hora de incoar el procedimiento sancionador; debe hacerse en presencia y por instructor y secretario.

– Debe hacerse un mandato a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para que, en casos de detención por motivos de extranjería, se cumplan estrictamente sus competencias. La policía local y la guardia civil no tienen competencias en materia de extranjería. El abogado debe supervisar sus actuaciones y si es preciso acudir al *habeas corpus*.

– Pese a no ser reconocido como legitimado por la ley orgánica correspondiente, el letrado y fundamentalmente el de guardia, debe tener capacidad plena para formular un *habeas corpus* contra la detención ilegal de un extranjero. Necesidad de unificar criterios en este sentido por los distintos Colegios de Abogados.

– Exigencia por parte del letrado, de la aplicación plena del artículo 520 de la L.E.Crim. en todos los casos en que el extranjero se encuentre detenido. Evitar el supuesto de aplicación del estatus de retenido o detenido según convenga a las autoridades policiales.

– Exigencia de un tratamiento digno, y separado físicamente en dependencias policiales de la "delincuencia habitual", para el extranjero detenido única y exclusivamente por irregularidades en su documentación. No es un delincuente.

– Necesidad de unificar criterios en los distintos colegios de abogados para que el letrado de guardia tenga conocimiento de la detención de un extranjero desde el momento mismo en que esta se produce, para no restar eficacia a un posible *habeas corpus*.

– El letrado de guardia ha de estar presente en todas aquellas actuaciones administrativas o judiciales que supongan retención o detención del extranjero.

– Es imprescindible que la tramitación de un asunto de extranjería corresponda al mismo y único letrado desde el principio hasta el final del procedimiento. Ello da operatividad y efectividad a su actuación. Los colegios profesionales deben unificar criterios en este sentido.

– Debe protegerse al extranjero que acude a una oficina pública para cualquier actuación administrativa, p.e. formular una denuncia, consultar documentación, etc. para que la policía no pueda aprovechar ese momento para retenerle o detenerle.

B) El extranjero en la fase procesal comprendida entre la incoación del procedimiento penal y la celebración de la vista oral. Marco del artículo 57.7 de la Ley de Extranjería tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003. Problemas relacionados

– Debe ser labor de todos los operadores jurídicos, el interpretar el artículo 57.7 de la ley de extranjería como de aplicación residual o excepcional y no como una regla automática que es lo que ocurre en la práctica. El artículo 57 no obliga a expulsar.

II

– A la hora de aplicar la expulsión prevista en el artículo 57.7 deben valorarse la proporcionalidad de su aplicación, atendiendo al caso y las circunstancias concretas. Se evitarán situaciones de excesiva "penalidad" y situaciones en las que la expulsión pudiera ser un "premio" o mal menor para el extranjero.

– Para la aplicación del artículo 57.7 es imprescindible delimitar con exactitud los conceptos de inculpado e imputado.

– Deben evitarse situaciones de incompatibilidad entre órdenes de expulsión y obligación de comparecencia *apud acta* ante un juzgado penal.

– No es posible que pueda equipararse, para la aplicación del artículo 57.7, el delito con la falta. Debe acabarse con tal equiparación.

– Para acordar la medida de expulsión, tanto el fiscal para emitir informe, como el juez, deben exigir el expediente completo. No basta con la mera resolución de expulsión, con esto es imposible valorar las circunstancias a las que se refiere el propio precepto.

– La expulsión o internamiento en un CIE debería ser controlada y supervisada por un juez de lo contencioso, a través de la pertinente modificación legislativa.

– Imprescindible la creación de un juzgado especializado en extranjería. Ello conllevará necesariamente la mejor formación de jueces, fiscales, abogados y mejor funcionamiento de los turnos especiales de oficio en esta materia.

– Todos los colegios de abogados deben contar con un turno especial de extranjería y una unificación de criterios. En cualquier procedimiento penal en que sea parte un extranjero, debe intervenir un letrado especializado en extranjería, por la repercusión que pueda tener la resolución penal en el ámbito administrativo. Solo un letrado especializado puede controlar estos efectos.

– Debe instarse la inconstitucionalidad del artículo 57.2 pues vulnera la finalidad de reinserción social de cualquier pena privativa de libertad y el principio *non bis in idem*.

– Necesidad de controlar la legalidad de las sentencias penales dictadas por tribunales de otros países. El abogado cuenta con la dificultad de que no conoce esas legislaciones.

– Debe existir por parte de las autoridades y el abogado, un control de la legalidad respecto de la ejecución de resoluciones de expulsión dictadas por países Schengen.

C) El extranjero condenado a pena privativa de libertad. Artículos 89 y 108 del Código Penal tras su modificación por la Ley Orgánica 11/2003

– El artículo 89 del CP no es de aplicación automática, debe ser de interpretación restrictiva. Debe atenderse muy especialmente a las circunstancias del caso concreto para valorar la sustitución de la pena de privación de libertad por la de expulsión.

– En las conformidades en procedimientos penales el letrado debe intentar prever la posibilidad de una expulsión posterior, que dejaría sin efecto la condena impuesta. Es conveniente en la conformidad, aportar la documentación que permita en ese momento valorar las circunstancias concretas del caso para evitar la sustitución por expulsión.

– La existencia del artículo 89 del CP, cuando de juicios rápidos se trata, hace perder virtualidad práctica al 57.7 de la Ley de Entranjería.

– Las expulsiones llevadas a cabo tras el acceso del recluso extranjero al tercer grado penitenciario pueden dar lugar, en algunos casos, al rechazo del interno a la progresión en grado. Son aquellos casos en que la situación en el país de procedencia es más "perjudicial" que la estancia en prisión.

– La aplicación del artículo 89 del CP no puede provocar desigualdades en el trato de los extranjeros en situación irregular con relación a los nacionales e incluso a los extranjeros en situación regular.

– Imprescindible compatibilizar la obligación de sustituir la pena de privación de libertad inferior a seis meses (artículo 71.2 del CP) con los supuestos en que sustituida la pena no es posible ejecutar la expulsión. No puede obligarse al extranjero a cumplir una pena inferior a seis meses, que no cumpliría un español.

– El tiempo transcurrido en prisión preventiva o en situación de condenado por parte del extranjero que tenga sustituida la pena privativa de libertad por expulsión deberá ser descontado del período total de prohibición de entrada.

– Deben controlarse de manera estricta las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional 17.ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

D) Artículo 318 bis, tras la reforma de la LO 11/2003

– Principal problema: sentar las bases y criterios de diferenciación entre el delito o la falta muy grave del artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería.

II

E) Artículo 59 de la Ley de Extranjería. Colaboración del extranjero

– El abogado debe velar por la efectividad del acuerdo de colaboración alcanzado con la brigada provincial de extranjería. La última decisión la tiene Madrid, no la brigada provincial.

– Para las autoridades policiales no basta la mera denuncia, exigen una colaboración activa. Debe tratarse de redes organizadas para la vigencia de este precepto.

– El abogado debe controlar la colaboración del extranjero con la justicia, al amparo del artículo 31.3 o al amparo del artículo 59 de la Ley de Extranjería. Son supuestos distintos.

– Debe exigirse a las autoridades policiales que les sea vinculante una resolución judicial en la que conste que el extranjero colabora con la justicia.

III. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN COMÚN. EL EXTRANJERO EN PRISIÓN

A) Necesidad de la asistencia de intérprete para garantizar los derechos del extranjero en prisión

– Requerir a los Centros Penitenciarios para que se faciliten de modo real los folletos informativos al interno en su lengua (especial atención al árabe).

– Instar a los letrados para que denuncien ante sus colegios la inexistencia de intérprete en sus asistencias en prisión.

– Elevar quejas ante Juzgado de Vigilancia y Defensor del Pueblo por inexistencia de intérprete.

B) Formación de letrados de los servicios de orientación jurídica

– Destacar la íntima conexión de materias de Derecho Penal, Penitenciario y de Extranjería.

– Solicitar de los Colegios de Abogados la exigencia de formación en materia de extranjería a los letrados del turno de oficio penitenciario.

– Proponer al Consejo General de la Abogacía Española la inclusión de la formación en esta materia como requisito para acceder al turno de oficio penitenciario.

C) Documentación de los internos

– Exigir el consentimiento de los internos para contactar con las autoridades consulares del país del extranjero en prisión a fin de proceder a su documentación.

– Instar a los colegiados para que no realicen trámites relativos a la documentación que corresponden a las Instituciones Penitenciarias, sino exigir su realización por las mismas en las mismas condiciones que los nacionales, con especial atención al caso de los preventivos.

– Vigilar la documentación de los internos contra los que se inician causas penales.

– Considerar la posibilidad de recurrir resoluciones de los Jueces de Instrucción que ordenan la retirada del pasaporte por ser contrarias al artículo 4 de la LOEx. e innecesarias en los casos de internos en prisión.

– Solicitar la devolución de los objetos personales (incluido el pasaporte) de los internos desde el mismo momento de su ingreso en prisión preventiva.

– Exigir el desplazamiento de la Policía a los Centros Penitenciarios para entregar documentación que el interno no pueda recoger (renovación de permisos de residencia, etc.) o en su caso solicitar permisos extraordinarios para que pueda recoger dicha documentación (artículos 3.3 y 48 de la LOGP y 159 del RP).

– Alegar que el interno se halla documentado con la sentencia condenatoria.

D) El interno en prisión no está en situación irregular

– Impedirá la tramitación de procedimientos preferentes de expulsión.

– La situación del interno es regular, al hallarse sujeto a una relación de sujeción especial.

– En todo caso la situación irregular no se puede considerar voluntaria, ni culpable.

– Considerar los autos de libertad condicional como permisos de residencia, con la posibilidad de solicitar la renovación de las autorizaciones administrativas para residir.

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Jaén

III

Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social(*)

SUMARIO

I. Introducción.

II. El acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo y políticas activas: el visado para la búsqueda de empleo y el contingente 2004. A) Modificaciones en el régimen de la "autorización administrativa previa para trabajar": ¿simplificación o confusión? B) Las novedades "menores" en el régimen del contingente de trabajadores extranjeros y el Contingente 2004. C) La novedad "mayor": el nuevo visado para la búsqueda de empleo y las políticas activas de empleo.

III. El creciente papel de la Jurisprudencia en la construcción del "Derecho Social de la Inmigración". A) El "reajuste" entre fuentes como objetivo de política legislativa en materia de inmigración. B) Las consecuencias del contrato de trabajo del inmigrante sin autorización previa de la Administración.

IV. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

La distribución del empleo inmigrante dentro del mercado de trabajo español presenta notabilísimas peculiaridades o singularidades. En ellas inciden factores ligados al mercado de trabajo, bien directa bien indirectamente. La regulación prevista para el acceso inicial al mercado de trabajo regular incide de modo determinante en esta peculiar distribución por sectores y ocupaciones del empleo inmigrante, en general caracterizada por una fuerte "segmentación" y una falta extrema de "movilidad". En definitiva, el marco regulador del acceso de los extranjeros al trabajo ofrecido por el mercado español se revela, como en el resto de los países comunitarios, un instrumento determinante de la política de inmigración.

Desde esta perspectiva, aunque no puede dudarse de la progresiva evolución e, incluso, mejora de los "dispositivos" de las políticas de integración socio-laboral –acceso y permanencia en el empleo–, así como de la gran complejidad del marco regulador, no obstante determinados intentos ya fallidos por parte del Gobierno anterior de cercenar esta variedad y riqueza, lo cierto

(*) Ponencia presentada al XIV Encuentro dentro de la mesa 2. En sucesivos números de la REDMEX se publicarán el resto de ponencias.

es que queda un amplísimo margen para *la mejora de la eficacia del marco normativo e institucional ordenador de los flujos migratorio laborales*. Este auténtico lugar común entre los analistas y estudiosos del mismo ha sido reflejado en el Informe del CES (28 de abril de 2004).

Pese a esta constatación, desde una primera y superficial lectura podría parecer que los cambios en el régimen jurídico del acceso del extranjero a nuestro mercado de trabajo no son de gran relevancia, presentándose más bien como de ajuste a las modificaciones de alcance general en la regulación de las situaciones administrativas de los extranjeros y clarificación de conceptos. Considero, sin embargo, que una comprensión más profunda de estos cambios, y a la espera del desarrollo reglamentario –si es que se produce, o bien tiene lugar antes la reforma ya anunciada por el nuevo Gobierno–, evidencia la necesidad de una importantísima adaptación, al variar de forma relevante los planteamientos a que responde el vigente RELOEx.

Cierto que es el propio legislador el que parece infravalorar este apartado de la reforma, en la medida en que silencia por completo en su Exposición de Motivos estas cuestiones, quizás motivado porque el aspecto de mayor relieve, además de exigir desarrollo futuro para su aplicación, ha sido introducido con posterioridad, fruto del pacto alcanzado con el PSOE, hoy partido en el Gobierno. Nos referimos, claro está, al novedoso y, de momento, enigmático "*visado para la búsqueda de empleo*" (nuevos artículos 39.3 y 4 de la LOEx).

Sin embargo, a otra conclusión se debe llegar si se hace una lectura más reflexionada. Sobre todo en relación tanto a determinadas doctrinas judiciales, que parecen consolidarse como otros tantos cuerpos jurisprudenciales, cuanto a otros ámbitos de reforma legislativa que pueden incidir en la materia, como la integración formal de la política inmigratoria dentro de la política de empleo, debiéndose coordinar con las políticas activas en cuanto que los inmigrantes son ya colectivos prioritarios respecto al principio de igualdad de oportunidades en materia de empleo desarrollado, aunque no demasiado garantizado. Si la integración por el empleo es la estrategia predominante de la mayoría de los inmigrantes, aquélla puede hoy realizarse no sólo a través de lo que llamo "cupo de mercado" sino también del cupo de "*solidaridad*" o *inserción por lo económico*.

En el marco de la LO 14/2003, los principales cambios podrían agruparse en dos aspectos de gran relieve. Por un lado, los relativos a las condiciones y documentos de autorización y gestión del acceso al mercado de trabajo español (artículo 25 y artículos 36, 37, 39-42), por otro, los derechos exigibles por los trabajadores aun sin aquella autorización previa (artículo 36.3).

II. EL ACCESO DE LOS INMIGRANTES AL MERCADO DE TRABAJO Y POLÍTICAS ACTIVAS: EL VISADO PARA LA BÚSQUEDA DE EMPLEO Y EL CONTINGENTE 2004

A) Modificaciones en el régimen de la "autorización administrativa previa para trabajar": ¿simplificación o confusión?

Por lo que refiere al primer grupo de reformas, lo más llamativo a primera vista es la nueva sustitución de la forma de denominar la "autorización administrativa previa para trabajar" que,

como no podía ser de otra manera, sigue exigiendo el artículo 36.1 de la LOEx. Este nuevo cambio revela que el legislador no sabe muy bien cómo denominar esta técnica autorizatoria.

En efecto, unas veces ha utilizado la denominación genérica, autorización, reconociendo luego diversos documentos habilitantes para generar esta situación de permisión para la realización de actividades lucrativas, y en otras una denominación específica, "permiso de trabajo". Pues bien, cuando parecía consolidada esta última denominación, si bien quebrada varias veces en el propio entramado normativo, el legislador ha vuelto a cambiar de opinión y ha decidido que sea borrada de la LOEx cualquier referencia a este término para volver al genérico de "autorización".

Ahora bien, al margen de los problemas de coordinación que genera, como hemos apuntado, el que la vigente regulación contemple múltiples "autorizaciones para trabajar" (artículo 79 del RELOEx), lo que habrá que solucionar en la anunciada y exigible adaptación reglamentaria (DF 3.ª), lo cierto es que los cambios no son sólo terminológicos o formales. En primer lugar, el nuevo artículo 36.1, párrafo 2.º, precisa que el correspondiente documento no sólo "autoriza" para trabajar, sino que al mismo tiempo "habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia", si bien se extinguirá, matiza el precepto, "si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase... el correspondiente visado".

De este modo, parece clara la voluntad del legislador –además de clarificar ciertas situaciones, como por ejemplo la legitimación de solicitud: quien está legitimado para solicitar la autorización inicial es siempre el empresario, como ya se recoge en el artículo 80 del RELOEx– de ajustar el acceso a la "situación" de trabajo a lo previsto para el acceso a las analizadas situaciones de residencia (artículo 29). El reformado artículo 25 bis, ya comentado, precisa esta voluntad, aparentemente de unificación y simplificación de los procedimientos de gestión, según el primer objetivo confesado por el legislador, al incorporar de forma unitaria el "visado de trabajo *y* residencia".

La letra d) de este nuevo precepto recoge expresamente la doble función de este documento: "*habilita para ejercer una actividad* laboral o profesional, por cuenta ajena o propia *y para residir*". Por tanto, el extranjero que entre en el territorio español en posesión de esta modalidad de visado podrá presentarse directamente en el lugar en el que deba realizar la actividad laboral –o profesional por cuenta propia–, sin necesidad ya de esperar a la concesión de la autorización "previa" para trabajar.

No sin buenas razones podría pensarse, para todo el rediseño legislativo en materia de procedimientos de gestión de los flujos migratorios, que el visado desplaza la función y necesidad de esta autorización administrativa para trabajar. Sin embargo, por encima de esta confusa formulación legislativa, creemos más ajustada en el plano técnico, aunque en la práctica –especialmente en el procedimiento de acceso vía contingente– tienda a diluirse la diferencia, la consideración del visado, conforme a su nueva función, como el *documento que acredita* (artículo 25) una *previa autorización administrativa* (artículo 36) para trabajar en España y, por tanto, para residir.

No cabe duda, en coherencia con el objetivo global de la reforma, que la función ahora atribuida al visado, también en el ámbito de acceso al mercado de trabajo, *simplifica la tramitación administrativa de la documentación* relativa a los extranjeros, pues como se indicó, un mismo documento habilita al extranjero para realizar la actividad o encontrarse en España en la situación por (para) la cual acudió a nuestro país[1]. De otro lado, como igualmente indicamos, se busca la coherencia de un "sistema" que, ahora sí, parece perseguir canalizar los flujos de población inmigrante, mayoritariamente centrados en razones o motivos de orden económico, de una forma más ordenada y ya desde el origen. Puesto que esta opción, si bien realizada, supone un cambio radical de la situación preexistente, el legislador se ha visto obligado a prever una adaptación –que es más bien una "revolución", a tenor de la pésima situación práctica precedente– de la organización administrativa de esta fase del proceso, que ha de realizar la Administración General del Estado en el mismo país de origen (DF 2.ª).

En realidad, este cambio legislativo no hace sino recoger con rango legal una práctica de gestión administrativa que se viene siguiendo en los últimos años a través de las regulaciones de los contingentes anuales. Fieles a su anómala historia jurídica, pese a la cobertura formal en el plano legislativo desde el año 2000, la aprobación del célebre "cupo" de trabajadores extranjeros, también habitualmente a finales de año, ha seguido suponiendo auténticas modificaciones en vía fáctica de las normas legales "vigentes".

Esta variabilidad se ha producido en unos casos para su flexibilización y mejora del procedimiento de gestión. Pero los más, se han producido para estrechar el camino de acceso del inmigrante extranjero a nuestro mercado, intentando dejar como única vía, no obstante otras posibilidades abiertas por la Ley y su Reglamento, la del contingente. Así sucedió, con manifiesta ilegalidad advertida por los jueces, con el de 2002 y su insólito concepto de "concurrencia de procedimientos" de autorización para trabajar, corregido sólo parcialmente en el previsto para 2003, donde el Gobierno reconoce algunos de sus errores –lo que ya es una señal–, y revisado claramente en el recientemente aprobado para 2004, en el que se reconoce la diversidad de *procedimientos legales de gestión del acceso al mercado laboral español.*

Aunque acabamos de indicar cómo –plegando velas, aunque de forma cicatera y silenciada, respecto de la doctrina judicial– el Contingente 2004 prevé la existencia de procedimientos alternativos, remitiendo al RELOEx, la lectura detenida del mismo –cuya vocación para pasar de ser "especial" a convertirse en el "procedimiento ordinario" y preferente, desplazando de este papel al que legalmente parece ser el "ordinario", el de gestión de ofertas nominativas e individualizadas, es manifiesta en la voluntad gubernamental, no así en la letra de la LOEx–, sí puede ilustrarnos bien sobre el nuevo papel central del visado. En este sentido, el punto 3.º del Acuerdo

(1) Con este mismo objetivo de conseguir una simplificación de los trámites burocráticos, la propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia propone la unificación del permiso de residencia y trabajo –COM/2001/0386–. La eventual aprobación de esta Directiva supondrían el primer instrumento normativo específico de armonización de las condiciones de acceso al empleo en los Estados de la UE, que hasta el momento evidencian una gran diversidad o heterogeneidad.

de Consejo de Ministros –*BOE* 31-12–, destinado justamente a determinar los efectos del "visado de trabajo y residencia" gestionados en el marco del Contingente, afirma con rotundidad que el visado *"concedido por la autoridad consular incorporará la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena* haciendo referencia al contingente 2004". Asimismo, con una redacción prácticamente idéntica que la del primer inciso del nuevo artículo 36.1 2.º señala que "esta autorización habilitará para residir...".

Visado y autorización inicial para trabajar son, pues, figuras diferentes y corresponden a autoridades competentes diferentes, si bien al objeto de simplificar y agilizar el procedimiento de gestión, el documento que formaliza el primero incluye al mismo tiempo o "incorpora" la segunda. Asimismo, con igual lógica de celeridad la autorización para trabajar permite o habilita para residir, con lo que la unificación del sistema a los efectos del trabajador extranjero quedaría cerrado. Del mismo modo que, en este contexto, el contrato de trabajo funciona como "solicitud de autorización" de trabajo y residencia por parte del empresario, el visado funciona como documento acreditativo de la autorización concedida para trabajar –y residir–.

Precisamente, para completar este proceso unificador, un segundo cambio normativo que llama la atención es la supresión de la referencia –artículo 36.3 y artículo 37 de la LOEx– al Ministerio de Trabajo como órgano competente para conceder la autorización previa para trabajar. Ahora no se hace mención alguna, lo que no significa, como es obvio, que quede en el aire, sino que es una clara confirmación, por enésima vez, de lo que se había convertido en una práctica: la *unificación de competencias en la Subdelegación del Gobierno* para emitir ambas autorizaciones. También de esta forma tan expeditiva y silenciosa, por tanto deficiente, el legislador da cobertura legal a una práctica y *resuelve la posible cuestión de competencia generada con la regulación anterior*, en cuanto que la autoridad gubernativa resolvía materias legalmente atribuidas a la autoridad laboral[2]. No obstante, la nueva adscripción del fenómeno inmigratorio al Ministerio de Trabajo vuelve a plantear este problema competencial.

Obviamente, estos importantes cambios obligarán a una reforma en profundidad de la normativa reglamentaria. Conforme a esta regulación la autorización para trabajar se acreditaba "con el correspondiente permiso de trabajo, autorización administrativa o mediante los documentos que específicamente se determinen" (artículo 66.3 del RELOEx). Esta multiplicidad de documentos tiene un claro reflejo en el artículo 79 de este cuerpo normativo y se caracterizaba por dejar un amplio margen de discrecionalidad –a veces de arbitrariedad– a la Administración, lo que ha venido generando particulares problemas y excesivas "malas prácticas". La adaptación debería aprovecharse para poner un poco de orden en tan caótica situación, con objeto de dar credibilidad al declarado objetivo de simplificación y agilización, presupuestos de cualquier gestión administrativa moderna, lo que en el ámbito de la inmigración sigue en gran medida pendiente, no obstante los esfuerzos en tal dirección,

(2) Aunque es interesante, aquí sólo nos limitaremos a evidenciar que, tras la LOFAGE, y las sucesivas reformas de adaptación, cabía la posibilidad de entender que, a efectos funcionales, la Subdelegación, en la que ahora se integran las Áreas de Trabajo, podía ser considerada como "autoridad laboral".

entre los que sin duda debemos situar esta reforma, sin perjuicio de las deficiencias aquí igualmente evidenciadas.

Otros muchos problemas de adaptación se plantean. Así, el nuevo artículo 25 bis de la LOEx junto al referido "visado de trabajo y residencia" ha recogido expresamente el "visado de estudios", que, además de "habilitar" a permanecer en España para la realización de cursos o estudios, también lo hace para realizar "trabajos de investigación o formación". Sin perjuicio de lo que luego comentaremos respecto al régimen especial de estudiantes en el ámbito de la autorización para trabajar, lo que ahora interesa destacar es que la reforma no recoge expresamente todas las clases de visados previstos en el RELOEx (artículo 7) con la virtualidad de habilitar al extranjero para la realización de actividades profesionales (ej. "visado de circulación múltiple"; "visado de estancia especial"). La remisión que se hace al futuro desarrollo reglamentario tendrá que resolver esta cuestión, pero en principio hemos de entender que esta diferenciación no perjudica, en línea de principio, la vigencia de la actual regulación reglamentaria.

En lo que concierne a la **autorización de trabajo por cuenta propia**, además del cambio de denominación, el recurso a una técnica de referencia genérica, excluyendo la anterior técnica de listado de determinadas profesiones o actividades, y la indicada supresión de la referencia al Ministerio de Trabajo, la novedad más destacada reside en la recepción en sede legislativa de requisitos previstos en la normativa reglamentaria. Aunque sólo recoge, junto al obvio de los requisitos exigidos a los nacionales para la misma actividad, dos de los adicionales previstos por el artículo 70.2 del RELOEx –suficiencia de inversiones y "potencial creación de empleo"–, la cláusula de remisión abierta a la potestad reglamentaria permitiría mantener para el futuro el discutible criterio de la reciprocidad, lo que ya ha sido objeto de continuadas críticas tanto por la forma –lo que tampoco ahora se evita– cuanto por el fondo.

En relación a situaciones o "regímenes" particulares o especiales el artículo 40 de la LOEx experimenta dos cambios de cierta importancia cuantitativa. En efecto, se incluyen *–lógica de integración social por lo económico–* dos **nuevos supuestos en los que**, a la hora de gestionar la autorización para trabajar, **no se atenderá a la situación nacional de empleo**. A saber: Por un lado, la letra b), incorpora a los *hijos de españoles nacionalizados, o de comunitarios, siempre que lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España* y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario –no sólo es superfluo este inciso, sino redundante con la clarificación operada con la incorporación de un nuevo apartado 3 al artículo 1 de la LOEx–. Por otro, la nueva letra l) incluye en esta situación preferencial a los *extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país*, con lo que se quiere premiar el escrupuloso respeto a las normas de ordenación de los flujos inmigratorios temporales, especialmente la obligación de retorno voluntario [artículo 78.2.e) del RELOEx].

Por lo que refiere no ya a las preferencias o ventajas en la concesión de la autorización, al no considerar la situación nacional de empleo, sino lisa y llanamente a las **excepciones a la necesidad de contar con dicha autorización para trabajar**, también hay modificaciones. Así, de una parte, se fijan dos reglas de equiparación a las AA.PP. Territoriales de los organismos autónomos

que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por aquéllas [(artículo 41.1.a) y 2)]; de otra, *se incluye dentro de los supuestos exceptuados de la autorización para trabajar a los menores extranjeros en edad laboral tutelados* por la entidad de protección de menores, para actividades que, a propuesta de ésta, favorezcan su integración social.

Este cambio, con ser relevante, no supone una gran novedad en la práctica. Lo que ha sucedido es que un supuesto de autorización al margen de la situación nacional de empleo –artículo 40 letra j)– pasa a ser una excepción a la misma –artículo 41.1 letra k)–. Los acuerdos internacionales y la creciente importancia de la política de inserción de colectivos especialmente vulnerables, como son los menores inmigrantes, tienen aquí una especial expresión. Algunos problemas de coordinación normativa plantea, no obstante, esta reforma, en la medida en que aquella transformación entendemos hubiera exigido derogar el artículo 40 letra j), pues queda absorbido o desplazado, dado su mejor trato, por la nueva calificación como excepción, al tiempo que la nueva redacción presenta ciertas mejoras de redacción, técnicas y de régimen[3].

En cambio, dentro del **régimen especial de estudiantes**, las reformas parecen ir más bien en la línea de reforzar su actividad de estudios o formativa, buscando evitar los eventuales "fraudes" que se derivan del acceso a España como estudiantes para realizar, en realidad, actividades laborales. Así, junto a la *descoordinación normativa* generada entre el nuevo artículo 25 bis letra e) –no especifica el carácter no remunerado de los trabajos de investigación o formación– y el inmodificado artículo 33.1 de la LOEx –sí lo requiere expresamente–, destaca especialmente la supresión del párr. 2 de su apartado 4, por lo que se les *priva de acceder al empleo público como personal laboral*, aunque se mantiene la posibilidad general de autorizarlos, a tiempo parcial, para trabajar.

Finalmente, por lo que refiere al muy importante, por su trascendencia en determinados sectores económicos y mercados, como el mercado de trabajo agrario, **régimen especial de los trabajadores de temporada**, dos reglas nuevas, que otra vez vienen realmente a dar rango legal a situaciones que ya estaban consolidadas en la práctica, se añaden al artículo 42. Así, en primer lugar, el nuevo apartado 4 –análogo el nuevo artículo 39.3 de la LOEx– recoge la *preferencia* otorgada, en los procedimientos de gestión de las ofertas de empleo, a los nacionales de países que hayan firmado "*Acuerdos sobre regulación de flujos migratorios*" con España, favoreciendo por tanto la ordenación convencional y en origen de los movimientos migratorios por causas económicas. Este régimen de favor encuentra su culminación, si se es un inmigrante "disciplinado" o "bueno" –vuelve a su país como se le pide tras cumplir con su trabajo en el país de acogida–, en la inclusión como supuesto específico en el que no se atiende, para otorgar autorización, a la situación nacional de empleo, conforme al ya anotado artículo 40.l).

(3) En la nueva redacción no se hace mención a la autorización de residencia, pues es redundante, ya que todo menor en situación de amparo o protección tiene derecho a este documento, al tiempo que se elimina el carácter condicionado de la tutela a que no se haya producido la repatriación.

En segundo lugar, ahora en un plano interno pero también en la misma lógica de la cooperación, el añadido apartado 5 busca reforzar el ya formulado legalmente principio de colaboración de CC.AA. y Entidades Locales en la programación de las campañas de temporada con la Administración General del Estado (AGE). Como ilustra bien una lamentable práctica, lo cierto es que las autoridades que deben enfrentarse a las cuestiones derivadas de la "acogida" de estos inmigrantes son las más próximas, esto es, las locales. Sin embargo, sigue sin haber previsión o compromiso por parte de la AGE o la CA para proveer correctamente de los recursos necesarios a tales fines, pese al mandato de garantía recogido en el artículo 42.2 (alojamiento digno), aunque el artículo 78.2 letra d) se lo "endose" o lo derive hacia el empresario o su organización y de promoción el artículo 42.3 (servicios sociales) de la LOEx.

B) Las novedades "menores" en el régimen del contingente de trabajadores extranjeros y el Contingente 2004

Entre las que aquí consideramos reformas o "novedades menores" de la regulación legal de esta figura, tan relevante como conflictiva, hay que encuadrar las 3 siguientes. Por un lado, la aparente devaluación del alcance de esta técnica de canalización y ordenación de los flujos migratorios de carácter laboral, en cuanto que el anterior carácter obligatorio o imperativo mutua ahora en puramente potestativo para el Gobierno –"podrá aprobar..."–. En realidad, en el plano práctico es una cuestión baladí porque el Gobierno siempre puede aprobar un "cupo o" si, en algún año, estimase que su "capacidad de acogida" en atención a las necesidades del mercado están cubiertas.

Por otro lado, en un plano procedimental, se produce tanto la mejora de la posición de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas , que ven como su anterior derecho de audiencia mutua en derecho de propuesta –en el mismo plano que las CC.AA., cuya posición se mantiene formalmente inalterada–, cuanto la sustitución de la preceptiva audiencia del Consejo Superior de política de Inmigración por el Informe de situación de empleo e integración social de los inmigrantes (artículo 39.2). De ahí que, paralelamente, se modifique el artículo 68, buscando igualmente reforzar sus redes de comunicación con cuantos órganos administrativos y agentes sociales y económicos estén "*implicados con la inmigración y la defensa de los derechos de los extranjeros*" (artículo 68.3 de la LOEx), que a su vez ven reforzado su derecho a participar en la gestión del fenómeno inmigratorio, si bien a este débil nivel informativo-propositivo[4].

Finalmente, también se introduce una reforma para formalizar, como se indicó, la preferencia ya otorgada por la regulación gubernamental de los Contingentes, especialmente a partir de 2002, a los países con los que se firman Acuerdos de Regulación de Flujos. Esta preferencia aparece con toda claridad en el Acuerdo del Consejo de Ministros que fija y regula el Contingente 2004, de modo que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones está obligada a comunicar y remitir las Ofertas de Empleo a las autoridades competentes de los países con los

(4) Una mejora de la función comunicativa que está igualmente presente en la creación del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (artículo 71). Una cuestión, de gran relevancia, que entronca sin duda con los compromisos comunitarios en materia de lucha antidiscriminatoria por este motivo (Directiva 2000/43). Vid. igualmente el artículo 33 Ley 62/2003, LMAFOS.

que existe Acuerdo, con el fin no sólo de facilitar "la disponibilidad de trabajadores" que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones ofertadas sino de que participen activamente, cogestionen, la fase de selección, junto a las organizaciones empresariales y sindicales españolas.

Un repaso, siquiera somero, a la regulación de este Contingente podrá ilustrar del significado y alcance del mismo. A tal fin, conviene partir de la doble fase en que se estructura el Contingente a partir del artículo 39 de la LOEx y artículo 65 del RELOEx: la *fase previa de prospección* para la fijación del cupo, constituida básicamente por el análisis de las necesidades del mercado de trabajo, distribuidas por provincias, sectores de actividad y ocupaciones, por un lado, y la *fase* posterior de *gestión* del mismo, en la que se *organiza la selección y contratación de los trabajadores extranjeros* en su país de origen. El Acuerdo de Consejo de Ministros además de fijar el cupo concreto –para este año 10.908 puestos de trabajo "de carácter estable", esto es, de duración no inferior a 1 año–, ordena la segunda fase, la de selección y contratación –gestión de ofertas, genéricas y nominativas, de empleo, estable o temporal–.

Su estructura es la siguiente:

1. Procedimiento de Gestión de las Autorizaciones para Trabajar a través del "Sistema de Contingente" (puntos 1 a 6; 8 a 10).
2. Procedimientos alternativos de Gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros (punto 7).

En el primer procedimiento, el que puede calificarse normativamente como especial, aunque en la práctica funcione como "general", se procede a una regulación muy detallada de los siguientes aspectos. A saber:

Primero. Fijación del contingente. A estos efectos se distingue entre "puestos de trabajo de carácter estable" (10.908), y empleo de carácter temporal –Anexo I.B)–. La necesidad de atender a los imperativos económicos del mercado ha determinado que, no obstante su carácter anual, el cupo de puestos estables –de duración no inferior a 1 año– quede abierto, de modo que no sólo se admite la reasignación del contingente a escala nacional, sino la "ampliación" del número a propuesta de la Dirección General del INEM, que a su vez responderá a la solicitud que en tal sentido hagan bien los agentes económicos –las organizaciones empresariales– bien los agentes públicos –los Servicios Públicos de Empleo, esto es, el Servicio Público Estatal de Empleo y los Servicios Autonómicos de Empleo, integrantes del recientemente conformado Sistema Nacional de Empleo–. Su vigencia es desde 1-1 hasta 31-12-2004.

Segundo. Gestión de Ofertas de carácter estable: A) Genéricas y B) Nominativas. Respecto a las primeras se regula la legitimación para *presentar ofertas* de empleo –por empresas y organizaciones empresariales– ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales y según modelos normalizados (Anexos I y II), que una vez *verificada* la disponibilidad de cupo o contingente –de lo contrario se denegará o, incluso, se inadmitirá a trámite (vid. nueva DA 4.ª de la LOEx)–, será remitida a los países de origen para *organizar la selección* de trabajadores. La selección se llevará a cabo "en la forma prevista en el acuerdo aplicable" –recuérdese la preferencia–,

con la participación de la DGOM o Áreas de Trabajo y, si así se establece mediante acuerdos de colaboración, las organizaciones empresariales o, incluso, los empresarios oferentes-solicitantes. La Comisión de Selección remitirá *con carácter urgente* el Acta de Selección a la DGOM para su traslado a la Comisaría General de Extranjería de la Dirección General de Policía (DGP), para que se asigne el número de identificación de extranjeros (NIE), salvo causa impeditiva. Devuelta la lista con el NIE a la DGOM, se remite al Consulado, con copia a la Dirección General de Asuntos Consulares y Áreas de Trabajo.

También se regulan las particularidades, respecto del procedimiento general anterior, de las Ofertas Nominativas. Reténgase que los contratos de trabajo se configuran al mismo tiempo como solicitudes de autorización de trabajo y residencia. Esta autorización le será notificada, devolviéndose los ejemplares del contrato de trabajo para que sean firmados por el trabajador en el país de origen, ante la oficina consular competente para la expedición del visado –simultáneamente se comunicará el contenido del contrato a los interlocutores sociales en el marco de las comisiones ejecutivas del INEM, lo que supone una garantía de intervención en el control de la legalidad–.

Tercero. Visado: tramitación y efectos. Como es obvio, ante los cambios de función y revalorización de este documento, esta parte es del mayor interés. Así, prevé que realizada la selección, y a los efectos de solicitud de visado, se presente en la oficina consular la documentación junto con los contratos, de forma agrupada, haciéndose sólo énfasis en que sea con la antelación suficiente, teniendo en cuenta la fecha prevista del viaje y el número de solicitudes. El plazo de solicitud de visado por la organización empresarial o empresa que hayan presentado ofertas genéricas comenzará a contar "a *partir de la fecha de la firma del contrato por el trabajador*". En el caso de contratos nominativos la solicitud de visado será presentada directamente por los trabajadores. La Oficina Consular deberá ser diligente en la tramitación, aunque no se fija tiempo máximo, como sí sucede en la fase de selección –no puede superar el mes–, exigiéndose, si bien "en la medida de lo posible", la fijación de "horario especial para atender por grupos homogéneos a los trabajadores seleccionados".

Cuarto. Ya comentamos que este visado concedido por la autoridad consular incorporará la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena –cuya concesión va implícita en el Informe favorable que tienen que realizar las Subdelegaciones, a propuesta de las Áreas de Trabajo en ellas integradas–. La autorización inicial de trabajo –y residencia– tendrá una duración de un año y podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad, "permitiendo la incorporación inmediata de los trabajadores a la empresa, y a su afiliación y alta en la Seguridad Social", a cuyos efectos se deberá presentar el visado y el contrato de trabajo que proceda según los Anexos del Acuerdo (número III o IX). Efectuada la entrada, los trabajadores deberá solicitar personalmente (nueva DA 3.ª de la LOEx), en el plazo de un mes, la Tarjeta de Identidad de Extranjero (nuevo artículo 4.2).

Quinto. Gestión de ofertas de empleo de carácter temporal. Contiene un régimen específico, más flexible y ágil, y en gran medida organizado a través de Acuerdos Tripartitos –AA.PP., empresarios y sindicatos–, especialmente en el ámbito de las actividades agrarias.

Este año se distingue, fijando algunas particularidades, entre actividades temporales no agrarias (A), agrarias (B), trabajadores de campañas anteriores (C) –que no tienen en cuenta la situación nacional de empleo–, las que califica como "otras ofertas de empleo de carácter temporal" (D) –remite a las previsiones del Anexo I.B–, y los trabajadores nacionales de países que se adhieran a la UE a partir del 1 de mayo de 2004. En este último caso, y como consecuencia del régimen comunitario de ampliación, a partir de esta fecha no precisarán visado los trabajadores que, procedentes de estos Estados, vayan a ser contratados por períodos no superiores a 6 meses (180 días).

Sexto. Puestos de trabajo estable en el servicio doméstico para ofertas genéricas. Se prevé un régimen especialmente minucioso, destacándose en este momento la previsión de un "programa específico de intermediación dirigido a facilitar su contratación" en esta actividad, "previa comprobación de que se han presentado ofertas de empleo que no han podido ser atendidas". Si transcurrido 3 meses el extranjero –normalmente será extranjera– no ha formalizado un contrato, "quedará obligado a salir del territorio español", so pena de infracción del artículo 53.a) de la LOEx. Es interesante esta regulación porque, como veremos de inmediato, anticipa lo que es el visado por búsqueda de empleo.

Finalmente, hay que destacar de este Acuerdo el reconocimiento que se hace –*Punto Séptimo: Otros procedimientos de gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros*–, como ya se apuntó, de la existencia de procedimientos alternativos al sistema de contingente, que deberán regirse por su normativa específica. A tal fin, se remite al RELOEx, lo que supone mantener en vigor una regulación que, sin embargo, deberá ser objeto de importantes revisiones y adaptaciones. En todo caso, lo más relevante, al margen de indicar la existencia de al menos 3 procedimientos alternativos –artículo 40 de la LOEx; oferta nominativa ordinaria *ex* artículo 83.4 del RELOEx, sean o no residentes; contingente o cupo autonómico, a través de las propuestas de los Servicios Públicos de Empleo, que completarán la fijación del contingente de trabajadores extranjeros *ex* artículo 70.11.3 del RELOEx –, como reconoce la doctrina judicial que ha venido corrigiendo los excesos de la regulación extremadamente unitaria de los Contingentes precedentes –vid. STSJ Cantabria 21-2-2003–, es la obsesión del legislador por condicionar el recurso a estas vías, en todo caso, a que se trate de personas que sean residentes legales o que no sean residentes, pero que tampoco se hallen en España, con la evidente finalidad de evitar cualquier regularización que no pase por el procedimiento de visado en origen. Naturalmente, habrá que descartar las previsiones en torno a las exenciones del mismo.

C) La novedad "mayor": el nuevo visado para la búsqueda de empleo y las políticas activas de empleo

Pero sin duda, la novedad más relevante de las reformas en el régimen del Contingente de trabajadores extranjeros reside en la posibilidad –no obligación– de establecer un número de "visados para búsqueda de empleo", sea a hijos o nietos de español de origen –es evidente el influjo de la actual situación crítica de los países iberoamericanos–, sea con carácter general, si bien en atención a determinados sectores de actividad u ocupaciones y en las condiciones que se determinen. Estos visados "*autorizarán a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar*

trabajo durante un período de estancia de tres meses, en los que podrán inscribirse en los servicios públicos correspondientes". Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero queda obligado a salir del territorio, incurriendo de lo contrario en infracción administrativa *ex* artículo 53.a), sin que pueda obtener nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.

No se trata, sin embargo, de una modalidad absolutamente nueva de visado. Además de aparecer en algunas iniciativas legislativas, que no llegaron a cristalizar, también fue experimentado, si bien con resultados poco halagüeños, por otras legislaciones comunitarias. Así, ya se recogía este criterio de admisión de extranjeros en el artículo 21 de la *Legge núm. 40 sulla Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, de 6 de marzo de 1998[5]. Esta modalidad de visado también se enmarcaba dentro del cupo o contingente de mano de obra extranjera y exigía la prestación de una garantía de acceso al trabajo por parte de la persona, de nacionalidad italiana o extranjera, o de la asociación que pretendiese contratar al extranjero[6].

Esta posibilidad ya había sido también barajada en los momentos previos a la reforma de la LO 7/1985, de 1 de julio (LOEx)[7]. Asimismo aparece apuntado por el Comité Económico y Social de la UE, en su Dictamen (2001/C 260/19), sobre la, bastante olvidada, "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración"[8]. La propuesta de la Comisión consistente en la apertura de vías legales a la inmigración laboral permite pensar que la entrada extranjeros en el espacio comunitario tenga lugar a través de dos vías: de un lado, cuando se dispone de una oferta de empleo para trabajar y, de otro, cuando se obtiene una autorización legal para venir a buscar empleo.

La segunda de ellas permite tomar en cuenta el proyecto migratorio del propio inmigrante (establecimiento de un negocio, búsqueda de empleo, mejora de sus condiciones profesionales, etc.), que, a juicio del Comité Económico y Social, debe ser considerado de forma positiva por las autoridades de inmigración[9]. No cabe duda que esta opción, favorable a la integración y no a la represión, nota ésta característica de la política comunitaria practicada desde 2001, está presente en la regulación española, fruto del referido pacto con el PSOE. Aunque la Comisión no llegó a concretar en la Comunicación citada, de 22 de noviembre de 2001, las estrategias a través de las que podía llevarse a la práctica el nuevo enfoque que propone acerca de la política de inmigración comunitaria (transparencia y flexibilidad en el mercado de trabajo), parece manifiesto

(5) Véase el texto de la ley en la dirección electrónica: www.parlamento.it/parlam/leggi/980401.htm.

(6) Para la historia legislativa y la finalidad de esta norma véase, M. PAJARES: *La inmigración en España. Retos y propuestas,* Icaria, Barcelona, 1998, pp. 233-234.

(7) Véanse las propuestas realizadas acerca de esta modalidad de visado en, ibíd., p. 234.

(8) Véase, *DOCE* Serie C n.º 260, de 17 de septiembre de 2001.

(9) Véase Dictamen *supra* citado, p. 108.

que esta modalidad de visado permite cubrir las demandas de mano de obra extranjera que se presenten en sectores y zonas, que no ha sido posible prever antes[10].

No obstante, como se ha dicho, la previa experiencia italiana no parece alentadora, pues el legislador del país vecino ha suprimido esta modalidad de visado en la Ley de Reforma n.º 189/2002 (conocida con Bossi-Fini), cuyas normas –se ha señalado– parece que están dirigidas a restringir fuertemente las posibilidades de entrada legal por cuestiones de trabajo, dejando (en cambio) abierta la vía de la regularización permanente *ex post*[11]. Asimismo, conviene tener en cuenta que es difícil no ver en esta propuesta la proyección, en el plano general, del programa experimental ensayado desde el Contingente 2003 con respecto al personal que presta sus servicios en el hogar familiar, en los términos reiterados en el Contingente 2004 y el evidenciado "programa específico de intermediación". Además, no puede ocultarse el objetivo de canalizar, por esta vía, las posibilidades que los Cupos Autonómicos *ex* artículo 70 del RELOEx abrió a las CC.AA., por tanto a sus Servicios Públicos Autonómicos, de iniciar una política de gestión del fenómeno inmigratorio por razones de empleo, complementaria a la organizada por la Administración General del Estado mediante el Contingente Nacional.

El actual Contingente no ha recogido esta posibilidad, lo que ya viene a confirmar la escasa voluntad del Gobierno de llevarlo adelante. No obstante, sí conviene precisar que la eficacia del mismo, y por tanto su capacidad para reducir la inmigración ilegal y la economía irregular, dependerá de la seriedad con que sea afrontada la política de inserción de los inmigrantes, a los que hoy cabe considerar como colectivos prioritarios de la misma en virtud del artículo 26 Ley de Empleo.

III. EL CRECIENTE PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL "DERECHO SOCIAL DE LA INMIGRACIÓN"

A) El "reajuste" entre fuentes como objetivo de política legislativa en materia de inmigración

En lo que podríamos llamar una óptica de ajustes entre "fuentes" jurídicas de la política inmigratoria, con objeto de dar coherencia y seguridad jurídicas al emergente "ordenamiento de la inmigración y extranjería", aparecería un objetivo que está en la concepción originaria de la Ley, e incluso la explica –aunque no necesariamente la justifica– en gran medida. Me refiero, como es obvio, a la necesidad de resolver el problema generado por la anulación de múltiples preceptos del Reglamento de Desarrollo (RELOEx), a cargo de la conocida STS 23-3-2003. En vez de

(10) El texto de la Comunicación de la Comisión, de 22 de noviembre de 2000, sobre una política comunitaria de inmigración está publicado en los documentos COM (2000) 757 final. De interés también el presupuesto integrador que parece animar la Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo, de 3 de junio de 2003.

(11) Véase en este sentido, T. CAPONIO/C. FINOTELLI: "La inmigración en Italia entre el Derecho de asilo y la obligación de trabajar", *Migraciones*, n.º 14, diciembre de 2003, p. 79.

proceder a una reflexión detenida sobre su sentido y alcance, especialmente en los eventuales efectos correctores de ciertas opciones gubernamentales muy discutibles –nulas– en derecho, el Gobierno se precipitó en anunciar una reforma que incluyera, como norma de rango de Ley, los preceptos declarados nulos por el TS, enfatizando la dimensión puramente formal de la misma. El resultado, por tanto, no ha sido sino el de buscar la *neutralización de una doctrina judicial* que, junto a otras en relación a la dudosa legalidad del Contingente de 2002, *había dado un vuelco de relieve* al modelo practicado –que no formalizado– a partir de la LOEx.

Como veremos de inmediato, y aunque no se exprese de esta manera –en realidad se silencia–, también encontramos reformas de ajuste entre Ley y Jurisprudencia, esta vez con un sentido mucho más positivo y favorable a la encomiable labor del TS en este punto. Así, la reforma del artículo 36.3 *in fine,* que integra los derechos de prestación de Seguridad Social –y de protección social en general– entre los que corresponde al trabajador extranjero, aunque carezca de autorización para trabajar, no es sino la recepción, con efectos generales, de la doctrina apuntada, si bien en relación a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, por la reciente ST, Sala 4.ª, de 9-6-2003.

A nuestro juicio, el juego combinado del precepto legal y la sentencia desautoriza definitivamente –es criticable que el TS ha desaprovechado la ocasión para ofrecer la necesaria argumentación– cualquier intento hermenéutico por mantener la tradicional, y siempre poco clara, tesis de la nulidad del contrato del inmigrante no autorizado[12].

Sin embargo, no ha tenido a bien el Legislador recoger en el texto de la norma las doctrinas judiciales sentadas, en diferentes cuestiones, tanto por el TJUE cuanto por el TCo., lo que es irrelevante en la práctica por la fuerza normativa de estas decisiones y directa operatividad, pero resulta injustificable técnicamente. En el primer caso, nos referimos a la importante STJCE, Sala 5.ª, de 8 de mayo de 2003, SENTENCIA KOLPAK, ASUNTO C-438/00, que arrumba las disposiciones de los Estados miembros que introducen un segundo cupo para el mercado del deporte profesional, estableciendo licencias federativas "de extranjero" a quienes se benefician del régimen favorable de los Acuerdos de Asociación y/o Cooperación con la UE. En segundo, la STCo. 95/2003, 22-5, declarando inconstitucional la análoga previsión de la LO 1/1996, extiende el derecho a la justicia gratuita a cualquier persona, tenga o no la situación de irregular, y a cualquier proceso, por tanto también al laboral. Frente a esta doctrina la norma vigente continúa restringiendo el reconocimiento de este derecho, lo que sin duda tiene efectos en el ámbito de los procesos laborales que, como podemos comprobar diariamente, son cada vez más "visitados" por los trabajadores inmigrantes, en particular en situación irregular.

Desde luego, tampoco ha merecido atención expresa otras interesantes y fundadas doctrinas judiciales –ej. STSJ Cantabria 21-2-2003–, como las que dudan de la legalidad de, o corrigen en sede interpretativa, las regulaciones de los Contingentes por el Consejo de Gobierno, en especial

(12) Compartimos la crítica por desidia argumental pero no la tesis de fondo: ni ayer, pero desde luego no hoy, es aceptable jurídicamente la nulidad del contrato de trabajo del inmigrante no autorizado. En la misma línea la STSJ Cataluña 14-5-2002.

de 2002. Aunque la regulación del Contingente 2004 ha corregido en gran medida esta deriva, volviendo por la senda legal de la pluralidad de procedimientos de acceso a la autorización para trabajar, al tiempo que avanza una práctica de simplificación y flexibilización en la gestión que ahora es objeto de recepción legislativa con esta reforma, hubiera sido deseable alguna atención legal.

Asimismo, también ha quedado fuera de la regulación legislativa la importante doctrina judicial afirmada en estos dos años en orden al reconocimiento, como medida cautelar positiva, de la aprobación provisional de la autorización para trabajar.

B) Las consecuencias del contrato de trabajo del inmigrante sin autorización previa de la Administración

Junto a estas reformas, no cabe duda que un cambio especialmente importante, dada la situación de anomalía que concurre en el actual panorama del mercado de trabajo español, es el que supone ampliar los derechos de los trabajadores que presten servicios aunque carezcan de la correspondiente autorización. Hoy encontramos una importante presencia de trabajadores indocumentados en la economía sumergida de los países del Sur de Europa –es un rasgo migratorio que comparten estos países, siendo especialmente acuciante en Grecia–, con tasas superiores a los países de la Europa del Norte. De ahí que el peso de la población trabajadora extranjera se subestima y podría llegar a duplicar el porcentaje de la legal (lo que para España representaría en torno al 6% de la población activa o que participa en el mercado de trabajo, pues la legal gira en torno al 4%).

No cabe duda que el tema de los trabajadores inmigrantes indocumentados es uno de los que más atención suscita, hasta el punto de centrar los debates, lo que no deja de producir ciertas disfunciones. En todo caso, el legislador ha acogido de forma favorable, para este punto nodal desde luego, la orientación judicial y jurisprudencial decidida a extender, se parta –STS 9-6-2003– o no del carácter nulo del contrato de trabajo –la tesis correcta es la primera, de modo que ***no puede defenderse ya en modo alguno la nulidad del contrato***–, a estos trabajadores todos y cada uno de los derechos derivados del contrato de trabajo, incluidos los derechos de Seguridad Social. Como tiene un alcance general no puede haber prestación que quede al margen, por supuesto incluido el derecho a la prestación por desempleo, con lo que se desacredita una posición doctrinal mayoritaria en contra de este reconocimiento. Téngase en cuenta que el reconocimiento de prestaciones de este tipo impide su expulsión [artículo 57.5 letra d) de la LOEx].

Ahora bien, y es un tema que aquí sólo podemos dejar apuntado, no se resuelven todas las cuestiones pendientes. El reconocimiento del derecho a las prestaciones del sistema de Seguridad Social –las de acción social ya las tenía reconocidas en virtud del artículo 14.3 de la LOEx, al menos las básicas– se hace acompañar, al menos en principio, por una contrapartida: también serán exigibles, entra las responsabilidades a que dé lugar este incumplimiento de las normas reguladoras de la autorización inicial para trabajar por el empresario, las propias de Seguridad Social.

Ahora bien, ¿supone esta previsión corregir la práctica administrativa hasta ahora formalmente contraria, si bien iba por territorios o zonas, a proceder a la afiliación de los inmigrantes en situación irregular?

En este sentido, la exigencia de autorización para proceder a la afiliación en la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes aparece en la regulación vigente (artículo 42 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, RD 84/1996, 261). Y se mantiene en la regulación expuesta del Contingente 2004. Línea reglamentaria que ha sido seguida en la práctica por la Circular 5-04, 13-2-2001, que en su Instrucción 1, resalta la necesidad de desestimar la solicitud de afiliación y alta inicial si no se les ha concedido previamente el respectivo permiso de trabajo, sin que baste la mera solicitud. Se salía, así, al paso de una práctica difundida según la cual los empresarios procedían a dar de alta a los trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo como trámite "legalizador" de su situación y, elusivo, de sus eventuales responsabilidades.

La doctrina de suplicación ya estimó que no era posible la afiliación en estos casos –STSJ Murcia 4-10-1999–. En cambio, la Sala 3.ª, parece entender que, a tenor del artículo 70 de la LGSS, la obligación de cotizar nacerá con el comienzo de la prestación del trabajo –SsTS 28-5-1991, *Ar.* 4215; 2-12-1998, *Ar.* 10268–. Si es claro que con la nueva redacción legislativa las responsabilidades empresariales no se pueden salvar, siéndoles exigibles en todo caso, no está tan claro que al mismo tiempo no se le pueda practicar un Acta de Liquidación por las cantidades dejadas de ingresar, partiendo de la obligación de cotizar, con todos sus efectos. En principio, y sin perjuicio de un análisis más detenido, entendemos que la tesis más correcta es la favorable a la vinculación de la obligación de cotizar al momento en que sean identificables las notas definidoras de una prestación de servicios, sin perjuicio del carácter estrictamente legal o *ex lege* de esta obligación jurídico-pública.

Finalmente, con respecto a los derechos de los trabajadores inmigrantes en situación irregular es oportuno recordar dos aspectos. En primer lugar, en cuanto que el legislador no ha querido modificar nada en relación a esta parte "dogmática" del estatuto jurídico-laboral, se mantiene la exclusión del ejercicio –no así de su titularidad– de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga (artículo 11 de la LOEx). De este modo, el legislador desoye la doctrina recientemente emitida por el Comité de Libertad Sindical que, en respuesta a la queja presentada por UGT, ha entendido contraria al Derecho Sindical Internacional esta exclusión. Quizás se esté anunciando de esta manera la solución que, confiemos que a no tardar demasiado –si la referencia es la LO 1/1996, entonces la esperanza es vana–, de en su momento el TCo. La autoridad de esta "jurisprudencia" o doctrina ha sido muy tenida en cuenta siempre por el Tribunal, aunque hay que reconocer que la fundamentación de la resolución es bastante parca y deja que desear.

En segundo lugar, y aún menos justificable todavía, hay que recordar que la STCo. 95/2003, 22-5, extiende el derecho a la justicia gratuita a cualquier persona, tenga o no la situación de irregular, y a cualquier proceso. Por tanto también hemos de entender incluido el beneficio para estos trabajadores en el ámbito de los procesos laborales. Aunque frente a esta doctrina constitucional la norma vigente –artículo 22– continúa restringiendo el reconocimiento de este derecho, carece de validez.

Finalmente, es oportuno poner de relieve que, entre las nuevas responsabilidades imputables al empresario que desconozca las reglas en materia de gestión del acceso al trabajo, está la reforma del artículo 15.3 de la LDC, 3/1991, 10-1. A su tenor, y en la línea de evitar un cierto "*dumping* social", ha de considerarse desleal, "en el marco de lo dispuesto en el artículo 2" de la LDC, "la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería".

IV. REFLEXIÓN FINAL

Como cualquier otra norma que pertenece, a grandes rasgos, al "Derecho Social", y el abigarrado, incierto y subterráneo conjunto normativo que regula el fenómeno inmigratorio lo es, la reforma ha evidenciado aspectos claramente ambivalentes. En todo caso, el origen viciado de esta LO, que nació conferida para seguir imponiendo unas opciones de política jurídica en materia inmigratoria que, con buenos argumentos, el Tribunal Supremo había cuestionado y corregido, no puede hacer olvidar que, al final, ha sido fruto de un Pacto Político –no Social–, con vistas a introducir algunos aspectos que mejoren la situación de los extranjeros y que faciliten, aun en el marco sacrosanto de las necesidades del mercado de trabajo, su integración social.

Pese a todo, mayores y más profundos cambios han de impulsarse desde el legislador y, sobre todo, desde las políticas públicas. No cabe duda que, hoy más que ayer, la noción que prima es la de cooperar en el control de los flujos, lo que se traduce básicamente en la selección de los trabajadores y colaboración para el retorno, así como en la readmisión de los inmigrantes en situación ilegal. Sin embargo, parece ya incuestionable que el impacto de la "mano de obra extranjera" en los países más tardíamente incorporados al flujo inmigratorio, como son los países del Sur, y especialmente España, está resultando extremadamente beneficioso: para mejorar la productividad (impulsan un movimiento de los trabajadores nativos hacia trabajos más cualificados); fomentar la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, también en puestos de mayor calidad; mejorar la rentabilidad empresarial al permitir una actividad productiva con menores costes; los amplios recursos educativos que suelen tener en un alto porcentaje facilita la adaptación a las variaciones de los ciclos económicos.

Por su parte, se constata cómo una inadecuada regulación de los flujos inmigratorios plantea importantes disfuncionalidades, por supuesto desde el punto de vista personal y social, pero también económico. Así, las altas tasas de irregularidad puede contribuir al retraso de la puesta al día de ciertas actividades en sectores como la agricultura o la construcción, aunque ciertas experiencias parezcan acreditar todo lo contrario –ej. agricultura murciana y almeriense basada sobre "globalizadas" y tecnologizadas "Fábricas Vegetales"–. La irregularidad reduce la cotización de las empresas a la Seguridad Social. Asimismo, multiplica los riesgos de accidentalidad laboral, ya elevada en nuestro país, y oculta un mayor porcentaje de discriminaciones, por razón de la nacionalidad, incluso de la etnia o cultura, así como el sexo, con lo que la importante legislación antidiscriminatoria (artículo 17 y artículo 28 de la LET; artículo 23 LOEx), recientemente renovada –Ley 62/2003–, se ve en entredicho en este creciente colectivo.

III

En definitiva, la irregularidad retrasa la integración y, por tanto, la aportación demográfica y cultural, al tiempo que debido a la idea predominante en las políticas de inmigración, la adaptación de los flujos a las necesidades cíclicas de mano de obra, se produce una falta de canales adecuados para la inmigración del grupo familiar –prima la idea del retorno sobre el asentamiento–. En la misma dirección, conviene enfatizar cómo los trabajadores extranjeros no constituyen tampoco una población homogénea, pues ofrecen un perfil laboral muy diverso (diferentes características profesionales y culturales), lo que obliga también a impulsar un enfoque preventivo y personalizado, en línea con lo perseguido por la Ley de Empleo. La búsqueda del principio de igualdad de oportunidades, también para ellos en cuanto colectivo prioritario, debería introducir una mayor estabilidad reguladora en un ámbito que sigue todavía demasiado dependiente de las demandas coyunturales y cíclicas de los mercados, desde luego en los trabajadores de temporada (temporeros), poco cualificados y destinados a los trabajos agrícolas, pero también a trabajadores temporales dedicados a tareas caracterizadas por uso significativo de nuevas tecnologías y cualificadas. A eso hay que añadir el incremento de la movilidad de otro tipo de personal –estudiantes, investigadores–.

El objetivo de la integración, además de escasamente presente en el diseño normativo y en las aplicaciones prácticas, estaría ampliamente desenfocado: en el tiempo y en el espacio. En lo primero porque se centra más en quienes van a quedarse, y menos en los que vienen temporalmente, si bien estos necesitan igualmente estas acciones, sin que pobres reformas como las contempladas en los artículos 41 y 42 puedan servir para paliar mínimamente este desfase. En el segundo, porque existe todavía una excesiva centralización, cuando hoy se acepta que el principio de proximidad de la acción es un eje cardinal, de ahí la necesidad de descentralización, no ya autonómica sino local , e incluso, su socialización" –partenariado social–.

En consecuencia, hay que reducir los indicadores de divergencia y fomentar los de convergencia para una adecuada política de integración tanto en el mercado de trabajo como en la vida social, lo que no sólo precisa de la mayor equiparación de derechos[13], pero esta condición es necesaria o indispensable. En consecuencia, la línea dominante en la política inmigratoria de la UE debería ser "tender la mano" a la inmigración permanente, mediante la ordenación convencional positiva de los flujos –no para el retorno sino para la continuidad– y las políticas de integración. El problema es la dimensión extremadamente coyuntural y de políticas de "corto plazo" –dominio de la coyuntura económica–, con efectos "perversos". La inestabilidad extrema de la regulación legislativa, la incertidumbre sobre su validez, la deficiente técnica que acumula, al elevar a rango legal cuantas disposiciones de nivel inferior, a veces ínfimo –circulares, instrucciones– y "malas prácticas" de gestión administrativa son sacudidas o corregidas por los Tribunales, siguen siendo demasiados vicios para un ordenamiento que pugna, y no puede ser de otra manera, por entrar dentro de la "normalidad" del ordenamiento jurídico constitucional y, ahora ya, cada vez más, comunitario.

(13) Cfr. Conclusiones de A. IZQUIERDO, op. cit. pássim.

Precisamente, desde esta perspectiva, los Tribunales volverán a dictar su palabra de Ley y de Derecho, de modo que las fuentes extralegislativas consigan adquirir el peso racionalizador que, por vocación y función, tienen reconocido normativa, institucional, social y culturalmente. Cuando desde una perspectiva de predominio de la eficacia administrativa en la gestión –control de orden público y policial– del hecho social inmigración vuelva el Legislador a proponerse el dictar sus 3 palabras rectificadoras que quieran hacer papel basura aquellas decisiones, otros "Poderes" tendrán que recordarle que, en un Estado Social de Derecho, todo legislador, incluso el de extranjería e inmigración, está sometido no sólo a la Ley sino al Derecho.

Afortunadamente, la realización de éste hace tiempo ya que se sabe no le corresponde exclusivamente al Legislador. Lo que sí le corresponde, y ya con carácter urgente, es elaborar un texto legal consolidado que permita clarificar la situación, en la medida en que son ya 4 las Leyes que hay que manejar para intentar poner un poco de orden en este *maremagnum* regulador, donde ni el propio Legislador sabe conducirse, como evidencia algunos de los problemas de descoordinación normativa aquí señalados. Una vez producido el cambio de Gobierno, e incluso formalizado el cambio de orientación desde la "gubernamentalización" del régimen del fenómeno inmigratorio hacia su "laboralización", parece que las condiciones son las más adecuadas para asistir a esa nueva reforma, no sólo de racionalización técnica sino también de revisión de ciertas decisiones de fondo.

Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 17 de octubre de 2003.
Recurso de Casación: 2617/1999.
Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.
Voz: Inadmisión a trámite de solicitud de concesión del derecho de asilo. Ciudadana de Guinea Ecuatorial. La resolución de la solicitud no corresponde a España, según el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, sino a Francia.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de doña C. contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se desestimó el recurso en cuya virtud se inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España.

"Se basa la sentencia en que según la doctrina legal (...), basta una motivación parca o sucinta que permita colegir el sentido o lógica de la decisión adoptada; y que, además, consta que en Francia, en fecha 30 de abril de 1996, y en virtud de lo establecido en el artículo 30.1.a) de la Convención para aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 y al haber obtenido la promovente un visado francés, aceptó la responsabilidad del examen de la petición de asilo formulada.

Parte el Tribunal juzgador de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, conforme a la cual es necesario tener en cuenta que a tenor del artículo 2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, «el derecho de asilo reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución, es la protección prestada a los extranjeros y quienes no se reconozca su condición de refugiados y consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en la adopción de medidas que contempla este artículo».

Invoca también el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que determina que el examen y la apreciación de las circunstancias que lo determinan no se realice con criterio restrictivo, bastando alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva, concluye la sentencia, se desprende de la propia Ley, en su artículo 8, al utilizar la expresión «indicios suficientes»; y en este tipo de procesos, dice la sentencia invocando la doctrina de este Alto Tribunal, no es factible la exigencia de una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, situación que generalmente impide, a su juicio, la obtención de elementos de prueba que acrediten la situación de perseguido, por lo que habrá que buscar una prueba indiciaria que *prima facie* acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por pertenencia a grupo político social determinado u otras, sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurran. (...).

La representación procesal de doña C., natural de Guinea Ecuatorial, aduce como *error in iudicando* un único motivo casacional que se sustenta en la infracción del artículo 29.4 del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, contra la sentencia dictada por la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional, de nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, que declaró conforme a Derecho la resolución adoptada

por el Ministerio de Justicia e Interior de veintitrés de enero de mil novecientos noventa y seis que inadmitió a trámite la solicitud presentada para la concesión del derecho de asilo en España por concurrir la circunstancia contemplada en la letra e) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por entender que el examen y resolución de la petición formulada correspondía a Francia por haber expedido y concedido a la promoviente un visado francés.

Al remitirse el apartado tercero del artículo 29 del mencionado Convenio al artículo 30 que determina cuál será la parte contratante responsable del examen de una solicitud, resulta del apartado a) del citado precepto que si una parte hubiera expedido —como acontece en el caso que enjuiciamos— al solicitante de asilo un visado del tipo que fuere, o un permiso de residencia, dicha parte será responsable de la solicitud y si el visado se hubiera expedido con autorización de otra parte contratante, será responsable la parte contratante que haya dado la autorización.

La letra y espíritu de este precepto no admite otras interpretaciones: *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus.*

Por otra parte, hemos de señalar que no se conculcó por la sentencia recurrida lo ordenado en el artículo 29.4 del citado Convenio, en cuanto que la resolución administrativa impugnada en la instancia específicamente señaló que «si Francia no aceptase el examen de su petición de asilo, quedaría sin efecto la presente resolución de inadmisión de la solicitud, entendiéndose la misma admitida a trámite y continuándose la tramitación por el procedimiento ordinario».”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª
Fecha: 10 de noviembre de 2003.
Recurso de Casación: 3677/1999.
Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.
Voz: Inadmisión a trámite de concesión de derecho de asilo a ciudadana liberiana. Derecho a asistencia letrada.
Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don L.J., contra la sentencia de la Audiencia Nacional, a fin de dar cumplimiento al derecho de asistencia letrada de la solicitante del asilo.

“(...) según el artículo 520.2, apartado c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un derecho de cualquier persona detenida o presa, y que desarrolla el artículo 45, en sus apartados 2 y 3 del Real Decreto 658/2001, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, y la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales. Derecho que si no es utilizado por el detenido o preso, se procederá a su designación de oficio; ahora bien, esta intervención letrada que *ex lege* es preceptiva y obligatoria, incluso contra la voluntad del denunciado o preso, en las actuaciones policiales y judiciales, pues, como nos recuerda el Tribunal Constitucional un imputado, o simplemente el mero sospechoso, es también titular del derecho constitucional a la defensa y debe ser advertido de sus derechos y en particular de la posibilidad de hacerse asistir de letrado, antes de que se le tome declaración, 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.

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* y, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.c) de la vigente Ley Jurisdiccional, debemos anular y anulamos la sentencia recurrida, así como la resolución administrativa a que se refiere, que inadmitió a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España, retrotrayendo las actuaciones administrativas practicadas a fin de que se dé cumplimiento al derecho de asistencia letrada."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª
Fecha: 29 de diciembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 0113/2003.
Ponente: D. José Guerrero Zaplana.
Voz: Inadmisión a trámite de concesión de derecho de asilo.
Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto en representación de don I., contra la resolución que inadmite a trámite la concesión del derecho de asilo.

"El recurrente en su escrito de demanda, tras solicitar la concesión del asilo, solicita que se le reconozca el derecho a la residencia por motivos humanitarios que señala el artículo 17.2 de la Ley 5/1984.

El expresado precepto, tras haber establecido en el apartado anterior que 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, añade «No obstante, lo dispuesto en el n.º 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 n.º 1 del artículo tercero de esta Ley».

Nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurren los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a quedarse en España, confiriendo de este modo a la Administración la posibilidad de valorar la situación concreta del solicitante de asilo, con un margen de discrecionalidad para resolver.

Expuesta la anterior doctrina vamos a analizar la situación de autos. Pues bien, en la resolución impugnada no se hace mención alguna a la existencia o no de las razones humanitarias y ello pues, no se olvide que el recurrente tampoco mantuvo tal pretensión a lo largo del expediente administrativo en el que nada consta sobre estas circunstancias.

Tampoco en lo que se refiere a la concurrencia de circunstancias excepcionales se ha formulado por el recurrente alegación alguna por lo que carece por completo de fundamentación la excepcionalidad que habría de justificar la adopción de la medida."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 16 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 331/2000.
Ponente: D. Francisco González Navarro.
Voz: Inadmisión a trámite de concesión de derecho de asilo. Nacional argelino.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por el señor B., nacional de Argelia, contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre derecho de asilo.

"Vamos a dar respuesta conjunta a los cuatro motivos del recurso, para lo cual debemos empezar advirtiendo que, contra lo que parece querer decir el recurrente en el primero de esos motivos, no es cierto que el informe del Ministerio de Asuntos Exteriores corrobore la razón que asiste al recurrente para obtener el asilo que solicita. Porque una cosa es que en Argelia haya uno o varios grupos terroristas y otra cosa que ese terrorismo se esté ejerciendo desde el Gobierno o esté amparado por él, cosa que el citado informe deja perfectamente claro que no ocurre.

Y porque esto es así, y porque esto es precisamente el parecer de la sentencia impugnada debemos transcribir lo que se dice en los Fundamentos 5.º al 9.º de la misma: «Quinto.—Que en el presente caso la parte actora basa sus pretensiones en que vive bajo la amenaza de grupos terroristas, debiendo significarse que es frecuente invocar para la solicitud de asilo y refugio la persecución por agentes no estatales —grupos guerrilleros o terroristas— lo cual suele ser informado por el ACNUR, cuando así se interesa como prueba, en el sentido de que esa circunstancia sólo es equiparable a la persecución que hace al interesado acreedor de la condición hoy día ya de la condición de refugiado si tal persecución fuese tolerada por las autoridades del país de origen o éstas se negaran a proporcionar una protección eficaz o fueran incapaces de hacerlo, entendiéndose que el término 'persecución' abarca cualquier violación de los derechos humanos. Sexto.—Que por su parte el Consejo de Estado tiene declarado que 'cuando un Gobierno mantenga la represión organizada y sistemática de los respectivos grupos terroristas, las amenazas o persecuciones perpetradas por éstos no pueden fundar la protección del asilo político, aunque se produzcan atentados inevitables' (Dictamen 1411/1991, de 28 de noviembre de 1991), siendo de destacar que en el caso al que alude este Dictamen (Perú) el ACNUR aconsejó el asilo por razones humanitarias; indicar que este criterio contrario a reconocer la condición de refugiado en esas circunstancias es reiterado por la Audiencia Nacional también en el caso de peruanos (cf. Sentencias de 15 de marzo, 3 y 7 de junio y 19 de julio de 1996 entre otras muchas). Séptimo.—Que en relación a la situación de Argelia, como consecuencia de la acción de grupos terroristas, en otros recursos el Ministerio de Asuntos Exteriores ha informado a esta Sala que el GIA es una denominación para todos los grupos terroristas de signo integrista, todos ellos contrarios al diálogo con el régimen argelino. La captación que hace de sus seguidores se efectúa entre dos grupos de población, por una parte los sectores más fanatizados religiosamente y, en segundo lugar, grupos sociales pobres y a menudo inmersos en la delincuencia que han encontrado en el terrorismo su medio de vida. Octavo.—Que en dichos informes se apunta que el GIA practica una táctica de eliminación indiscriminada de opositores: población civil, personas 'occidentalizadas' o 'impías', militares, fuerzas de seguridad, extranjeros, etc. practicándose represalias frente a todos aquellos que no cooperan con dicho grupo. En general, el Ministerio informa que todo ciudadano argelino puede perfectamente ser víctima de la acción del terrorismo islámico. Noveno.—Que en cuanto a la cuestión crucial de la actitud del gobierno en la lucha contra el GIA, el Ministerio ha informado que el Gobierno goza del reconocimiento internacional y que trata de garantizar la seguridad de los ciudadanos y dedica sus mayores esfuerzos en esa lucha. No obstante se advierte que no puede garantizar la seguridad en todo el país pues debería para ello disponer de fuerzas militares y policiales en las zonas más recónditas; así existen zonas aisladas a las que se ha intentado proteger armando a la población civil».

Esta misma doctrina es la que viene aplicando también nuestra Sala en jurisprudencia reiterada. Y así, por ejemplo, tenemos dicho en la Sentencia de 7 de

noviembre de 2003 (casación 3797/1999), Argelia es uno de tanto países que sufren el azote del terrorismo, realidad de nuestro tiempo que ocupa y preocupa a los Gobiernos democráticos que tratan, incluso, de unir sus fuerzas para combatirlo. Situación que es muy distinta de la existente también en otros países donde es el mismo Gobierno el que organiza y dirige la persecución de la oposición, o de grupos y colectividades humanas determinadas."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 16 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 303/2000.
Ponente: D. Francisco González Navarro.
Voz: Inadmisión a trámite del reconocimiento del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Nacional de Argelia.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por el señor F., nacional de Argelia, contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre derecho de asilo.

"Tres motivos de casación alega la parte recurrente, todos ellos al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (debió decir 88.1.4.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, ya vigente en el momento que la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso).

Un defecto procesal que nuestra Sala no va a tomar en consideración porque el viejo y el nuevo precepto son coincidentes, pero que la letrada directora del pleito debe evitar cometer en futuras actuaciones.

El contenido de cada uno de esos motivos es el siguiente:

1.º Infracción del artículo 17 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que aprueba la Ley Reguladora del Derecho de Asilo, en relación con los artículos 62, letra e) o 63.1 de la Ley 30/1992, porque no conste haberse pedido el informe del ACNUR.

2.º Infracción del artículo 17.2 del citado Reglamento; silencio administrativo positivo, para el caso de haber transcurrido 60 días sin haber resuelto sobre el recurso contra la inadmisión a trámite.

3.º Infracción del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 (modificada en 1994) y del artículo 17 del Reglamento que le desarrolla, porque concurren las circunstancias de persecución política a la que fue sometido.

Es patente que la letrada ha manejado un «modelo» normalizado, válido a ciertos efectos, pero no a los de este recurso. Más: la letrada no ha visto el expediente o lo ha examinado tan a la ligera que no ha advertido que el informe del ACNUR, que —contra lo que ella dice— figura en el expediente, tiene dos partes: una relativa a dos solicitantes —respecto de los cuales recomienda la admisión— y otra relativa a otros ocho solicitantes, entre ellos señor F., respecto de los que estima que debe inadmitirse sus respectivas solicitudes.

Y la Sala de instancia hace constar también que esto es como decimos (fundamento 2.º).

Por lo demás, hay que añadir que nuestra Sala tiene dicho ya más de una vez, por ejemplo, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2003 (recurso de casación 3797/1999), que el caso de Argelia es el de uno de tanto países que sufren el azote del terrorismo, realidad de nuestro tiempo que ocupa y preocupa a los Gobiernos democráticos que tratan, incluso, de unir sus fuerzas para combatirlo. Bien distinta es la situación existente también en otros países donde es el mismo Gobierno el que organiza y dirige la persecución de la oposición, o de grupos y colectividades humanas determinadas.

Por todo ello, el único motivo invocado y, por lo mismo, el recurso de casación que nos ocupa, debemos desestimarlo y así lo declaramos."

Asilo

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 17 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 7958/1999.
Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.
Voz: Inadmisión a trámite de derecho de asilo. Petición de reexamen.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don J.P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto frente a la decisión del Ministerio del Interior que rechazó la petición de reexamen y ratificó la inadmisión a trámite de la petición de asilo.

"El recurso de casación se funda en un motivo único que esta Sala deduce, puesto que en el escrito de formalización nada se dice al respecto, se acoge al amparo de lo establecido en el apartado d) del n.º 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, invocando el artículo 4.5 del Real Decreto 511 de 1985, de desarrollo de la Ley 5 de 1984, que regula el derecho de asilo y refugio, y mantiene que en el recurrente concurrían las circunstancias que le hacían acreedor a que se admitiese a trámite su pretensión si bien no se formula de ese modo sino que lo que se pretende es «que se dicte otra Sentencia más ajustada a derecho» y que se desprende del escrito que lo sería aquella que conceda al recurrente el asilo porque concurren las condiciones precisas para ello.

El motivo debe rechazarse; las afirmaciones que contiene su relato carecen de la credibilidad necesaria a juicio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en España para el Refugiado al contrastarlas con la situación que conoce del país de origen, y desde el primer momento desaconseja la admisión a trámite de la solicitud. Así lo cree también la autoridad española, y nada permite pensar de otro modo puesto que ese relato no se acompaña de dato alguno o documento que otorgue una mínima credibilidad a la narración que ofrece.

(...).

Pues bien el solicitante del asilo al llegar al aeropuerto de Madrid prestó declaración ante la funcionaria instructora de la oficina de asilo ante la que expuso sus dificultades con las autoridades cubanas y la persecución de que era objeto por oponerse al régimen político de la República de Cuba. Cuenta que no puede entregar justificante documental alguno porque los que poseía los hubo de entregar en emigración, se supone que al intentar salir de Cuba donde cuenta que tuvo que sobornar a un funcionario entregándole 100 dólares para que no constasen sus antecedentes, pero, lo cierto, es que salió de La Habana por su aeropuerto con un pasaporte en vigor expedido fechas antes con un permiso de viaje exterior y que debía utilizar en un plazo de treinta días, y que llegó a España en tránsito para Moscú, solicitando en la escala de Barajas la concesión del asilo en España como refugiado. Cuando se recibió el pleito a prueba ninguna se pudo aportar porque el Abogado del recurrente afirmó, cosa, por otra parte verosímil, que le era imposible comunicarse con su cliente. En definitiva en estas circunstancias la denegación de la admisión a trámite del asilo confirmada por la Sala de instancia era conforme a Derecho y el motivo debe desestimarse."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 17 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 8429/1998.
Ponente: D. Juan José González Rivas.
Voz: Denegación de concesión de asilo.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don C., contra sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de concesión de asilo.

"En el caso examinado, teniendo en cuenta el estudio de las actuaciones, especialmente del expediente administrativo y las valoraciones efectuadas por la Sala de instancia, que no son revisables en sede casacional cuando se efectúa una valoración ple-

namente razonada y justificada, como se puede extraer del análisis efectuado en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, donde claramente se pone de relieve que no existe un riesgo de persecución por parte del recurrente de retorno a su país, no cabe hablar de que se haya producido el incumplimiento de los requisitos legales prevenidos en el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994.

Sobre este punto, el artículo 33.1 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 1967, son normas que establecen que en casos como éste no cabe exigir una prueba plena sobre las circunstancias que justifican la petición de asilo, bastando la prueba indiciaria que permita alcanzar una convicción racional sobre la realidad de tales circunstancias para acordar la declaración pretendida.

Las alegaciones del recurrente sobre el peligro en caso de vuelta a su país carecen del respaldo argumental que las justifique, pues en la petición dirigida al Ministerio del Interior únicamente se citaban circunstancias de índole socioeconómica y en la demanda se realizó una referencia genérica y sumamente sucinta a la «situación política, económica y social» en que se encuentra Senegal, debiéndose recordar, por lo demás, que como recuerda la Sentencia de esta Sala 3.ª de 1 de junio de 2000, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa citada por el recurrente en el sentido de que de la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta.

Frente a los criterios jurisprudenciales que invoca la parte actora, como dicen las Sentencias de esta Sala de 3 de octubre y 18 de diciembre de 1997, tales razones se encuentran conectadas a la propia finalidad del derecho de asilo, que pretende la protección de personas que sufren persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o pertenencia a grupos sociales perseguidos, pero no se extienden o proyectan sobre razones económicas. (...).

En la cuestión examinada, se llega a la conclusión de que no resultan acreditados ni siquiera indiciariamente los presupuestos legales para la concesión de la petición de asilo, pues si bien en un primer momento, el Tribunal Supremo (en Sentencia de 9 de mayo de 1988) defendió el criterio de que basta alegar un fundado temor a ser perseguido en el país de origen por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, cuando esta manifestación viene acompañada de hechos notorios que ocurren en dicho país, donde se producen unos acontecimientos políticos y sociales que rebasan unas mínimas condiciones de normalidad, para la concesión del derecho de asilo y lo mismo debe aplicarse a la condición de refugiado, dicho criterio fue superado por numerosas sentencias que establecen como doctrina, fundada en lo prevenido en el artículo 8 de la Ley 5/1984, que para la concesión del derecho de asilo (o el reconocimiento de la condición de refugiado) no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por cualquiera de las causas que permiten el otorgamiento del asilo (o refugio), bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en la citada Ley 5/1984.

Pero es necesario que, al menos, exista una prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo o refugio, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución. En este sentido, con uno u otro matiz, se pronuncian las Sentencias de esta Sala de 21 de mayo de 1991, 30 de marzo de 1993 (dos sentencias de la misma fecha), 23 de junio de 1993 y 13 de diciembre de 1999 (que reproduce la doctrina de las anteriores).

Así, llegamos a la conclusión que el temor fundado de persecución, en este caso, no resulta acreditado y la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia es coherente con lo actuado en el expediente administrativo y en el proceso jurisdiccional, al no haberse probado la concurrencia de las circunstancias alegadas por la parte recurrente. (...).

El segundo de los motivos de casación, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley 10/1992 invoca el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951, modificado por el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, al considerar como refugiado toda persona que debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, a causa de dichos temores, o no quiera acogerse a la protección de tal país o careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual no quiera regresar a él.

Se insiste, con arreglo a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, concretamente en la Sentencia de 1 de abril de 1995, que puedan existir temores fundados de regresar a su país para ser perseguido, al considerar que era estudiante, pertenecía a un partido político llamado PDS y existía una presión a la que está sometido el recurrente sin saber que va a ser detenido y cuándo iba a ocurrir su detención.

Estas circunstancias no concurren en la cuestión planteada, siendo determinante, al respecto, la apreciación efectuada por la sentencia recurrida en el fundamento jurídico tercero, en el que pone de manifiesto cómo en circunstancias similares, el Ministerio de Asuntos Exteriores ha informado que el Senegal constituye, dentro del círculo de influencia en la zona en que se encuentra, una situación democrática y esto se ha visto también desarrollado por esta Sala en Sentencias de 1 de junio de 2000, 20 de diciembre de 2000, que planteaban asuntos relativos a la concesión de asilo en relación con senegaleses y se ha puesto de manifiesto la concurrencia de circunstancias de índole socio-económica, derivadas de inmigración y no afectantes a una situación política, económica y social en que se encuentra Senegal."

EXENCIÓN DE VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª
Fecha: 14 de noviembre de 2003.
Recurso de Casación: 3689/1999.
Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.
Voz: Denegación de exención de visado. Tarjeta de residente de familiar comunitario. Falta de acreditación de un período previo de matrimonio.
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 del País Vasco que estimó el recurso interpuesto contra dos resoluciones que acordaron denegar la solicitud de exención de visado para la posterior tramitación de la expedición de la tarjeta de residente de familiar comunitario tomando como fundamento para denegar esta última el no acreditar un período previo de tres años de matrimonio a la fecha de la solicitud.

"El artículo 56 del Real Decreto 155 de 1996 que desarrolló la Ley Orgánica 7 de 1985, regula la solicitud, requisitos y documentación necesarios para obtener la exención de visado, y su n.º 9 señala 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». A su vez la Orden Ministerial de 11 de abril 1996 en su disposición segunda se refiere a los motivos o razones para la concesión de la exención de visado y dispone 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: g) Extranjeros que sean cónyuges de español o extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud».

Este es el supuesto en que se fundó la petición y sobre esta cuestión ya la Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones avalando la postura sostenida en la instancia.

Así en Sentencia de 21 de mayo de 2001 afirmamos que «en primer lugar, la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996, al requerir en su artículo 2.2.f) un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de solicitud de la exención de visado, se excede de lo previsto en el artículo 10.3.d) del Real Decreto 766 de 1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737 de 1995, y en el artículo 56.9 del Reglamento aprobado por Real Decreto 155 de 1996, por cuanto el primero alude a la dispensa de la presentación de visado de residencia por razones excepcionales y el segundo a la posibilidad de eximir excepcionalmente del visado de residencia por motivos de interés público, humanitario, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se presuma buena fe del solicitante».

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 como ya expresamos en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2001, y se opone a lo establecido en los artículos 67 y 68 del Código civil, que imponen a los cónyuges el deber de vivir juntos, respetándose y ayudándose mutuamente en interés de la familia, razón más que suficiente para que los jueces y tribunales no otorguen eficacia alguna a lo dispuesto en el artículo 2.2.f) de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, según lo establecido concordadamente por los artículos 9.3 de la Constitución, 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4 de 1999, de 13 de enero.

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."

(Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2003; Rec. de Casación 3024/1999.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 7 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1018/2004.
Ponente: D. César Tolosa Tribiño.
Voz: Denegación de exención de visado. Permiso de trabajo y residencia.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso promovido por doña R. y doña T., contra la denegación de exención de visado y permiso de trabajo y residencia, efectuada ante la Administración por las recurrentes.

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

El Reglamento contiene una regulación pormenorizada de los supuestos en que resulta posible conceder la exención de visado y del procedimiento a utilizar, regulación que sustituye a la contenida en la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996.

No se alega por el recurrente, ninguna de las causas de exención legalmente previstas, (...):."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª
Fecha: 23 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1415/2001.
Ponente: D. Agustín Hernández Hernández.
Voz: Solicitud de exención de visado para permiso de residencia inicial. Nacional de Colombia. Mera aportación de un escrito de aval.

Exención de visado

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de doña S., frente a las resoluciones desestimatorias de las solicitudes de exención de visado para permiso de residencia inicial.

"De lo actuado resulta acreditado que:

1.º) La recurrente presentó en fecha 24 de abril de 2001 solicitud de exención de visado para permiso de residencia inicial y permiso de residencia inicial sin indicación de concurrencia de causa alguna de exención de visado aduciendo que «resultándole desde todo punto de vista imposible la obtención del preceptivo visado al momento de realizar esta solicitud de permiso de residencia, y siendo su intención regularizar su situación legal».

2.º) A la solicitud acompañó pasaporte, certificado médico acreditativo de no padecer enfermedad; certificado de empadronamiento de fecha 5 de diciembre de 2000; y, escrito de don J.A. manifestando su condición de avalista respondiendo económicamente al que se acompaña declaración de renta.

3.º) No se acredita la concurrencia de circunstancia excepcional alguna para la exención de visado solicitada. (...).

La cuestión que debe resolverse en este procedimiento se reduce a comprobar si alguna de las razones esgrimidas por el actor puede incardinarse o asimilarse a alguno de los motivos legales que excepcionalmente autorizan a la Administración a dispensar del visado; y ello teniendo en cuenta —al propio tiempo— la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo pues como señala la Sentencia de 21 de diciembre de 1998 «del visado de residencia solo podrá dispensarse de su presentación cuando, como establece el artículo 22.3 del Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 1119/1986, concurran razones excepcionales, en cuyo caso, como hemos declarado, entre otras, en nuestras Sentencias de 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 21 de mayo de 1994, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1995, 24 de abril de 1998, y 21 de diciembre de 1998, no se está ante una potestad discrecional de la Administración sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir tales razones excepcionales, ya que la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la única solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la decisión correcta a la vista de los hechos acreditados». Así, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998 «hemos venido considerando el arraigo en territorio español, la reagrupación y la integración familiar, y el disfrute de permiso de trabajo como auténticas razones excepcionales justificativas de la dispensa de visado».

Del mismo modo es criterio fijado por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de mayo y 6 de junio de 2000) que para estimar concurrente el concepto jurídico indeterminado «razones excepcionales», no bastan motivos ordinarios, sino que se exige imperativamente lo fuera de común, esto es que revistan los caracteres de la excepcionalidad exigida. Esta excepcionalidad debe ser acreditada, al menos con carácter indiciario, por el solicitante de la exención.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos procede la íntegra desestimación del motivo interpuesto toda vez que la recurrente en su solicitud de exención de visado y permiso de residencia inicial no sólo no acreditó ni intentó acreditar la concurrencia de causa legal de exención de visado sino que tampoco la citó o alegó limitándose a señalar que le había resultado imposible su obtención sin mayor fundamentación, lo cual constituye una afirmación apodíctica ayuna de toda prueba e inane al fin pretendido de obtener la exención de visado solicitada.

Es por ello que debe reiterarse que el actor no sólo no acredita las concurrencia de las circunstancias

excepcionales para la exención de visado sino que ni tan siquiera invoca en su solicitud a la Administración concurran circunstancias excepcionales que justifiquen la exención de visado.

No procediendo la estimación del recurso en cuanto a la denegación de la exención de visado para la concesión de permiso de residencia es claro procede rechazar, igualmente, el recurso en cuanto a la concesión instada del permiso de residencia, toda vez que es requisito esencial para la concesión de éste último hallarse en posesión del pertinente visado por mor de lo dispuesto en el artículo 56.2.b) del RD 155/96, de 2 de febrero, vigente al dictado de la resolución recurrida.

Aun cuando la no aportación de visado y la no concurrencia de causa de exención es motivo suficiente para la denegación del permiso de residencia y consiguiente desestimación del recurso jurisdiccional interpuesto es preciso para dar cumplida respuesta a las alegaciones de la actora señalar que no puede estimarse acreditada la tenencia de medios de vida propios o de estar en condición de obtenerlos por la mera aportación de un escrito de un particular asumiendo una condición de avalista que carece de eficacia jurídica en cuanto no es jurídicamente vinculante a estos efectos por ser revocable en cualquier momento.

Finalmente, es de señalar que procede la desestimación del recurso en cuanto como se constata de lo anteriormente expuesto la actora no invocó ninguna causa excecpional de exención de la obligación de obtención de visado al formular su solicitud inicial, por lo cual la resolución administrativa impugnada resulta válida conforme a las actuaciones obrantes en el expediente administrativo, sin que la invocación de causas en este procedimiento jurisdiccional; como es ser la recurrente colombiana y la situación de conflicto que se vive en dicho país; determine la invalidez de la resolución recurrida toda vez que esta se ajustó a las pruebas y datos obrantes en el expediente administrativo y, la actora no acredita en cuanto no practica prueba alguna que provenga de una zona determinada de Colombia en la que exista conflicto bélico alguno, ni acredita afectación personal o familiar alguna por razón de dicho conflicto."

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 20 de junio de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 828/02.
Ponente: D. César Tolosa Tribiño.
Voz: Expulsión. Principio de proporcionalidad.
Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución del Delegado del Gobierno en Cantabria por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional.

"La motivación esencial en la que se funda el presente recurso es la violación del principio de proporcionalidad que debe imperar en toda resolución sancionadora, considerando la parte que, dados los términos de la conducta infractora, lo adecuado hubiera resultado la imposición de una sanción pecuniaria y no la expulsión del territorio nacional.

(...)

La proporcionalidad es un principio que despliega sus efectos en el momento de la aplicación concreta de la norma sancionadora, siendo un principio que debe imperar tanto la imposición de sanciones por parte de la Administración, como el criterio de los Tribunales en vía de revisión jurisdiccional (...).

La fórmula de control judicial de la proporcionalidad en la imposición de sanciones, viene dada por una especial exigencia del requisito de la motivación, de forma tal que resulta exigible a la Administración que exteriorice los motivos por los que se ha optado por adoptar una de las soluciones de entre las varias posibles, en este caso, debe la Administración motivar porque ha decidido optar por la medida de expulsión en lugar de la sanción pecuniaria, motivación totalmente ausente en el presente caso, por lo que consecuentemente procede la declaración de nulidad de la resolución impugnada y la estimación del recurso."

(Véanse en este sentido las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, todas de 2003, de 25 de abril, 30 de mayo, dos de 5 de septiembre, de 19 de septiembre, 10 de octubre y 17 de octubre; Rec. Contencioso-Administrativo 771/02, 739/02, 849/02 y 807/02, 1099/02, 231/03 y 89/03, respectivamente.)

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza.
Fecha: 17 de diciembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 341/2003.
Voz: Expulsión. Situación de arraigo.
Resumen: El Juzgado desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución que acordó su expulsión.

"Como primera cuestión, debe dejarse claro que los pronunciamientos que se hagan en sentencia deben de ser respecto del caso concreto objeto del recurso, no sobre criterios generales que la parte dice que se siguen por la Administración. En cuanto al caso concreto, se viene a decir que la sanción prevista en el artículo 55 para la estancia irregular en España es la multa (...) y que la expulsión es una posibilidad que el artículo 57 establece y que no necesariamente tiene que darse lugar a la misma. Dicho precepto no establece ningún elemento delimitador o restrictivo de tal posibilidad, por lo que, en principio, siempre podría hacerse uso de tal facultad, a menos que se acredite una desviación de poder, discriminación, etc. Por otro lado, parece que la sanción más adecuada en el caso de la estancia irregular en España, que es el que nos interesa, es la de expulsión, ya que la reacción más lógica, normal y proporcionada de un Estado ante la violación de sus normas sobre restricción y control de entradas es restaurar la situación jurídica infringida, y eso implica expulsar a quien ha entrado o ha permanecido en España de forma indebida, so pena de que tales infracciones, como ocurrió con la redacción inicial de la LO 4/2000,«compensen», en la medida en que el objetivo primordial, la permanencia en España, se habrá conseguido. Tal situación se agrava con el hecho de que la alternativa es una multa, cuya imposición en la mayoría de los casos de entrada o permanencia irregular es irreal y da lugar a la impunidad de tales conductas, ya que normalmente quien entra o permanece de forma irregular carece de ingresos económicos regulares o fijos, e incluso de domicilio fijo, o bien de llegar a tenerlos son muy escasos y por ello inembargables, con lo cual el cobro de la multa es simplemente una utopía para la Administración. Ejemplo de lo dicho, (...) es el del recurrente que tiene asistencia jurídica gratuita por falta de medios económicos, con lo cual si no se hubiera acordado la expulsión cabe preguntarse cómo se le habría podido aplicar de forma efectiva la sanción económica."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª
Fecha: 23 de diciembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 3860/2001.
Ponente: Dña. María Jesús Vegas Torres.
Voz: Expulsión. Principio de proporcionalidad.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de don V., contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se decretó la expulsión del territorio nacional del recurrente, con

la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de diez años.

"Como antecedentes necesarios de dicha resolución deben resaltarse los siguientes:

A) Con fecha 27 de mayo de 2001, el aquí recurrente fue detenido en la calle San Bernardo por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de Madrid por un presunto delito de robo con fuerza y carecer de documentación que habilite su permanencia en nuestro país.

B) Se procedió a incoar expediente de expulsión contra el aquí recurrente, considerándose como causa la prevista como infracción grave en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

C) Con fecha 13 de septiembre de 2001 se dictó la resolución aquí impugnada, en la que se decretaba la expulsión del territorio nacional del recurrente al considerarle incurso en la expresada causa de expulsión; señalándose como hechos que dan lugar a la expulsión: «Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducado más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos cuando fueran exigibles».

La parte recurrente sostiene la nulidad de la expresada resolución aduciendo irregularidades procedimentales porque no se dictó propuesta de resolución tras la presentación de alegaciones; por inesixtencia de pronunciamiento expreso sobre la solicitud de prueba y ausencia de notificación al interesado del Decreto de expulsión. Opone, así mismo, caducidad del expediente de expulsión por haberse dictado la resolución impugnada pasado más de un mes desde la notificación del acuerdo de incoación del expediente y falta de proporcionalidad de la medida de expulsión contra él acordada, alegando que, de acuerdo con lo prevenido en la vigente Ley de Extranjería, las infracciones graves, como lo es el encontrarse irregularmente en territorio español, pueden ser sancionadas con multa desde 50.001 pesetas; vulneración del derecho a la presunción de inocencia así como del principio de audiencia y contradicción y falta de motivación de la resolución impugnada. (...).

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. (...).

Pues bien, 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."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª
Fecha: 14 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 3394/2001.
Ponente: D. Francisco Javier Sancho Cuesta.
Voz: Expulsión. Nacional de Cuba.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso promovido en nombre y representación de don E., frente a la resolución dictada por el Delegado del Gobierno en Madrid, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del

recurrente con prohibición de entrada por un período de tres años.

"La parte actora opone en síntesis que la resolución resulta indebida e insuficientemente fundada y que el recurrente es padre de una menor española y que tiene arrraigo en España y domicilio fijo. Que le robaron el pasaporte y el Consulado de Cuba no expidió otro, alegándose también el principio de igualdad. (...).

En el presente caso, concurriendo la infracción imputada, la sanción impuesta es la prevista en el artículo 57.1 de dicha ley, que posibilita sustituir la sanción de multa por la de expulsión cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas tipificadas como muy graves o graves en los apartados a),b),c),d) y f) del artículo 53, opción legítima que el legislador adopta en relación con los extranjeros que carezcan de habilitación legal de estancia o residencia, situación cuya gravedad y trascendencia no es necesario destacar, pues equivale a la falta de presupuesto alguno validante de la presencia del extranjero en el territorio del Estado, por lo que no cabe estimar vulnerado el principio de proporcionalidad, debiendo recordarse que la legislación de extranjería surge precisamente como garantía de los derechos y libertades de los extranjeros que se encuentren legalmente en España ante los límites sociales y económicos que existen para su integración social, por lo que la actuación administrativa tiene cobertura en un precepto legal que no condiciona la decisión adoptada a requisito adicional alguno y, en consecuencia, la supervisión que podría realizarse en esta vía sería únicamente la de la hipotética existencia de arbitrariedad o desviación de poder, lo que en modo alguno se ha acreditado en el presente supuesto, como tampoco la existencia de arraigo del recurrente, que es el afectado por la expulsión, en España, no acreditándose tampoco la alegada paternidad de menor española y respecto a la aplicación del principio de igualdad en relación con otros connacionales a los que se da la posibilidad de documentarse por razones humanitarias, el Tribunal Constitucional tiene declarado que para la aplicación de tal principio se requiere probar un término válido de comparación, lo que la parte recurrente no ha acreditado en cuanto a la igualdad de circunstancias con otros supuestos que ni siquiera constan, por lo que no se acredita vulneración de tal principio ni resultan relevantes para el presente procedimiento de expulsión otras circunstancias alegadas sobre procedimientos penales, etc., no constando tampoco tramitación de procedimiento de asilo, y no apreciándose vulneración de la tutela judicial efectiva que ha podido ejercitarse a través del presente procedimiento. (...).

La resolución recurrida contiene separadamente los hechos y fundamentos de derecho que propician la resolución final, explicando sucintamente en qué consisten aquellos y cuáles son los preceptos jurídicos aplicados en que se sustenta la decisión, constando las circunstancias concurrentes con mayor amplitud en el expediente administrativo, por lo que no cabe apreciar falta de expresión de los motivos básicos que la sustentan ni motivo de nulidad que solo cabría apreciar en supuestos en que el acto no pudiera alcanzar su fin o produjera indefensión, aspectos que no se acreditan ya que el recurrente ha podido recurrir en vía jurisdiccional en consideración de todo el contenido del expediente y proponer la prueba que estimara oportuna, por lo que el motivo de oposición se ha de desestimar."

(Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de enero de 2004; Rec. Contencioso-Administrativo 508/2003.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª

Fecha: 16 de enero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 3029/2002.

Ponente: Dña. Margarita Díaz Pérez.

Voz: Expulsión y prohibición de entrada. Principio de proporcionalidad.

Expulsión

Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso interpuesto en representación de doña R., contra la resolución de 22 de octubre de 2002 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional de la recurrente, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años.

"Aduce en apoyo de esa pretensión que llegó a España procedente de Italia, de vacaciones, y para visitar a unos familiares; cuando fue detenida sólo llevaba unas horas en España; no ha cometido ningún delito y no tiene antecedentes.

Motivos por los que considera que la expulsión acordada resulta excesiva, entendiendo que, en aplicación del criterio de proporcionalidad, la sanción a imponer sería la de multa, más acorde con los hechos relatados.

Se estiman infringidos, por ello, los artículos 13, 15, 17 y 19 de la Constitución Española.

El Abogado del Estado se ha opuesto al recurso, razonando, en síntesis, que no concurre ninguna de las causas de nulidad establecidas, con carácter general, en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con base en las siguientes consideraciones:

1.ª Consta expresamente en la denuncia que la actora fue requerida de identificación por los funcionarios de Policía, no ofreciendo documento alguno que acreditase la regularidad de su situación en España, hecho que supone un incumplimiento de la obligación que impone a todo extranjero el artículo 4 de la LO 4/2000, de 11 de enero, y es además constitutivo de una infracción grave en materia de extranjería prevista en el artículo 53.a) de dicha Ley, que puede dar lugar a la expulsión del territorio nacional, tal y como reconoce el artículo 57 de la LO 4/2000.

2.ª La alegación de vulneración del principio de proporcionalidad queda desvirtuada ya que, atendiendo a los criterios de graduación del artículo 55.3, la ausencia de documentos en la recurrente constituye una conducta culpable, así lo entiende esa Sala en Sentencia de 9 de abril de 2002.

La imputación fáctica determinante de la sanción combatida, según se consigna en el acto objeto de recurso, es la siguiente: «con fecha 12 de junio de 2002, fue identificada por funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco, Bilbao, la ciudadana extranjera doña R. , y en dicho acto se comprobó que se hallaba en situación de estancia ilegal en España, al carecer de permiso de residencia que autorice su permanencia en el territorio español, ni existe constancia de haber efectuado la declaración de entrada en España, habiéndose comprobado que ha sobrepasado el período máximo de estancia turística autorizada para circular libremente en el Espacio Schengen, ya que según consta en el pasaporte de su nacionalidad, figura una entrada en Austria de fecha 14 de abril de 2002, sin que a la fecha de su identificación (12 de junio de 2002), conste salida alguna del territorio Schengen». (...).

En cualquier caso, no cuestiona la recurrente la conformidad a derecho de la calificación jurídica de su situación como de estancia ilegal, articulando un único motivo en el que denuncia la falta de adecuación entre la gravedad de la infracción y la sanción impuesta, que considera excesiva en atención al criterio de proporcionalidad. (...).

La aplicación de esos factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que:

A) La extranjera entró en España sin efectuar la preceptiva declaración de entrada, siendo esa una de las obligaciones legales en materia de extranjería, establecida en los artículos antes mencionados,

es forzoso concluir que desde el análisis de la culpabilidad, no cabe sino calificar la actuación de la recurrente como de intencionada visto el incumplimiento en que ha incurrido.

B) Sin embargo, atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, tránsito y estancia de las personas extranjeras, la trascendencia de la infracción es menor y entraña una afección menos grave al fin protector perseguido por la norma sancionadora, que resulta de la falta de acreditación de la superación del período máximo de estancia autorizado. Si como ha quedado expuesto, los hechos determinantes de la expulsión que se recogen en el acto impugnado no son apreciables en su integridad, al incluir una imputación que no responde a la realidad, ello ha de tener su consecuente reflejo en la sanción a imponer.

Incurre, por tanto, la resolución sancionadora, al imponer la sanción de expulsión, en la infracción jurídica denunciada por la parte recurrente. Y atendiendo al principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, garantizado por el régimen de extranjería, se declara como sanción adecuada, la sanción de multa por importe de trescientos uno (301) euros, a satisfacer por la sancionada."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª

Fecha: 23 de enero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1735/2003.

Ponente: D. Agustín Hernández Hernández.

Voz: Expulsión. Principio de proporcionalidad.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de don P.E., contra la resolución de 24 de abril de 2003 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional de la recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España durante un período de tres años.

"El primer motivo impugnatorio invoca la falta de prueba de la infracción en tanto que no queda acreditada la fecha de entrada en el espacio Schengen del recurrente. Dicho motivo carece de fundamento al obrar en el pasaporte del recurrente sello de entrada en el espacio Schengen, en tanto que España y todo su territorio constituyen espacio Schengen estando el puesto de entrada en el territorio nacional en el aeropuerto de Madrid-Barajas cuyos funcionarios estamparon el sello de entrada en el pasaporte del recurrente como exige el artículo 28.2 del Reglamento aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre. Es por tanto que queda perfectamente acreditada la fecha de entrada en el espacio Schengen y consta acreditada la estancia irregular del recurrente en cuanto permanecía a la fecha de su identificación, 31 de marzo de 2003, en territorio español. (...).

El motivo atinente a la violación del derecho a la libertad de residencia, (artículo 19 en relación con el artículo 17 del Texto Constitucional) debe ser de plano rechazado. Los extranjeros conforme reza el artículo 3 de la LO 4/2000 gozan en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución, pero ello en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en la Ley Orgánica 4/2000, y en las leyes que regulen el ejercicio individual de cada derecho.

Es por ello que ninguna objeción puede realizarse desde tal perspectiva a la resolución recurrida en cuanto el recurrente al no haber abandonado el territorio nacional o, por el contrario, al no haber solicitado prórroga de estancia o instado autorización de residencia, carece de cualquier derecho para permanecer en España o en el espacio Schengen. Para acreditar lo expuesto no es preciso acudir a la jurisprudencia que cita el Sr. Abogado del Estado sino que basta con la mera lectura de la sen-

tencia citada por el recurrente en su demanda, STS de 31 de octubre de 1995, que literalmente copiada de la demanda señala que: el derecho que se invoca como vulnerado parte del supuesto de estancia legal, es decir, su aplicabilidad se reduce al supuesto de nacionales extranjeros que se hallen legalmente en España, únicos a los que se reconoce el derecho a la libre circulación, pero esa aplicabilidad deviene imposible respecto de los nacionales extranjeros que, como el recurrente, no han regularizado su situación legal en el territorio nacional. La jurisprudencia invocada por el recurrente sirve sin ningún género de dudas para desestimar su impugnación en tanto que la situación del recurrente en España es de estancia ilegal. (...).

La aplicación de esos factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada no ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que:

a) Atendiendo a la posición individual del recurrente, el hecho constitutivo de la infracción grave (permanencia y estancia irregular sin contar con autorización administrativa de residencia en España) denota una actuación consciente y deliberada de incumplimiento de las normas legales con un grado de antijuridicidad superior a la mera inobservancia de los deberes administrativos impuestos a los extranjeros en los artículos 23 y siguientes de la LO 4/2000.

b) Atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, tránsito y estancia en el territorio español de las personas extranjeras, la acción cometida por la recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que su conducta frustra e impide hacer efectiva la exigencia legal de que el extranjero que pretenda residir y trabajar en España deberá obtener el permiso de trabajo y residencia y las medidas legales tendentes a la identificación de las personas que se encuentran en el espacio Schengen.

c) El recurrente no ha aportado dato válido alguno del que se desprenda goce de arraigo personal, familiar económico o social en España que permita conforme a sus circunstancias personales ciertas y probadas la adopción de una sanción inferior.

Es por todo lo cual procede la desestimación del motivo impugnatorio deducido."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª
Fecha: 23 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 841/2001.
Ponente: Dña. Margarita Díez Pérez.
Voz: Expulsión y prohibición de entrada. Principio de proporcionalidad.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de don R., contra la resolución de 8 de marzo de 2001 de la Subdelegación del Gobierno de Bizkaia por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente.

"Entrando a conocer de la cuestión de fondo, hemos de partir de la imputación fáctica contenida en la resolución recurrida, que es la siguiente: «en fecha 5 de febrero de 2001, fue detenido en un control selectivo de extranjeros realizado por funcionarios adscritos al Grupo Operativo de Extranjeros de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Bilbao, el ciudadano extranjero don R., por hallarse en situación de estancia irregular en España, ya que efectuó la entrada en territorio español el día 20 de septiembre de 2000, con un visado de estancia de 8 días, que finalizaba el 30 de septiembre de 2000, sin que al día de su detención (5 de febrero de 2001), exista constancia de haber abandonado el país, ni haber obtenido autorización alguna que le permita prolongar su estancia en España.»

(...).

Expulsión

Junto con ese criterio de proporcionalidad subjetivo, la legislación aplicable acude a un criterio de naturaleza objetiva como es la valoración del daño producido, del riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

La aplicación de esos factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada no ha infringido el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión ya que:

A) En el momento de la detención, el visado de estancia de ocho días con el que el recurrente efectuó su entrada en España había caducado hacía más de cuatro meses, por tanto, desde el análisis de la culpabilidad, no cabe sino calificar su actuación como de intencionada. Por ello, y con base en el criterio subjetivo de valorar la culpabilidad del infractor, la elección de la sanción de expulsión impuesta por la Administración deviene proporcionada y conforme a derecho.

B) Atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, tránsito y estancia en el territorio español de las personas extranjeras, la acción cometida por el recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que impide hacer efectiva la exigencia legal de que el extranjero que pretenda residir y trabajar en España deberá obtener el permiso de residencia y trabajo.

Sin que en el presente caso el actor acredite la existencia de circunstancia valorable conforme los preceptos a los que hemos hecho mención, que permita calificar como desproporcionada la medida acordada, por el contrario, la duración del visado era de ocho días, desde el 20 de septiembre de 2000 al 30 de septiembre de 2000, y transcurridos más de cuatro meses desde esa fecha hasta su detención el 5 de febrero de 2001, conocedor y consciente don R. de su irregularidad, no había realizado durante ese período de tiempo trámite alguno tendente a legalizar su situación; sin que concurra el arraigo que sustenta en la convivencia con una hermana residente legal en España, circunstancia que no se estima reveladora de arraigo, negando, en cualquier caso, aquélla, en vía administrativa, que su hermano viva en el mismo domicilio.

Resulta, por lo expuesto, conforme a derecho la sanción impuesta con el alcance fijado en la resolución impugnada, y procede, en consecuencia, la desestimación íntegra del presente recurso."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª
Fecha: 23 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 169/2002.
Ponente: Dña. Margarita Díez Pérez.
Voz: Expulsión. Arraigo. Resolución inejecutable.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de doña M.ª M., contra la resolución de 11 de julio de 2001 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional de la recurrente.

"La imputación fáctica que se recoge en el acto impugnado es la siguiente: «con fecha 23 de mayo de 2001, fue detenida la ciudadana extranjera doña M.ª M., por funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco-Bilbao, por hallarse en situación de estancia irregular en España, ya que con fecha 26 de enero de 2001 le fue denegado por la Subdelegación del Gobierno en La Coruña un permiso de trabajo y residencia, notificado el 12 de marzo de 2001, habiéndole advertido de la obligación de abandonar el país en el plazo máximo de quince días, que no ha efectuado, por lo que a la fecha de su detención se encuentra en situación de estancia irregular».

Hecho que califica como constitutivo de la infracción administrativa grave prevista en el artículo

53 apartado a) de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La defensa de la parte recurrente admite implícitamente que la extranjera sancionada carece de autorización de estancia o de permiso de residencia o de cualquier otro título que habilite su residencia en España y no discute la incardinación de su conducta en el tipo infractor elegido por la Administración.

Por tanto, ha de concluirse que a la fecha de dictado de la resolución sancionadora concurría en la actora el supuesto sancionable previsto en el apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 8/2000.

Se observa en la demanda un planteamiento equivocado, habida cuenta que lejos de esgrimir motivos que evidencien la existencia de vicios invalidantes de la resolución objeto de recurso, en aras de la estimación de la pretensión anulatoria que se ejercita, el Letrado enfoca su exposición como si de una solicitud de medida precautoria se tratase, y así, tras poner de manifiesto las circunstancias concurrentes en doña M.ª M., procede a ponderar los intereses en conflicto y solicita la aplicación de la doctrina del *bonus fumus iuris*, para concluir, con cita de Jurisprudencia recaída sobre el artículo 122 de la anterior Ley jurisdiccional, que el arraigo derivado, en esencia, de su convivencia con ciudadano español, es motivo suficiente para anular la expulsión.

Olvida la defensa de doña M.ª M. que el arraigo, precisamente en base a la doctrina que invoca, resulta relevante en el ámbito de las medidas cautelares, mas su acreditación en nada desvirtúa la situación de estancia ilegal que se sanciona.

No obstante, pese a ese enfoque erróneo, una de sus alegaciones no puede ser obviada en orden al control de validez de la resolución sancionadora, y no es otra que la vulneración del principio de proporcionalidad, cuestión a cuyo examen ha de constreñirse, en consecuencia, esta sentencia, y a cuyo único efecto cabe valorar el arraigo que insistentemente se alega en el recurso. (...).

Sin que las circunstancias alegadas como constitutivas de arraigo puedan ser tomadas en consideración para modular el alcance de la sanción, habida cuenta que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es revisora de lo actuado por la Administración, y viene obligada a determinar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos atendiendo al momento en que se dictaron, y en el tiempo en que se dictó el aquí recurrido, no concurría el arraigo invocado —según se concluyó en el Auto de 22 de enero de 2002 recaído en la pieza de medidas cautelares— no resultando admisible la valoración de circunstancias sobrevenidas que, obviamente, no pudieron tenerse en cuenta entonces al no haberse producido sino después de tomada la decisión. Es por ello que ha de declararse la conformidad a derecho de la sanción con el alcance determinado en el acto que se impugna.

En el auto referido razonábamos que la declaración de don P., que decía ser pareja de doña M.ª M. y padre de la criatura, afirmando conocer a la recurrente desde hace un año, y con quien decía convivir en su domicilio, quedaban contradichas en cuanto al dato esencial de la convivencia, por la documental aportada por la propia actora (doc. 9), que presentó certificado del Padrón Municipal de Santurce de 3 de julio de 2001, según el que doña M.ª M. compartía domicilio en esa localidad, en concreto, en la calle (...), con doña D. y doña M.

Cierto es que a lo largo del proceso jurisdiccional las circunstancias han variado notablemente, según se infiere de los documentos aportados con la demanda y en período probatorio, de los que destacamos: solicitud de permiso pendiente de resolver fechada el 14 de noviembre de 2001; nuevos volantes de empadronamiento de 5 de abril y 12 de septiembre de 2002, en el que figuran en el mismo domicilio de

Basauri, calle (...), la recurrente y el Sr. P.; denuncia de maltrato familiar formulada por doña M.ª M. de fecha 29 de marzo de 2003; escrito de la Asistente Social del Servicio Municipal de la Mujer del Ayuntamiento de Bilbao de 8 de abril de 2003 informando que la actora se halla acogida en uno de los pisos de ese Servicio; y certificado de 15 de julio de 2003 del Jefe de Servicios Generales del Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia, acreditativo de su condición de beneficiaria del «ingreso mínimo de inserción», este último presentado, estando los autos pendientes de señalamiento de día para votación y fallo.

Aun cuando, como hemos apuntado, los nuevos hechos acreditados con esa documentación no pueden ser valorados en el enjuiciamiento de la cuestión sometida a debate, al ser de fecha posterior al dictado de la resolución sancionadora, se ha de significar que la situación actual de la actora como beneficiaria de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social constituye una causa obstativa legal para la imposición de la sanción de expulsión, y por ende, de su ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.5.d) de la LO Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Resulta de lo anterior que la resolución sancionadora, siendo conforme a derecho, lo que determina la desestimación del presente recurso, deviene inejecutable por mor del precepto citado, a salvo de la facultad de la Administración de proceder a su revocación parcial, dotándola del alcance que permita su cumplida ejecución."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª

Fecha: 23 de enero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 142/2001.

Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

Voz: Expulsión. Actividades ilegales. Presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa.

Resumen: El Tribunal declara la estimación del recurso interpuesto en representación de don C., en relación con la resolución de 23 de enero de 2001, de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya, que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español así como la adicional de prohibición de entrada por cinco años en el territorio del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

"La resolución aprecia la concurrencia del supuesto infractor previsto en el apartado g) del artículo 49 de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Supuesto referido a la participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales.

En la resolución recurrida se acoge la siguiente imputación fáctica: con fecha 6 de noviembre de 2000 funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Bilbao tuvieron conocimiento de la detención de don C.I.M. llevada a cabo por la Policía Autónoma Vasca en MusKia (Vizcaya) por hallarse implicado en actividades ilegales por un presunto delito de estafa de cinco millones de pesetas, encontrándose incurso en D.P. 2388/00 seguidas en el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Baracaldo (Vizcaya). (...).

En consecuencia, la garantía de aplicación de la disposición sancionadora más favorable, con el alcance de retroactividad media establecido en los artículos 128.2 y 127.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debía proyectarse sobre un procedimiento sancionador que se encontraba en curso a la fecha de la entrada en vigor de la nueva ley. Al no aplicar el referido efecto retroactivo, la resolución sancionadora infringió la garantía de tipicidad infractora establecida en el artículo 25.1 de la Constitución.

A mayor abundamiento, el hecho imputado al recurrente no podía resultar en el tipo infractor grave tipificado en el artículo 49.g) de la Ley Orgánica

4/2000. Debe tenerse en cuenta, a este efecto, que:
a) La imputación administrativa se ciñe a la circunstancia de que el recurrente estuvo incurso en las diligencias previas seguidas con el n.º 2398 de 2000 ante el Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Baracaldo.

b) La prueba practicada en este proceso permite tener por acreditado que el ahora recurrente prestó declaración el 6 de noviembre de 2000 ante el Juzgado de Instrucción n.º 9 de los de Bilbao; que, mediante Providencia dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Baracaldo con fecha de 18 de enero de 2001, se acordó citar al recurrente para que compareciera ante las dependencias judiciales a fin de prestar nueva declaración en calidad de imputado, lo que se llevó a efecto en la fecha señalada; que frente a la referida Providencia de 18 de enero de 2001, la representación procesal del ahora recurrente dedujo recurso de reforma y subsidiario de apelación, y que, mediante Auto dictado con fecha 6 de abril de 2001, el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Baracaldo dispuso, respecto del ahora recurrente, el sobreseimiento provisional y archivo de las referidas diligencias penales; y ello con fundamento jurisdiccional expreso en la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el ahora recurrente.

Por lo que al haberse declarado judicialmente la inexistencia de indicios racionales de criminalidad en la actuación del ahora recurrente a las Diligencias penales de referencia no constituía prueba de cargo sobre la comisión de la infracción de participación en la realización de actividades ilegales imputadas. Debiendo prevalecer, en tal caso, la efectividad del derecho a la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario que se garantiza por el artículo 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia atribuido por el artículo 24.1 de la Constitución.

La resolución impugnada incurre, por ello, en el vicio de nulidad de pleno derecho, por afección al ejercicio de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, que se tipifica en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 27 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1563/1998.
Ponente: D. Manuel López Agulló.
Voz: Expulsión. Expulsión de condenado. *Non bis in idem.* Sustitución de la sanción por multa.
Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución de 30 de abril de 1996, de la Delegación del Gobierno en Melilla, que acordaba la expulsión del territorio nacional del súbdito marroquí.

"De lo expuesto en fundamento jurídico anterior se desprende que el instituto prescriptivo habrá de ser estudiado desde la óptica del artículo 52.1, en relación al 49.g) de la Ley Orgánica 4/2000, toda vez que habiendo desaparecido en esta normativa la condena a pena privativa de libertad superior a un año, como causa de expulsión, tal situación habrá de equipararse a la realización de actividades ilegales, que como infracción grave sanciona el precitado artículo 49.g). Pues bien, debiéndose iniciar el cómputo prescriptivo desde la fecha en que recayó sentencia penal firme condenatoria, no consta acreditado en el supuesto de litis tal extremo, más que el ingreso en prisión el 11 de octubre de 1993, según las manifestaciones del recurrente. Ello priva de eficacia a la prescripción invocada, al no poder concretarse si la incoación del expediente administrativo sancionador se efectuó o no dentro del plazo de dos años que establece el referido artículo 52. 1 de la Ley Orgánica 4/2000. (...).

Que el actor haya incumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el

dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia. Por lo que, aun dejando a un lado el artículo 25.2 de la CE no enuncia un derecho fundamental sino una orientación legislativa (STC 28/1988, fundamento jurídico 2.º), carece de todo fundamento la argumentación ofrecida en la demanda. El caso a que se refiere el Auto citado alude al supuesto legal del apartado 1.d) del artículo 26 de la Ley 7/1985, que en favor de su tesis es utilizado como argumento por el Abogado del Estado, es decir, el que permite la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que hubieren sido condenados por una conducta dolosa que constituya un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. En este sentido, podría parecer que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el mismo no sería extensible a la cuestión debatida en este proceso, en que el precepto aplicado fue el apartado c) del mencionado artículo, que considera susceptibles de ser expulsados a los extranjeros implicados en actividades contrarias al orden público, habiéndose considerado por la Administración que merecía este calificativo el hecho por el que había sido condenado el actor por la jurisdicción penal, consistente en haber adquirido en Marruecos un kg de hachís y transportarlo a España para dedicarlo a la venta y distribuirlo a terceros. A pesar de que ambos supuestos legales describen circunstancias distintas para justificar la expulsión, pues mientras en el del apartado d) el puro hecho de la condena penal constituye de por sí motivo legal suficiente para acordarla, mientras que en el apartado c) la Administración califica inicialmente si las actividades son o no contrarias al orden público, con independencia de su valoración penal, sin embargo, desde el estricto punto de vista del principio *non bis in idem*, no cabe ignorar que ambas situaciones son sustancialmente iguales, pues si se admite que el hecho que origina una condena penal superior a un año puede acumular a este efecto el de la expulsión del territorio nacional, por responder ambas sanciones a «intereses públicos netamente diferentes», también habrá que concluir que esta diferenciación de los intereses públicos concernidos podrá hacerse por la Administración cuando, sancionado un hecho en vía penal, sea considerado además como contrario al orden público y por eso subsumible en el apartado c), sin por eso afecte a la vigencia del mencionado principio. (...).

Ahora bien, sancionado el recurrente de manera correcta por la resolución impugnada, el cambio legislativo impone el dejar sin efecto la sanción impuesta de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada de cinco años, y aplicar la que corresponde con arreglo al artículo 51.1.b), de la Ley Orgánica 4/2000, apreciadas la capacidad económica y el grado de voluntariedad del infractor (artículo 51.3), así como las circunstancias casuísticas, personales, sociales, de intención, *et ceteris paribus,* por lo que necesariamente la Sala debe resolver como se hace en la Parte Dispositiva de la presente Resolución, dejando sin efecto el acuerdo de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional durante cinco años e imponiendo en su lugar una sanción pecuniaria de 100.000 pesetas, en atención a la intensidad y duplicidad infractora."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª

Fecha: 30 de enero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1007/2002.

Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

Voz: Expulsión. Arraigo social.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de don J.L., en relación con la resolución por la que se impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio español.

"En la resolución recurrida se acoge la siguiente imputación fáctica: Con fecha 9 de enero de 2002 fue identificado don J.L., por funcionarios adscritos

a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Bilbao, comprobándose que se encontraba irregularmente en territorio español, al estar indocumentado y carecer de permiso alguno que autorice su permanencia en España, sin que exista constancia de que haya iniciado ningún trámite para intentar regularizar su estancia en el país, por lo que la misma es ilegal. Por otra parte, consultados los archivos de la Dirección General de la Policía le constan 3 detenciones, efectuadas el 22 de diciembre de 2001 por hurto, el 4 de enero de 2002 contra el patrimonio y el 6 de enero de 2002 por robo con violencia e intimidación.

B) Posición de la parte demandante.

En el escrito de demanda, la defensa de la parte actora funda la pretensión anulatoria en el hecho de que el recurrente goza de arraigo social en Alicante, donde ha residido por dos años y cuenta con parientes y amigos; señala, así mismo, que, para regularizar su situación el recurrente se encontraba tramitando la expedición del pasaporte en el Consulado del Reino de Marruecos en Burgos.

C) Posición de la parte demandada.

La defensa de la Administración demandada se opone al recurso e interesa la declaración de su inadmisibilidad, con fundamento en el supuesto de interposición extemporánea del recurso contencioso-administrativo tipificado en el artículo 69.e) de la Ley Jurisdiccional 29/1998; por entender que el plazo bimensual de interposición del recurso (artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional) se había cumplido entre el día 22 de enero de 2002 en que se notifica al interesado la resolución sancionadora y el día 23 de abril de 2002 en que se interpone el recurso jurisdiccional. (...).

La resolución recurrida imputa al extranjero recurrente la estancia en España de manera irregular, al no contar con autorización ni permiso que habilite su permanencia en España. Y se califica dicho hecho como constitutivo de la infracción administrativa grave prevista en el artículo 53, apartado a), de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

La defensa de la parte recurrente no controvierte el hecho sancionable imputado ni su calificación como infracción administrativa grave.

Respecto del hecho imputado, el alegato de la parte se refiere, exclusivamente, a la afirmación de que el sancionado goza de arraigo en España, donde reside desde hace dos años, y donde cuenta con un pariente (tío) domiciliado en Alicante con quien le unen lazos afectivos. Refiriéndose, así mismo, a la solicitud formulada por el interesado en el Consulado de Marruecos en Burgos en interés de ser provisto de pasaporte.

Las afirmaciones anteriores, carentes de cualquier esfuerzo probatorio, en modo alguno pueden calificarse como prueba de descargo respecto de la imputación administrativa.

Esta fue documentada en el expediente administrativo mediante el Acta de denuncia suscrita el 9 de enero de 2002 por funcionario del Cuerpo Nacional de Policía en la que se comunica que en el día señalado el extranjero ahora recurrente se personó en las dependencias de la Jefatura Superior de Policía en Bilbao, encontrándose indocumentado y manifestando ser menor de edad; manifestación ésta que no fue tenida por cierta al constar mediante documento remitido por la Policía Municipal de Bilbao que, con ocasión de detención padecida por el expedientado el 6 de enero de 2002, exhibió un Acta de nacimiento que lo data en 1983 en Tánger (Marruecos). Estos extremos resultaron, también, corroborados en el escrito de alegaciones formulado por la defensa del expedientado en el procedimiento administrativo. Y, a mayor abundamiento, en este proceso jurisdiccional, por la parte recurrente se ha aportado una fotocopia simple de Acta de Nacimiento, en extracto, emitida por el Registro del Bureau de letat civil del municipio de Braksa en

la Provincia de Khouriga del Reino de Marruecos, en el que se señala el 16 de octubre de 1983 como fecha de nacimiento de Juan Luis .

Por lo que la situación de hecho del recurrente en España resulta plenamente subsumible en el supuesto sancionador tipificado y sancionado con la medida de expulsión, respectivamente, en los artículos 53.a) y 55.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (...).

La defensa del recurrente no ha suscitado cuestión impugnatoria sobre este extremo, por lo que, en su ausencia, debe prevalecer la presunción de validez del acto administrativo (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Sin que proceda hacer uso de las facultades de oficio conferidas a este Tribunal por el artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, ya que:

a) Atendiendo a la posición individual de la persona extranjera recurrente, el hecho constitutivo de la infracción grave (estancia irregular en España sin contar con autorización administrativa de estancia o residencia) denota una actuación, al menos imprudente, con un grado de antijuridicidad en la acción superior a la mera inobservancia de los deberes administrativos de conservación de la documentación que acredite la identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como de la documentación que acredite la situación administrativa en España que impone el artículo 4, en relación con los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000.

b) Atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, tránsito, estancia y residencia en el territorio español de las personas extranjeras, la acción cometida por el recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que frustra la exigencia legal de que la movilidad migratoria de la persona extranjera se sujete a previa intervención administrativa."

(Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de enero de 2004; Rec. Contencioso-Administrativo 1007/2002.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª
Fecha: 9 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 150/2002.
Ponente: D. Francisco González Navarro.
Voz: Denegación de entrada en España acordada en puesto fronterizo. Ciudadana colombiana carente del preceptivo visado.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso formalizado por doña A., contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de julio de 2002 que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de 15 de marzo de 2002, del Jefe del servicio fronterizo del Aeropuerto de Barajas que denegó la entrada de la actora en España por falta de visado.

"El recurso se fundamenta exclusivamente en la pretendida nulidad de la disposición adicional 6.ª del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. (...).

La Resolución impugnada ha sido dictada por el Jefe del servicio del Puesto Fronterizo del Aeropuerto de Madrid Barajas, en virtud de la delegación conferida por el Delegado del Gobierno en Madrid, como consta en dicha Resolución, por lo que, según lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, se entiende dictada por este órgano.

En esencia, lo que sostiene la parte actora es que, habida cuenta que las resoluciones sobre denegación de entrada y retorno no agotan la vía adminis-

trativa, lo que obliga a interponer recurso de alzada antes de acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativo, se está impidiendo que, de manera directa e inmediata, se puedan solicitar al Juzgado o Tribunal competente, las medidas cautelares reguladas en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción contencioso-administrativa, con lo que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del extranjero al que se deniega su entrada en España y se acuerda su retorno al lugar de procedencia, en su vertiente de la facultad de ejercitar ante los órganos judiciales la pretensión de suspensión cautelar de la ejecución de dicho acto.

El cauce de impugnación de estas resoluciones, sigue diciendo el recurrente, hace inviable el examen de la pretensión suspensiva por el órgano judicial antes de llevarse a efecto la resolución. En consecuencia, concluye la parte actora, el precepto en cuestión es nulo, conforme al artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, ya que es contrario al derecho fundamental de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. (...).

No hay base alguna para sostener que la determinación reglamentaria de un supuesto concreto en que una resolución pone fin a la vía administrativa, con la consecuencia de su previa y obligada impugnación mediante el recurso de alzada, vulnera ese derecho de acceso a la justicia, cuando es obvio que el previo recurso administrativo no impide dicho acceso, ni lo condiciona o limita de modo no razonable, teniendo en cuenta, además, que el recurso administrativo es, ante todo, una garantía del administrado, en tanto en cuanto permite que, de manera inmediata y extremadamente sencilla, la Administración pueda reconsiderar el acto que dictó, y en su caso, revocarlo. El establecimiento de un recurso previo administrativo no obstaculiza ni impide el acceso ulterior proceso judicial, ni supone una carga irrazonable o injustificada, sin que, en ninguna instancia o ámbito jurisdiccional, o en sede constitucional, se haya declarado o mantenido lo contrario.

Hay que añadir, además, que las mismas medidas cautelares que se pudieran adoptar en la vía contencioso-administrativa, pueden adoptarse, en su caso, en la vía administrativa de recurso, lo que refuerza la consideración de que esta última vía es una garantía para los interesados y no un obstáculo. Y dicha suspensión en vía administrativa, a diferencia de lo que se afirma en el recurso, no opera transcurrido un mes desde que se solicite por el recurrente, sino que puede ser acordada tanto de oficio como a instancia de parte inmediatamente. El transcurso de un mes desde la solicitud tan sólo opera a efectos de entender estimada dicha solicitud de suspensión, pero la Administración, como se dice, puede acordarla mucho antes, si se dieran las circunstancias previstas en el mencionado precepto.

Carente, por completo, de fundamento el presente recurso, la sentencia que debemos dictar en este proceso tiene que ser necesariamente desestimatoria de la pretensión de nulidad de la citada disposición adicional 6.ª, lo que implica declarar ajustada a derecho el acuerdo del Consejo de Ministros cuya nulidad, por vía indirecta, también se pretendía."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 11 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 28/2002.
Ponente: D. Eduardo Saavedra Maldonado.
Voz: Expulsión. Situación irregular.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Barcelona por la que se decreta la expulsión del territorio nacional de don F. por el plazo de siete años.

"Los motivos del recurso suelen ser recurrentes en procedimientos similares al presente, lo que permite la remisión a doctrina general sentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina

de esta Sala y a tal efecto cabe recordar que el Tribunal Supremo establece en muy reciente Sentencia de 19 de noviembre de 2002, rec. n.º 4995/1998 lo siguiente :

«aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptuada como sanción y que por eso queda sometida a la garantía del artículo 25.1 de la Constitución, sin embargo dicha expulsión 'por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España', no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (...). Una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad, y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (...).

Que el actor haya cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa Sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia.»

Por su parte esta Sala en Sentencia de 19 de febrero de 2001 rec. 1658/1998 al decidir sobre una resolución de 25 de marzo de 1997 y después de un profundo estudio sobre las normas aplicables (LO 7/1985; L 4/2000 y Ley 8/2000) afirma que la Ley orgánica 8/2000, proyecta sus efectos a partir de su entrada en vigor sin afectar a las situaciones con anterioridad a la vigencia.

La aplicación de la precedente doctrina al presente supuesto conduce a declarar en primer lugar la plena aplicación la Ley Orgánica 8/2000 pues el procedimiento se inició el 12 de junio de 2001.

Entrando ahora a decidir sobre los motivos concretos del recurso debe afirmarse respecto al primero de los motivos que no puede confundirse una imputación tan clara y concreta como la falta de permiso de residencia, de estancia o de trabajo con la entrada ilegal en España.

Es evidente y así lo prueban los distintos Reales Decretos sobre regularización de extranjeros en los que no se contemplaba forma o manera de entrar en nuestro país que el legislador exige del extranjero residente que mantenga una situación reglamentada y conforme a la ley vigente y para ello prevé una serie de documentación que debe poseer el ciudadano extranjero con la natural obligación de su renovación en los periodos y por los trámites que se establecen. Por ello si voluntariamente el extranjero al no renovar o carecer de los permisos pertinentes, es obvio que se coloca en una situación irregular que se tipifica como infracción en el antedicho artículo 53 de la LO 8/2000."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 13 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 6/2003.
Ponente: D. Emilio Berlanga Riebelles.
Voz: Expulsión. Nacionalidad peruana. Voluntad de arraigo. Solicitud de permiso de trabajo y residencia.
Resumen: El Tribunal estima el presente recurso interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona que acordó la expulsión del territorio nacional por un período de cuatro años.

"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. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los artículos 19 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 reconocer los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado.

Tal sería el supuesto ahora enjuiciado. Consta documentalmente, a través del expediente por la Administración remitido, que el ciudadano peruano Sr. M.L. con fecha 18 de abril de 2002 había solicitado de las autoridades españolas permiso de trabajo, solicitud que no fue resuelta, negativamente, hasta fecha 19 de noviembre de 2002, posterior, por tanto, a aquella resolución la aquí impugnada de 6 de septiembre de 2002 que acordó su expulsión del territorio nacional.

A lo anterior cabría añadir que la expulsión del territorio español no aparece configurada en la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, como medida única a adoptar en los supuestos comprendidos en su artículo 53.a), sino alternativa a la multa de 50.001 a 1.000.000 de pesetas, para tales casos prevista. Y es claro que no cabe equiparar, aplicando el mismo rasero de la expulsión, a quien elude los controles administrativos y desarrolla actividades lucrativas subrepticiamente, con quien, como el aquí recurrente, ha acreditado el cumplimiento a tales controles y, contando con la oferta firme de un puesto de trabajo, ha interesado de la Administración el oportuno permiso de trabajo que le permita residir en España, mostrando una voluntad de arraigo e integración a la realidad española que había de ser tenida en cuenta por la Administración en el uso ponderado de sus potestades sancionadoras que el principio de proporcionalidad requiere."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 13 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1188/2001.
Ponente: Dña. Ana Rubira Moreno.
Voz: Expulsión. Estancia irregular.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.A., contra la resolución dictada el 16 de agosto de 2001 por el Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente.

"Obran en el expediente administrativo los siguientes datos de interés para la resolución del presente recurso: 1. Diligencia extendida el 19 de junio de 2001 por funcionarios de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, Sección operativa de Extranjeros, de Barcelona, poniendo en conocimiento del Comisario Jefe que el recurrente se encuentra indocumentado, carece de domicilio fijo en el país y ha sido detenido a las 18.30 horas del mismo día y está incurso en unas diligencias como presunto autor de delitos de hurto, añadiendo que en el banco de datos no consta que haya realizado trámite alguno tendente a legalizar su situación en el país; 2. Acuerdo de incoación del expediente de expulsión, de 19 de junio de 2001; 3. Propuesta de resolución que acuerde la expulsión, notificada el 20 de junio de 2001; 4. Resolución de 16 de agosto de 2001 que acuerda la expulsión.

(...).

En el apartado segundo del citado artículo se dispone que 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, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se lo 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.

En el caso de autos, en la diligencia inicial se indica que el recurrente fue detenido a las 18.30 del día 19 de junio de 2001 y que pasaría a disposición judicial por estar incurso en unas diligencias policiales seguidas por delitos de hurto, pero no se dejó constancia del nombramiento de letrado y, en su caso, de intérprete. No obstante ello, habida cuenta que el acto que acordaba la expulsión no fue ejecutado, y que notificado el mismo se interpuso el presente recurso, designándosele al recurrente Abogado y Procurador de oficio, no cabe apreciar que se le haya originado indefensión material alguna, determinante de la nulidad del acto, sino meramente formal.

Cuando se incoó el procedimiento no había entrado en vigor 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 derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por lo que había que estar a las determinaciones del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en el que se contenía la regulación del procedimiento de expulsión.

En el artículo 104 del citado Real Decreto dispone que el Instructor del expediente deberá ser un funcionario de la Dirección General de la Policía, las Jefaturas Superiores, Comisarías provinciales o Comisarías locales de Policía y el Secretario, que deberá tener la condición de funcionario, pertenecer a alguno de los órganos mencionados anterior.

Además de que la designación de esos funcionarios mediante expresión de su n.º de carné profesional no impide ni obstaculiza su recusación, siendo la forma utilizada para su identificación, en el caso de autos la defensa de la parte recurrente se limita a alegar la vulneración de su derecho a recusar, sin indicación de circunstancia alguna de la que quepa deducir, siquiera indiciariamente, que en el caso de autos se daba una situación que exigía apartar a alguno de los funcionarios designados, razón por la cual este motivo de impugnación debe ser rechazado.

El artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LODLE), tipifica como infracción grave, encontrarse irregularmente en el territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

El recurrente se encuentra incurso en esa infracción ya que no se alega, ni menos se acredita, la obtención por el recurrente de documento alguno que autorice su estancia en España, ni tampoco su petición.

Si bien esa infracción puede ser sancionada con multa o expulsión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55, en relación con el 57, de la citada Ley, en el caso de autos no se aprecia razón en la que fundar la imposición de la sanción de multa, ya que no consta una situación de arraigo ni la concurrencia de circunstancias excepcionales en las que fundar su permanencia en el país, que obligara a la Administración a optar por la sanción de multa, y la incoación del procedimiento tuvo lugar tras la detención del recurrente por estar incurso en unas diligencias policiales por delitos de hurto.

Procede, pues, desestimar el recurso por ser conforme a derecho el acto impugnado."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 26 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 734/2003.
Ponente: D. Helmuth Moya Meyer.
Voz: Expulsión. Falta de arraigo. Estancia irregular.

Expulsión

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de mayo de 2003, por la que se decreta la expulsión.

"El recurso se interpone contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de mayo de 2003, por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del demandante y la prohibición de regresar al mismo durante tres años.

La Administración debe considerarse la situación individualizada de cada extranjero en orden a la aplicación de las sanciones que la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros establece para los supuestos de estancia irregular en nuestro país. Pues como se desprende del artículo 57.1 la expulsión no necesariamente es la única sanción, sino que se prevé como alternativa a la multa. La elección entre una y otra no puede depender de una decisión arbitraria de la Administración, sino que debe ser motivada. La legislación anterior se refería a la situación personal del extranjero para determinar en ciertos casos la aplicación de multas y en otros una sanción más drástica.

El demandante sostiene que la sanción es desproporcionada porque tiene arraigo en nuestro país y al ser expulsado perderá los vínculos establecidos en el mismo.

Sin embargo, como ya advertimos en el Auto de 11 de junio de 2003, con ocasión de resolver la pieza de medidas cautelares, no consideramos acreditado dicho arraigo, pese a lo cual el demandante no ha practicado prueba alguna para acreditar cuáles son sus circunstancias personales.

Por lo tanto, careciendo de arraigo en España no puede apreciarse que la expulsión del país sea una medida desproporcionada cuando tenía la obligación de salir del mismo por no haber regularizado su situación una vez que expiró el permiso de estancia."

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2.ª
Fecha: 26 de febrero de 2004.
Recurso de Apelación: 50/2004.
Ponente: D. José María Tomás Tío.
Voz: Expediente de expulsión. Internamiento del extranjero. Audiencia del interesado.
Resumen: La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto en representación de don C., frente al Auto de 5 de febrero de 2004 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Valencia, por el que se autoriza su internamiento por un plazo de cuarenta días mientras se tramita el expediente de expulsión.

"La cuestión esencial que se plantea es este recurso es si en la audiencia al interesado, constituida por la declaración que se le recibió el 5 de febrero de 2004 y obrante al folio 23, se completa el contenido esencial de dicha audiencia, toda vez que consta en el penúltimo párrafo de la transcripción de aquella declaración que la Letrada que lo asistió «solicita formular alegaciones respecto a la solicitud de internamiento efectuada a los efectos de oír al detenido como a su Letrado y no causar indefensión al mismo, al estar privándosele de libertad». Dicha petición no consta que fuera atendida, pues ningún pronunciamiento genera más que el Auto de internamiento que en la misma fecha se dicta. El derecho de defensa y de audiencia, a los efectos siquiera de descartar el carácter automático, que cualquier internamiento como medida privativa de libertad exige, implica que, para atender a las circunstancias legales y personales concurrentes o para ponderar el riesgo de que el extranjero huya, se oculte o sustraiga al cumplimiento de la eventual resolución, en relación con sus circunstancias familiares, laborales y de domicilio; se permita, o más bien exija, aquella audiencia cumplida y debidamente asesorada por su Letrado. Ningún sentido tendría la presencia como convidado de piedra de un Abogado que asiste a quien se le priva de libertad, siquiera en Centro no Penitenciario, impidiéndole que se pronuncie o al menos alegue lo que considere adecuado en defensa de los intereses de su cliente, a fin

de que la resolución gravosa y privativa de libertad pueda considerarlo. El internamiento, como la privación preventiva de libertad, exige el cumplimiento de todas las garantías, sin que sea la menor la audiencia prevista para la prisión y analógicamente aplicable al internamiento, regulada en el artículo 504 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De todo ello se deriva la infracción del derecho de audiencia otorgado en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2002 en la redacción vigente, determinando que deba revocarse el Auto impugnado, dejando sin efecto el internamiento acordado, sin que proceda otro pronunciamiento respecto de la concurrencia o no de causas que justifiquen ni la expulsión ni el internamiento."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Sevilla.
Fecha: 19 de mayo de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 96/2004.
Ponente: D. José Baena de Tena.
Voz: Expulsión. Falta de motivación.
Resumen: Se estima el recurso interpuesto contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Sevilla que impuso la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de tres años.

"(...) la falta de motivación y proporcionalidad de la resolución recurrida al causarle indefensión, en cuanto desconoce los motivos que la misma ha llevado a decretar la orden de expulsión del territorio nacional en lugar de la sanción de multa prevista de forma general para el tipo de infracción imputada, pues sustituir el régimen sancionador general de multa por el de expulsión es una mera posibilidad de carácter excepcional que requerirá para su aplicación una mínima motivación que la justifique.

La motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; pero en el aspecto formal —exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo— no sólo es una mera cortesía, sino que constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar, en su caso, el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además, y en último lugar, la motivación facilitará el control jurisdiccional de la Administración (artículo 106.1 de la Constitución), que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios. (...).

Como dice el Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 18 de marzo de 2003, si la regla general, en los supuestos de estancia ilegal es la sanción de multa, no se adivinan las razones que hayan llevado a la Administración a imponer la sanción de expulsión, que puede hacerlo, eso sí, pues los términos del artículo 57 así lo permiten, pero ello debe ser motivado para no causar indefensión a la parte, y sobre todo para saber este Juzgado las razones que condujeron a dicha decisión. Al no hacerlo así procede la estimación del recurso, y la anulación de la resolución recurrida por falta de motivación de la misma, sin que frente a ello puedan prosperar los razonamientos del Sr. Abogado del Estado, pues no se está en presencia de un criterio de proporcionalidad ni de falta de competencia, sino de total ausencia de motivación para decretar la expulsión. (...).

(...) la Sentencia de la sede de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 26 de noviembre de 2002 dice: «(...) Estamos, por tanto, ante un supuesto de ejercicio de una potestad con amplio margen de discrecionalidad, aunque delimitada negativamente en cuanto se recogen los supuestos en los que no cabe imponer la sanción más grave. Como tal potestad discrecional, según el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, exige motivación en su ejercicio.

La motivación es precisamente un mecanismo de control con función de garantía que posibilita el

conocimiento de las razones por las cuales la Administración actúa cuando dispone de diversas posibilidades, todas igualmente válidas. De este modo el interesado es conocedor del motivo o razón que invoca la Administración para adoptar esa concreta decisión y, en consecuencia, el afectado por la misma puede contraponer las alegaciones y medios de defensa que estime oportunos en salvaguarda de sus intereses así como posibilita el control por parte de los Tribunales del actuar administrativo».

Es decir, y como resumen de lo dicho, no se discute la facultad discrecional de la Administración para imponer la sanción de expulsión, sólo se reprocha que no motive su actuación máxime cuando hay que considerar que el artículo 58 de la LO 4/2000 establece, y así se ha aplicado, que toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez."

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª
Fecha: 12 de septiembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 2947/2002.
Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.
Voz: Permiso de residencia inicial en España. Régimen no laboral. Denegación de solicitud de exención de visado. Menor de edad. Falta de acreditación de la tutela.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de doña E., en relación con dos resoluciones de la Subdelegación del Gobierno en Álava, por las que se acuerda la denegación de la exención de visado para la tramitación de solicitud de permiso de residencia inicial solicitada por el recurrente.

"B) Posición de la parte recurrente.

En el escrito de demanda se afirma que la recurrente, nacida el 23 de noviembre de 1986, es natural y nacional de Argelia; que llegó a España con intención de residir en Vitoria-Gasteiz, donde tiene el domicilio su hermana, doña S. que es residente legal en España y cuenta con permiso de trabajo por cuenta ajena vigente hasta el 17 de febrero de 2005. Alega que doña S. es tutora de la recurrente y le proporciona los medios de vida suficientes; y que, como resultado de ello, la recurrente se encuentra empadronada en el municipio de Vitoria-Gasteiz, acude al aula de extranjeros del Instituto de Enseñanza Secundaria F.B. y tiene previsto matricularse en un curso de Educación Secundaria.

Sostiene, como motivo de impugnación, que la resolución inicial recurrida vulnera el artículo 49.2.c) del Real Decreto 864/2001, que prevé el otorgamiento de la exención de visado para los menores de edad que estén sujetos a la tutela de un extranjero residente legal en España.

Considera, además, que la Administración debía haber aconsejado a la interesada que solicitara el reagrupamiento familiar, de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 17.c), en relación con el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

C) Posición de la Administración demandada.

(...).

La recurrente no se encuentra en el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 49.2 del Real Decreto 864/2001 ya que, siendo menor de edad, la documentación aportada no acredita que esté sujeta a la tutela de la hermana que cuenta con permiso de residencia en España. Los documentos que aporta no son admisibles como prueba. El documento n.º 4 es una mera manifestación unilateral de la hermana

de la recurrente; y los obrantes a los folios 7 y 8 del expediente administrativo son meras fotocopias, sin cotejo o compulsa alguna que acrediten que concuerda con el original; en segundo lugar, la traducción ha sido efectuada por un traductor privado, y no reúne los requisitos para que pueda producir efectos en España; a mayor abundamiento, en dicho documento el padre de la recurrente únicamente apodera a su hija mayor para la regularización de los documentos administrativos de su hermana; sin que pueda establecerse mediante dicho documento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 y siguientes del Código Civil, que la recurrente está bajo la tutela de su hermana.

Finalmente, la resolución recurrida no restringe el derecho a la reagrupación familiar. De forma distinta, quien hubiera podido optar al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, de conformidad con el supuesto del artículo 17.c) de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, hubiera debido ser la hermana de la recurrente; sin que se haya acreditado, en todo caso, que dicha hermana sea la representante legal de la ahora recurrente.

La denegación de la solicitud de exención de visado comporta la denegación del permiso de residencia inicial, por ser aquél un documento necesario para la concesión de éste, en aplicación del artículo 46.a) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. (...).

Situada la cuestión en los estrictos términos referidos a si la documentación aportada por la recurrente al procedimiento administrativo reúne o no los requisitos formales necesarios para producir en España los efectos propios de la sujeción de la extranjera recurrente a la tutela de doña S., la contestación debe ser inequívocamente negativa, por las razones exhaustivamente expuestas por la defensa de la Administración del Estado.

En efecto, el documento en lengua árabe presentado por la parte actora no cumple con los requisitos de traducción requeridos para producir efectos probatorios en este proceso. Pero, a mayor abundamiento, se trata de un documento privado cuyo contenido literal, según la traducción presentada por la parte actora, tampoco cabe ser identificada con el contenido propio del instituto jurídico de la tutela del menor; sino, más propiamente, con el de una manifestación privada de apoderamiento efectuada por don C.J. a favor de doña S. para la regulación de los documentos administrativos de su hermana E., nacida el 23 de noviembre de 1986 en El- Amria.

La confirmación de la validez jurídica de la resolución denegatoria de la exención de visado lleva, en este caso, aparejada la confirmación de la validez jurídica de la resolución denegatoria del permiso inicial de residencia, al venir ésta fundada en la falta de aportación del visado de residencia en vigor que exige el artículo 46.a) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, como documentación específica para la tramitación de la solicitud inicial del permiso de residencia temporal.

Por último, debe subrayarse que no resulta aplicable a la actuación administrativa que se sujeta a control jurisdiccional el artículo 17.c) de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, que regula el supuesto de reagrupación familiar de los extranjeros en situación de residencia en España; toda vez que la concreta solicitud formulada en la vía administrativa por la extranjera ahora recurrente, que se resuelve mediante los actos administrativos que se sujetan a control jurisdiccional no constituye, en modo alguno, una forma de ejercicio del derecho de reagrupación familiar."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza.
Fecha: 10 de diciembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 347/2003.
Voz: Permiso de residencia laboral y permiso de trabajo. Denegación.

Permiso de residencia

Resumen: El Juzgado estima parcialmente el recurso interpuesto por don J., contra la resolución que denegó el permiso de trabajo y residencia.

"El motivo de la denegación del permiso de trabajo fue que el informe gubernativo era desfavorable (...) y la desestimación del permiso de residencia laboral fue que se había denegado el permiso de trabajo. El simple enunciado del motivo de denegación pone de manifiesto dos errores, el primero es que se mencionó un precepto equivocado, ya que se dice que el 74.1.h) es del RD 155/1996, cuando es del RD 864/2001, Reglamento actual de extranjería y posterior a la solicitud del permiso, no siendo por tanto aplicable, ya que la solicitud se pidió bajo la vigencia del RD 155/1996, cuyas causas de denegación se regulan en el artículo 82. Ello a su vez supone que se ha incurrido en una suerte de círculo vicioso, al aplicar la norma equivocada, ya que se ha denegado el permiso de trabajo por una causa gubernativa, la existencia de una irregularidad en la estancia, y el permiso de residencia se ha denegado por una causa laboral que a su vez se basa en una gubernativa, fruto todo ello de la mezcla del procedimiento del RD 155/1996 y de la norma sustantiva del RD 864/2001, teniendo en cuenta que el RD 155/1996 no prevé como causa de denegación del permiso de trabajo la de que haya un informe gubernativo negativo, sin perjuicio de que concedido el citado permiso de trabajo, pueda el de residencia ser denegado si hay un obstáculo de tipo gubernativo. Por tanto, por este motivo ya se podía estimar el recurso en cuanto no se puede denegar el permiso laboral por problemas de residencia.

Por otro lado, en cuanto a la causa alegada para la denegación que sería la de estar incurso en causa de expulsión, teniendo abierto el respecto expediente, ha quedado sin efecto, dada la sentencia absolutoria de 21 de noviembre de 2001 del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Zaragoza (...).

(...).

Pues bien, en cuanto a la entrada por fuera de los pasos habilitados, la propia sentencia penal dice que el recurrente entró por paso habilitado, en concreto por un aeropuerto, donde fue advertida su entrada por la policía. Respecto de las otras, ya no se sostienen, una vez absuelto, por lo cual la causa de denegación subsistiría."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª

Fecha: 22 de enero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1078/2001.

Ponente: Dña. Nuria Cleries Nerin.

Voz: Denegación de permiso de residencia en régimen general laboral. Regularización.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso formulado por la representación de don L.A., y declarar ajustada a derecho la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, que denegó la petición de obtener permiso de residencia en régimen general laboral.

"Según se desprende del examen del expediente administrativo, la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona de 29 de setiembre de 2000 impugnada, fundamenta la denegación de la solicitud de permiso de residencia en régimen general laboral presentada por el recurrente, de nacionalidad marroquí, el 20 de junio de 2000, por no quedar debidamente acreditado en el procedimiento tramitado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1.1 párrafos 1.º y 2.º del Real Decreto 239/2000, ya citado, de «encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación» y «haber sido titular de permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000, inclusive». (...).

Permiso de residencia

Debe confirmarse la corrección jurídica de la resolución del Subdelegado del Gobierno en Barcelona de 29 de setiembre de 2000, ya que el recurrente no puede acogerse al proceso de regularización establecido en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al no concurrir los requisitos establecidos en dicha sede normativa.

Por otra parte, y contrariamente a lo manifestado por el recurrente tampoco cumple los requisitos exigidos en el RD 142/2001, de 16 de febrero, que establece el proceso de regularización previsto en la disposición transitoria cuarta de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, pues a pesar de modificar la fecha de estancia mínima en España a la fecha en que la disposición entra en vigor (2 de marzo de 2001), la norma continúa exigiendo que se acredite el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el RD 239/2000, y el recurrente no ha probado que hubiera sido titular de permiso de trabajo y/o residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la LO 4/2000, o bien haber solicitado permiso de trabajo y/o residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000.

Procede, consecuentemente, desestimar el recurso contencioso-administrativo, al ser la resolución impugnada conforme a Derecho.

No obstante, conforme obra en el recurso, por resolución de la Subdelegación del Gobierno de 17 de julio de 2001 el recurrente ha obtenido el permiso de residencia temporal, con vigencia hasta el 16 de julio de 2002, razón por la cual, si bien no fue posible legalizar su situación en España cuando formulo la solicitud que ha sido objeto de este procedimiento, atendido los diversos procesos de regularización y las diversas modificaciones legislativas, podría afirmarse que el recurrente ha visto satisfechas en parte sus pretensiones de forma extrajudicial."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª
Fecha: 30 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 613/2002.
Ponente: D. Eduardo Saavedra Maldonado.
Voz: Denegación de permiso de residencia. Arraigo.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Girona que acuerda denegar el permiso de residencia solicitado por el recurrente.

"La resolución considera que con la documentación aportada por el aquí recurrente no se prueba la existencia de causas excepcionales o humanitarias que justifiquen la excepcional medida que permite la ley, añadiendo que no se justifica ni la entrada en España ni un solo indicio del arraigo en nuestra sociedad. (...).

En el presente supuesto se aducen por el recurrente dos motivos por los que, a su juicio, debe estimarse el recurso: en primer lugar la aportación de diversos documentos como justificación de permanencia en España antes del 23 de enero de 2001 y en segundo lugar y a mayor abundamiento realiza una serie de comentarios de tipo general sobre las dificultades de los ciudadanos de Gambia.

Efectuada la debida ponderación sobre los documentos aportados se decide que no concurren las exigencias legales pues la prueba aportada no se considera suficiente para acreditar la estancia —distinto de la (mera) presencia— en España del recurrente y por lo mismo y habida cuenta que no concurre situación de arraigo.

En este caso el recurrente aduce dos únicos motivos: en primer lugar pretende la no conformidad a derecho de la resolución combatida alegando que la misma no ha tenido en consideración la situación de arraigo en España del recurrente y en segundo lugar considera que se ha producido una vulneración de artículo 9.2 de la Constitución española.

Por lo que se refiere al primero de los motivos hay que afirmar que no consta en autos el menor indicio de tal arraigo (pues ni se prueba que el recurrente haya permanecido en nuestro país tres años, al menos, anteriores a la fecha en que se solicitó el permiso denegado; ni matrimonio con español o española; ni el tener descendencia española; o permiso de trabajo y residencia anterior o cualquier otra circunstancia que, siquiera indiciariamente, permita afirmar que existe dicho arraigo, el cual, al menos, debe entenderse como establecimiento de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas).

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del artículo 9.2 de la CE cabe traer a colación doctrina que esta Sala ha mantenido reiteradamente sobre la cuestión y a tal efecto y título de ejemplo se transcribe lo ya decidido y mantenido en Sentencia de 14 de abril de 2000 dictada en el recurso n.º 345/2000:

Se está ante una compleja legislación en la que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente sino que responde al standard mínimo que rige en otros países de nuestro entorno socio-político. Así todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana (derecho a la vida, a la intimidad física y moral) garantizados por los Tratados y Pactos internacionales están reconocidos a los ciudadanos extranjeros. Pero, además de limitaciones constitucionales (como el artículo 23 de la CE en relación con el artículo 13.2) existen los llamados derechos no absolutos en los que el control del Estado no ha desaparecido por completo pudiendo ser objeto de su ejercicio y disfrute de restricciones por los Estados, con la sola exigencia previa de que una ley determine su exacto alcance y contenido (artículo 13 de la CE). (...).

El Tribunal Supremo viene reiterando (Sentencias de 27 y 28 de febrero, 15 de junio, 7 de julio, 21 de septiembre y 22 de noviembre de 1990, 3 de junio de 1997, 12 de enero, 3 de febrero, 11 de mayo y 13 de julio de 1998) la necesidad de la motivación de la resolución para el debido conocimiento de los interesados y la posterior defensa de sus derechos sin que baste la mera cita del articulado legal que protege el mercado nacional de empleo para desestimar una pretensión. Sin embargo ha dicho también en sus sentencias del 25 de febrero y 7 de marzo de 1991, que «no cabe confundir la brevedad y la concisión de los términos con la falta de motivación», reputando motivación suficiente la expresión de no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional al cubrir con un extranjero la actividad solicitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.4.a). (...).

Como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 94/1993, de 22 de marzo, la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 de la CE, y STC 107/1984, f.j. 3.°), ni por consiguiente pertenece a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella.
En consecuencia, el reconocimiento y efectividad de este derecho de configuración legal está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para el acceso y estancia en el territorio español de los ciudadanos extranjeros. Esto es, «los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (artículo 13.1 de la CE)» —Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 116/1993, de 29 de marzo—."

Permiso de residencia

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª

Fecha: 30 de enero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1086/2001.

Ponente: Dña. Ana Rubira Moreno.

Voz: Denegación de permiso de residencia. Regularización.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña M.T. contra la resolución dictada el 21 de septiembre de 2001 por el Subdelegado del Gobierno en Tarragona, que deniega a la recurrente el permiso de residencia.

"En defensa de su pretensión anulatoria la parte actora alega que la recurrente solicitó el permiso de residencia en el proceso de regularización convocado para otorgar el permiso a los extranjeros que estuvieran en España antes del 31 de julio de 2001 y pudieran demostrar que se encontraban en dicho territorio antes del 23 de enero de 2001, y en atención a lo dispuesto en el artículo 31.4 de la LODLE. Pese a tener arraigo y aportar una oferta de trabajo el permiso de residencia se le deniega por la prohibición de entrada en el espacio de Schengen hasta el 16 de febrero de 2002. Esa prohibición además de que ya ha caducado fue retirada con anterioridad por Italia, además de que el documento 2 del expediente no es irrefutable al no aportar dato alguno. Tampoco era causa de denegación ya que no había entrado en vigor ni la Ley ni el Reglamento, y el motivo de la prohibición de entrada, de carecer de documentación para residir en un país extranjero, actúa como presupuesto para la regularización. Entró en España antes del 23 de enero de 2001 y los extranjeros que tenían órdenes de expulsión vieron cancelada la orden y pudieron solicitar su regularización. (...).

Obran en el expediente administrativo los siguientes datos de interés para la resolución del presente recurso: 1. Solicitud del permiso de residencia presentada el 1 de agosto de 2001, a la que acompaña una oferta de trabajo y otra solicitud de fecha 11 de julio de 2001, en la que no consta fecha de entrada en las dependencias de la Administración, copia del pasaporte, certificado de empadronamiento en Caspe, nota de ingreso en una Caja de Ahorros, y certificado de cotizaciones de la empresa que hace la oferta de trabajo; 2. Informe de la Unidad Provincial de Extranjería y Documentación de Tarragona, de fecha 16 de agosto de 2001, en el que se indica que a la recurrente le consta la prohibición de entrada en territorio Schegen hasta el 16 de febrero de 2002, acordada por Italia. (...).

Obra en el expediente administrativo el informe elaborado por la Unidad Provincial de Extranjería y Documentación, Oficina Unica de Extranjeros, de fecha 16 de agosto de 2001, en el que se recoge que a la recurrente le consta la prohibición de entrada en territorio Schengen hasta el 16 de febrero de 2002, adoptada por Italia. Pese a que la defensa de la parte actora indica que esa prohibición fue anulada, se trata de una mera alegación sin acreditación alguna, que no puede ser atendida; tampoco lo puede ser la referida a la caducidad de la prohibición de entrada ya que el acto aquí recurrido se dictó antes de la fecha de vencimiento de esa prohibición, produciendo todos los efectos que le eran propios, bastando para su acreditación con el documento obrante en el expediente administrativo con el número 2, emitido por un funcionario público cuando no se aporta razón ni elemento de prueba contrario al mismo. Esa prohibición resulta suficiente para denegar el permiso de residencia y trabajo, sin perjuicio de la nueva solicitud que pueda presentarse expirado el plazo de vigencia fijado y habiéndola acordado uno de los países comprendidos en el espacio Schengen vincula a los demás, sin que proceda el examen de la causa que la determinó, que tampoco consta, en atención a la normativa interna de otro Estado.

Se alega la cancelación de la prohibición de entrada de otros extranjeros y la consecuente regularización de su situación en el país, pero esa circunstancia, además de que no se acredita, tampoco podría ser atendida ya que los precedentes administrativos que no se ajustan a las determinaciones del ordenamiento jurídico no vinculan a este Tribunal.

No cabe atender a los demás requisitos exigidos para la obtención del permiso de residencia por estar incurso la recurrente en una causa de denegación prevista en la normativa aplicable."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª
Fecha: 30 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1081/2001.
Ponente: Dña. Ana Rubira Moreno.
Voz: Permiso de residencia en régimen general laboral. Regularización.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don F., contra la resolución dictada el 21 de agosto de 2001 por el Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que deniega al recurrente el permiso de residencia en régimen laboral solicitado.

"La resolución de 21 de agosto de 2001 deniega al recurrente el permiso de residencia que no queda debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1.1.1.º y 2.º del Real Decreto 239/2000, de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación y haber sido titular de permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado el permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, inclusive.

En defensa de su pretensión anulatoria la parte actora alega el 10 de abril de 2000, en cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en relación con el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, presentó solicitud de permiso de trabajo y residencia, según el formulario del Real Decreto 155/1996, ya que residía en España desde el 4 de diciembre de 1998, y el 10 de mayo del mismo año presentó otra solicitud para el procedimiento de regularización del Real Decreto 239/2000, por lo que de oficio debió concedérsele el permiso.

A dicha pretensión se opone la Administración demandada alegando que el permiso se denegó por falta de acreditación del requisito establecido en el artículo 1.1.2 del Real Decreto de 18 de febrero de 2000, de haber sido titular del permiso de residencia y trabajo o haberlo solicitado en fecha anterior al 31 de marzo de 2000. La solicitud de permiso al amparo del Real Decreto 155/1996 no debe surtir efecto por ser de fecha posterior a 31 de marzo de 2000, no especificar el tipo de permiso que se solicita, ni acompañar oferta de trabajo. (...).

Con la documentación aportada con la solicitud del permiso de residencia se podía entender que el recurrente cumplía con el primero de los requisitos exigidos en el artículo 1 del Real Decreto antes citado, ya que disponiendo de visado para los Estados de Schengen consta en el pasaporte que entró en España el 4 de diciembre de 1998; pero, ni en el expediente administrativo ni en las actuaciones queda acreditado que antes del 31 de marzo de 2000 hubiera solicitado permiso alguno. (...).

Al no constar que el recurrente hubiera presentado solicitud del permiso de residencia antes del 31 de marzo de 2000, no cumplía con los requisitos exigidos en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, como dispone el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, por lo que hay que estimar conforme a derecho el acto impugnado que deniega al recurrente el permiso de residencia, procediendo por ello desestimar el recurso."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 13 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 550/2002.
Ponente: Dña. Begoña González García.

Permiso de residencia

Voz: Denegación de permiso de residencia en régimen general laboral. Existencia prohibición entrada en Espacio Schengen. Razones humanitarias.

Resumen: El Tribunal desestima los recursos intepuestos por don A., contra la resolución de 21 de agosto de 2002 de la Subdelegación del Gobierno en Burgos por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 24 de mayo de 2002 por la que se deniega el permiso de residencia temporal en régimen general laboral.

"Y son antecedentes necesarios de los cuales se ha de partir para la adecuada resolución del presente recurso, que el objeto del mismo es la denegación el permiso de residencia por tener el recurrente una prohibición de entrada en Espacio Schengen hasta el 23 de junio de 2004 a requerimiento de Italia, también es cierto que la denegación del permiso de trabajo no fue recurrida y aunque se invoca por el recurrente que no fue notificada, lo cierto es que a pesar de ello, no se interpone el recurso contra la denegación del permiso de trabajo, aun cuando hubiera tenido conocimiento de aquélla, cuando se le notifica la denegación del permiso de residencia, ya que el escrito de interposición de ambos recursos se limita a formular el mismo contra las denegaciones del permiso de residencia temporal, lo cual nos conduciría a determinar que siendo la denegación del permiso de residencia consecuencia de dicha denegación del permiso de trabajo, son conforme a derecho, pues se trata de una residencia en régimen laboral, ya que la denegación que ahora nos ocupa se produce al amparo de lo establecido en el artículo 87.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, denegación que no impide la obtención de un permiso de residencia ordinario temporal o definitivo, ya que trata solo de la denegación del permiso de residencia en régimen laboral, como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de septiembre de 2002, rec. 230/2002. (...).

Por lo que ante la interdependencia entre ambos permisos, ello conduce a considerar que denegado el permiso de trabajo, procedía la denegación del permiso de residencia en régimen laboral, no como si de una confirmación de un acto firme y consentido se tratará, sino como una consecuencia obligada por esta interdependencia, habida cuenta que en el presente caso y con relación a la denegación del permiso de trabajo, aunque estimamos que la denegación del mismo, no se encuentra correctamente recurrida, aun en el supuesto hipotético de entender que la notificación no se hiciera en forma correcta pues se omite la relación concreta de la persona que recibe aquélla, lo cierto es que dicha denegación del permiso de trabajo no adolece de los defectos denunciados, por cuanto se encuentra dictado por el órgano competente, (...).

En el presente caso la denegación de los permisos se basa en la existencia de una prohibición de entrada en el territorio Schengen, hasta junio de dos mil cuatro a requerimiento de Italia y esto es un hecho cierto, aunque la explicación de que inicialmente existan informes contradictorios, es únicamente debido a la fecha de los mismos ya que uno es de 26 de noviembre de 2001 y otro de 7 de marzo de dos mil dos, folios 14 y 15 del expediente administrativo 550/2002, teniendo en cuenta, así mismo, que el recurrente motiva dos peticiones idénticas con ofertas de trabajo distintas en fechas distintas y por mucho que el recurrente haya querido probar que la prohibición de entrada se refiriese solo a Italia o al resto de territorio Schengen o si se le notificó la citada resolución en Italia, o si se trataba de una orden de expulsión o un expediente de expulsión, todos ellos son elementos que carecen en absoluto de trascendencia en el presente procedimiento en España (...).

Por lo que en el presente caso no se da tal supuesto, ni existe la posibilidad de invocar la existencia de un permiso de residencia anterior por cuanto el recurrente solo dispuso de un permiso de trabajo que fue revocado, ni se aprecian razones humanitarias o excepcionales ya que para que concurran las

mismas como se reitera en las siguientes sentencias así la Sentencia Tribunal Superior de Justicia n.º 1042/1999 Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 15 octubre de 1999, dictada en el Recurso contencioso-administrativo n.º 4370/1996:

«En cuanto a la invocada existencia de razones humanitarias que justificarían la permanencia del actor en España, neutralizando la resolución de expulsión, también esta Sala ha señalado con anterioridad siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que en supuestos de esta naturaleza no es exigible una prueba plena sobre los hechos que sirven a sustentar la concurrencia de la causa excepcional... 'partiendo del hecho de que en determinados países existen unas circunstancias socio-políticas que implican la subversión de los valores democráticos y humanos, lo que conlleva a la persecución por razones de raza, de religión, o la pertenencia a determinado grupo social o político, que es contrario al sistema imperante en los Estados Democráticos, se dan circunstancias de convulsión e incertidumbre que impiden la obtención de elementos probatorios que acreditan la condición o situación de perseguido, pues no cabe olvidar que tales circunstancias condicionan la conducta de los nacionales de aquellos Estados, obligándoles a exiliarse o imponiéndoles la salida de su país de origen, al ser perseguidos, hostigados, acusados y enjuiciados en razón de la diferencia de ideas, opiniones o creencias que sostienen'.

Se ha elaborado, así, la doctrina de los 'fundados temores' en virtud de la cual, a los hechos objetivos que se deducen de la realidad política y social del país de origen, han de añadirse aquellos otros que, subjetivos en la persona, pero objetivos a su vez en su determinación, producen indicios suficientes para dar por probada la realidad sobre el peligro que pueda correr el interesado de haber quedado en su país, o de verse obligado a retornar.

En el caso presente ningún dato se aporta a partir del cual concluir, cuanto menos indiciariamente la concurrencia de las circunstancias que inciden en la apreciación de las razones humanitarias impetradas, por todo lo cual resulta procedente la desestimación de la pretensión actora».”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª

Fecha: 18 de febrero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 275/2002.

Ponente: D. Joaquín José Ortiz Blasco.

Voz: Denegación de permiso de residencia temporal. Falta de acreditación de arraigo en España.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en el que se impugna la resolución del Subdelegado del Gobierno en Tarragona de 26 de febrero de 2002, por la que se 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.

Además, debe tenerse en cuenta que 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.

Permiso de residencia

La expresión circunstancias excepcionales se configura como un concepto jurídico indeterminado, que no supone el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración, antes, por el contrario, ésta 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 precisar 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 motivos 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, habida cuenta que no consta que sus padres tengan la condición de residentes legales en España. Es más, este Tribunal, en Sentencia de 31 de octubre de 2003, ha declarado conforme a Derecho la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Tarragona, de 26 de febrero de 2002, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que deniega la solicitud de permiso de residencia a la madre del recurrente, doña C., y en Sentencia de 30 de enero de 2004 ha declarado conforme a Derecho la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Tarragona, de 26 de febrero de 2002, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que deniega la solicitud de permiso de residencia al padre del recurrente, don J.C."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª

Fecha: 20 de febrero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1226/2001.

Ponente: Dña. Ana Rubira Moreno.

Voz: Denegación de permiso de residencia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don V., contra la resolución dictada el 17 de octubre de 2001 por el Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que deniega el permiso de residencia solicitado por el recurrente.

"La resolución recurrida recoge que con la documentación aportada no queda justificado que el interesado se encontrara en España antes del 23 de enero de 2001, ni que mantenga una situación de arraigo, considerando como tal la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, anterior residencia legal en España o existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles. No reúne los requisitos previstos en el artículo 31.4 de la LODLE, en relación con los criterios fijados por la Delegación de Gobierno para la Extranjería y la Inmigración con fecha 8 de junio de 2001.

La pretensión de la actora se basó, en síntesis, en las siguientes consideraciones: 1. El recurrente se encuentra en España desde los primeros días de 2001, viviendo en Barcelona como se prueba en el expediente administrativo, quedando acreditado el arraigo en territorio español.; 2. Concurren circunstancias excepcionales de carácter humanitario para concederle el permiso por ser de Sierra Leona; 3. No ha cometido ninguna actividad ilegal en territorio español. (...).

Obran en el expediente administrativo los siguientes datos de interés para la resolución del presente recurso: 1. Solicitud de permiso de residencia en régimen no laboral, de fecha 17 de julio de 2001, a la que acompaña copia de una solicitud de cédula de inscripción presentada el 1 de junio de 2001, solicitud de empadronamiento de 7 de junio de 2001, certificado médico de 11 de julio de 2001, certificación emitida por el Cónsul Honorario de la República de Sierra Leona en Barcelona, en la que se indica que el recurrente refiere ser de ese país, sin que le pueda expedir el pasaporte solicitado por no tener competencia para ello ni para tramitar la solicitud, requerimiento por documentación incompleta en

el expediente seguido con la solicitud de cédula de inscripción y cuestionario; 2. Resolución de 17 de octubre de 2001, que deniega el permiso. (...).

En cumplimiento de lo establecido en la disposición final primera del citado Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, se dictó la Orden de 19 de noviembre de 1997, de régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España por circunstancias excepcionales, cuyo artículo 1 dispone que será de aplicación: a) A las personas consideradas como desplazadas, según establece el artículo 1 de la disposición adicional primera del Real Decreto 203/1995, de 1 de febrero; b) A aquellas personas a las que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo, el Ministro de Interior haya autorizado su permanencia en España a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, al concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; c) A las personas en las que concurran razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobas, o de interés nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país; d) A las personas en las que concurran razones de seguridad nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país.

En el caso de autos, contrariamente a lo defendido por la actora, no queda debidamente acreditado que el recurrente se encontrara en España antes del 23 de enero de 2001, ya que toda la documentación aportada es de fecha posterior; tampoco la concurrencia de circunstancias excepcionales que deban ser atendidas ya que no resulta suficiente para esa fin las alegaciones referidas a la situación del país de origen del recurrente, cuando no consta circunstancia concreta que le alcance y que deba ser atendida y sirva de fundamento a la concesión del permiso de residencia.

Procede, pues, desestimar el recurso."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª

Fecha: 24 de febrero de 2004.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1380/2002.

Ponente: D. Joaquín José Ortiz Blasco.

Voz: Denegación de permiso de residencia temporal por arraigo. Inexistencia de circunstancias excepcionales.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso intepuesto por don J.I., en el que se impugna la resolución del Subdelegado del Gobierno en Girona que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que deniega el permiso de residencia temporal por arraigo.

"El artículo 53.1 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, aplicable al presente caso por razones temporales, establece que podrá otorgarse un permiso de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos previstos en la disposición adicional 1.ª del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, así como cuando concurran razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobos, de interés nacional o de seguridad nacional que así lo justifiquen.

En desarrollo de esta disposición se dicta la Orden de 19 de noviembre de 1997, por la que se regula el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España por circunstancias excepcionales, siendo objeto de aplicación a las personas que se encuentren en alguna de las situaciones referenciadas en el artículo 1 de esta Orden. (...).

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.

Además, debe tenerse en cuenta que 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 expresión circunstancias excepcionales se configura como un concepto jurídico indeterminado, que no supone el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración, antes, por el contrario, ésta 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 precisar 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 motivos 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 una situación de arraigo entendida como la incorporación real al mundo laboral o la existencia de vínculos con familiares extranjeros residentes legales o españoles."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Zaragoza.
Fecha: 27 de febrero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 446/2003.
Voz: Permiso de residencia temporal por arraigo.
Resumen: El Juzgado estima el recurso interpuesto en representación de don M., y reconoce como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a que le sea concedido el permiso de residencia temporal por arraigo.

"En el presente caso se presenta junto con la petición inicial, copia del Pasaporte (...), copia de un recibo de utilización de los servicios del Albergue de Zaragoza de 14 de mayo de 2000 (...). que antes de que se procediera al requerimiento de documentación añadió a la documentación oferta de trabajo (...).

El requerimiento de documentación aunque inicialmente se intentó notificar al domicilio reseñado en la solicitud, y se acordó que iba a ser publicado en el BOP, consta que finalmente sí llegó a ser notificado en el domicilio indicado en su escrito de 28 de noviembre de 2001 (...), el día 15 de marzo de 2002. Por tanto y en principio habrá que convenir con la Administración en que este requerimiento se notificó correctamente pues además se hizo antes de que llegara a conocimiento de la Administración el nuevo cambio de domicilio (...) en abril de 2002.

La cuestión no es por tanto decidir si está correctamente notificado el requerimiento sino si es conforme a derecho decretar el desistimiento (...) al no haber aportado la documentación precisa para acreditar los requisitos exigibles para conceder el permiso por arraigo. La respuesta en este caso debe ser negativa, pues cuando se decide el archivo, consta documentación (recibo del albergue), consta el Pasaporte y consta la oferta de trabajo. Habrá por tanto que decidir si estos documentos son suficientes para conceder el permiso, pero no cabe en derecho decretar el archivo del expediente.

Así las cosas y debiendo por tanto entrar en el fondo de la petición ha de indicarse que junto a los docu-

mentos ya aludidos se aportó... 8) un certificado del cónsul de la Embajada de Egipto en Madrid (...) en el que se hace ver que el recurrente ya se inscribió en el Registro de la Embajada el 15 de noviembre de 1998. En la interposición del recurso se aporta el original de ese certificado de la Embajada y un certificado del Vicesecretario General del Ayuntamiento de Zaragoza de 19 de julio de 2002 en el que se indica que el recurrente ha vivido en Zaragoza durante el año 2000. Todos estos documentos son originales y con ellos ha quedado acreditado que el recurrente se encontraba en España antes del 23 de enero de 2001, por lo que el informe que consta en el expediente relativo a la poca fiabilidad del documento aportado debe decaer. Existiendo además oferta de trabajo no hay motivo por el que no deba concedérsele el permiso solicitado."

Tribunal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Zaragoza.
Fecha: 6 de mayo de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 21/2004.
Voz: Autorización para residencia y concesión de visado.
Resumen: El Juzgado estima el recurso interpuesto en representación de don M., y reconoce como situación jurídica individualizada el derecho a la continuación del procedimiento en lo que se refiere a la autorización para residencia y concesión de visado.

"(...) de la oferta y certificado del INEM, no se obtiene la conclusión que se ha alegado por la Administración en el acto del juicio. La oferta es para carpintero artesanal y nada indica que el acto —que en ejecución de la medida cautelar ha sido contratado por la empresa—, no sea efectivamente carpintero con los mismos requisitos y perfil solicitado al INEM. El hecho de que se haya solicitado una experiencia es lógico si lo que se pide es un oficial de 1.ª como carpintero y el que se haya pedido una determinada edad, ciertamente no parece que sea imprescindible para ser carpintero. Ocurre sin embargo que no tenemos constancia pues no hay informe alguno que lo diga, si hay carpinteros —de cualquier edad—. No existiendo ese dato debe estimarse que el certificado se corresponde con la oferta y que se ha cumplido el artículo 70.1.1.b) del Reglamento.

En cuanto a que cabía denegar el permiso por no haberse solicitado por el Contingente para el año 2003, cabe decir lo mismo que se ha venido diciendo (...) en relación con el Contingente del año anterior el 2002 y que podemos resumir en que es perfectamente posible la tramitación del permiso ordinario sin tener que acudir al contingente. (...).

Pues bien en el presente caso no hay informe que permita sostener que hay demandantes de empleo y sin embargo hay certificado negativo (...), resulta obligado anular la resolución presunta y reconocer al menos el derecho de la recurrente a la autorización para trabajar, debiendo de continuarse la tramitación respecto del permiso de residencia (...).

Se opone que no se ha presentado la solicitud de visado, es evidente que esto hubiera sido causa de denegación de la autorización para trabajar (...), sin embargo es claro que si no se ha presentado la solicitud de visado es poruqe la Administración con incumplimiento del artículo 9.5 del Reglamento no le comunicó el NEV, por lo que para poder continuar con la tramitación de la autorización para residir preciso será condenar a la Administración a que se conceda (...) para que la parte pueda solicitar el visado."

MEDIDAS CAUTELARES

Tribunal: Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 8 de abril de 2003.
Voz: Medida cautelar positiva. Permiso de trabajo.
Recurso: 83/2003.

Medidas cautelares

Resumen: La Sala acuerda suspender la resolución administrativa impugnada en el sentido de que no resultara posible durante la tramitación del proceso adoptar por la Administración ninguna medida impeditiva para el desarrollo de la actividad laboral sin que ello suponga la necesidad de dictar autorización de carácter provisional.

"Aun siendo cierto que, como afirma el Sr. Abogado del Estado, la jurisprudencia viene, con carácter general, denegando la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo impugnado en los supuestos de resoluciones de contenido negativo, como ocurre en el presente caso con la denegación del permiso de trabajo solicitado, no es menos cierto que las circunstancias concurrentes en el presente caso determinan que, de no acceder a lo solicitado el recurso pudiera perder su finalidad, sin que se alegue por la Administración ningún perjuicio que de la adopción de la medida cautelar pudieran derivarse para los intereses públicos."

Tribunal: Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 1 de Zaragoza.
Fecha: 8 de enero de 2004.
Voz: Medida cautelar. Obligación de abandonar el territorio nacional. Autorización provisional para trabajar.
Recurso: 779/2003.
Resumen: El Juzgado accede a la medida cautelar de suspensión de salida obligatoria que se solicita y se concede al actor la medida de autorización provisional para trabajar.

"El Tribunal Supremo entiende que para proceder a la suspensión del acto de expulsión o de advertencia de salida obligatoria ha de atenderse a la concreta situación de arraigo personal, familiar, económico o social del recurrente (...). También entiende el Alto Tribunal que cuando existe pendiente de resolución una petición de exención de visado o de regularización (...) es procedente la suspensión, acordando en sentido contrario (...), que cuando no hay arraigo, ni pendiente regularización o petición de permiso y cuando la pretensión no tiene apariencia de prosperabilidad, no procede la suspensión de la orden de expulsión o de advertencia de salida obligatoria «ya que entonces la suspensión vendría determinada automáticamente por la simple solicitud o la interposición del recurso lo que, evidentemente, no es el propósito del legislador» (STS de 14 de marzo de 2002).

En el presente caso el período de tiempo que lleva residiendo en el país, alcanza el que es apreciado como bastante para determinar que existe arraigo con el país (un período de dos años), del empadronamiento en Utebo se deduce que vive en esa localidad desde hace dos años. Pero además no es desdeñable la apariencia de prosperabilidad del recurso al acreditar que el empresario solicitó la intervención del INEM y que no pudo contratar antes que al recurrente a ningún trabajador y ello en atención a las Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza que establecen que la existencia del contingente no es motivo para la denegación del permiso de trabajo.

Procede por tanto suspender la orden de salida obligatoria.

Procede decretar también la medida cautelar de autorización provisional para trabajar solicitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 79.1.b) del RD 864/2001. Se trata de una medida provisional que asegura el perjuicio de poder trabajar mientras se tramita el procedimiento, situación que aun siendo de menor importancia que la aludida de permanencia en el territorio nacional genera como se alega unos perjuicios irreparables pues durante la tramitación del recurso el recurrente puede subvenir con su trabajo a sus necesidades y de su familia. Y ello aun teniendo en cuenta que el interés público demanda que sólo pueda concederse este permiso cuando concurran todos los requisitos legales, pues se aprecia de forma notoria que la denegación del permiso es contraria a derecho. Son reiteradas las ocasiones en que este Juzgador se ha pronunciado

sobre la disconformidad a derecho de la denegación de permiso de trabajo basada en la superación del Contingente de 2002 y en este caso se ha aportado certificado del INEM en el que se expresa que para la actividad especializada no hay demandantes de empleo.

Procede por tanto conceder esta medida cautelar durante la tramitación del permiso."

Tribunal: Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3 de Zaragoza.
Fecha: 22 de enero de 2004.
Voz: Medida cautelar positiva. Denegación del permiso de trabajo y residencia.
Recurso: 71/2004.
Resumen: El Juzgado acuerda estimar la medida cautelar solicitada y suspender la orden de salida contenida en la resolución recurrida, así como la medida cautelar positiva de que se le conceda un permiso para trabajar provisional.

"Para resolver sobre la cuestión de la suspensión de la orden de salida, debe de examinarse si se producen perjuicios que hagan perder su finalidad al recurso, siendo determinante en ello la existencia de un posible arraigo, es decir de un conjunto de relaciones personales, familiares, laborales o patrimoniales de las que deba colegirse que la salida de España causará un grave perjuicio al recurrente, que bien hará perder la finalidad al recurso bien resultará difícil o imposible su reparación.

En este caso, se ha probado que conoce las costumbres e idiomas, dada su nacionalidad, que lleva empadronada más de dos años en España, y que tiene una oferta de trabajo en firme, lo cual determina su arraigo por todo lo cual procede estimar la medida cautelar solicitada de suspensión de la orden de salida.

Lo anterior nos lleva a resolver la segunda solicitud, que es la de que se autorice temporalmente el trabajo, permitiéndole el acceso a la Seguridad Social. Aun cuando este Juzgado ha sido especialmente reacio a tales medidas, que están permitidas por el artículo 129 de la Ley 30/1992, porque implican conseguir precisamente aquello a lo que no se tiene, según la administración, derecho, en una materia además, la de extranjeros, en la que supone en la práctica —por la consolidación de la situación por medio de matrimonios, situaciones de prórroga, regularizaciones, etc.— la adquisición de un «status» jurídico nuevo, haciendo ilusoria la resolución administrativa aunque finalmente se confirme, debe de reconocerse que hay situaciones especialmente relevantes que pueden ser merecedoras de tal permiso. (...).

Pues bien, en el caso presente se nos dan toda esa serie de circunstancias que permiten llegar a la conclusión de que en este caso procede la concesión de la medida positiva solicitada. Así, en primer lugar, se ha dicho de forma reiterada por el Juzgado que procede la concesión del permiso cuando no se pueda cubrir el puesto con el mercado nacional de trabajo en circunscripción provincial y, en según que trabajos, comarcal o local. En segundo lugar, hay un principio de prueba por escrito, procedente de la propia Administración, que nos indica que éste podría ser uno de tales casos, en concreto el certificado de 23 de febrero de 2002, inmediatamente anterior a la solicitud de 6 de marzo de 2002, por el que se indicó que no había demandantes de empleo para el puesto concreto. En tercer lugar, no parece que sea éste uno de los casos en que resulta sencilla la vuelta al país de origen, que exige un billete de avión y es relativa a un país en grave crisis económica. Finalmente, se trata de un caso muy concreto, en el que la medida cautelar positiva no corre el peligro de convertirse en un portillo general que acabe con la labor de control de la inmigración.

Por último se debe de tratar un último extremo, que no se ha mencionado, que es el de la posible pérdida de la finalidad del recurso, ya que la recurrente se vería obligada a abandonar el territorio, al no tener medios extralaborales de mantenimiento, o al

menos no constan, o bien se vería obligada a renunciar a la oferta de trabajo, en tanto en cuanto el ofertante, lógicamente, puede no querer tenerla trabajando si no la puede asegurar, con el riesgo inherente de sanción que le puede acarrear, estando ante un tipo de trabajo, el de empleada de hogar, en el que el ofertante normalmente tiene unas necesidades perentorias que no pueden esperar varios años, si se apela, la resolución definitiva por los tribunales."

Tribunal: Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3 de Zaragoza.
Fecha: 5 de febrero de 2004.
Voz: Medida cautelar. Suspensión de la ejecución del acto administrativo consistente en la denegación del permiso de trabajo. Arraigo.
Recurso: 300/2003.
Resumen: El Juzgado acuerda acceder a la medida cautelar de suspensión de la orden de abandonar España en el término de quince días y al propio tiempo, acceder a la medida de contenido positivo solicitada y conceder al demandante la medida de autorización provisional para trabajar.

"Centra la parte la solicitud en la consideración de que la ejecutividad del acto administrativo le supondría un grave perjuicio, por cuanto se vería obligado a salir del país. Señala también la no afectación para el interés público.

Destacar que el recurrente en virtud de la certificación apuntada, aporta un indicio de prueba del que resulta un cierto arraigo en nuestro país. De manera que aunque sea a efectos dialécticos sí que puede admitirse la existencia de cierto perjuicio además de en la simple expectativa de obtener el permiso de trabajo y residencia solicitado.

Atendido por ello el tiempo transcurrido en nuestro país que le supone al menos un mínimo arraigo, el motivo de denegación del permiso, que es un motivo de carácter formal y la inexistencia de antecedentes desfavorables en su contra, procederá estimar la medida cautelar en cuanto a la obligación de salida del territorio nacional en el término de quince días. (...).
Es evidente que el interés público exige que la concesión del permiso sólo proceda cuando concurran todos los requisitos legales que hacen aparecer la pretensión con una apariencia de buen derecho y de prosperabilidad en cuanto al fondo, debiendo apreciarse que la denegación, aun siendo presunta, es contraria a derecho, lo cual puede afirmarse con fundamento en las reiteradas sentencias de este Juzgado estimando los recursos interpuestos por denegación del permiso de trabajo basada en la superación del Contingente de 2002. Siendo preciso además acreditar indiciariamente la existencia de perjuicios que justifiquen la concesión de la medida.

En el presente caso se aporta la oferta de trabajo que le fue efectuada y la certificación del INEM en la que se indica la existencia de demandantes de empleo para la actividad solicitada. Por otro lado, la documentación también aportada permite estimar un cierto arraigo y la consiguiente existencia de perjuicios derivados de la imposibilidad de desarrollar una actividad remunerada."

Tribunal: Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3 de Córdoba.
Fecha: 5 de marzo de 2004.
Voz: Medida cautelar positiva. Desestimación presunta de solicitud de permiso de residencia y trabajo.
Recurso: 2/2004.
Resumen: El Juzgado acuerda acceder a la medida cautelar de contenido positivo solicitada y conceder al demandante la medida de autorización provisional para trabajar.

"(...) lleva razón el Sr. Abogado del Estado cuando señala que no se ha producido dicha resolución, pues no consta que se haya ordenado al recurrente la salida obligatoria del país, orden que en su caso, debería producirse en el caso de que fuera denegado el permiso interesado, pero mientras no se produzca esa orden expresa, no puede entenderse existente y por tanto, no es susceptible de suspensión.

En cuanto a la medida de contenido positivo, procederá acceder a la misma y acordar la autorización provisional para trabajar solicitada (...). Es una medida que permite al recurrente desarrollar una actividad laboral mientras se tramita el procedimiento y que aun teniendo menor importancia que la normalmente solicitada de permanencia en el territorio, supone una situación en la que el extranjero durante la tramitación del recurso no va a poder trabajar y por tanto no va a poder subvenir a sus necesidades ni a las de los suyos.

Es evidente que el interés público exige que la concesión del permiso sólo proceda cuando concurran todos los requisitos legales que hacen aparecer la pretensión con una apariencia de buen derecho y de prosperabilidad en cuanto al fondo, debiendo apreciarse que la denegación, aun siendo presunta, es contraria a derecho, lo cual puede afirmarse con fundamento en las reiteradas sentencias de este Juzgado estimando los recursos interpuestos por denegación del permiso de trabajo basada en la superación del Contingente de 2002. Siendo preciso además acreditar indiciariamente la existencia de perjuicios que justifiquen la concesión de la medida.

En el presente caso se aporta la oferta de trabajo que le fue efectuada y la certificación del INEM en la que se indica la inexistencia de demandantes de empleo para la actividad solicitada. Por otro lado, la documentación también aportada permite estimar un cierto arraigo y la consiguiente existencia de perjuicios derivados de la imposibilidad de desarrollar una actividad remunerada."

(Véase en este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza de 5 de febrero de 2004; Pieza Separada de Suspensión 4/2004.)

Tribunal: Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, n.º 3 de Córdoba.
Fecha: 5 de marzo de 2004.
Voz: Medida cautelar positiva. Autorización provisional de residencia y trabajo.
Recurso: 71/2004.
Resumen: El Juzgado acuerda la adopción de medida cautelar urgente consistente en la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión del territorio nacional acordada en resolución de 1 de diciembre de 2003 de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba, y así mismo se concede autorización provisional de residencia y trabajo por un plazo máximo de dos años para que el extranjero pueda trabajar como mozo para la empresa W.S. S.A, a cuyo fin la Administración le deberá facilitar la oportuna documentación.

"En el caso que nos ocupa y aun cuando lo que acuerda directamente la resolución impugnada es la denegación del permiso de residencia, y consecuentemente el de trabajo, hecho negativo respecto del que, como norma general y sin perjuicio de lo que después se diga sobre este particular, no cabe adoptar medidas cautelares, no cabe duda de que al tiempo y aunque sea incidentalmente la resolución contiene un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la expulsión del territorio nacional si el interesado no lo abandona voluntariamente en el plazo que al efecto se concede, y este pronunciamiento no tiene ya un contenido negativo y puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad (SSTS 23 de julio de 2002 y 20 de julio de 2002).

(...) la parte recurrente ha aportado documentos relativos a su estancia en España desde el año 2001, la realización de trabajos de traducción para la Administración de Justicia y Fuerzas de Seguridad, la debida identificación y registro como extranjero, la realización de cursos de formación laboral, el empadronamiento en esta ciudad donde reside en una vivienda arrendada y la existencia de una oferta de trabajo a su favor como comercial de lana, todo lo cual constituyen indicios suficientes y principio de prueba de los que se pueden extraer racionalmente y aun a título presuntivo la consecuencia de que tiene efectivamente arraigo en nuestro país, desde el punto de vista social, laboral y económico, lo cual determina que proceda la adopción de la

medida cautelar solicitada en cuanto a la expulsión del territorio nacional.

Ahora bien, la parte recurrente no se limita a pedir la medida cautelar de suspensión de la expulsión u obligación de abandono del territorio nacional sino que insta también medidas positivas consistentes en la autorización provisional para trabajar por cuenta ajena conforme a la oferta de trabajo presentada. El Tribunal Supremo en materia de resoluciones sobre extranjería ha declarado la procedencia de adoptar medidas cautelares positivas equivalente a la suspensión de los efectos positivos de la denegación acordada, al venir tales medidas amparadas en un principio en los artículos 24.1 de la CE y 1428 de la LEC de 1881, y actualmente de manera más clara en el artículo 129.1 LJCA. Y ello aunque como antes se ha dicho la regla general ante actos de contenido negativo como la denegación del permiso de residencia o de trabajo sea la de no adoptar las medidas cautelares por suponer esa concesión provisional de los permisos una anticipación del resultado del proceso.

Pero como declara la STS 20 de julio de 2002, citando otras como la de 13 de noviembre de 2000, 20 de enero, 17 de abril y 11 de diciembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002, es posible y se debe, si procede, suspender las consecuencias de un acto negativo, entre otras la obligada salida del territorio, además de la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas. (...).

En razón de lo expuesto y teniendo particularmente en cuenta que no parece congruente en casos de arraigo acreditado como el que nos ocupa, suspender la orden de expulsión o la obligación de abandonar el territorio nacional, y al tiempo denegar la posibilidad de que el ciudadano extranjero que permanece en nuestro país mientras se sustancia el procedimiento, pueda ejercer un trabajo lícito con el que poder atender a sus necesidades vitales de sustento y alojamiento, así como que el recurrente como se ha dicho aporta datos sobre una concreta oferta de trabajo. Por el contrario lo lógico es que si por resolución judicial se le autoriza a permanecer en España provisionalmente, en la misma resolución se le autorice que con la misma provisionalidad pueda desarrollar el trabajo ofertado a ese fin de subsistencia. Eso sí, (...), esta autorización provisional y cautelar no puede suponer que obtenga por esta vía más de aquello a que se tendría derecho de estimarse el recurso, por lo que, sin perjuicio de posterior renovación, la autorización para trabajar, no puede tener una duración superior en caso de alargarse el pleito a la prevista por el artículo 41.8 del Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000 aprobado por RD 864/2001 en relación con su artículo 79.b)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 7 de marzo de 2003.
Recurso de Apelación: 268/2002.
Ponente: D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.
Voz: Medidas cautelares. Denegación de permiso de trabajo con obligación de salir del territorio nacional.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valladolid en el que se denegó la medida de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado.

"Entiende la parte apelante que la decisión de primera instancia infringe el derecho a la medida cautelar suspensiva en vía jurisdiccional que consagra el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y debe ser revocada por cuanto que no apreció la existencia de verdaderos perjuicios de carácter irreparable para ella si se produjese su salida del territorio nacional, ello por la carencia de recursos económicos para regresar.

Estas escuetas alegaciones que se vierten en el escrito de apelación no permiten llegar a la estimación del recurso interpuesto, y ello por las siguientes razones:

A) porque para nada se ataca el argumento fundamental del Auto impugnado, consistente en negar

todo tipo de arraigo a la recurrente en territorio nacional, aspecto especialmente destacado por la reiterada doctrina jurisprudencial que cita dicha resolución judicial para que pudiera llegar a considerarse procedente la suspensión de una resolución administrativa como la impugnada;

B) porque la alegación genérica de existencia real de perjuicios carece de una mínima base probatoria que la sustente cuando no se ha aportado ningún dato que permita valorar su situación económica. Es cierto que carece de trabajo en la actualidad y en territorio nacional, pero tal dato no permite afirmar con la rotundidad que se hace que ello determine una carencia de medios económicos para regresar desde su país de origen cuando fuese dictada la supuesta sentencia estimatoria de la pretensión anulatoria en el proceso principal."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 18 de marzo de 2003.
Recurso de Apelación: 5/2003.
Ponente: D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.
Voz: Medidas cautelares. Falta de arraigo. Nacionalidad saharaui.
Resumen: El Tribunal desestima el recurso en el que se denegaron las medidas cautelares solicitadas por entender que no concurrían en la recurrente circunstancias de especial arraigo que pudieran servir para enervar el efecto ejecutivo del acto administrativo impugnado.

"El recurso de apelación se denuncia la indebida aplicación de los preceptos que regulan las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción de 1998 y para ello se incide, de una manera más amplia y profusa, en el argumento empleado en la instancia para solicitar la adopción de la medida cautelar, cual es su origen o nacionalidad Saharahui.

La parte apelada se opone al recurso por entender ajustado a derecho el Auto.

Los hechos expuestos por el recurrente acerca de la situación política de su país de origen, aunque puedan ser de cierta notoriedad, no pueden servirnos para admitir su planteamiento pues sería necesario que hubiera aportado un principio de prueba sobre el hecho de haber sido objeto de persecución política o de ser militante en la lucha por la independencia de su país (STS de 13 de julio de 2002). Por ello no cabe sino concluir en la procedencia de no acceder a la medida de suspensión del acto administrativo solicitada por el recurrente, pues resulta evidente que la razón esgrimida por aquél para justificar la adopción de tal medida no puede quedar incluida dentro de los criterios de arraigo en España (familiar, social o laboral).

Por otro lado, no está acreditado en esta pieza, y la parte no rebate en ese extremo los argumentos del Auto apelado, que al momento de dictarse la orden impugnada tuviese pendiente algún procedimiento de regularización de su estancia en territorio nacional, sin que, por lo demás, pueda admitirse la alegación que dicho acuerdo le impedirá legalizar su situación de futuro y en base a una norma que dato del año 2000.

Como decimos, el recurrente no emplea argumentos para rebatir los razonamientos con que el Auto impugnado rechazaba los motivos en que apoyo su pretensión cautelar."

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Fecha: 11 de diciembre de 2003.
Recurso: Recurso de suplicación n.º 4572/2003.

Ponente: D. José Malpartida Morano.
Voz: Reclamación de cantidad. Incompetencia de jurisdicción. Trabajos amistosos entre extranjeros.

"PRIMERO: De acuerdo con lo previsto por el artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, los Órganos Judiciales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en los que les venga atribuida por ley, debiendo, a tenor de lo prevenido en el n.º 6 de tal artículo 9 citado, apreciar de oficio la existencia o no de tal jurisdicción, por lo que la Sala no solo puede, sino que debe revisar el total de las actuaciones habidas en el presente proceso a fin de determinar, con libertad de acción y sin sujeción a los hechos probados de la sentencia de instancia ni a los concretos motivos establecidos en el recurso de suplicación propuesto, si se estima o no con jurisdicción para conocer y decidir la pretensión actuada.

En tal sentido, el artículo 9.5 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece que los Órganos Judiciales del Orden Social de la Jurisdicción conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la misma rama de tal carácter del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos o cuando sea materia de Seguridad Social o la Legislación Laboral atribuya responsabilidad del Estado, lo que, en sustancia, es recogido de nuevo por el artículo 1 de la LPL de 27 de abril de 1990, cuyo artículo 2 establece un total de quince cuestiones litigiosas, a las que se une la cláusula general de las demás que le atribuyan, quedando conforme el cuadro jurisdiccional con la mención que verifica el artículo 3 de la LPL de 1990 en relación con tres tipos de pretensiones (actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo en materia Laboral, recaudación de cuotas de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y libertad sindical y huelga de funcionarios) excluidos del conocimiento por parte de esta Jurisdicción y remitidos a la Contencioso-Administrativa.

SEGUNDO: En aplicación de tales criterios y, valorando objetivamente los medios probatorios aportados, procede confirmar la sentencia combatida, que aprecia incompetencia de jurisdicción, ya que jamás existió vínculo laboral alguno, sino una relación de íntima amistad entre la demanda y los padres de la actora, quienes le rogaron acogiesen a su hija gratuitamente en tanto encontraba trabajo, pues todos son de Ecuador, aparte de que la demandante carecía de permiso de trabajo."

* * *

NOTA: Esta escueta sentencia podría pasar inadvertida si no nos detuviéramos en los hechos de los que trae causa, que provocan en este caso la singularidad de que la demanda presentada sea en reclamación sobre derecho y cantidad a otra persona que tiene la condición de inmigrante.

El Tribunal reconoce una realidad social habitual en el colectivo de inmigrantes, como es la convivencia en un mismo domicilio de varias personas entre las que no existen necesariamente vínculos familiares, y generalmente de la misma nacionalidad. En esa convivencia se establecen peculiares relaciones de ayuda mutua que, de entrada, resultan de difícil calificación jurídica. En el concreto supuesto que resuelve la sentencia que ahora comentamos, la actora, de nacionalidad ecuatoriana, convivía con la demandada, de igual nacionalidad, y otros compatriotas. Entre sus familias existía una gran amistad hasta el punto de que la demandada le había abonado los gastos del viaje a España con el fin de que buscase trabajo. A cambio de los gastos de comida, vestido y alquiler, la actora, al igual que el resto de las personas que residían en el mismo domicilio, colaboraba en las tareas de limpieza del hogar, en la compra y en el cuidado de algún menor; por la realización de dichas tareas no recibía ninguno de los habitantes de la casa retribución alguna.

De los hechos probados se deduce que nos encontramos ante un trabajo excluido del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, según dispone su artículo 1.3.d), esto es, el realizado a títu-

lo de amistad, benevolencia y buena vecindad. En consecuencia, tanto como apreció el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia, es de aplicación la excepción de incompetencia de jurisdicción. Lo que llama la atención, sin embargo, es que el Tribunal tras declarar que no existe vínculo laboral alguno sino una relación de íntima amistad concluye su fundamentación señalando "aparte de que la demandante carece de permiso de trabajo". Esta advertencia parece que pretende asumir cierta doctrina judicial ya superada que entiende que la falta de permiso de trabajo llevaría también a la apreciación de la incompetencia de jurisdicción (por todas, STSJ Castilla-León de 30 de enero de 1992).

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Fecha: 13 de noviembre de 2003.
Recurso: Recurso de suplicación n.º 150/2002
Ponente: D. Gregorio Ruiz Ruiz.
Voz: Carencia de permiso de trabajo por cuenta propia. Alta en el RETA: imposibilidad.

"TERCERO: [...] el artículo 10 de la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/2000, sanciona que el acceso al sistema de la Seguridad Social se producirá "de conformidad con la legislación vigente". Y la realización de un trabajo por cuenta propia que permite la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en el caso de los trabajadores extranjeros, está condicionada, de acuerdo con lo que disponen los artículos 36 y 37 de la misma Ley Orgánica, a la concesión del correspondiente permiso o autorización administrativa. Sólo la posesión del mismo «habilita» en última instancia, y tras la acreditación de, en su caso, los requisitos para el desarrollo de la actividad citada, para realizar dicho trabajo «por cuenta propia». No otra cosa puede deducirse del artículo 37 citado que determina que «para la realización de actividades económicas por cuenta propia, en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano, habrá de acreditar haber solicitado la autorización administrativa correspondiente, cuando proceda, y cumplir todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada y obtener del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la autorización prevista en el artículo 36 de esta Ley». Artículo 36 que, por su parte y ya en su primer apartado, establece que los extranjeros «para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar». La ausencia de dicha autorización, o su no acreditación por el interesado tal y como sucede en el caso examinado, impide reconocer la práctica o desarrollo de una actividad o trabajo por cuenta propia que permita la inclusión en el RETA. No puede decirse además, y finalmente, que la exigencia legal de una autorización administrativa a los trabajadores extranjeros vulnere el principio de igualdad sancionado en el artículo 14 de la Constitución. En este punto no puede sino recordarse el contenido de la doctrina constitucional dictada a tal efecto y que concluye en el sentido indicado afirmando que «en esta materia nada exige que deba existir igualdad de trato» (STC 107/84, F.J. 4.º). Ninguna infracción legal en definitiva puede por tanto reconocerse en la sentencia impugnada que no ha hecho otra cosa que aplicar dichos mandatos legales. El recurso debe ser, por todo ello y como se ha indicado, desestimado."

* * *

NOTA: El pronunciamiento judicial aborda cuestiones de hondo calado que han acarreado, y acarrearán, problemas prácticos evidentes.

Como se sabe, una de las cuestiones por las que el legislador ha prestado menor atención ha sido la autorización del trabajo por cuenta propia. Desde antes de la reforma de 2000 en materia de extranjería, veníamos criticando la improcedencia de

exigir no sólo la solicitud, sino el cumplimiento de cuantos requisitos se exigen por la normativa de aplicación referidos a la actividad que se pretendía iniciar, antes de saber si la autorización se había o no concedido. Ello no solo supone un desembolso económico importante e inútil si no se produce el otorgamiento del permiso, sino que también implica un enriquecimiento carente de justificación de las Administraciones implicadas, que recaudan impuesto o tasas –en el presente caso el IAE y la tasa por licencia de apertura– de difícil reintegro al solicitante si la autorización no se concede.

En el presente caso, la solución judicial formalmente resulta impecable. Teniendo en cuenta que lo que se pretendía por el recurrente era la afiliación al RETA, a la vista de la normativa de aplicación (artículos 1, 2 y 3 Decreto 2530/70) resulta imposible si no se acredita la obtención de la autorización.

No es, por otra parte, trasladable la doctrina judicial y jurisprudencial que en el caso de la autorización por cuenta ajena anterior a la normativa de la Ley de Extranjería de 2000 venía dando carta de naturaleza al hecho de la solicitud del permiso, y atendidas las circunstancias del caso –a su previsible concesión–, para otorgar así al trabajador extranjero unos derechos y/o protección que sólo se infiere de este tipo de actividad y no de la efectuada por cuenta propia, y que en cualquier caso justificada en la evitación de un enriquecimiento injusto por parte del empresario (por todas, STS de 21 de marzo de 1997).

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Fecha: 31 de octubre de 2003.
Recurso: Recurso de suplicación n.º 514/2002.
Ponente: D. Francisco Javier Sanz Marcos.

"SEGUNDO [...] Establece el párrafo primero de este artículo [36.3 de la LOEx modificada por LO 8/2000] una regulación similar a la contenida en el 15.11 de la Ley Orgánica 7/1985, para señalar que los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar, pero introduce una sustancial y vital diferencia en su párrafo tercero cuando dice 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 de los derechos del trabajador extranjero». Tan contundente aserto tan sólo puede ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud sostiene la precitada sentencia de la Sala los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores incluida una eventual reclamación por despido. Como es de ver, la regulación actual señala de forma expresa que la carencia de la preceptiva autorización administrativa «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero», introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantiene por ello íntegros y sin limitación.

Alude dicha sentencia al elemento gramatical, «sentido propio de sus palabras», para poner de manifiesto que 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 descartar que tales derechos han de respetarse en su integridad con independencia de las consecuencias jurídicas que la irregular concertación de la realidad laboral pudiere desplegar en otros ámbitos para referirse, a continuación, a los antecedentes históricos y legislativos, ya que de haber querido el legislador mantener la misma situación jurídica preexistente a la entrada en vigor de la Ley 4/2000 resultaba del todo innecesaria la precisión que se hace en el párrafo tercero del artículo 33 para dejar a salvo la validez del contrato de trabajo, cuando la ordenación de las consecuencias jurídicas derivadas de la carencia de permiso de trabajo, que en la conjunta aplicación de los artículos 7.c) y 9 del Estatuto de los Trabajadores y 15.11 de la Ley Orgánica 7/1985 que se revoca y sustituye, conllevaban no sólo a generar frente al empresario las responsabilidades a que dé lugar sino también a la completa ineficacia de un contrato de trabajo que se consideraba por este motivo invalidado. Con estos antecedentes la nueva Ley indica de forma expresa que la falta de la autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo, modificando de esta manera los efectos que anteriormente se derivaban de esta situación, en lo que sólo puede interpretarse como una voluntad del legislador de dar un tratamiento jurídico diferente a la misma. En lo que abunda una circunstancia nada desdeñable, cual es el hecho de que en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 operada por la Ley Orgánica 8/2000 no se modifica el contenido de este artículo cuando se altera su numeración, pese a que en el largo período transcurrido entre la vigencia de una y otra norma la doctrina científica ya había puesto las consecuencias jurídicas derivadas del mismo, sin que el legislador hubiere considerado necesario variar en este punto la redacción de la Ley Orgánica 4/2000 que reformaba profundamente la anterior regulación sobre la materia.

Señala, por último, el reseñado precedente judicial como elemento sociológico, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, y el elemento teleológico, su espíritu y finalidad confirman asimismo la interpretación de una Ley con la que se ha querido proteger al trabajador extranjero como víctima y principal perjudicado de una realidad social que demuestra la frecuente contratación irregular por empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de la posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias que derivan de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral. Es consciente el legislador de que el mayor damnificado por la ilegal actuación del empresario es el propio trabajador, y con esta modificación legal se han querido garantizar plenamente sus derechos laborales reconociendo que no es suficiente para ello la exigencia al empresario de responsabilidades administrativas e incluso penales, con las que se sanciona al empleador pero no se consigue la aplicación en beneficio del trabajador de tales derechos. Con la nueva Ley trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exige al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta forma dos distintos ámbitos jurídicos con los que se quiere abarcar todo el conjunto de obligaciones legales que el empresario debe asumir cuando contrata irregularmente a un trabajador extranjero, añadiendo a las penales y administrativas que ya eran preexistentes a la entrada en vigor de esta nueva Ley, las de carácter laboral que con esta diferente reglamentación de la materia se incorporan.

TERCERO: Al prescindir la sentencia recurrida de una consolidada doctrina de la Sala (que la de la misma fecha reitera) no sólo se resolvió (contradictoriamente con la decidida incompetencia jurisdiccional que dejó imprejuzgado el fondo de la cuestión planteada) en contra de la validez del contrato

laboral suscrito entre los colitigantes sino que dejó sin decidir la adecuación a derecho de su extinción y la consecuente procedencia o improcedencia del despido por el que se acciona. Cuestión esta que la Sala no puede entrar a resolver al no contenerse en el recurso extraordinario interpuesto contra la misma (exclusivamente dirigido a interesar su acogida nulidad) precepto jurídico-sustantivo relativo a tal legal calificación; cuya estimación propicia (en razón a la causa que motiva su aceptación) el rechazo del formalizado de contrario con la exclusiva finalidad de proponer la modificación del relato judicial de los hechos con amparo en una irrevisable prueba de testigos."

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
Fecha: 10 de junio de 2003.
Recurso: Recurso de suplicación n.º 715/2003.
Ponente: D. Francisco Martínez Cimiano.
Voz: Contrato de trabajo de extranjero carente de permiso de trabajo. Efectos.

"PRIMERO: La revisión solicitada de los hechos probados resulta intrascendente para el signo del fallo, ya que pretende justificar la naturaleza laboral de la relación con la empleadora, pero no obvia el contenido del séptimo de los hechos probados, es decir que la actora no tenía permiso de residencia ni de trabajo en España. Tal revisión, como el motivo segundo, tienen por objeto una controversia distinta, la existencia de relación laboral, pero el proceso de despido no es en este caso el marco adecuado para resolverla, ya que la carencia del permiso de trabajo supone la falta de acción, como a continuación se expone.

SEGUNDO: Los contratos concertados con extranjeros que carezcan de permiso de trabajo son nulos porque se trata de un supuesto de violación de normas imperativas o prohibitivas. El artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores hace referencia a estos contratos que conculcan las normas exigentes de que en España únicamente puedan trabajar los extranjeros que han obtenido el pertinente permiso de trabajo.

La legislación específica a que se remite el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores está constituida fundamentalmente por: la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Los artículos 33 y 35 de tal Ley disponen que los extranjeros que deseen trabajar en España por cuenta ajena «deberán obtener el permiso de trabajo». La falta no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, pero sí invalida el contrato, ya que el contrato se ha celebrado y requisito del mismo es el correspondiente permiso. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 23 de noviembre de 1.984 expresa la compatibilidad de la constitución con este requisito administrativo previo.

Por ello debe estimarse que un contrato de trabajo como el de autos, sin obtención de los permisos de residencia y trabajo, que ni siquiera se han instado, es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores. Tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO: Es requisito necesario entonces la tenencia simultánea de permiso de residencia y de permiso de trabajo, preceptos que son de derecho necesario, por pertenecer al orden público, siendo la carencia de tal requisito esencial una circunstancia que afecta a la capacidad de contratar, para determinar inexcusablemente su incumplimiento la nulidad de pleno derecho los contratos celebrados, en íntima conexión con el artículo 6.3 del Código Civil que dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno

derecho, y ello sin perjuicio de la obligación empresarial de retribuir el trabajo realizado en todo caso a fin de evitar un enriquecimiento injusto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que este precepto reconoce el derecho a exigir, en el supuesto de contrato declarado nulo, la remuneración que correspondería a un contrato válido.

Es doctrina constante, ya mantenida por el extinto Tribunal Central de Trabajo (STCT de 17- 5-1983, RTCT 4374; 26-4-1984, RTCT 3738; 28-2-1985, RTCT 1394) y antes, incluso, Sentencia del Tribunal Supremo de 20-12-1982 (Ar. 7872) y de 21-3-1997 (Ar. 3391).

Todo ello supone la nulidad del contrato, la falta de acción y la inexistencia de despido, sin perjuicio del eventual derecho de la actora a percibir la retribución pertinente, de acreditarse la relación laboral y, en el ámbito de un proceso distinto del despido".

* * *

NOTA: Estas dos últimas sentencias, de signo muy distinto, ponen de manifiesto que la cuestión en torno a las consecuencias que acarrea la falta de autorización para trabajo de extranjeros sobre el contrato de trabajo en absoluto resulta todavía pacífica.

La STSJ de Cataluña reitera la doctrina sentada por la paradigmática del mismo Tribunal de 14 de mayo de 2002 que, por primera vez, de forma rotunda manifiesta que de la regulación contenida en el artículo 36.2 de la LOEx reformada por LO 8/2000 (artículo 33.3 de la versión originaria, se deduce que el contrato es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales y administrativas a que pudiera dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo (de la que se dio cuenta en el n.º 1 de esta Revista).

La STSJ de Cantabria, que enjuicia una controversia surgida en mayo de 2002, esto es estando vigente la versión de la LOEx modificada por la LO 8/2000, que conoce y menciona, pero sin embargo, advierte que siendo obligatorio para el trabajador extranjero no comunitario hallarse en posesión de los permisos de trabajo y residencia, la carencia de tales autorizaciones convierte en nulo el contrato de trabajo celebrado, al ser contrario a una norma prohibitiva (según lo establecido en el artículo 6.3 del Cc, en relación con el artículos 1275 del Cc) y, por tanto, el extranjero carece de de acción para impugnar el despido, pues técnicamente no existe.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 6 de abril de 2004.
Recurso de casación: 30/2002.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.
Voz: Contingente de trabajadores extranjeros 2002. Inadmisión de solicitudes por el régimen general. Nulidad.

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 6 de abril de 2004.
Recurso de casación: 32/2002.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.
Voz: Contingente de trabajadores extranjeros 2002. Inadmisión de solicitudes por el régimen general. Nulidad.

Permiso de trabajo

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 6 de abril de 2004.
Recurso de casación: 33/2002.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.
Voz: Contingente de trabajadores extranjeros 2002. Inadmisión de solicitudes por el régimen general. Nulidad.

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 6 de abril de 2004.
Recurso de casación: 34/2002.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.
Voz: Contingente de trabajadores extranjeros. Proceso contencioso-administrativo: Legitimación.

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 6 de abril de 2004.
Recurso de casación: 36/2002.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.
Voz: Contingente de trabajadores extranjeros. Proceso contencioso-administrativo: Legitimación.

* * *

NOTA: En números anteriores de esta Revista nos hemos hecho eco de distintos pronunciamientos judiciales que declaraban la nulidad de las resoluciones denegatorias de permisos de trabajo sobre la base del punto noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 2002. La importancia de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo antes reseñadas justifican un comentario independiente, por lo que nos remitimos al que se efectúa en este mismo n.º de la Revista.

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 4 de febrero de 2004.
Recurso: Recurso de casación 5163/2001.
Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

"PRIMERO: La materia a que se refiere el presente recurso de casación versa sobre derechos de los extranjeros no comunitarios a obtener permisos de residencia y de trabajo. Pues por un extranjero de nacionalidad senegalesa se solicitó en su momento renovación del permiso de trabajo por cuenta propia tipo E para la actividad de venta ambulante, que había ejercido durante los años anteriores en los que obtuvo dicho permiso. Esta renovación se denegó por resolución de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, contra la que se interpuso recurso de alzada que fue desestimado por la Dirección General competente. Con posterioridad se denegó a la misma persona permiso de residencia por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, sin duda basándose en la denegación del permiso de trabajo anterior.

El ciudadano extranjero interpuso entonces recurso contencioso administrativo contra el acto denegatorio de la renovación de permiso de trabajo, recurso éste que luego fue ampliado a la denegación de permiso de residencia. El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso pronunciandose en los Fundamentos de Derecho, tras precisar los actos impugnados, sobre si es conforme con el ordenamiento jurídico la denegación del permiso a la vista de los artículos 78.1 y 2 y 82.3 del Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, teniendo en cuenta la motivación de los actos administrativos.

Esta motivación consiste en que, habiendo obtenido con anterioridad permiso para el año precedente, durante dicho año el solicitante no estuvo dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social más que durante 123 días. A la vista de ello la cuestión a resolver en derecho es, según apreció el Tribunal *a quo,* si se cumple el requisito que establece el artículo 78.2 del Reglamento aplicable en el sentido de que ha debido ejercerse una ocupación regular y estable durante la vigencia del permiso anterior.

Se llega a la conclusión de que, realizando la interpretación adecuada, el interesado no incumple el requisito de ocupación regular y estable, pues al efecto correspondiente deben tenerse en cuenta tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad. No procede por tanto exigir un pleno empleo durante todo el año anterior sin tener en cuenta aquellas circunstancias. Se valora además por el Tribunal Superior de Justicia que el período durante el cual trabajó el solicitante en el año inmediatamente anterior fue el mismo e incluso mayor que en años precedentes, en alguno de los cuales solo consta que realizara el trabajo durante 92 días. Sin embargo ello no fue obstáculo para que en su momento se otorgase la renovación del permiso. Además se constata que en la fecha de la solicitud el interesado había reiniciado su actividad, que siguió ejerciendo durante los meses siguientes.

Por otra parte se tiene en cuenta que siempre se llevó a cabo la actividad de venta ambulante durante la época estival, lo que añadido a los datos y extremos anteriores hace que se llegue a la conclusión de que el período de trabajo acreditado al formular la solicitud fue congruente con las características de la actividad realizada. Todo ello determina la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEGUNDO: Contra esta Sentencia recurre en casación el Abogado del Estado en la representación que le es propia, invocando un solo motivo de acuerdo con el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción. No comparece el ciudadano extranjero que obtuvo Sentencia favorable, el cual había sido emplazado en debida forma.

El único motivo del recurso se funda en la infracción de los artículos 15 y 18 de la Ley de Extranjería, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en relación con los apartados a) y c) del artículo 76.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley anterior. El razonamiento contenido en el motivo consiste en definitiva en que el representante procesal de la Administración disiente del criterio mantenido en la sentencia que se recurre. Según se expresa, la exigencia de que en estos casos de renovación de permiso de trabajo se haya tenido durante el año precedente una ocupación regular y estable, así como de que se haya ejercido una actividad laboral continuada, debe mantenerse en todo caso sin que proceda atemperarla a la vista del tipo de trabajo de que se trate, en este caso la venta ambulante. Según el Abogado del Estado, si las características del trabajo realizado no permiten o dificultan el cumplimiento de aquellos requisitos (ocupación estable, actividad laboral continuada) no se tiene derecho a obtener el permiso. El razonamiento se completa expresando que al tratarse, como sucede en el caso de autos, de un extranjero, el peticionario no tiene un derecho subjetivo que no le reconocen la Ley y el Reglamento vigentes, pues no se trata de ciudadanos españoles.

No obstante, esta argumentación no puede acogerse, pues la cuestión planteada debe entenderse resuelta por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, de la que son exponente las Sentencias de 12 de enero de 1998 y 17 de septiembre de 2002 y la más reciente de 13 de mayo de 2003, que se han pronunciado sobre supuestos análogos de obtención o renovación de permiso de trabajo para la actividad de venta ambulante.

En concreto la ultima de las sentencias citadas, que se refiere además a otras anteriores, reitera que la venta ambulante, cuando se acredite en forma que permite la subsistencia del interesado, es una actividad lucrativa continuada. Ello es lo que sucede en el caso de autos, pues es claro que el solicitante de la renovación del permiso, ejerciendo su actividad, subsistió durante los años anteriores en los cuales se le había autorizado para trabajar en España.

Por tanto, de acuerdo con nuestra doctrina jurisprudencial hemos de resolver en este sentido el supuesto ahora planteado, por lo que procede no

acoger el único motivo de casación que invoca el Abogado del Estado y desestimar el recurso."

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 2 de febrero de 2004.
Recurso: Recurso de casación 3156/2001.
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo.

"SEGUNDO: El motivo de casación aducido no concreta como debiera las normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas, pues no es bastante con la alusión genérica que se hace a las que regulan la motivación de las resoluciones administrativas y a las reguladoras de los derechos y libertades de los extranjeros en España, en particular la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Pero aun superando dicho defecto formal el motivo no puede ser acogido porque el Abogado del Estado no combate realmente la verdadera razón de decidir de la sentencia impugnada. Esta ni impone a la Administración el deber de otorgar la renovación del permiso de trabajo a extranjero cuando no concurren los requisitos legales establecidos para ello, ni tampoco efectúa un improcedente desplazamiento en la carga de la prueba, como sostiene el Abogado del Estado en su argumentación.

En efecto, la resolución administrativa denegatoria de la renovación del permiso de trabajo solicitado tenía como fundamento que el interesado había permanecido de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos un período de sesenta y dos días, abarcando el período de 1 de julio de 1996 a 31 de agosto de 1996, y con ello, de acuerdo con el contenido de los artículos 78.2.a) y c) y 82.3 del Real Decreto 155/1996, Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, no se acreditaba una ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso, así como la continuidad en la actividad empresarial. Pero resulta que el Tribunal de instancia considera acreditado en el expediente que el demandante no sólo en las indicadas fechas, durante el mencionado año 1996, sino también en las anteriores y siguientes había desarrollado una vida laboral. Y, además, que existiendo unos permisos de trabajo y residencia no se habían alterado las circunstancias que justificaron su otorgamiento, sin que pudiera presumirse la falta de voluntad de trabajar o la de incorporación a un puesto de trabajo.

El que inicialmente no aparezcan justificados unos determinados requisitos que luego resultan concurrentes, no significa que se imponga a la Administración la obligación de otorgar una renovación del permiso de trabajo sin los requisitos legales, ni tampoco un desplazamiento de la carga de la prueba, sino la necesidad de que se produzca tal otorgamiento una vez que hay constancia de ellos en el expediente administrativo; esto es, una vez que han sido probados a instancia de quien tenía que asumir la correspondiente carga de la prueba."

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 28 de enero de 2004.
Recurso: Recurso de casación 2318/2001.
Ponente: D. Rodolfo Soto Vázquez.

"SEGUNDO: No es admisible la restrictiva interpretación que se propugna en el recurso, como ya se ha cuidado de precisar la doctrina de esta misma Sala.

El artículo 78 del RD citado impone ciertamente la consideración de las circunstancias atinentes a la ocupación regular y estable del solicitante que, si bien refiere al anterior permiso otorgado (renovable anualmente), no puede dejar de conectarse con la actitud subjetiva del solicitante y las incidencias ocasionales del mercado laboral que pudieran resultar ajenas a su voluntad, firme y decidida, de desempeñar un trabajo continuado y estable en nuestro país (Sentencia de este Tribunal de 15 de julio de 2003), puesta en evidencia por su continuada actividad laboral en otros períodos anteriores. Debiendo de tenerse en cuenta, asimismo, que el artículo 78 tan solo impone la consideración y toma en cuenta de dichas circunstancias, y no subordina

necesariamente a su concurrencia el otorgamiento del permiso máxime cuando (Sentencia de 10 de febrero del mismo año) el primer párrafo del artículo 19 de la LO de 1 de julio de 1985 –cuyo contenido se limita a desarrollar el Reglamento que se cita como infringido– estipula claramente que los permisos de trabajo se renovarán siempre que subsistan los mismos motivos que dieron lugar al otorgamiento de los anteriores.

Ninguna razón existe para suponer que hayan desaparecido las razones que dieron lugar a que se otorgase permiso de trabajo en calidad de autónomo al solicitante durante cuatro años, ni puede deducirse su ausencia de la mera ocasionalidad de un período de ocupación de menor entidad durante el cuarto año, por lo que el motivo ha de ser desestimado."

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia Andalucía/Granada.
Fecha: 9 de diciembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 1216/1998.
Ponente: D. Juan Manuel Cívico García.
Voz:. Permiso de trabajo por cuenta propia. Renovación. Ocupación regular y estable.

"CUARTO: (...) la razón esencial del recurso reside en la circunstancias de que la autoridad correspondiente no tuvo en cuenta para la denegación del permiso de trabajo, el propio interés de la empresa contratante, para la que llegar a acuerdos con otra persona y formarla para que desarrolle la misma actividad que venía desempeñando la recurrente, habría de suponer no sólo una carga económica que no puede soportar, sino también un evidente retraso en sus actividades.

Pues bien, ello así, y ante las concretas circunstancias detectadas de las especiales características exigidas para el puesto de trabajo a desempeñar en la empresa de que se trata, de intérprete de los idiomas inglés, francés, español y árabe, de la falta de especificación en la solicitud de informe a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, de la pluralidad de idiomas a manejar por el beneficiado del contrato laboral a realizar –en el pertinente oficio remitido por la Subdelegación del Gobierno sólo se hablaba de la necesidad de «un auxiliar administrativo-intérprete» para empresa de la actividad de obras públicas–, limitándose en consecuencia el Organismo laboral a dictaminar sobre la existencia de numerosos trabajadores inscritos con el perfil indicado, sin expresar nombres y cualidades concretas; y todo ello abonado, además, con la circunstancia añadida de tratarse de una solicitud de renovación de un permiso anterior de contrato preexistente con la empresa del caso, con los perjuicios económicos y de todo tipo, a mayor abundamiento, que podrían derivarse para la misma, que habría de preparar y formar en la actividad al nuevo trabajador a contratar, se entiende procedente por la Sala decretar la estimación del recurso contencioso-administrativo impugnado, para dictaminar la nulidad del acto administrativo atacado, con declaración del derecho de la recurrente a la concesión de los pertinentes permisos de residencia y trabajo."

* * *

NOTA: Los tres primeros pronunciamientos jurisprudenciales extractados resuelven sendos recursos de casación sobre supuestos de renovación de autorización para trabajar por cuenta propia. En los tres casos las sentencias son favorables a la renovación sobre la base de la reiterada doctrina jurisprudencial 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. Así, por ejemplo, y tratándose de venta ambulante se ha considerado por la jurisprudencia que cuando se acredite en forma que dicha actividad permite la subsistencia del interesado se considera que la misma es continuada, con independencia del concreto período de cotización

que resulte. En este sentido, se señala que no existe ninguna razón para suponer que han desaparecido las circunstancias que dieron lugar a la concesión del permiso inicial, por el hecho de que ocasionalmente el último período de ocupación haya sido el menor en un lapso de cuatro años precedentes.

Por lo que respecta a la cuarta de las sentencias reseñadas, que resuelve también un supuesto durante la vigencia de la LO 7/1985 y Reglamento de 1996, el TSJ de Andalucía/Granada tiene en cuenta el interés empresarial concretado en este caso en los perjuicios económicos y de todo tipo que supondría la no renovación al tratarse de un puesto de trabajo de especiales características (conocimiento de inglés, francés, español y árabe) que exigiría una ingente labor de preparación y formación de un nuevo trabajador. En suma, pone de manifiesto que en la articulación del principio de prioridad de mano de obra nacional debe tenerse en cuenta también el interés empresarial en aquellos casos en los que la singularidad de la actividad laboral ha supuesto ya una gran inversión en la formación del trabajador que resultaría estéril de no producirse la renovación del permiso.

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 28 de enero de 2004.
Recurso de Casación: 2444/2001.
Ponente: D. Rodolfo Soto Vázquez.

"PRIMERO Las razones que inducen a este Tribunal a acoger el primer motivo de casación formulado por el Abogado del Estado [quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 18.1.a) de la LO 7/1985 en relación con los artículos 82.1.1.º y 93.1.a) del RD de 2 de febrero de 1996] obedecen a los siguientes argumentos:

1) El primero de los preceptos indicados establece que, tanto para la concesión como para la renovación del permiso de trabajo de ciudadanos extranjeros, se apreciará la circunstancia de que existan trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga ejercer el solicitante, extremo éste eminentemente relacionado con la insuficiencia o escasez de mano de obra en la actividad y zona geográfica correspondiente que se relaciona en el apartado b) del mismo artículo. Y esa norma tiene su complemento en los preceptos reglamentarios citados en el motivo, especialmente en el apartado 1.a) del artículo 93, en la medida en que éste especifica que la Administración podrá solicitar los informes que juzgue necesarios de los servicios públicos de empleo, referidos al área geográfica, actividad económica y tipo de ocupaciones de que se trate.

Consta, pues, en principio el carácter facultativo de esa demanda de informes, al ser lo importante la constancia que se tenga, por cualquier concepto, de los datos relativos a las solicitudes de trabajo de carácter análogo a la demandada por el ciudadano extranjero que evidencie la situación de búsqueda de empleo análogo en que se hallen los ciudadanos de nuestro país, a quienes lógicamente se debe otorgar una protección preferente.

2) En la resolución que denegó el permiso de trabajo se hace constar explícitamente que se demandó el informe mencionado al Instituto Nacional de Empleo, siendo emitido con fecha 2 de mayo de 1997 en el sentido de hacer constar que en la zona de Valencia existían solicitantes de empleo de nacionalidad española en relación con la profesión (peón agrícola) para la que se pedía el permiso de trabajo, sin que resultase que el solicitante ostentase preferencia de ningún tipo sobre aquellos.

Ciertamente que el informe indicado no obra unido a las actuaciones; pero no se ha cuestionado en el curso del expediente administrativo, ni tampoco en el escrito de demanda; ya que la alegación que se mantiene por la parte actora no es otra que la siguiente: a la vista de la falta de incorporación a los autos del certificado referido, ha de estimarse no probada la existencia de solicitantes españoles de ese tipo de empleo y zona.

3) La Sala de instancia, luego de razonar sobre la improcedencia de la denegación de permiso de trabajo por uno de los dos motivos alegados en la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo –que no es objeto de controversia en este recurso–, centra el punto álgido de la cuestión (fundamento de derecho quinto) en la falta de unión a los autos del informe del Instituto Nacional de Empleo citado en la resolución, haciendo hincapié en la falta de demostración que ello supone de los datos que permitan a la Dirección Provincial de Trabajo tener constancia de la existencia en la zona de ciudadanos españoles demandantes de un empleo similar al solicitado, y aludiendo asimismo a la reiterada doctrina de este Tribunal según la cual debe de quedar plenamente acreditada esa demanda en el curso del procedimiento.

Sin embargo, tampoco pone en tela de juicio la realidad de la existencia del informe, limitándose a considerar que su ausencia en los autos equivale a la carencia de datos que permitan fundamentar una resolución denegatoria por ese motivo.

4) El representante de la Administración insiste en el carácter meramente facultativo de la solicitud de informe [artículo 93.1.a) del RD 155/1996], y en la posibilidad de que el permiso de trabajo pueda ser denegado siempre y cuando consten suficientemente a la Administración los datos necesarios para pronunciarse en relación con el tema.

SEGUNDO: La doctrina de esta Sala ha tenido buen cuidado de deslindar entre la denegación de permisos de trabajo carentes de toda motivación –o basadas en motivos imprecisos y excesivamente genéricos– y aquellas que se pronuncian sobre la constancia de datos que permitan afirmar la existencia de trabajadores españoles en la zona correspondiente con demanda de trabajos del mismo grado ocupacional que el indicado en la solicitud, aun cuando esos datos no hayan sido reflejados en una certificación del Instituto Nacional de Empleo. En el primer caso (Sentencia de 27 de enero de 2003) la resolución ha de ser anulada; pero no así en el segundo (Sentencias de 25 de septiembre de 2002 y 25 de marzo de 2003), en las que se deja constancia que el certificado aludido resulta innecesario en aquellos casos en que la autoridad laboral tenga constancia, ya sea directamente, ya a través de cualesquiera organismos competentes, de la pertinente información sobre la situación del empleo.

Es cierto que estas últimas resoluciones han sido dictadas valorando lo dispuesto en el artículo 51 del antiguo Reglamento de la Ley 7/1985, que consideraba expresamente esa dispensa; pero también lo es que el actual Reglamento aprobado por RD 155/1996 mantiene el carácter meramente facultativo de la petición de informes a los servicios públicos de empleo, con lo que no puede sostenerse razonablemente que haya variado el criterio jurisprudencial anteriormente indicado.

Después de declarar en el quinto fundamento jurídico de la sentencia recurrida que ha de quedar plenamente acreditada la existencia de trabajadores españoles en paro en la zona geográfica de que se trate, se concluye que no figura unido al expediente administrativo el informe del Instituto Nacional de Empleo de fecha 2 de mayo de 1997, citado en la resolución impugnada, que permita tener constancia de esa misma circunstancia, siendo obligado entender, por tanto, la inexistencia de trabajadores españoles en paro que impida atender a la petición del súbdito extranjero; sin embargo esa conclusión no es correcta si tenemos en cuenta que la sentencia no está poniendo en duda la existencia del informe y tampoco su veracidad, sino solamente concluyendo que su falta de unión a los autos es motivo bastante para estimar que no obran en poder de la Administración los datos que permitan valorar la procedencia de otorgar el permiso solicitado.

TERCERO: Asiste la razón al Abogado del Estado cuando impugna el fallo estimatorio del recurso apuntado que, para denegar el permiso de trabajo, basta con la constancia de la existencia de traba-

jadores nacionales en paro en relación con la misma clase de ocupación solicitada sin necesidad de reclamar siquiera el informe al Instituto Nacional de Empleo.

En este caso no se pone en duda que el informe haya sido solicitado y emitido, ni tampoco el sentido del mismo; únicamente se sostiene que la simple falta de su unión al expediente supone la ausencia de la demostración de trabajadores nacionales en paro cuya existencia se había apreciado como motivo impeditivo de la concesión del permiso, sin tener en cuenta que la Administración ha valorado el contenido de un informe concreto, con precisión de su fecha y contenido, extremos que fácilmente hubiesen podido ser controvertidos de no responder a la realidad, y también que ni siquiera se está poniendo en tela de juicio su existencia, sino únicamente acusando una omisión material, irrelevante desde el momento en que es suficiente con que a la Administración le consten los datos a que se refiere el artículo 93.1.a) del RD 155/1996 para que pueda adoptar una resolución al respecto."

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
Fecha: 23 de enero de 2004.
Recurso Contencioso-Administrativo: 498/2004.
Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

"PRIMERO: A) Objeto del proceso.

La recurrente, D.ª Erica, nacional de la República Popular de China, ejercita en el presente recurso contencioso-administrativo las pretensiones de anulación y de reconocimiento de situación jurídica subjetiva en relación con las resoluciones de 31 de enero y 21 de noviembre de 2001, de la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GUIPÚZCOA/GOBERNUAREN ORDEZKARIORDETZA GIPUZKOAN, que denegó las solicitudes de permiso de trabajo tipo B inicial para la ocupación de cocinero especialista en cocina china y de permiso de residencia, formuladas a favor de D. Carlos José .

La resolución denegatoria del permiso de trabajo se funda en el supuesto de denegación previsto en el artículo 82.1.1.º del Reglamento ejecutivo de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; por existencia de demandantes de empleo, para la ocupación para la que se pretenda contratar al ciudadano extranjero, inscritos como parados, en las oficinas de la Dirección Provincial del INEM.

La resolución denegatoria del permiso de residencia aparece fundada en el artículo 96.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; por cuanto que al denegarse la solicitud de permiso de trabajo, procede denegar el permiso de residencia.

B) Posición de la parte demandante.

En el escrito de demanda, se sostiene por la parte actora, en síntesis, que:

a) La resolución denegatoria de la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena, inicial, infringe el artículo 82.1.a) del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. El supuesto fáctico requerido para la aplicación de la cláusula obstativa de salvaguarda de la mano de obra española expresada en el concepto jurídico indeterminado de la situación nacional de empleo, no se cumple en el caso de autos. La oferta de trabajo nominativa realizada por la empleadora recurrente el día 23 de octubre de 2001 a favor de D. Carlos José, tenía por objeto la contratación de cocinero especialista en cocina china; siendo su finalidad la de atender las específicas necesidades del establecimiento de hostelería dedicado a la cocina china, denominado restaurante Mandarín, situado en el término municipal de Hondarribia-Fuenterrabía (Guipúzcoa).

D. Carlos José es cocinero especialista en cocina china, habla y lee el chino mandarín y cuenta con pasaporte, no habiendo sido cuestionado ninguno

de estos extremos en el procedimiento administrativo; también ha acreditado la presentación de la oportuna solicitud de visado y cuenta con informe de la autoridad gubernativa sobre no inclusión en la lista de prohibición de entrada del Convenio Schengen, ni antecedentes desfavorables.

La empleadora recurrente ha acreditado ser titular de permiso de trabajo y residencia, haber efectuado la oferta de empleo por tres años, estar al corriente en pagos a la Seguridad Social y tener solvencia económica.

En el expediente administrativo no se ha documentado la existencia de demandantes de empleo de nacionalidad española que pudieran ocupar el puesto de trabajo ofertado.

Invoca la interpretación jurisprudencial sentada en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 2 de abril y 25 de noviembre de 1987 y de 7 de julio de 1990; así como las Sentencias de esta Sala y sección de 6 de noviembre de 1995 (r.º 49/1994), 10 de febrero de 2000 (r.º 1839/98) y 17 de febrero de 2000 (r.º 1840/98).

b) La resolución denegatoria de la solicitud de permiso de residencia, tiene como único motivo la denegación del permiso de trabajo por cuenta ajena, por lo que, por las mismas razones señaladas, infringe el artículo 96.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

C) Posición de la parte demandada.

La defensa de la Administración General del Estado demandada se opone a las pretensiones ejercitadas por la recurrente y solicita su desestimación.

Sostiene, en síntesis, que:

a) La regulación aplicable al caso es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo aplicable el Real Decreto 155/1996 en lo que no fuese contrario a dicha regulación legal.

b) Es cierto que la presentación de la oferta de trabajo a través del INEM no constituye ningún requisito de obligatorio cumplimiento; pero sin efectuar dicha presentación no cabe afirmar la escasez de españoles demandante de empleo en puestos de trabajo de personas empleadas de hogar en régimen interino.

SEGUNDO: Se aprecia infracción del artículo 38.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

El artículo 33.3 (actual artículo 36.3) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, requiere del empleador que desee contratar a un trabajador extranjero que solicite y obtenga autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En la misma línea, el artículo 35, apartados 1 y 2 (actual artículo 36) de la Ley Orgánica 4/2000, exige de los extranjeros no comunitarios la obtención de la autorización administrativa, denominada permiso de trabajo, para la realización en España de actividades lucrativas por cuenta ajena. Y, así mismo, el apartado segundo del propio precepto (actual artículo 38.1 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000) habilita a la autoridad administrativa para tener en cuenta la situación nacional de empleo al resolver sobre la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena a favor de persona extranjera.

En el momento de incoación del procedimiento administrativo y en el que se dicta la resolución recurrida, el referido criterio de atención por la autoridad administrativa a la situación nacional de empleo para la resolución de las solicitudes de per-

miso inicial de trabajo por cuenta ajena, venía desarrollado reglamentariamente en el artículo 82.1.1.º del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

En cuya virtud, la autoridad competente habrá de denegar el permiso de trabajo de tipo B (inicial) (...) Cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, sin perjuicio de las preferencias y excepciones establecidas en el presente Reglamento.

La resolución recurrida deniega la solicitud de permiso inicial de trabajo por cuenta ajena a favor de la recurrente, con fundamento en el supuesto previsto en el apartado 1.1.º del artículo 82 del Real Decreto 155/1996; y ello por entender que de la información relativa a la situación nacional de empleo, (...) se desprende la existencia de demandantes de empleo, inscritos como parados, en las oficinas de la Dirección Provincial del INEM, para la ocupación para la que se pretende contratar al ciudadano extranjero.

Sin embargo, el examen del expediente administrativo no ofrece ningún sustento probatorio adecuado a la referida apreciación de hecho. En efecto, la única actividad instructora que se documenta en el expediente administrativo es la que se refleja en los folios 16 a 21.

A su tenor, el 23 de octubre de 2000 se recibe en la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena, tipo B, formulada por la empleadora ahora recurrente a favor de D. Carlos José para la actividad de cocinero de comida china a prestar en el Restaurante Chino Mandarín de Hondarribia-Fuenterrabía.

A su vista, el Jefe de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, mediante oficio fechado el 31 de octubre de 2000, interesa informe de la Secretaría General-Sección de Derechos Ciudadanos de la propia Subdelegación que es emitido con fecha de 15 de enero de 2001. El contenido del referido informe, emitido a efectos de lo dispuesto en el artículo 91.4 del Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985, de 1 de julio, no se refiere a la demanda de empleo sino a la previa denegación de la solicitud formulada el 25 de marzo de 1999 de un permiso Tipo unificado B para la actividad de empleado de hogar, consignándose la fecha de la resolución (1 de junio de 1999) sin más datos referidos a la autoridad que dicta la resolución ni al contenido de la misma.

Al folio siguiente del expediente, sin diligencia alguna de ordenación que explique su procedencia ni la razón de su aportación, aparece la fotocopia de un escrito mecanografiado, no autorizado mediante firma ni diligenciado y carente de membrete, con el título de Estadística mensual de empleo. La lectura del documento permite concluir que en el mismo no se recogen datos sobre la demanda de empleo correspondiente a la actividad profesional de cocinero, ni de cocinero de comida china.

Finalmente, aparece directamente unido al expediente la apreciación desfavorable sobre la concesión de permiso de trabajo a favor de D. Carlos José, fechada el 6 de febrero de 2002 que remite el Jefe de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de Guipúzcoa a la Dirección General de Asuntos Consulares.

Lo que determina la estimación de la pretensión anulatoria ejercitada en este proceso, con fundamento en que la resolución recurrida incurre en invalidez jurídica por infracción del artículo 38.1 de la Ley Orgánica 4/2000. Y ello por haberse adoptado la decisión denegatoria de la solicitud de permiso de trabajo inicial tipo B formulada a favor de D. Carlos José , mediante una defectuosa integración fáctica del concepto jurídico indeterminado cuando lo aconseje la situación nacional de empleo. Toda vez que no se aporta al procedimiento administrativo ningún elemento de juicio que permita apreciar que por la autoridad gubernativa se haya tenido en cuenta la situación nacional de empleo para decidir la desestimación de la solicitud de concesión de permiso de

trabajo formulada por la ahora recurrente a favor de D. Carlos José; ni, por tanto, cabe apreciar que la oferta nominativa de empleo para cubrir un puesto de trabajo de cocinero de comida china pueda situarse en la zona de certeza positiva en la aplicación del referido concepto jurídico indeterminado.

Lo que, también, conduce a la estimación de la pretensión anulatoria deducida en relación de la resolución denegatoria del permiso de residencia. Y ello, en razón de que la misma aparece exclusivamente fundada en el supuesto del artículo 96.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; por el que la denegación de la solicitud de permiso de trabajo lleva aparejada la denegación de permiso de residencia que se solicita conjuntamente. Quedando, así afectadas ambas resoluciones de la misma causa de invalidez jurídica, por conexión normativa sistemática.

TERCERO: Estimación de la pretensión de reconocimiento de derecho a la concesión del permiso de trabajo y a la tramitación del permiso de residencia.

La prueba practicada en este proceso ofrece datos suficientes para apreciar que las circunstancias de hecho que concurren en la solicitud formulada por la ahora recurrente conducen a situar el permiso de trabajo solicitado en la zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado que habilita a la autoridad gubernativa para denegar el permiso de trabajo cuando lo aconseje la situación nacional de empleo.

En concreto, se ha aportado a los autos:

a) Un escrito autorizado por el Primer Secretario de la Embajada de la República Popular China en España, fechado el 2 de junio de 1995, por el que se informa que es usual que la cocina china se aprenda mediante prácticas de trabajo junto a un cocinero ya formado.

b) Un oficio de la Delegación Territorial de Bizkaia del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, fechado el 7 de mayo de 2003, por que se informa que la Escuela de Hostelería de Leioa no se imparten actualmente, ni se han impartido con anterioridad, cursos de formación en cocina china. En igual sentido, se informa, con fecha de 8 de mayo de 2003, por la Dirección de la Escuela Superior de Hostelería Artxanda, de Bilbao, que en la misma no se imparten cursos específicos de cocina china y que es objeto de enseñanza monográfica por cocineros chinos como una especialidad de la cocina internacional.

c) Una certificación expedida por la Dirección Provincial del INEM en Guipúzcoa, emitida con fecha de 14 de marzo de 2003, por la que se acredita que la Clasificación Nacional de Ocupaciones distingue las siguientes ocupaciones en relación con la profesión de Cocinero: Cocinero, en general; Cocinero de Hotel y Restaurante; Cocinero de Cafetería; Cocinero de barco; Cocinero de colectividad; Jefe de Cocineros (Hostelería); que, en la Base de Datos de demandante de empleo se recoge el conocimiento de idiomas, encontrándose en el sondeo realizado el 14 de marzo de 2003 tres demandas de empleo de cocineros con conocimientos de chino mandarín; que, a la fecha de emisión de la certificación, no es posible certificar el n.º de demandantes de empleo inscritos en los años 1999 y 2000 en la ocupación de Cocinero; que, respecto de dichas fechas, tampoco se pueden referir los datos a la especialidad de cocina china.

Se sigue de la documentación de referencia que, a la fecha de dictado de la resolución recurrida:

a) La ocupación de cocinero de comida china se corresponde con una especialidad de la profesión de cocinero de hotel y restaurante que no tiene encaje entre las enseñanzas oficiales regladas, que es conocida como una especialidad de la cocina internacional y que se corresponde con una técnica de cocina usualmente aprendida trabajando con un profesional maestro.

b) A la fecha de dictado de la resolución administrativa recurrida no se tiene constancia de que, en la provincia de Guipúzcoa, hubiera demandantes de empleo en el puesto de cocinero de restaurante y en la especialidad de la cocina internacional conocida como cocina china.

Constituye un criterio jurisprudencial establecido en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990, 30 de octubre y 4 de diciembre de 2002 y 27 de enero y 13 de febrero de 2003, que no es motivación suficiente para denegar un permiso de trabajo que existan españoles en paro en el sector, sino que ha de demostrarse que estos españoles pueden ocupar o desempeñar el puesto de trabajo, bien por estar cualificados para ello, bien por no ser necesaria una cualificación especial. A cuyo efecto, corresponde a la Administración la carga de la prueba sobre dichos extremos de hecho. Con la consecuencia jurídica, concretamente establecida en las Sentencias citadas de 7 de diciembre de 1990 y 13 de febrero de 2003, de que procede otorgar el permiso de trabajo cuando se necesita un cocinero especialista en cocina china, y por la Administración no se ofrece a través de los servicios de empleo un cocinero español en paro capacitado para dicha especialidad.

Este criterio jurisprudencial ha sido aplicado por esta misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en las Sentencias de 6 de noviembre de 1995 (r.º 49/1994) 10 y 17 de febrero de 2000 (recursos 1839 y 1840 de 1998).

En aplicación del mismo criterio de conformidad con el principio de unidad de doctrina, procede reconocer el derecho de la recurrente a la concesión de permiso de trabajo inicial por cuenta ajena, tipo b, a favor del destinatario de la oferta personalizada de empleo, D. Carlos José , para la actividad de hostelería, puesto de trabajo de cocinero de restaurante, especialidad en cocina china.

La estimación de la pretensión de reconocimiento de situación jurídica subjetiva no puede alcanzar al reconocimiento del derecho a la obtención del permiso de residencia; y ello en razón de que el beneficiario y eventual titular del derecho, D. Carlos José, no ha sido parte en este proceso jurisdiccional. Debiéndose de limitar el reconocimiento del derecho al objeto de la prosecución del procedimiento de concesión del permiso de residencia solicitado."

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia Cataluña.
Fecha: 21 de noviembre de 2003.
Recurso Contencioso-Administrativo: 684/2001.
Ponente: D. Manuel Táboas Bentanachs.
Voz: Permiso de trabajo: situación nacional de empleo.

"SEGUNDO: La fundamentación del acto impugnado se concreta en razón a que la denegación actuada lo aconseja la situación nacional de empleo.

Frente a ello la parte actora critica la fundamentación genérica de los actos impugnados y especialmente la cita de 5.133 ofertantes de empleo reproducidos sin mayores aditamentos en la relación estadística que se acompaña al expediente administrativo, deteniendo su examen en las concretas características del empleo que finalmente se pretende.

TERCERO: Pues bien, centrada de tal forma la controversia litigiosa y sin mayores elementos que poder tener en cuenta, debe advertirse que no puede pasarse por alto la seriedad y firmeza de las ofertas de trabajo presentadas por la parte actora tanto la inicial como la que se patentizó en la vía del recurso administrativo, sin tacha hecha valer por la Administración, como resulta de lo actuado, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional contencioso administrativa.

A su vez, dirigiendo la atención a los elementos genéricos hechos valer por la Administración debe

señalarse que efectivamente en el presente caso se planea en indicaciones genéricas que no descienden de forma trascendente al presente caso. Y ello es así al punto que las razones dadas y documentación hecha valer por las empresas españolas se revela suficiente y dotada de la fuerza de convencimiento necesaria para alcanzar que las razones empleadas con pretendido fundamento en el artículo 74.1.a) 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, no son tales."

* * *

NOTA: Hemos optado por comentar de forma conjunta estas tres sentencias pues, aunque desde perspectivas distintas, todas ellas tienen como elemento común la aplicación de la situación nacional de empleo como elemento a valorar en orden a la concesión del permiso de trabajo.

En primer lugar, la STS de 28 de enero de 2004 incide en el carácter facultativo que tenía la demanda de informes al entonces INEM durante la vigencia del Reglamento de 1996 "al ser lo importante la constancia que se tenga, por cualquier concepto de los datos relativos a las solicitudes de trabajo de carácter análogo a la demandada por el ciudadano extranjero". Pese a que formalmente eso era así, lo cierto es que hay que buscar el punto de equilibrio entre negar la actividad administrativa por no constar en el expediente el informe del INEM –se sabe su fecha y no se discute su existencia– y la excesiva condescendencia con el actuar de la Administración a la que se le podía haber exigido una actitud más diligente.

En segundo término, la STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2004 aborda una cuestión casi *habitual* en la jurisprudencia contencioso-administrativa como es la resolución de autorizaciones de trabajo para ocupar puestos de trabajo como cocineros especialistas en cocina de diferentes países. Pueden consultarse, entre otras, la STS 8 de julio de 2003, en relación a un cocinero pakistaní *(Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 5, pp. 219 y ss.) y las SSTS de 13 de febrero y 20 de marzo de 2003, respecto a cocineros con conocimientos en cocina china (*Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.os 3 y 4, pp. 194 y ss. y 209 y ss., respectivamente). La sentencia que ahora se extracta, cuyo ponente es el Magistrado Ibarra Robles, con claridad y minuciosidad continúa en la línea doctrinal ya consolidada en orden a la exigencia de que los demandantes de empleo españoles acrediten que pueden desempeñar el puesto de trabajo ofertado bien por estar cualificados para ello bien por no ser necesaria una cualificación especial, no siendo suficiente la genérica alegación de la existencia de trabajadores nacionales en el sector correspondiente. Especial relevancia debe concederse al hecho de haberse aportado a los autos diversos certificados de Escuela de Hostelería del País Vasco acreditativos de la no impartición de formación dirigida a la obtención de conocimientos específicos en comida china y la falta de adecuación en cuanto a la fecha de emisión (14 de marzo de 2003) de la certificación del INEM y posterior sondeo efectuado y la fecha de la solicitud del correspondiente permiso de trabajo (2001). En este caso, además, el perfil específico estaba plenamente justificado, pues como ya advirtiera la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de abril de 2003 (véase *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* n.º 3, pp. 200-201) "la solicitud indiscriminada de estos perfiles sin la necesaria justificación podría en muchos casos esconder, como se ha dicho, la discriminación prohibida para cualquier otro demandante de empleo en el mercado nacional por razón de raza u origen nacional, siendo contraria tanto a la Constitución cuanto a la legislación concreta de extranjería".

Por último, la STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2003 frente a la suficiencia y necesaria fuerza de convencimiento de la documentación hecha valer

por las empresas españolas para justificar las ofertad de trabajo contrapone una relación estadística aportada por la Administración, lo que obliga al Tribunal a resolver a favor del recurrente, dejando sin efecto la resolución administrativa que en su momento denegó el permiso de trabajo.

Tribunal: Tribunal Supremo.
Fecha: 25 de noviembre de 2003.
Recurso de casación: 7925/2000.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.
Voz: Motivación del acto administrativo.

"TERCERO: Es reiterada la jurisprudencia (v. gr., Sentencias de 5 de diciembre de 1997 y 12 de enero de 1998) que declara que la Administración Pública, mediante la motivación de sus actos, ha de permitir comprobar que su actuación merece la conceptuación de objetiva, por adecuarse al cumplimiento de sus fines.

El requisito de la motivación, añade esta jurisprudencia, no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión. A propósito del artículo 43 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, este Tribunal, recordando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ha precisado en Sentencia de 16 de junio de 1982 que la motivación es necesaria para el debido conocimiento de las razones de la decisión administrativa por los interesados en términos que haga posible la defensa de sus derechos e intereses, y que debe darse la misma en cada caso con la amplitud necesaria para tal fin, pues sólo así puede el interesado alegar después cuanto convenga para su defensa, sin verse sumido en la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución Española. (...)

QUINTO: No se oponen a la conclusión citada los argumentos esgrimidos por el abogado del Estado.

Así:

a) La motivación del acto administrativo no fue la adecuada, pues, como expresa la sentencia tras un examen minucioso del expediente, la Administración se limitó a invocar genéricamente un precepto legal, pero no argumentó en concreto sobre las circunstancias que se hacían constar para justificar la oferta, sobre si no eran suficientes las que constaban en la oferta denegada correspondiente al contingente anterior (habida cuenta del carácter simplificado de la documentación que debía presentarse en este caso) y sobre si la falta de justificación era o no subsanable.

b) La sentencia no produce una alteración de la carga de la prueba, pues exigir a la Administración el cumplimiento del deber de motivación de su denegación o, en caso de ser procedente, el de ofrecer la subsanación de los defectos susceptibles de ella, no supone en modo alguno imponerle el deber de justificar las circunstancias que justifican la oferta, que corresponde al solicitante.

c) La sentencia no impide la denegación de la oferta de empleo, pues el deber de motivar la denegación puede cumplirse razonando sobre los extremos que la sentencia concretamente cita, y acerca de los cuales se advierte la falta de referencia concreta en la motivación del acto impugnado. Por otra parte, como esta Sala tiene declarado en Sentencia de 27 de enero de 2003, recurso 2661/1998, la anulación por motivos formales de un acto finalizador del procedimiento no impide que, salvo que concurra alguna causa de terminación del procedimiento o se vulnere el derecho de los interesados –como ocurre con el principio de garantía en los expedientes sancionadores– o de terceros, la Administración pueda y deba dictar un nuevo acto administrativo que no incurra en aquellos defectos, siempre que ello resulte compatible con la naturaleza de los vicios observados."

* * *

NOTA: Es reiterado el criterio jurisprudencial de que el requisito de la motivación de los actos administrativos no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión, aportando con ello los necesarios instrumentos para que el interesado pueda hacer posible la defensa de sus derechos e intereses. Así entendido dicho requisito, no determina una tarea imposible para la Administración ni se le impone una actividad probatoria que no deba asumir ni se le obliga a admitir una petición que no contenga los requisitos legales exigidos.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
Fecha: 12 de diciembre de 2003.
Recurso contencioso-administrativo: 5522/1998.
Ponente: D. Luis Miguel Blanco Domingo.
Voz: Contingente de trabajadores extranjeros. Permiso de trabajo: denegación: no existe vulneración del principio de igualdad.

"SEGUNDO: La circunstancia de que la solicitud presentada por la entidad recurrente se admitiese a trámite cuando ya habían sido presentadas y admitidas más solicitudes que el n.º de autorizaciones que correspondían a la provincia de Álava no constituye un motivo de nulidad de la Resolución que se recurre.

Lo que es objeto de limitación es el n.º de autorizaciones que se pueden conceder y en concreto para el año 1998 el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo estableció un contingente para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios de hasta 28.000 autorizaciones; pero el n.º de solicitudes a presentar no está, en principio, limitado.

Por otra parte, las autorizaciones no se otorgan por su orden de presentación, sino que el mismo sirve para tramitarlas (punto Segundo.1), y deben de ser valoradas conforme a los criterios que el citado Acuerdo expone (punto Segundo.2): circunstancias laborales, profesionales o personales, capacidad del empleador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, así como las causas que impidan la concesión del permiso de residencia o la expedición del visado.

Por lo tanto, cabe concluir que la admisión a trámite de la solicitud no comporta ningún derecho para obtener la autorización y puede suceder que una solicitud admitida a trámite no sea finalmente estimada; y, sin embargo, otra, que se admitió con posterioridad, sea, a la postre, estimada. De ahí la necesidad de ir atendiendo las distintas solicitudes y luego resolverlas con arreglo a los criterios antes indicados y dentro del cupo de autorizaciones permitido

CUARTO: El número de autorizaciones se distribuye por sectores y también geográficamente.

En efecto, el artículo 70 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 recoge la posibilidad de que el Gobierno, previos los trámites legales previstos, fije un contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para garantizar la cobertura de ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo, que se referirá a sectores y zonas geográficas determinadas. Por otra parte, el punto Primero.2 del Acuerdo de 13 de marzo de 1998 atribuye a un organismo determinado la distribución provincial y sectorial del contingente, correspondiendo a la provincia de Álava, según reconoce la propia parte recurrente.

Pero, tampoco es motivo de nulidad de la Resolución recurrida la circunstancia de que en otras provincias o comunidades no se haya cubierto el cupo de trabajadores extranjeros asignados. Es cierto que el punto Primero.2 y 3 del Acuerdo de 13 de marzo de 1998 posibilita la realización de variaciones en la distribución del contingente cuando las necesidades del mercado de trabajo o las soli-

citudes presentadas o cualquier otra circunstancia lo aconsejen, pero también lo es que la existencia de vacantes en otros puntos geográficos no es motivo suficiente para otorgar la autorización pretendida por el actor puesto que es preciso la concurrencia de las causas ya indicadas y seguir el procedimiento previsto, no constando en el presente caso, ni que existan causas que aconsejen una distribución de plazas distinta a la efectuada, ni que el órgano competente haya efectuado tal modificación.

QUINTO: Finalmente, el actor, en fase de conclusiones, al hilo de lo manifestado por la Administración demandada en su contestación, invoca el principio de igualdad y se basa para ello en entender que hay un trato discriminatorio entre los primeros solicitantes y los posteriores así como en considerar que el sistema de cupos vulnera el citado principio.

Desde luego que hay que establecer un criterio para tramitar las distintas solicitudes que se presenten a la vista de que, en general, estas superan en n.º a las autorizaciones que pueden concederse. El criterio de la temporalidad, además, de ser un principio general de derecho, tiene un apoyo específico en la Ley reguladora del procedimiento administrativo (artículo 74.2) y no lesiona el principio de igualdad por cuanto todos los ciudadanos extranjeros están en igualdad de condiciones para poder presentar sus solicitudes, no pudiéndose imputar al sistema el que materialmente unos lo hagan antes que otros.

Tampoco se estima que lesione el principio de igualdad el sistema de cupos. 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.

No cabe hablar de vulneración del principio de igualdad cuando el mismo sistema de aplica por igual a todos los ciudadanos extranjeros."

* * *

NOTA: Resulta un principio general del Derecho y con apoyo específico en la normativa reguladora del procedimiento administrativo el criterio de la temporalidad. La identidad de circunstancias a la hora de presentar las solicitudes de permiso de trabajo vía contingentes de trabajadores evita que se pueda considerar, vista la gradualidad del proceso, que la sucesión temporal en la presentación de las mismas atente o lesione el principio de igualdad.

Las ofertas se atienden, de acuerdo con el desglose establecido, según el orden de presentación y cumplimentación de los expedientes, hasta la cobertura del contingente autorizado. Con este procedimiento se van agotando las plazas del contingente hasta su total cobertura según la distribución provincial y sectorial indicada, no pudiendo concederse nuevas autorizaciones con cargo al cupo, sin que sea motivo suficiente para otorgar una autorización el hecho de que existan vacantes en otros puntos geográficos, pues aun admitiéndose la redistribución del contingente por provincias, esta labor requiere un procedimiento específico que se fija anualmente en el Acuerdo por el que se aprueba el correspondiente contingente.

Permiso de trabajo

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Fecha: 23 de octubre de 2003.
Recurso contencioso-administrativo: 462/2002.
Ponente: Dña. María Jesús Emilia Fernández de Benito.
Voz: Permiso de trabajo: Denegación: capacidad y solvencia del empleador.

"SEGUNDO: El artículo 82.1 del RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dispone que la autoridad competente denegará el permiso de trabajo de tipo A y B (inicial), entre otros supuestos: «6.º Cuando la oferta de empleo sea formulada por empresario aparente, o existan dudas razonables sobre su capacidad o solvencia para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato».

En este artículo se apoya la Subdelegación del Gobierno para denegar la solicitud presentada, indicándose en la resolución de fecha 27-10-2000 que, habiéndose solicitado al empleador que acreditara los medios económicos que le permitiesen hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que propone sea autorizado, tal extremo no ha sido acreditado hasta la fecha.

TERCERO: Conviene recordar aquí cuanto decíamos en nuestra Sentencia n.º 545/2000, de fecha 9-06-2000, en cuyo fundamento de derecho sexto se recoge: "El principio de confianza legitima, que domina la actividad de la Administración pública en un Estado de Derecho, en el sentido de implicar deberes de lealtad y buena fé en las relaciones entre ciudadanos y Administración, que emerge como principio constitucional del artículo 103 de la Constitución, ligado al principio de seguridad jurídica que se garantiza en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental, obliga a la Administración a no defraudar las expectativas fundadas y legítimas de los empresarios, establecidas en base a la Ley 22/1992, de 30 de julio, al regular un programa público de fomento de la contratación indefinida, mediante la interposición de obstáculos enervantes a la perfección de dicho derecho a recibir ayudas del Estado».

Los documentos aportados por la demandante ante la Administración acreditan de manera fehaciente la capacidad y solvencia de la recurrente para hacer frente a la contratación que oferta, toda vez que su contrato de trabajo con la Compañia Aérea Iberia le proporciona estabilidad económica y emolumentos suficientes (próximos a los cuatro millones de pesetas anuales). En este punto, el Abogado del Estado ha tratado de mantener ténuemente que no debe computarse ingresos brutos sino netos. Pues bien, aun cuando se tuviera en cuenta la retención en nómina del IRPF, tales ingresos suponen 3.950.664 pesetas en el año 1998, con lo que se acredita la solvencia adecuada de que habla la norma aplicada. Este Tribunal entiende que no existen dudas razonables que puedan impedir la concesión del permiso de trabajo solicitado o hacer suponer que se trata de una contratación encubierta o fraudulenta, tal como pretende hacer ver la Administración demandada, y se considera que la Administración ha de acceder a la concesión del permiso solicitado, por ser más ajustado a derecho".

* * *

NOTA: El fallo de la sentencia y su fundamentación dejan traslucir la debilidad y poca consistencia de la exigencia de la capacidad y solvencia del empleador para hacer frente a la contratación de trabajadores extranjeros. La distinción mantenida por el representante de la Administración entre ingresos brutos y netos no viene a confirmar sino la discrecionalidad de un criterio como el que ahora comentamos. No se aprecian las razones de fondo por las cuales en este caso sí es suficiente una determinada cuantía en los ingresos del empleador, lo que impide que las resoluciones judiciales que conozcan de este requisito sean trasladables a otros supuestos.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 11 de septiembre de 2003.
Recurso de Casación: 267/2002.
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.
Voz: Delito continuado de estafa y contra el derecho de los trabajadores.
Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto en representación de don R., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, por delito continuado de estafa y contra el derecho de los trabajadores.

"La sentencia cuya impugnación casacional conocemos a través del presente recurso condena al recurrente por un delito de estafa y otro contra los derechos de los trabajadores al declararse probado, en síntesis, que el acusado constituyó, artificiosamente, una empresa dedicada a la limpieza, «que en realidad no existía», a través de la que ofertó contrataciones de extranjeros en España acogidos al contingente de 1997, contratación que tenía por objeto la solicitud de permisos de trabajo y residencia, cobrando determinadas cantidades de dinero a las personas a las que presentaba la solicitud. (...).

Respecto a los requisitos del engaño típico y la existencia del desplazamiento económico causal al engaño no se practicado la prueba necesaria para la acreditación de su existencia. Las declaraciones del acusado, en sede policial y judicial y en el juicio oral, y la documental y testifical policial de la investigación, permiten acreditar que, efectivamente, el acusado formó una sociedad para aparentar la contratación de personas, proporcionando datos falsos sobre la identificación de quien figuraba como empresario y promotor de la empresa, suministrando teléfonos y direcciones que no se correspondían con el promotor, incluso los datos de los trabajadores a los que no conocía; que bajo la apariencia de la actividad industrial presentó las ofertas de trabajo respecto a trabajadores extranjeros para desarrollar una actividad inexistente, pues en realidad no tenía actividad industrial a realizar; sin embargo no consta acreditado que pese a la creación del artificio empresarial, se desarrollara una conducta de acechanza al patrimonio de los trabajadores respecto de quienes presentaba la documentación para obtener el permiso de trabajo y de residencia, pues ninguno de éstos han comparecido en el procedimiento, ni se han acreditado movimientos económicos para afirmar la realización de la conducta para la obtención de dinero con aprovechamiento de las especiales circunstancias concurrentes de estas personas deseosas de regularizar su situación laboral y de residencia en España. Antes al contrario, a excepción de 50.000 pesetas que el propio acusado reconoce haber recibido de los familiares de una persona de nacionalidad argelina, con motivación ajena a la conducta, se afirma haber recibido entre 1.000 y 5.000 pesetas para la realización de la documentación y los traslados a Valencia para la presentación de la documentación pertinente, no como acechanza al patrimonio ajeno sino como gastos necesarios para la realización de la oferta laboral a inmigrantes.

La falta de acreditación de los desplazamientos económicos realizados con origen en el ardid realizado, hace que el motivo formalizado por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia sea estimado y, consecuentemente, los otros dos opuestos en segundo y tercer lugar, coincidentes con el motivo estimado, sin que haya lugar a la redacción de un nuevo hecho probado pues desde el relato fáctico tampoco se afirma la relación causal entre el engaño y el desplazamiento económico lo que da lugar a que sea estimado el motivo opuesto por error de derecho.

En el cuarto de los motivos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación al hecho probado de los artículos 312.2 y 313 del Código Penal.

El motivo también debe ser estimado. El tipo penal por el que ha sido condenado, el párrafo segundo del artículo 313 del Código Penal, castiga a quien simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración. Desde el respeto al relato fáctico la subsunción no es correcta. Ciertamente, el recurrente no se limitó, como señala el recurrente a la mera tramitación de expedientes, extremo que afirma sería atípico, con independencia del reproche moral que pueda realizarse. El hecho probado lo que refiere es que el acusado mediante el artificio de crear una empresa en realidad inexistente, con datos de identificación y teléfonos de contacto correspondientes a otras personas y empresas, simula una contratación futura. Pero el relato fáctico, parco en la descripción, no refiere ningún acto favorecedor de la emigración pues no se hace constar la situación de los potenciales trabajadores, si ya en España, o en su país de origen, elemento que no obra en el hecho probado y que es determinante de la conducta típica."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 26 de diciembre de 2003.
Recurso de Casación: 1178/2002.
Ponente: D. Joaquín Delgado García.
Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por don J., doña P. y don E., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia que les condenó a los dos primeros por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y al último por delito continuado de estafa.

"Hechos Probados: «Probado, y así se declara, que: E., mayor de edad y sin antecedentes penales, regentaba un establecimiento de fotografía denominado (...) , situado en (...) de esta ciudad, muy próximo a las dependencias de la Oficina Única de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Valencia, a la cual acudían numerosas inmigrantes para regularizar su situación en nuestro país, y obtener los permisos administrativos necesarios para residir y trabajar en éste.

Prevaliéndose de tal proximidad, durante el segundo semestre del año 2000 y hasta el mes de enero del siguiente año 2001, el Sr. E. captó, por diversos medios, la atención de numerosos extranjeros, que acudieron a su establecimiento, y a los que ofreció tramitarles la obtención de dicha documentación, prometiéndoles que haría cuanto estuviera en su mano para que lograran los referidos permisos gubernativos, y solicitando a cambio la entrega de pequeñas cantidades de dinero. Así, el Sr. E. cifraba en diversas sumas, normalmente en las de 25.000, 40.000 o 50.000 pesetas, el precio de sus servicios de gestión o tramitación, habitualmente exigiendo un primer pago a cuenta de 5.000 pesetas, y aplazando o fraccionando el pago del resto del precio de sus servicios. (...).

El Sr. E. era plenamente consciente y conocedor de que sus gestiones no iban a dar el fruto deseado por los inmigrantes, por cuanto que no podía cubrir los requisitos administrativos necesarios para la obtención de los permisos de trabajo y residencia, al no poder ofrecer un puesto de trabajo real y concreto a cada inmigrante solicitante. Sin embargo, no comunicó esos extremos a los extranjeros que acudían a su establecimiento, a los que cobraba por sus servicios, sin informarles de lo inútil de las gestiones que iba a realizar.

A fin de dar una apariencia de seriedad y formalidad a la tramitación que pensaba llevar a cabo, el Sr. E. creó, el 28 de junio de 2000, junto con su madre y su hermana, estas últimas desconocedoras de sus propósitos, una Organización No Gubernamental denominada «[...] Sin Fronteras», que se inscribió en el Registro oficial correspondiente, y cuyos fines eran, según sus propios estatutos, los de «La integración social y laboral de inmigrantes, y españoles que lo necesiten, con especial dedicación a mujeres maltratadas».

Asimismo, también con la finalidad de crear una apariencia de verdadera gestión o tramitación burocrática, el Sr. E. procedía a incoar un expediente o carpeta por cada inmigrante, en el cual incluía fotocopias de la documentación o pasaporte de éste, así como, en la mayoría de los casos, una oferta de trabajo hecha por la referida ONG, como empleadora, y un certificado médico del ciudadano extranjero, suscrito por P.M., mayor de edad y sin antecedentes penales, quien firmaba, aun cuando no había visto, examinado ni reconocido a la persona de referencia, y quien, por tanto, ignoraba si los datos que certificaba correspondían o no a la realidad. Era el propio Sr. E. quien reconocía al inmigrante en un apartado de su establecimiento, y sin estar presente el médico. Sr. P.M., le tomaba la tensión, y recababa sus datos y antecedentes médicos. Con ello se rellenaba un modelo oficial gratuito de Certificado Médico Ordinario de Beneficencia, que era posteriormente firmado por el Sr. P.M., quien recibía del Sr. E. la cantidad de mil pesetas por cada uno de los certificados que suscribía.

Todo ello se efectuó en numerosas ocasiones. No consta que el Sr. P.M. tuviese conocimiento de que los certificados médicos por él suscritos fuesen a ser adjuntados a unas solicitudes de permisos de trabajo y residencia ineficaces. (...).

La sentencia recurrida, entre otros muchos pronunciamientos absolutorios y otro sancionatorio no recurrido, condenó a dos súbditos colombianos, J. y P. como autor y cómplice respectivamente de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros de los párrafos 1, 2 y 5 del artículo 318 bis CP (...). Formando parte de una amplia organización, en connivencia con personas relacionadas con una agencia de viajes colombiana denominada T., recibían en su piso de Valencia a emigrantes de esa nacionalidad que venían con pasaporte de turistas y se lucraban cobrándoles unas cantidades en calidad de hospedaje.

También condenó al español E. como autor de un delito continuado de estafa (...). Sabedor de que sus gestiones para obtener permisos de trabajo y de residencia en España no iban a dar resultado positivo, al no poder ofrecer un puesto de trabajo para cada uno de ellos, perjudicó a muchos colombianos y ecuatorianos que le entregaron cantidades comprendidas entre las 5.000 y las 40.0000 pts.

Cada uno de estos tres condenados ha formulado recurso de casación independiente. Han de rechazarse en todos sus motivos.

Recurso de D. J.:

(...).

Alega que no hubo prueba sobre nexo alguno (...) con T. y que todo fue un sucesivo acogimiento en su casa de compatriotas no constitutivo de delito.

Afirma que «únicamente existe una mera prueba indiciaria que sirve de soporte a la condena recaída y tal prueba no es idónea para destruir la presunción de inocencia».

Aquí radica el error del recurrente: la prueba de indicios sí es apta para condenar en un proceso penal. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias sobre esta materia, las 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre, y así ha venido reiterándolo con posterioridad dicho tribunal y también esta misma sala del Tribunal Supremo. (...).

En las páginas 22 y 23 se recogen las declaraciones formuladas en el acto del juicio oral por 15 testigos colombianos y por dos policías españoles. En ellas se apoya su declaración de hechos probados en cuanto a la parte referida a estos dos acusados (pp. 5 a 7). Inferir del contenido de tales declaraciones y de esos hechos probados que había un nexo entre Í. y las personas relacionadas con la agencia de viajes T. responde a las reglas de la prueba de indicios, como explicamos a continuación.

Podemos decir que por tales declaraciones quedaron acreditados como hechos básicos los siguientes:

1.º Había una organización que operaba en Colombia alrededor de la mencionada Agencia de Viajes T. que facilitaba, mediante importantes cantidades de dinero, billetes de avión como turistas y unos dólares para que los llevaran en el bolsillo durante el viaje y luego los devolvieran, a cada uno o a cada grupo de personas que venían a España para quedarse, buscar ocupación y obtener en definitiva aquí los correspondientes permisos de trabajo y de residencia.

2.º J. y P., colombianos también, matrimonio que residía en un piso de la ciudad de Valencia, acogían, previo pago por adelantado de unas cantidades de dinero, aproximadamente 130 dólares por semana, a compatriotas suyos que llegaban a esta última ciudad, cantidades que han de reputarse importantes, en cuanto que el hospedaje que proporcionaban a cambio lo era para dormir en colchonetas en el suelo. Nada dice sobre esto la sentencia recurrida, peor es claro que se trataba de una actividad ilegal de hospedaje, por su carácter clandestino.

3.º Estos compatriotas, proporcionados por esas personas relacionadas con T., recibían los datos de dicho Julián y su n.º de teléfono para que a su llegada a Valencia tuvieran dónde ser acogidos.

4.º Así contactaban con J. Incluso en alguna ocasión en que hubo problemas para tal acogimiento, los colombianos comunicaban por teléfono con su país de origen para quejarse de la incidencia y tras esa comunicación la cuestión quedaba resuelta y el hospedaje concedido. (...).

Estimamos que hay conexión lógica entre esos hechos básicos y este hecho consecuencia: que los de Colombia y los del piso de Valencia (J. y su esposa) formaban todos una sola organización que tenía como fin la llegada a España de unos emigrantes sin la documentación necesaria para trabajar aquí. Aquellos facilitaban el viaje y éstos el mencionado hospedaje inicial.

No hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia. (...).

A) Nos encontramos ante un tráfico ilegal de personas con destino a España, facilitado por J. al proporcionar hospedaje a quien venía como turista y se quedaba aquí por tiempo indefinido en busca de trabajo. (...).

Recurso de doña P.:

(...).

Dice y repite que ella sólo era un ama de casa y que nada hay acreditado de que hubiera intervenido en ninguna clase de delito.

No es así ciertamente: la misma prueba que la Audiencia Provincial utilizó para condenar al marido (J.) sirve para condenar a ésta. Nos remitimos a lo dicho en el fundamento de derecho 2.º de la presente sentencia. Muchos de los testigos colombianos que declararon en el juicio oral dieron datos que valen para precisar el modo de actuación de la mujer. No puede decirse que sea una mera actuación de ama de casa la de quien colabora en la recepción en España de muchos compatriotas suyos que venían de Colombia aquí a trabajar. Se trataba de un verdadero negocio de hospedaje relativo a muchas personas a quienes el marido cobraba unas cantidades de dinero nada exiguas de modo que el matrimonio hizo de todo esto su modo de vida con ganancias mayores o menores. Ella misma en su propia declaración del plenario (...) nos habla de su venida a España, de sus iniciales trabajos en la limpieza, cuidando niños, etc., hasta dedicarse después a alquilar las tres habitaciones del piso donde estaban alojados y a vender comida.

El carácter secundario de su actuación sirvió precisamente para condenarla como cómplice y no como coautora del mismo delito junto con su marido.

(...).

Así las cosas, pasamos a examinar el contenido de lo que, de todo lo expuesto en este motivo, se corresponde con la naturaleza propia de lo dispuesto en este artículo 849.1.º de la LECr, sólo dos extremos muy concretos: si hubo engaño y si existió o no ánimo de lucro, dos de los elementos que forman parte de la definición del delito de estafa que nos ofrece el texto del artículo 248.1 del CP, el que en este motivo 5.º se denuncia como infringido.

A) En cuanto al elemento esencial de este delito, el engaño, entendemos que aparece bien explicado en la sentencia recurrida.

Así el relato de hechos probados (p. 3) nos dice que el Sr. E. ofreció a los emigrantes tramitarles la obtención de los permisos de residencia y trabajo en España, prometiéndoles que haría cuanto estuviera en su mano para conseguirlos, solicitando a cambio la entrega de pequeñas cantidades de dinero, normalmente 25.000, 40.000 ó 50.000 pts. y exigiendo habitualmente como primer pago a cuenta 5.000 pts.

Después de una larga relación de las cantidades cobradas a cada uno de los colombianos y ecuatorianos que se especifican, nos dice que don E. era plenamente conocedor de que sus gestiones no iban a dar el fruto deseado por los inmigrantes, porque no podía cubrir los correspondientes requisitos administrativos, particularmente no podía ofrecer un puesto de trabajo real y concreto a cada uno de los extranjeros solicitantes. Pese lo cual, no comunicó estos extremos a los interesados, a los que cobraba las cantidades mencionadas, sin informarles de lo inútil de las gestiones que iba a realizar.

Continúa la narración hablándonos de la creación de una organización no gubernamental (ONG) denominada «[...]» que constituyó junto con su madre y una hermana, que desconocían los propósitos de E., la cual se inscribió en el registro oficial correspondiente y cuyos fines eran, como ya ha quedado dicho, «la integración social y laboral de inmigrantes, y españoles que lo necesiten, con especial dedicación a las mujeres maltratadas», todo ello para dar una apariencia de seriedad y formalidad a las mencionadas gestiones.

Con la misma finalidad, el Sr. E. procedía a abrir un expediente o carpeta por cada inmigrante en el cual incluía fotocopias de la documentación o pasaporte, en la mayoría de los casos una oferta de trabajo hecha por la referida ONG como empleadora y un certificado médico, suscrito por don P.M., quien lo firmaba aun cuando no había visto al interesado, siendo el propio don E., que no era médico, quien reconocía al extranjero, le tomaba la tensión y recababa sus datos y antecedentes médicos, con los que se rellenaba el correspondiente certificado, dando éste mil pesetas por cada uno de estos documentos al mencionado doctor J.M.
(...).

También consideramos aquí adecuadas las valoraciones jurídicas que se nos ofrecen en la página 14 cuando la sentencia recurrida nos afirma que no excluye la comisión del delito el hecho de que algunos de los testigos renunciaran a ser indemnizados o incluso indicaran estar agradecidos por que don E. hubiera hecho alguna gestión aparentemente a su favor, aunque a la postre ineficaz; ni tampoco el que en algún caso se hubiera producido un beneficio indirecto de tal actuación del acusado, como el de haber podido aportar el resguardo de la solicitud presentada en la mencionada oficina por el Sr. E. como prueba del tiempo de estancia en España; ni tampoco el que en otros casos diferentes hubiese prestado gratuitamente sus servicios o se hubiera limitado a la mera presentación de solicitudes correctamente documentadas como manifestaron los testigos que nos dice aquí (p. 14) la propia sentencia recurrida.

Ciertamente hubo engaño bastante en la actuación del Sr. E., pese a que éste no afirmara, a los que en

definitiva resultaron perjudicados, que sus gestiones habrían de dar como resultado positivo la obtención de los mencionados permisos de residencia y trabajo. Tal actuación fue mendaz, como ha quedado explicado, y con esa mendacidad tal acusado obtuvo, de cada uno de los emigrantes que en los hechos probados aparecen relacionados como perjudicados, no de todos los que a su oficina acudieron, unas pequeñas cantidades que, sumadas entre sí (artículo 74.2 del CP), alcanzan muy holgadamente la cuantía de las 50.000 pts. que separa este delito de la falta correspondiente.

B) De lo que acabamos de exponer se deduce que hubo ánimo de lucro en esa actuación del acusado. No otra explicación puede tener el cobro de esas cantidades, que percibía con facilidad de cada uno de esos perjudicados precisamente porque eran pequeñas. Pretende excusarse al respecto diciendo que todo lo que obtenía era para el funcionamiento de la ONG que había creado, «[...]», y que, por tanto, su intención en definitiva era sólo la de beneficiar a los inmigrantes. Consideramos adecuada la valoración que en este punto nos ofrece la sentencia recurrida cuando nos dice y repite que tal asociación fue una parte más del engaño, de toda la falacia montada por don E. para obtener un dinero ilícito de muchos de los extranjeros que acudían a su establecimiento de fotografía."

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Fecha: 24 de febrero de 2004.

Recurso de Apelación: 301/2003.

Ponente: D. Rubén Blasco Obedé.

Voz: Delito continuado contra los derechos de los trabajadores.

Resumen: El Tribunal estima en parte el recurso formulado por la representación de don C.A. Se revoca parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Zaragoza y se condena al acusado como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores.

"La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: «Hechos Probados.—El acusado C.A., mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el mes de septiembre y hasta diciembre de 2001, tuvo trabajando en la explotación de champiñones sita en el Camino de S.A. de la localidad de Tarazona, a los trabajadores V., de nacionalidad ecuatoriana, L.A., M.A., D. y H., de nacionalidad marroquí, y lo hacían sin contrato de trabajo, no estando dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social al carecer todos ellos de permiso de trabajo y de residencia.

De dicha explotación era titular formal la esposa del acusado, G., pero era el acusado el que actuaba de hecho como el empresario, llevando la explotación y siendo el empleador de todos los trabajadores citados.

El 7 de diciembre de 2001, sobre las 9,15 horas, el empleado H., sin autorización del acusado, que se había ausentado temporalmente, con el fin de trabajar cogió el tractor que se hallaba en la explotación y tras ponerlo en marcha se precipitó por un terraplén falleciendo como consecuencia del golpe sufrido, sin que por la inspección de Trabajo y seguridad Social se apreciara infracción de las normas de prevención de riesgos laborales en la conducta del acusado y empresario». Hechos probados que como tales se aceptan. (...).

La figura aplicada en el presente habla de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual; es decir, el sujeto pasivo es el extranjero sin permiso de trabajo, empleado sin necesidad de que se le ofrezcan, como ya dice la sentencia recurrida, condiciones de trabajo engañosas o falsas, y al que se le lesionen los derechos referidos por el precepto, derechos que son tanto los relativos a la normativa laboral como a la de Seguridad Social, pues el estar dado de alta en la misma y

obtener las prestaciones reconocidas por el sistema es un derecho establecido para el trabajador en disposiciones legales y reglamentarias que no se hace preciso citar. En efecto, el artículo 311.1 habla de condiciones laborales o de Seguridad Social, a diferencia del 312.2 que para el supuesto estudiado tan solo alude a condiciones, sin distinguir entre unas y otras, con lo que engloba a ambas, y pretender que queda fuera del tipo el quebranto de las normas de Seguridad Social no puede compartirse. Es cierto que el primer inciso del artículo 312.2 se refiere a condiciones de trabajo engañosas, pero eso no autoriza a entender que el uso del citado término condiciones en el inciso segundo deba quedar restringido a las propiamente laborales, significando que también en convenios colectivos se recogen condiciones de Seguridad Social mediante las mejoras voluntarias establecidas en los artículos 39 y 191 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social.

Por último, como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15, de 22 de noviembre de 2001 es característica del tipo la noción de explotación que se favorece desde el momento en que el trabajador extranjero se encuentra en una tesitura comprometida o precaria como lo es la carencia de permiso de trabajo y acaso por ello que en el pasaje que se estudia el Legislador haya prescindido del termino «abuso» que sí aparece en el citado artículo 311.1. La Jurisprudencia tanto anterior como posterior al actual Código penal ya lo viene afirmando respecto del precepto últimamente, así la STS de 30 de junio de 2000 proclama que «el llamado derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquella conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores».

En consecuencia, y ratificando los argumentos de la sentencia recurrida, se confirma la misma respecto de la cuestión estudiada."

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo , Sección 7.ª
Fecha: 13 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 6814/1998.
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.
Voz: Homologación de títulos. Cirugía plástica y reparadora. Argentina.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestima el recurso interpuesto contra la desestimación por silencio de la homologación del titulo de médico especialista en cirugía plástica obtenido en la República Argentina.

"Una ya muy reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestra reciente las Sentencias de 1 y 5 de diciembre de 2003 (recursos 3542/1998 y 3740/1998), ha establecido, por un lado, que el artículo 2 del Convenio Cultural entre España y Argentina solo es aplicable cuando se trata de títulos académicos; y, por otro, que ni siquiera los títulos expedidos por las autoridades académicas comportan su automática homologación, pues tampoco estos están excluidos de un control de equivalencia por la Administración española.

Esta jurisprudencia ha abandonado el criterio diferente existente con anterioridad y lo ha hecho, no en virtud de un mero voluntarismo, sino justificando y razonando ese cambio de criterio. Así lo recuerda la Sentencia de 1 de diciembre de 2003 que acaba de citarse, que recuerda que los términos de

la justificación y razones del cambio de criterio se reflejan las Sentencias de 2 de diciembre de 1996, 30 de mayo y 23 de noviembre de 1997, 15 de junio y 20 de diciembre de 2000, 11 de diciembre de 2001 y 18 de junio y 9 de julio de 2002.

Lo anterior hace que el primer motivo de casación no pueda ser acogido, sobre todo porque, aun cuando el título de cuya homologación aquí se trata tuviera encaje en el artículo 2 del Convenio Hispano-Argentino, esta circunstancia no conduciría a su automática homologación, y la infracción de este artículo sería intranscendente porque por sí sola no determinaría la alteración del fallo recurrido.
Son acertadas y deben aquí ratificarse todas esas argumentaciones, antes reseñadas, que la Sala de instancia invocó para justificar su pronunciamiento desestimatorio; y cuyo núcleo principal consiste en declarar que no es posible la homologación automática sin un juicio o control de equivalencia sobre el título para el que se solicita la homologación, y que este juicio técnico realizado por la Administración no ha sido eficazmente desvirtuado."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª
Fecha: 17 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 8560/1998.
Ponente: D. Juan José González Rivas.
Voz: Homologación del título de médico especialista en ortopedia y traumatología obtenido en el Colegio de médicos de Argentina con el título español.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto, por una parte en representación de don F., y de otra, por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra las resoluciones por las que no se accedió a la petición del actor de homologación de su título.

"La doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal (por todas, las Sentencias de 30 de junio y 27 de octubre de 1982, 31 de octubre de 1983 y 4 de febrero de 1995) reconoció en un primer momento la aplicación automática de la convalidación de los títulos de educación superior entre España y Argentina, pero esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido modificada posteriormente por las SSTS de 21 de febrero de 1996, 2 de diciembre de 1996, 30 de mayo de 1997, 24 de noviembre de 1997, 27 de febrero de 1998, 25 de enero de 1999, 14 de abril de 2000 y las posteriores de 4 de diciembre de 2001 y 9 de julio de 2002 que, entre otras, excluyen la aplicación automática del artículo segundo del Convenio Hispano-Argentino, como se pretende en este motivo, que resulta desestimable, pues es ya reiterada la doctrina de esta Sala que, en materia de homologaciones de títulos (Sentencias como las de 20 de enero y 28 de enero de 1997, 1 de abril de 1998, 4 de octubre de 2000, 10, 16, 17 y 23 de julio y 2 de octubre de 2001, entre otras), ha venido oponiéndose a una homologación automática de los títulos a que se refieren diversos Convenios celebrados con Repúblicas Americanas.

Así, la correcta interpretación se enmarca en una profusa legislación, dejando la homologación supeditada a una prueba de conjunto específica, conforme al Real Decreto 86/1987, estableciéndose una doctrina jurisprudencial con el valor que le asigna el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil, que no implica lesión al principio de igualdad, en relación con otros precedentes que ahora resultan «ilegales» tras operarse un cambio de criterio consciente, justificado y razonado (Sentencias del Tribunal Constitucional 91/1990 y 200/1990, entre otras), fijándose con precisión, en relación con las normas indicadas, 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 concurra plena equivalencia. (...).

En el caso examinado, debemos rechazar la causa de inadmisibilidad, que en el momento presente daría

lugar a la desestimación del recurso, pues el motivo de casación se fundamenta, como se deduce de los razonamientos que desarrolla, en la vulneración de la jurisprudencia, lo que determina la admisibilidad del motivo, máxime cuando la sentencia recurrida aplica la Orden de 14 de octubre de 1991 y dispone en su punto 2.º, apartado 1.º, que la homologación «exigirá la realización de una prueba teórico-práctica en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que conduce al título español correspondiente. Dicha prueba versará sobre los conocimientos teóricos y prácticos de la formación española requeridos para la obtención del título»; añadiendo el punto 13.º que «1. En el supuesto de que, existiendo total equivalencia en cuanto a la duración del programa formativo extranjero respecto al español, la Comisión Nacional estimara que no existe equivalencia en cuanto a los contenidos, podrá formular propuesta de realización de la prueba teórico-práctica a que se hace referencia en el apartado segundo de la presente Orden. 2. En el supuesto de que la duración del período formativo realizado por el solicitante fuese inferior a la exigida en España, la Comisión Nacional podrá valorar su ejercicio profesional posterior, específico de la especialidad cuya homologación solicita, siempre que su duración sea al menos el doble de la diferencia existente entre la de la formación especializada efectuada en el extranjero y la exigida en España. En el caso de que esta valoración sea positiva, el solicitante deberá someterse a la prueba teórico-práctica a que se refiere el apartado segundo de la presente Orden. Si el solicitante no acreditara haber realizado ejercicio profesional posterior, podrá realizar en España el período formativo complementario necesario hasta completar el mínimo exigido, siempre que la diferencia existente entre ambos períodos formativos no supere el 20 por 100 de la duración del exigido en España. Esta formación complementaria se llevará a efecto conforme a lo dispuesto en el apartado decimoquinto, punto 2 de la presente Orden. A su término, el solicitante deberá superar la prueba a que hace referencia el apartado segundo de la presente Orden». (...).

El Abogado del Estado invoca la STS de 6 de octubre de 1997 y alude a los títulos habilitados como consecuencia de los planes de enseñanza y entiende que no estamos ante un título académico, extremo que ya hemos analizado, no siendo de aplicación la jurisprudencia invocada por el Abogado del Estado que se refiere a la homologación de odontólogos y que señala como analizada por la Administración la formación del solicitante, es obvio que el título de Odontólogo expedido en la República Argentina no puede ser homologado al título actual de Licenciado en Odontología español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario, cuando no existe la necesaria equivalencia. Y, por otra parte, habiendo dejado de impartirse en 1948 las enseñanzas del viejo título de Odontólogo, tampoco podría aceptarse la homologación a este título. Expuesto lo anterior, nada impide que la homologación (naturalmente al título español actual de Licenciado en Odontología) quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto. Y así se ha pronunciado ya esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 2 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 1996 (2), 11 de diciembre de 1996 (2), 16 de diciembre de 1996, 17 de diciembre de 1996, 18 de diciembre de 1996, 19 de diciembre de 1996, 15 de enero de 1997, 22 de mayo de 1997 (2), 23 de mayo de 1997 (3), 30 de mayo de 1997 (2), 1 de junio de 1997 (2), 2 de junio de 1997 (2), 3 de junio de 1997 y 4 de junio de 1997.

En el caso examinado, por el contrario, la inaplicación del artículo 2 del Convenio de referencia, en cuanto reservado a «títulos académicos», no supone sin más la desestimación de su pretensión, sino la aplicación de la normativa general sobre homologación de títulos, constituida por el Real Decreto 86/1987 y normas de desarrollo y debe destacarse la existencia en el expediente administrativo de un dictamen de la Comisión Nacional de la Especialidad del Consejo Nacional de Especialidades Médicas de 3 de febrero de 1993, informando desfavorablemente la misma por considerar que no existía correspondencia entre la duración del programa

formativo español y el realizado por el solicitante y por no acreditarse por la parte actora en el proceso contencioso-administrativo que la formación no guarda equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente, por lo que se somete a dicha parte a la superación de una prueba teórico-práctica amparada en las normas ya invocadas (Antecedente de hecho 2.º de esta resolución) sobre aquellos conocimientos de formación española necesarios para la obtención del título, siendo el artículo 10 del Real Decreto 127/1984 de 11 de enero la norma que regula la formación médica especializada y la obtención de título de Médico especialista, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales.

Así, la homologación en España se realizará respecto del título de Médico especialista obtenido en el extranjero, pero con arreglo a lo que establezcan las disposiciones conjuntas de los Ministerios de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo, sobre la base de la relación pormenorizada de las actividades teóricas y prácticas y de los aspectos asistenciales desarrollados por el actor, que han sido insuficientemente acreditados ante la Administración española y que condicionan la homologación del título a una prueba teórico-práctica, razones que conducen a la desestimación del motivo."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª

Fecha: 23 de febrero de 2004.

Recurso de Casación: 9087/1998.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título de médico especialista en psiquiatría. No procede la homologación en virtud del artículo 22 del Convenio de 23 de marzo de 1971.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don P., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró el derecho del actor a que el título de médico especialista en psiquiatría de la Universidad de Buenos Aires sea homologado al español.

"Sentado lo anterior, debemos añadir que la Audiencia Nacional no ha incurrido en incongruencia omisiva por no ocuparse de los aspectos adicionales de la formación del recurrente, tales como la práctica profesional. No lo ha hecho porque esas actividades dejan de ser relevantes desde el momento en que, al ser la duración de la formación inferior en más de un 20 por ciento a la española, no sólo no hay equivalencia en los contenidos, sino tampoco la posibilidad de que, a través de las vías contempladas en el apartado decimotercero de la Orden de 14 de octubre de 1991, pueda lograrse la homologación, precisamente atendiendo al ejercicio profesional en el país en que se obtuvo el título en cuestión.

En cuanto al primer motivo, procede desestimarlo porque, frente a lo que sostiene el Sr. P., su título expedido por el Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba no es un título académico, ni la sentencia le ha reconocido como especialista en Psiquiatría. Esto último no ha sucedido porque aplicar a su solicitud de homologación las normas del Real Decreto 86/1987 y de la Orden de 1991 no supone tal reconocimiento. Más bien significa lo contrario: que no posee tal condición en España y, por eso, para determinar si tiene derecho a que se le reconozca la especialización que obtuvo en Argentina es para lo que someten sus pretensiones a las normas que rigen esta materia. Sobre lo primero, con independencia del sistema que se siga en esa República para la expedición de los títulos y de cuáles sean los rasgos que caracterizan el modelo federal que allí rige, lo cierto es que no corresponde a nuestros Tribunales interpretar el Derecho Argentino, sino las normas que forman parte del ordenamiento jurídico español, entre ellas el Convenio de 23 de marzo de 1971. Pues bien, a este respecto es un criterio sostenido con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala que solamente pueden acogerse al cauce de homologación contemplado por ese texto, que no excluye el control de equivalencia, los títulos académicos y que no tienen ese carácter a los efectos que aquí interesan los expedidos por Colegios Profesionales. En ese sentido se pronuncian, entre

otras, las Sentencias de 3 de junio de 2002 (casación 3486/97), de 6 de octubre (casación 1155/98) y de 3 de noviembre (casación 1981/98), ambas de 2003, así como las de 17 de noviembre de 2003 (casación 2421/98), 1 de diciembre de 2003 (casación 3542/98). Por tanto, el motivo no puede prosperar."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª

Fecha: 23 de febrero de 2004.

Recurso de Casación: 9080/1998.

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Homologación de título de doctor en odontología por la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Equivalencia de la formación.

Resumen: El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimaba parcialmente el recurso interpuesto, entendiendo que la homologación del título extranjero debe quedar condicionada a la superación de una prueba de conjunto.

"Se aduce un único motivo de casación, expresado al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción. Consiste en la interpretación errónea del artículo 3 del Convenio de Cooperación Cultural entre la República Dominicana y España de 27 de enero de 1953, en relación con los artículos 2 y 5 y disposición adicional primera del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero que regula la homologación de los títulos extranjeros de educación superior. En sustancia, el Abogado del Estado sostiene que el artículo del Convenio invocado no autoriza la convalidación automática del título de la Sra. C., ni excluye el control de la equivalencia de la formación seguida para obtenerlo con la necesaria para la colación del grado de Licenciado en Odontología. En consecuencia, teniendo en cuenta que la interesada no ha acreditado esa equivalencia, según el informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades, lo procedente es condicionar la homologación de su título a la previa superación de la prueba de conjunto prevista en el artículo 2 del Real Decreto 86/1987. (...).

Esta Sala viene afirmando que no cabe, en supuestos como el presente, convalidar títulos extranjeros de Odontología por el español de Odontólogo pues las enseñanzas conducentes a él dejaron de impartirse en 1948. No son solamente las sentencias citadas en el recurso de casación sino muchas otras las que así lo señalan, entre ellas la de 22 de septiembre de 2003 (casación 249/1998) que resuelve un recurso semejante a éste por lo que seguiremos aquí el mismo criterio allí aplicado. Es verdad, que anteriormente se mantuvo un criterio distinto, sin embargo nada impide que cambie la interpretación jurisprudencial cuando se considere razonadamente más ajustada a Derecho una solución distinta a la seguida previamente. Esto es lo que ha sucedido aquí. No cabe duda, por tanto, de que la Audiencia Nacional ha infringido la jurisprudencia que, conforme al artículo 1.6 del Código Civil, complementa el ordenamiento jurídico, lo que nos lleva a estimar el motivo formulado por el Abogado del Estado y a su anulación, sin que sea óbice para ello cuanto se ha argumentado en el escrito de oposición, pues lo cierto es que en la contestación a la demanda se sostuvo una tesis que no fue acogida por la sentencia. De ahí que el representante de la Administración no incurra en la desviación que le atribuye la parte recurrida por discrepar del fallo dictado en la instancia, ni vaya en contra de sus propios actos.

Debemos, en consecuencia, entrar en el fondo del litigio promovido por el Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, lo que requiere que examinemos si era procedente o no la convalidación acordada por la Resolución impugnada. De la jurisprudencia contenida en la sentencia que se ha citado y en otras anteriores dictadas en casos semejantes y en ella mencionadas resulta que la normativa aplicable está constituida por el artículo 3 del citado Convenio de Cooperación Cultural de 1953, el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, la Ley 10/1986, de

17 de marzo, que regula la profesión de Odontólogo, los Reales Decretos 970/1986, que regula el título oficial de Licenciado en Odontología, y 86/1987, que establece las condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior. También se desprende de esa doctrina que el reconocimiento al que se refiere el artículo 3 del Convenio de 1953 no excluye la realización por la Administración de un control de la equivalencia de la formación conducente al título cuyo reconocimiento en España se pretende con la se exige para obtener éste previo a resolver sobre la homologación correspondiente. (...).

Siendo decisivo, a los efectos de determinar si es o no conforme a Derecho la resolución impugnada, el juicio sobre la equivalencia entre las enseñanzas conducentes a la obtención de cada uno de los títulos en contraste, el dictamen técnico del Consejo de Universidades, ratificado, según se acaba de ver y no contradicho por ninguna prueba, nos lleva a entender que el Ministerio actuó correctamente al acordar la homologación. Por consiguiente, se impone en este caso particular la desestimación del recurso contencioso-administrativo. La salvedad introducida en la resolución impugnada, según la cual ésta «no implica el reconocimiento de que el interesado reúna las condiciones de formación requeridas en las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas», no altera las cosas, puesto que la Sra. C. la consintió no recurriéndola en su momento."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª
Fecha: 23 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 8835/1998.
Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.
Voz: Homologación de título. Médico especialista en anestesiología y reanimación. El artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural de 23 de marzo de 1971 entre la República Argentina y España sólo es aplicable a los títulos académicos.

Resumen: El Tribunal declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por don B., contra la sentencia de la Audiencia Nacional que declara el derecho del recurrente a la homologación de su título de Médico Especialista en Anestesiología y Reanimación, sin necesidad de superar prueba o examen de ningún tipo.

"(...) el Sr. B. aportaba un certificado expedido por la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social argentino, el cual, entendió la Audiencia Nacional, no podía ser considerado título académico, del mismo modo que tampoco podían merecer esa calificación los restantes diplomas y certificados por él presentados. En consecuencia, no consideró procedente aplicar en su caso el artículo 2 del Convenio de 1971 y examinó la viabilidad de la homologación a la luz de las normas generales establecidas por el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, sobre condiciones de homologación de títulos académicos de educación superior. A este respecto, la Sala de instancia tuvo en cuenta el parecer desfavorable a la homologación expresado por la Comisión Médica de la Especialidad y entendió que, a pesar de que entrara en contradicción sobre la duración de la formación con un informe de la Subdirección General de Especialidades en Ciencias de Salud del Ministerio, éste dice que fue de cuatro años, aquélla que fue de tres, incluso en este documento se ponen de manifiesto carencias formativas. Por eso, tras descartar las alegaciones sobre la procedencia de la estimación en atención a casos anteriores y justificar las razones por las que no era precisa la prueba pericial solicitada, estimó en parte el recurso, reconociendo el derecho del recurrente a la homologación de su título, previa superación de la prueba teórico-práctica prevista en el apartado segundo de la Orden de 14 de octubre de 1991. (...).

Por su parte, el Abogado del Estado, que desistió del recurso de casación que llegó a preparar y a interponer, en su escrito de oposición, apunta que: 1.º el título del Sr. B. no tiene carácter académico; 2.º la prueba pericial fue admitida por la Sala pero no se pudo practicar pese al celo que ésta puso en lograrlo

y, además, no era decisiva; 3.º la incongruencia debe afectar a las pretensiones, lo que aquí no sucede; 4.º el motivo da por supuesta una infracción que no se ha producido. (...).

Frente al criterio del recurrente, consideramos que no es irrazonable el proceder de la Audiencia Nacional, pues contaba con el informe del Ministerio de Educación y Ciencia y con el parecer de la Comisión Médica de la Especialidad. En tales circunstancias, concluir que no era decisivo un nuevo dictamen, tras haber intentado por tres veces sin éxito que por un perito se elaborara, no puede ser considerado, como hace el recurrente, de irrazonable, ni es causa de indefensión para el mismo. Por lo demás, la contradicción a la que se refiere el recurso a partir de la que se argumenta la necesidad de la pericia no es propiamente tal. En efecto, lo que dice el Subdirector General de Especialidades en Ciencias de Salud en su informe de 11 de febrero de 1994 es que la duración del programa de formación conducente al título de especialista en Argentina es de tres años, extremo en el que coincide con el dictamen de la Comisión. (...).

Rechazados los motivos relacionados con el procedimiento y con la estructura de la sentencia, hemos de examinar los que se refieren a cuestiones de fondo y se amparan en el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción. El primero sostiene, según se ha señalado antes, que el título, mejor dicho, el certificado del Ministerio de Salud y Acción Social aportado por el recurrente tiene el mismo valor que si hubiera sido otorgado por una Universidad. Explica, en ese sentido, el Sr. B. que la legislación argentina ha optado por atribuir su expedición a un departamento ministerial pero que es tan título de especialista como los universitarios. Añade que el «Hospital General de A. Dr. G.» tiene ese carácter. Y, en otro orden de consideraciones, dice que rechazar lo anterior y sostener que no puede acogerse este título al régimen de artículo 2 del Convenio supone, además, un error que conduce a un resultado absurdo: la homologación de títulos universitarios de especialistas que se han obtenido con una formación inferior a la seguida por el actor. En definitiva, estaríamos ante un título de especialista con el mismo valor docente y académico que los expedidos por las Universidades por lo que ha de serle aplicado el artículo 2 del Convenio de 1971. Así resulta de este mismo precepto y, también, del artículo 96 de la Constitución y del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Todo eso sin contar con que la Sentencia ya ha reconocido como especialista al Sr. B. y, por eso, ha estimado, aunque sea solamente en parte, sus pretensiones.

Empezando por el final, hay que decir que la sentencia no ha efectuado tal reconocimiento. Solamente ha tomado en consideración que el recurrente ha presentado certificados y diplomas argentinos en los que se le reconoce como especialista en Anestesiología en ese país. También ha concluido, a la vista la formación que demostrado, inferior a la exigida en España para lograr el título correspondiente, que, sin embargo, puede acogerse a la vía prevista por el apartado segundo de la Orden de 14 de octubre de 1991 para ser reconocido como especialista en esa materia también en España. Pero la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo no supone lo que afirma el recurso de casación.

Por otra parte, no corresponde a nuestros Tribunales interpretar el Derecho Argentino, sino las normas que forman parte del ordenamiento jurídico español, entre ellas el Convenio de 23 de marzo de 1971. Pues bien, a este respecto es un criterio sostenido con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala que solamente pueden acogerse al cauce de homologación contemplado por ese texto, que no excluye el control de equivalencia, los títulos académicos y que no tienen ese carácter a los efectos que aquí interesan los que no han sido expedidos por Universidades o por el Ministerio de Educación. En particular, carecen de él los títulos, diplomas y certificados de Colegios Profesionales o de cualesquiera otros departamentos u órganos administrativos. En ese sentido se pronuncian, entre otras, las Sen-

tencias de 3 de junio de 2002 (casación 3486/97), de 6 de octubre (casación 1155/98) y de 3 de noviembre (casación 1981/98, ambas de 2003, así como las de 17 de noviembre de 2003 (casación 2421/98), 1 de diciembre de 2003 (casación 3542/98). Por tanto, el motivo no puede prosperar."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 1 de marzo de 2004.
Recurso de Casación: 9262/1998.
Ponente: D. Manuel Goded Miranda.
Voz: Homologación de título de arquitecto obtenido en Colombia.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don J.M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estima parcialmente el recurso interpuesto contra la desestimación presunta del recurso que se interpuso contra la orden que acordaba que el título de arquitecto obtenido en Colombia quedase homologado al título español.

"La falta de equivalencia entre la formación proporcionada por el título colombiano y por el español constituye un hecho probado, conforme a las declaraciones verificadas por la sentencia impugnada, que no puede discutirse en el recurso de casación, diciendo a este respecto su fundamento de derecho cuarto que consta debidamente acreditado en autos que en Colombia el título de Arquitecto capacita para realizar los correspondientes diseños arquitectónicos y otras funciones entre las que no se incluyen, entre otras, los cálculos y diseño de estructuras y los estudios de suelo, que corresponde realizar a otro profesional titulado, cual es el Ingeniero de la Construcción, con el que debe dirigir la construcción coordinadamente. Y añade que también se ha probado que la formación proporcionada al Arquitecto colombiano no es equiparable a la que obtienen los Arquitectos españoles, puesto que constan carencias en materias tan importantes en España como, por ejemplo, el cálculo de estructuras.

Acreditada pues la falta de equivalencia entre la formación que proporciona el título colombiano y la exigida para obtener el título español, la sentencia de instancia, al imponer para que proceda la homologación la superación de la prueba correspondiente, no ha vulnerado el artículo 6 del Real Decreto 86/1987 ni el artículo 4 del Convenio de 1953.

El derecho al trabajo establecido por el artículo 35 de la Constitución y el funcionamiento democrático de los Colegios Profesionales que requiere el artículo 36 del texto constitucional son cuestiones del todo ajenas a la decisión que deba adoptarse sobre la homologación solicitada, que descansa fundamentalmente, como hemos expuesto, en la equivalencia de los respectivos títulos.

El motivo debe ser desestimado. (...).

Las actividades profesionales de don J.M., la mayor o menor intensidad con que, en ciertos casos, pueda exigirse en España el estudio de cálculo de estructuras (que no es el único concepto aludido por la sentencia combatida), la opinión sobre la conducta de la organización colegial española que el señor J.M. pone de manifiesto, la obtención de los permisos de residencia y trabajo, así como de la nacionalidad española, son todas cuestiones que no pueden influir en el extremo fundamental que en el recurso de casación se plantea y que consiste en determinar si, constituyendo un hecho probado que la formación que proporciona el título colombiano no es equivalente a la que se consigue al obtener el título español, resulta procedente la exigencia de la prueba que establece el artículo 2 del Real Decreto 86/1987, problema esencial sobre el que nos hemos pronunciado, ratificando el criterio del Tribunal *a quo* y decidiendo que la aplicación del artículo 4 del Convenio de 11 de marzo de 1953 no impone una homologación automática de los títulos sino que permite acudir a la reglamentación española y al principio de equivalencia de los títulos que deben homologarse, al no constituir la homologación un canje material de títulos, sino implicar la declara-

ción de que el título extranjero invocado es igual al título español y, como consecuencia de ello, que el interesado posee los conocimientos necesarios para dedicarse al ejercicio profesional en España que se ampara en el referido título."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª

Fecha: 2 de marzo de 2004.

Recurso de Casación: 9517/1998.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Homologación de título de especialista en cirugía general y aparato digestivo. Autorización del Colegio de Médicos de Buenos Aires.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de don J.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de homologación de la autorización del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires.

"En el cuarto de los motivos subraya la parte recurrente que, sin perjuicio de entender de total aplicación el Convenio de Cooperación Cultural Hispano Argentino como primera fuente y por tanto, entender la procedencia de la convalidación automática, para el caso de que el mismo no fuese de aplicación, debería habérsele dado al mismo la posibilidad prevista en el artículo 13 de la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1991 y se produce una infracción del principio de igualdad, cuando por parte del Ministerio se ofrece esta posibilidad a muchos solicitantes, tanto más teniendo en cuenta que la solicitud es de mayo de 1991, es decir, se produce tan sólo unos meses antes a la entrada en vigor de la citada normativa.

Además de invocarse, genéricamente, por la parte recurrente el artículo 14 de la CE, la sentencia impugnada basa la fundamentación desestimatoria en los siguientes criterios que explicita en el cuarto de los razonamientos:

a) La inaplicación del artículo 2 del Convenio, en cuanto reservado a «títulos académicos», no supone sin más la desestimación del recurso contencioso-administrativo, ya que lo que aquello trae consigo es la aplicación de la normativa general sobre homologación de títulos, constituida por el Real Decreto 86/1987 y normas de desarrollo, en especial, la Orden de 14 de octubre de 1991, por la que se regulan las condiciones y el procedimiento de homologación de los títulos extranjeros de Farmacéuticos y Médicos especialistas por los correspondientes títulos oficiales españoles, pero que no resulta aplicable al supuesto de autos al ser la petición en vía administrativa anterior a su entrada en vigor, no constando tampoco que el interesado solicitara acogerse a sus disposiciones, lo que ha sido reconocido por la propia Comisión Nacional de la Especialidad en los informes obrantes en el expediente administrativo.

b) Hay que destacar la existencia en el expediente administrativo de un informe de la Comisión Nacional de la Especialidad del Consejo Nacional de Especialidades Médicas, de 25 de febrero de 1993, contrario a la homologación, ratificado por otros posteriores de 15 de abril siguiente y 29 de abril de 1994. Esta evaluación de aquella Comisión constituye una manifestación de discrecionalidad técnica, lo que permite la aplicación al caso de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 34/1995, de 6 de febrero, reiterando la legitimidad de la llamada «discrecionalidad técnica» de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, de forma que las modulaciones que encuentran la plenitud del conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y esta presunción *iuris tantum* puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el

desconocimiento del poder razonable que se presume en el órgano calificador, lo que no ha sucedido en el supuesto de autos, en el que no se ha acreditado esas circunstancias.

c) Por otra parte, el dato objetivo de la diferente duración tampoco puede cuestionarse con base en la realización de un programa de capacitación para residente de Cirugía General en el período 89/90 o haber sido Jefe de residentes, puesto que no fue siquiera computado para otorgar la autorización de referencia, expedida el 18 de enero de 1990 y, por tanto, para nada determinante de su expedición, ya que la homologación se pide con referencia a aquélla, no en base a los hipotéticos méritos que posteriormente haya adquirido el interesado y de ahí que deba rechazarse la aplicación de lo previsto en el artículo 2 del citado Real Decreto 86/1987, que prevé la posibilidad de condicionar la homologación a la superación de una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título español para los supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente, lo que implícitamente también ha rechazado la Administración y ni siquiera ha sido solicitado por el interesado.

Sobre este motivo procede, además, tener en cuenta los siguientes criterios que propician su desestimación:

a) En el supuesto de autos se pretende la homologación de la autorización expedida en favor del recurrente por el Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires (República Argentina) y España tiene suscrito con la República Argentina un Convenio bilateral de Cooperación Cultural de fecha 23 de marzo de 1971, ratificado en virtud de Instrumento de 17 de noviembre de 1972 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 3 de abril de 1973.

b) La disposición adicional segunda del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, regula la homologación de títulos extranjeros de educación superior a los correspondientes títulos «oficiales» españoles acreditativos de una especialización.

c) La autorización aportada por el demandante no puede considerarse «título académico» en los términos previstos en el Convenio citado, puesto que al no haber sido expedido por ninguna Universidad, carece precisamente de ese carácter «académico».

d) No concurriendo el requisito básico para la homologación pretendida en base al Convenio, en el sentido de que el título que se pretende homologar sea de naturaleza académica, se excluye de su aplicación los demás títulos o certificados expedidos en aquel país. (...).

En suma, el recurso de casación ha de ser desestimado, pues el artículo 2 del Convenio de 23 de marzo de 1971 solamente es aplicable cuando se aporten títulos académicos, condición que no tiene el presentado por el recurrente, ya que la Sala ha dicho reiteradamente que no la poseen los que expiden asociaciones, sociedades o corporaciones. Por otro lado, ni siquiera los títulos expedidos por las autoridades académicas están excluidos de un control de equivalencia por la Administración española.

Una vez establecido que, por no ser título académico el presentado por el recurrente, debían seguirse las normas generales que regulan la homologación de títulos extranjeros, era determinante el parecer de la Comisión Nacional de la Especialidad, órgano técnico cuya cualificación justifica que se sigan sus dictámenes si no han sido desvirtuados en el proceso o adolecen de tales defectos que puedan calificarse de absurdos o arbitrarios, circunstancias que no se dan en el presente caso y esta Comisión subraya, en este caso, que no hay equivalencia entre la formación recibida en Argentina por el actor y la exigida en España ni por su contenido, ni por su duración, por lo que hay razones suficientes para denegar la homologación."

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Fecha: 9 de febrero de 2004.
Recurso de Casación: 7059/1999.
Ponente: D. Francisco González Navarro.
Voz: Denegación de solicitud de nacionalidad española al amparo del artículo 22 del Código Civil. Marroquí casado con española. La adquisición de la nacionalidad española implica para el adquirente un plus respecto de la mera adquisición de la residencia. Buena conducta cívica.
Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por el señor C., contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de solicitud de otorgamiento de la nacionalidad española.

"Entrando ya en el análisis del recurso de casación, debemos empezar recordando cuál es la doctrina de esta Sala 3.ª del Tribunal Supremo de España en relación con los efectos de la cancelación de antecedentes penales, según que lo solicitado sean autorizaciones y concesiones que son necesarias para el ejercicio de los derechos, o que lo que se haya solicitado sea lo que, con terminología al uso pero que puede inducir a confusión, se llama concesión de la nacionalidad.

Por ejemplo: en Sentencia de esta Sala 3.ª, sección 6.ª, del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre del 2000 (...), nuestra Sala tiene dicho esto en su fundamento 1.º: «El concepto jurídico indeterminado 'buena conducta cívica' debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso, como un requisito exigible para la concesión de la nacionalidad española que debe ser apreciado mediante el examen de la trayectoria personal del demandante de la nacionalidad, considerando aquélla en su conjunto y en modo alguno en relación a un período de tiempo predeterminado. La tesis del recurrente conduce al absurdo de sostener que a un individuo de mala conducta habitual y, aun más, perteneciente a una organización criminal, que se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 22.2 le bastaría permanecer legalmente en España durante un año observando buena conducta para obtener la nacionalidad española, lo que supondría olvidar que, como dice la Sentencia de 16 de marzo de 1999, es necesario distinguir el supuesto de concesión de nacionalidad de aquellos otros en que se solicite el reconocimiento de un derecho subjetivo, ya que la concesión de nacionalidad es un estado de manifestación de la soberanía de un Estado [párrafo primero]. El supuesto a que se refiere el artículo 22 del Código Civil, la concesión de nacionalidad, es harto distinto del mero reconocimiento de un derecho. En efecto, esta Sala, cuando afirma que los antecedentes penales cancelados no pueden determinar *per se* el incumplimiento del requisito de buena conducta exigido para poder obtener determinadas autorizaciones o licencias administrativas para el ejercicio de determinados derechos, como puede ser la concesión de permiso de armas para el ejercicio de la caza, se está refiriendo a que no puede ser limitado a un ciudadano español o residente legalmente en España, el ejercicio de los derechos reconocidos en las Leyes por unos antecedentes penales cancelados y que por tanto no existen en el mundo jurídico, dado que la cancelación implica su eliminación a todos los efectos. Estamos pues ante supuestos de ejercicio de derechos [párrafo segundo]. Igualmente en el caso que el Tribunal Constitucional analiza en la Sentencia 174/96 estamos ante un supuesto de aplicación de una causa de incapacidad para ingreso en la carrera judicial inexistente. En efecto en aquel supuesto se había venido a considerar como causa de incapacidad para el ingreso en la carrera judicial la existencia de antecedentes penales cancelados, lo que en opinión del Tribunal infringe el 23.2 de la Constitución que proclama el derecho a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos. El Tribunal Constitucional, de nuevo ante un supuesto de ejercicio de un derecho, afirma que prolongar los

efectos de los antecedentes penales mas allá de su cancelación choca con el artículo 25 de la Constitución y con la finalidad trascendente de reinserción social de las penas, [párrafo tercero]. El caso que ahora nos ocupa, sin embargo, como antes apuntábamos, presenta notables elementos diferenciadores de los que acabamos de exponer [párrafo cuarto]. Así, en primer lugar, no nos encontramos ante un simple supuesto de limitación en el ejercicio de un derecho, no cabe en modo alguno afirmar que la obtención de la nacionalidad por residencia sea un derecho subjetivo, estamos más ante un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícito un conjunto de derechos y obligaciones, otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al artículo 21 del Código Civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional [párrafo quinto]. En segundo lugar, el artículo 22 del Código Civil establece como uno de esos requisitos que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, es decir, no basta que no exista constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/87 antes citada [párrafo sexto]. El concepto 'buena conducta cívica' se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos marcados explícita o implícitamente por el legislador, [por lo que] el actuar de la Sala *a quo* es conforme a Derecho al denegar al peticionario extranjero la concesión de la nacionalidad, en base a los hechos por él admitidos, pues, como queda dicho, al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos, es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del 'plus' que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los 'actos favorables al administrado', un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española».

No está de más recordar también que la diferencia de naturaleza entre la llamada «concesión de la nacionalidad» y la «concesión de servicio público» está claramente establecida en la doctrina administrativa desde hace años, la cual distingue la concesión de servicio público stricto sensu de las concesiones de status, entre ellas la concesión de la ciudadanía, advirtiendo que la palabra «concesión» se utiliza en estos otros casos en un sentido puramente lexicológico, como sinónima de otorgar, conferir o donar.

Y por si todavía pudiera quedar algún resquicio de duda acerca del sentido exacto de lo que acaba de decir, el Tribunal Supremo añade esto otro en el fundamento siguiente de la misma sentencia: «Nada tiene que ver [sic] el concepto jurídico indeterminado 'buena conducta cívica' a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales a que se refiere en último término la norma invocada, ya en la Sentencia de 16 de marzo de 1999 se decía que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de 'justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica' (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgre-

sión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo de permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales [párrafo primero]. De otra parte, al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999) es exigible al solicitante de aquélla, a consecuencia del plus que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los actos favorables al administrado, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera poner en cuestión el concepto de buena conducta que el precepto salvaguarda como exigencia determinante de la concesión de la nacionalidad española, pues el otorgamiento de ésta en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular, al contrario de lo que ocurre en el supuesto analizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, sino, como antes hemos dicho, como el otorgamiento de una condición, la de nacional, que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, no en vano la nacionalidad constituye la base misma de aquél, y que conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones que en todo caso puede ser denegado por razones de orden público o interés nacional» [párrafo segundo]. (...).

(...) 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», parámetro cuya descripción se completa con una especie de cláusula de cierre del precepto o, si se prefiere, de criterio general o común para la utilización de esa y de los otros parámetros que establece: «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (aspecto éste, el de la finalidad de la norma, que subraya la citada Sentencia de 19 de septiembre de 1988, de la Sala de lo civil).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante [artículo 22.4 Código Civil), 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 porqué, 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 quedan consignados más arriba y 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 exige el artículo 22.4 del Código Civil, cuyo sentido hemos precisado, una vez más, en esta sentencia nuestra.

Por último, importa recordar que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo —ocupándose precisamente de la adquisición de la nacionalidad por residencia y de los requisitos que ésta ha de reunir—, tiene dicho que mantener un criterio amplio o permisivo en esta materia sería contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad (STS, Sala 1.ª, de 19 de septiembre de 1988). Y si esto es así, es patente que la libertad estimativa del juzgador se halla indudablemente más restringida cuando se enfrenta a la necesidad de precisar el concepto «buena conducta cívica» que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil. La citada Sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo bien rotundamente declara que esa interpretación extensiva del precepto regulador de la adquisición de la nacionalidad por residencia debe rechazarse

porque «podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley». Así, textualmente, se expresa la Sala de lo civil de este Tribunal Supremo.

Y con esto estamos diciendo que ese criterio restrictivo que inspira el fundamento de la sentencia impugnada que hemos transcrito está en perfecta sintonía con esa doctrina de la Sala de instancia.

Y recordar esto es necesario para evitar erróneas interpretaciones de la doctrina de nuestra Sala. Porque el que aquí digamos que «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» deba tomarse como parámetro para la interpretación de las normas y, consiguientemente, también de las que regulan la nacionalidad, no significa que el legislador haya abierto un portillo por el que se haya querido abrir paso a una aplicación laxa del ordenamiento jurídico, pues el contenido y finalidad de los preceptos jurídicos ha de ser respetado como lo ponen de manifiesto los preceptos que prohíben la arbitrariedad, el fraude de ley o el abuso de poder, y así se viene proclamando por la jurisprudencia."

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 4.ª

Fecha: 29 de abril de 2004.

Asunto: C-160/02.

Ponente: D. J.-P. Puissochet.

Voz: Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Régimen austríaco de suplemento compensatorio para las pensiones de jubilación. Licitud del requisito de residencia.

Resumen: El Tribunal declara que el suplemento compensatorio previsto por la ley federal relativa al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos del sector comercial, constituye una prestación especial de carácter no contributivo, de modo que la situación de quienes reúnan con posterioridad al 1 de junio de 1992 los requisitos para la concesión de dicha prestación se rige exclusivamente, a partir del 1 de enero de 1995, fecha de adhesión de la República de Austria a la Unión Europea, por el sistema de coordinación.

"El sistema austríaco de pensiones tiene por objetivo garantizar al asegurado, al llegar a la vejez o en caso de disminución de su capacidad laboral, una prestación acorde con su nivel de vida anterior a la jubilación o a la declaración de invalidez.

Si la prestación no garantiza un nivel de vida adecuado, denominado «nivel de referencia», en el caso de que los períodos de seguro hayan sido demasiado cortos o de que la base de cálculo sea muy baja, la legislación austríaca prevé que se abone un suplemento compensatorio. El régimen de los suplementos compensatorios se rige, para las situaciones como la del procedimiento principal, por la Ley federal de 9 de septiembre de 1955, sobre el seguro social general, y por la Ley federal de 11 de octubre de 1978, relativa al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos del sector comercial (en lo sucesivo GSVG).

Con arreglo al artículo 149, apartado 1, de la GSVG, cuando el importe de la pensión, incrementado, conforme al artículo 150 de la misma Ley, con la renta neta derivada de otros ingresos y con las demás cantidades que deban tenerse en cuenta, no alcance el nivel de referencia, su titular tendrá derecho a un suplemento compensatorio igual a la diferencia entre el nivel de referencia y su renta personal, siempre que tenga su residencia habitual en Austria.

Este suplemento sólo puede abonarse a quienes tengan reconocido un derecho a pensión en virtud del régimen obligatorio de pensiones y constituye una prestación complementaria con respecto a esta

pensión. La Administración lo calcula de oficio a raíz de la solicitud de pensión, sin que sea necesaria la presentación de una solicitud separada, y su pago, simultáneo al de la pensión, queda a cargo de la entidad gestora.

El artículo 156 de la GSVG regula la financiación del suplemento compensatorio. El apartado 1 de dicho artículo prevé que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo, el suplemento compensatorio debe ser reembolsado por el Land austríaco en el que tenga su sede la entidad asistencial que lo haya adelantado al beneficiario. Conforme a dicho apartado 2, el Estado federal participa en los gastos causados por el pago de los suplementos compensatorios y determina el importe de dicha participación en la Finanzausgleichsgesetz (Ley de compensación financiera).

En realidad, el Estado federal se hace cargo de la financiación total de los suplementos compensatorios. (...).

El demandante en el procedimiento principal, el Sr. S. es nacional austríaco. Desde el 1 de mayo de 1990 percibe de la Sozialversicherungsanstalt una pensión de invalidez. Desde que cumplió los 60 años de edad, percibe esta misma prestación en concepto de pensión anticipada de vejez por haber cubierto un período largo de seguro.

El Sr. S. tiene su residencia habitual en Tenerife desde finales de 1990. El 16 de diciembre de 1999, solicitó a la Sozialversicherungsanstalt la concesión del suplemento compensatorio de conformidad con la GSVG. Dicho organismo desestimó esta solicitud el 12 de octubre de 2000, por considerar que el Sr. S. tenía su residencia habitual en el extranjero y que la prestación de que se trata no es exportable.

El Sr. S. interpuso un recurso contra esta resolución desestimatoria. A juicio de los órganos jurisdiccionales que conocieron del fondo del asunto en primera instancia y en apelación, el suplemento compensatorio es una prestación especial de carácter no contributivo a efectos del artículo 10 bis del Reglamento n.º 1408/1971, que no puede concederse, conforme a dicho artículo, a una persona que resida de modo habitual en un Estado miembro que no sea la República de Austria.

Ambos órganos jurisdiccionales consideraron innecesario plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia acerca de la calificación jurídica de la prestación de que se trata en el litigio principal a efectos del Reglamento n.º 1408/1971, por entender que la Sentencia de 8 de marzo de 2001, Jauch (C-215/99, Rec. p.I-1901), esclarecía suficientemente este extremo.

El Sr. S. al estimar que debería haberse planteado una cuestión ante el Tribunal de Justicia, interpuso un recurso de casación contra la sentencia de apelación ante el Oberster Gerichtshof, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Deben interpretarse el artículo 10 bis y el anexo II bis del Reglamento n.º 1408/1971 en el sentido de que el suplemento compensatorio previsto por la Ley federal austríaca de 11 de octubre de 1978, relativa al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos del sector comercial, está comprendido dentro de su ámbito de aplicación y, por tanto, constituye una prestación especial de carácter no contributivo conforme al artículo 4, apartado 2 bis, del mismo Reglamento, de modo que la situación de quienes, como el demandante, reúnan con posterioridad al 1 de junio de 1992 los requisitos para la concesión de dicha prestación se rige exclusivamente por el sistema de coordinación establecido en el mencionado artículo 10 bis?».

El Tribunal de Justicia (sala 4.ª)pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Oberster Gerichtshof mediante Resolución de 26 de marzo de 2002, declara: «El artículo 10 bis y el anexo II bis del

Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/1997 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, deben interpretarse en el sentido de que el suplemento compensatorio, previsto por la Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (Ley federal relativa al régimen de seguridad social de los trabajadores autónomos del sector comercial), está incluido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento y, por tanto, constituye una prestación especial de carácter no contributivo conforme al artículo 4, apartado 2 bis, del mismo Reglamento, de modo que la situación de quienes reúnan con posterioridad al 1 de junio de 1992 los requisitos para la concesión de dicha prestación se rige exclusivamente, a partir del 1 de enero de 1995, fecha de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea, por el sistema de coordinación establecido en el mencionado artículo 10 bis».”

MARGA BLANCO ABILLÁ
Abogada del REICAZ

Comentarios a las sentencias sobre la caducidad del expediente sancionador

SUMARIO

I. Sentencia número 19/2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número tres de los de Zaragoza.

II. Sentencia número 215/04 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número uno de los de Zaragoza.

I. SENTENCIA NÚMERO 19/2004 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO TRES DE LOS DE ZARAGOZA

"FALLO: Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Ciprian C. contra la resolución dictada en fecha 27/03/03 por el Subdelegado el Gobierno en Zaragoza por la que se decreta la expulsión del territorio español de don Ciprian C., de nacionalidad rumana, con una prohibición de entrada en España por tiempo de tres años."

En este Procedimiento Ordinario la cuestión controvertida es la caducidad del expediente sancionador. Alegamos la caducidad del artículo 98 del RD 864/2001 por entender que no consta en autos siquiera el intento de notificación al interesado del decreto de expulsión en forma adecuada en el plazo de seis meses a contar desde el acuerdo de inicio del procedimiento.

Los motivos de interposición del recurso contencioso-administrativo son tres: caducidad en el procedimiento por transcurso del plazo máximo, infracción del principio de presunción de inocencia o infracción del principio de proporcionalidad.

El juzgador considera que habiendo varios fundamentos deberá examinarse en primer lugar aquel motivo cuya eventual estimación haría innecesario continuar examinando el resto y por ello atiende en primer lugar al motivo de la caducidad.

La interposición tiene como objeto la información extraoficial obtenida por teléfono en la Subdelegación del Gobierno con el siguiente contenido "...que con fecha 27 de marzo había resultado expulsado" sin acceder de ninguna manera al contenido, ni total ni parcial de la Resolución. Esta información, desde luego, no puede ser considerada en ningún momento como notificación. No aportamos ninguna resolución definitiva junto al escrito de interposición, sino que

hacemos referencia a todos los datos del expediente que conocemos remitiéndonos a los archivos de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza a los efectos de que sea ésta quien aporte la Resolución junto al expediente administrativo a los autos. La interposición del recurso contencioso-administrativo es presentada una vez transcurridos los seis meses desde la notificación del acuerdo del inicio del expediente sancionador. La Administración demandada se opone por considerar que no existe caducidad del expediente dado que el procedimiento se incoó el 13 de noviembre de 2002 y la resolución se adoptó el 27 de marzo de 2003 procediéndose al oportuno intento de notificación en el domicilio del interesado. Sin embargo, como recoge la propia sentencia, no consta en el expediente administrativo el citado intento de notificación de la misma, a lo que continúa diciendo el juzgador que aun entendiendo notificada la misma en el momento de interposición del recurso contencioso por la propia dicción del artículo 58.3 de la Ley 30/1992 y teniendo en cuenta la fecha de interposición del mismo ya se había sobrepasado el plazo de seis meses establecido previsto como duración máxima del procedimiento, y que por lo tanto el procedimiento estaba ya caducado.

II. SENTENCIA NÚMERO 215/2004 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO UNO DE LOS DE ZARAGOZA

"FALLO: Estimar el presente recurso número 682/03, interpuesto por la letrada doña Margarita Blanco Abillá en nombre y representación de don Marian B. y en consecuencia:

Primero: Declarar no ser conforme a derecho la actuación recurrida que se anula."

En el presente procedimiento ordinario la cuestión controvertida es una vez más la caducidad del procedimiento al no resultar notificada la resolución por la que se decretaba la expulsión recaída en el mismo en la persona del extranjero o en la de su representante letrada en el plazo máximo de seis meses a contar desde la notificación del acuerdo de inicio. El artículo 50 de la LO 4/2000, modificada entonces sólo por la LO 8/2000, así como del artículo 92 del RD 864/2001, de 20 de julio, en su tercer párrafo hacen remisión a la aplicación supletoria de la normativa de procedimiento administrativo.

En el presente caso se procedió a la publicación de la resolución en el Boletín Oficial de la Provincia sin haber hecho el más mínimo intento de notificación personal. Según la propia Ley de Procedimiento Administrativo sólo cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio y en el Boletín Oficial correspondiente. En este caso el interesado no es desconocido, desde el primer momento existe un domicilio a efectos de notificaciones, de hecho todas las notificaciones practicadas a lo largo del procedimiento lo han sido a través de fax de la letrada, considerándose válidas tanto por el remitente, como por el receptor, y sin embargo respecto del decreto de expulsión no consta intento alguno de notificación personal al interesado ni en su domicilio ni en el facilitado a efectos de notificaciones.

La Administración demandada se opone considerando que no existe caducidad del expediente al haber sido notificada la resolución por publicación con anterioridad a que transcurriese el plazo de seis meses.

Así, como ya recoge el juzgador en su sentencia no consta en el expediente que se intentase notificar el acuerdo ni al propio interesado ni a su representación letrada, haciendo alusión a la Sentencia del TS de 17 de noviembre de 2003 y que dice que el intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. Continúa diciendo que bastará para entender concluso un procedimiento el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte infructuoso y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

Considera, por tanto, el juzgador que no habiéndose observado en el presente lo dispuesto en el artículo 59.1 y 2 de la Ley 30/1992, no puede considerarse concluso el procedimiento pues se ha acudido de una manera indebida a la notificación a través de edictos, de manera que aun cuando se entendiese que en el momento en que se interpuso el recurso contencioso-administrativo, se produjo la notificación, por lo dispuesto en el artículo 58.3 de esta ley ya se había producido la caducidad, ya que el escrito se presentó para su reparto cuando ya había soprepasado el plazo de seis meses previsto como duración máxima del procedimiento.

César Tolosa Tribiño
Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria

Comentario a la STS de 6 de abril de 2004 sobre la legalidad del acuerdo de aprobación del contingente para 2002

SUMARIO

I. El contingente para el año 2002 y la concurrencia de procedimientos.

II. La naturaleza jurídica del acto de aprobación del contingente.

III. La justificación de la legalidad del acuerdo en la previa derogación del artículo 38 de la Ley 4/2000.

IV. La ilegalidad de las resoluciones de inadmisión del procedimiento.

V. Las distintas modalidades de autorización del trabajo de extranjeros.

VI. La articulación de las modalidades de acceso a la autorización para trabajar.

VII. El concreto examen acerca de la legalidad del acuerdo de aprobación del contingente.

I. EL CONTINGENTE PARA EL AÑO 2002 Y LA CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS

El aspecto más polémico del Acuerdo de fijación del contingente para el año 2002 vino constituido, sin duda alguna, por el punto noveno del mismo, el cual, bajo el título de la "concurrencia de procedimientos", determinó una práctica administrativa que supuso la desaparición de la gestión de las ofertas nominativas y del denominado "régimen general" en la tramitación y obtención de los permisos de trabajo.

La gran novedad de la regulación del contingente para 2002, fue la unificación del régimen de acceso al permiso de trabajo, régimen que sólo sería el del contingente, a salvo de los supuestos en los que no habrá de tenerse en cuenta la situación nacional del empleo, supuestos que vienen regulados en los artículos 71, 76, 77 y 79 del RELOEx y que pueden considerarse como un régimen especial.

Con independencia, pero en directa aplicación de lo dispuesto en el punto noveno de la Resolución de fecha 11 de enero de 2002, relativo a la concurrencia de procedimientos, la Administración procedió a dictar la Circular n.º 1/2002, de 16 de enero, emanada del Ministerio de Trabajo

y Asuntos Sociales, referida a las "Instrucciones Generales sobre el Contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 2002 y el procedimiento para su cobertura".

La mencionada Circular contemplaba un doble tratamiento:

A) Se establecía que "en aplicación de lo establecido en el apartado Noveno, Punto 3, del Acuerdo, las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado régimen general, presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según un procedimiento inadecuado".

Estas resoluciones se fundaban en el artículo 84.6 del RELOEx, cuando autorizaba a la autoridad competente a inadmitir a trámite las solicitudes de permiso de trabajo, cuando la misma se presente "utilizando procedimientos inadecuados, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento".

B) Mayores problemas planteaba el otro aspecto de la Circular, en el que en definitiva la tesis de la Administración se sintetizaba en considerar que si el contingente se elabora teniendo en cuenta la situación nacional del 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 ofertado y, consecuentemente, justifica la desestimación del permiso de trabajo solicitado.

Contra el apartado noveno, puntos 2 y 3, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, se interpusieron diversos recursos ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, órgano judicial competente por razón de la jerarquía del órgano del que emanaba el acto impugnado.

Con fecha 6 de abril de 2004, la Sala 3.ª procede a dictar siete sentencias en los siete recursos interpuestos, estimando los recursos n.º 30, 32, 33 y 35/02, interpuestos por, respectivamente, Comissió Obrera Nacional de Cataluña, Federaciones, Andaluza, UGT y CCOO, al tiempo que procede a inadmitir los recursos n.º 34, 36 y 37/02, interpuestos por Ezker Batua-Izquierda Unida, Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos y Colegio de Abogados de Barcelona por falta de legitimación activa.

Con independencia de resaltar las muy interesantes consideraciones que se contienen en las sentencias citadas, de las que ha sido Ponente el Magistrado Sr. Xiol Ríos, en relación con la clarificación de la legitimación para recurrir en el proceso contencioso-administrativo y que no

podemos desarrollar en este comentario por obvias razones de extensión, podemos destacar los siguientes razonamientos como las claves de la decisión final, mediante la cual, se procede a declarar la nulidad del apartado noveno, punto 3, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, publicado en el *BOE* número 11 de 12 de febrero de 2002 por Resolución de la Secretaría del Ministerio de la Presidencia de 11 de enero de 2002, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002, el cual dice así: "3. Las demás solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pueden cubrirse a través del contingente anual, o a través del mecanismo regulado en el punto 2 de este apartado, se tramitarán por este procedimiento en aplicación del artículo 65.11 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, y, por tanto, serán inadmitidas a trámite si se formulan a través de un procedimiento distinto del regulado en el presente Acuerdo".

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE APROBACIÓN DEL CONTINGENTE

La determinación de la naturaleza jurídica del Acuerdo anual de aprobación del contingente, distaba mucho de resultar una cuestión de naturaleza puramente teórica, dado que, dependiendo de la posición que se adoptara, resultarían aplicables determinadas normas jurídicas reguladoras de aspectos tan relevantes como sus cauces de impugnación, la suspensión de su ejecutividad, los trámites procedimentales sustanciales para su adopción y, esencialmente, como luego veremos, su relación con el resto del ordenamiento jurídico en materia de extranjeros y, consecuentemente, la necesidad o no de respetar en su contenido el principio de jerarquía normativa.

La cuestión teórica pasaba por determinar si nos encontrábamos ante una disposición de carácter general, un Reglamento, o si, por el contrario, nos encontrábamos ante un mero acto administrativo con una pluralidad de destinatarios.

La jurisprudencia se había preocupado de deslindar ambas instituciones. La STS (3.ª) 24 de febrero de 1999 había abordado esta cuestión, señalando que la distinción entre normas reglamentarias promulgadas con destino a una pluralidad limitada de sujetos pasivos y actos administrativos singulares con efectos frente a un número indeterminado de sujetos, se concreta en que los primeros están destinados a regular de modo permanente determinadas situaciones o el efecto de ciertos actos, obedeciendo al principio de "no consunción", mientras que los actos administrativos propiamente dichos se agotan en virtud de su aplicación.

Establecida la diferenciación desde el punto de vista teórico, nos encontrábamos en disposición de afirmar que el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobaba el contingente anual, era un verdadero acto administrativo de contenido general que no suponía ningún tipo de innovación del ordenamiento jurídico.

Esta afirmación se ve corroborada en la sentencia que estamos comentando, cuando en su fundamento de derecho tercero, señala que "El Acuerdo constituye, en suma, un acto de naturaleza peculiar. Puede considerarse como acto administrativo concreto con pluralidad de destinatarios", y si bien reconoce la existencia de un cierto contenido normativo, concluye que tales aspectos tienen carácter dependiente y accesorio respecto del contenido esencial del acto y subordinado a las determinaciones del Reglamento, por lo que no pueden considerarse suficientes por sí mismos para transformar el acto en una disposición general.

En definitiva la sentencia concluye que "por los antecedentes políticos y administrativos, por las circunstancias que presiden su elaboración, por el procedimiento seguido para su aprobación, por la forma adoptada, por su carácter temporal y por su contenido, tanto esencial como potestativo, el Acuerdo carece de las características propias de los actos que se integran en el sistema de fuentes. No puede, pues, reconocérsele la naturaleza de reglamento, en el sentido en que utiliza esta expresión en artículo 24 de la Ley del Gobierno, con independencia de que parte de su contenido pueda tener un valor normativo limitado".

Esta conclusión, el carácter no normativo del Acuerdo impugnado, sirve a la sentencia para resolver acerca de una de las cuestiones que en las decisiones previas de otros órganos judiciales que se pronunciaron acerca de la legalidad de dicho acuerdo con motivo de la impugnación de los actos de denegación de autorizaciones para trabajar, se había constituido en un elemento fundamental en las decisiones adoptadas, esto es, la compatibilidad del acuerdo con el principio de jerarquía normativa. La sentencia aclara que si bien el Acuerdo, al carecer de naturaleza normativa, no está sujeto al principio de jerarquía normativa, esto no impide que deba ser examinado desde el prisma de la compatibilidad con el régimen procedimental que establece la ley y el Reglamento, en aplicación del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos recogido en artículo 23.2 de la Ley del Gobierno, con arreglo al cual "son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado".

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DEL ACUERDO EN LA PREVIA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 4/2000

El argumento que justificaba, desde la perspectiva del Gobierno, la legalidad de la nueva regulación procedimental contenida en el Acuerdo era que la LO 8/2000 suprimió el antiguo artículo 38 de la LO 4/2000 que, al establecer las excepciones al contingente, señalaba que "las ofertas de empleo que puedan realizar los empresarios a trabajadores extranjeros son independientes del contingente global que se establezca". Por tanto, en su criterio, una interpretación plausible sería la de entender que la aprobación del contingente comportaba que los sectores contingentados únicamente podían tramitarse a través de la vía del contingentes, excluyendo la posibilidad de contratación directa por los empresarios a través de ofertas nominativas.

Esta argumentación va a ser expresamente rechazada por la STS de 6 de abril de 2004, cuando en su fundamento de derecho quinto, afirma "La Ley Orgánica 8/2000, al suprimir este precepto (se refiere al citado artículo 38), deja en la ambigüedad la posible solución. Algunas enmien-

das parlamentarias —aducidas por la Abogacía del Estado— se hicieron eco de esta perplejidad, oponiéndose o tratando de solucionar el problema. De la ambigüedad de la Ley en torno a este punto únicamente puede deducirse que existe una relación entre el contingente y la apreciación de la situación nacional de empleo que debe tenerse en cuenta en su fijación y para la concesión de permisos de trabajo. El procedimiento o los procedimientos para concretarla quedan abiertos al Reglamento".

En conclusión no puede derivarse de la desaparición del precepto citado, la existencia del procedimiento del contingente como única vía de acceso al permiso de trabajo.

IV. LA ILEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE INADMISIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Las decisiones de inadmisión de las solicitudes por aplicación del artículo 84.6 del RELOEx, despertó importantes críticas desde un primer momento, al considerarse que tal decisión, que se adoptó por la Administración de forma indiscriminada, constituía una quiebra importante de principios básicos del procedimiento administrativo en el seno de la extranjería, singularmente del artículo 71 de la LRJPAC, que establece la institución de la subsanación y mejora de la solicitud.

La cuestión referente a las resoluciones de inadmisión quedó resuelta, a la vista del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo (3.ª) de fecha 20 de marzo de 2003, por la que, entre otros, se declara la nulidad del referido apartado 6 del artículo 84 del RELOEx, afirmando textualmente que: "Como quiera que la Ley 30/1992 es aplicable a todas las Administraciones públicas y a ella habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos, es claro que lo dispuesto en el artículo 84.6 del Reglamento es contrario al artículo 71 de la LRJ-PAC transcrito y por tanto debe ser anulado al no permitir la subsanación de defectos en los términos establecidos en la Ley".

La sentencia que estamos analizando, examina la cuestión en el Fundamento Undécimo y tras recordar que artículo 20.2.º de la LOEX, dispone que "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", se refiere a la doctrina contenida en su anterior sentencia y a la declarada nulidad del precepto reglamentario que servía de referencia a las resoluciones de inadmisión. Consecuentemente, afirma la sentencia que el único apoyo normativo de este tipo de resoluciones, tal y como se regulan en el apartado noveno.3, del Acuerdo, ha de buscarse en el n.º 11 del artículo 65 del Reglamento, si bien, concluye que "De este precepto no resulta que sea factible acordar la inadmisión de las ofertas nominativas de empleo a favor de trabajadores extranjeros sin otro apoyo reglamentario".

Conviene tener presente, a este respecto, que la Ley Orgánica 14/2003, ha procedido a introducir una disposición adicional cuarta, en la que se regulan los supuestos de inadmisión a trámite de las solicitudes, modificación que, entre otras motivaciones, trata de ajustar la norma a la

sentencia citada y sobre cuya legalidad, esencialmente, en lo referente a la causa 8, "Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por la ley", existen serias dudas.

V. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE AUTORIZACIÓN DEL TRABAJO DE EXTRANJEROS

Según establece la sentencia del Tribunal Supremo, del contenido del Reglamento se desprende la existencia de tres modalidades diferenciadas de autorizaciones para trabajar.

La primera es la denominada modalidad general, modalidad que se cifra en que las normas de procedimiento sobre permisos de trabajo (artículos 80 y ss. del RLODLEE) reconocen la facultad de cualquier empresario para presentar una oferta nominativa de empleo, ya resida este último en España o en el extranjero (artículo 82.1 y 2 y artículo 83.6).

La sentencia, en su fundamento de derecho sexto, refleja 7 razones jurídicas para mantener la existencia de la modalidad general:

a) La situación nacional de empleo se valora con la certificación de los servicios públicos de empleo de que el puesto no ha sido cubierto tras ser ofertado por el empresario. También es posible que los servicios de empleo emitan certificaciones válidas por dos meses en las que se afirma la inexistencia de trabajadores para determinados puestos de trabajo, certificaciones que se elaboran a partir de los datos de los tres meses precedentes (artículo 70 del Reglamento).

b) En la sección 3.ª del capítulo III, titulada "régimen de concesión inicial y renovación de los permisos" no se regula la modalidad del contingente. En el artículo 70.1, que encabeza esta sección y regula el régimen de concesión inicial por cuenta ajena, se fija un régimen que, en desarrollo del artículo 38 de la Ley, aparece como la modalidad general de acceso a los permisos de trabajo. Se hacen significativas referencias a la insuficiencia de trabajadores para el puesto solicitado por la empresa, al requisito de la gestión de la oferta de empleo y a la eventual certificación genérica con validez para dos meses. La "situación nacional de empleo" a que se refiere la Ley se articula en este procedimiento de gestión de la oferta de empleo sin referencias a los contingentes aprobados.

c) El artículo 74, relativo a la "denegación de los permisos de trabajo", establece una serie de motivos que no son compatibles con el procedimiento del contingente concebido como procedimiento exclusivo.

d) El artículo 81, relativo a la "documentación necesaria para la concesión inicial del permiso de trabajo o su renovación" exige la presentación de una documentación que sólo tiene sentido si se trata de un procedimiento de acceso al permiso de trabajo al margen del contingente (apartado 1.2, b), c), d) y e).

e) El artículo 82.1 y 2 prevé que el sujeto legitimado para la presentación de una solicitud de permiso de trabajo pueda hallarse en España o en el extranjero.

f) El artículo 83, «tramitación de la solicitud del permiso de trabajo e instrucción del procedimiento», sienta una regulación ajena a la modalidad del contingente (apartados 2, 3, y 4). En el apartado 6 se refiere al supuesto de que «el trabajador extranjero no sea residente legal en España», expresamente excluido de la "modalidad del contingente anual".

g) El artículo 86, "resolución del expediente laboral y notificación de la resolución" contempla en el apartado 2 la posibilidad de que el trabajador se encuentre fuera de España, pero no lo impone como requisito.

Después de tales "apabullantes" razonamientos, se concluye que "En suma, el Reglamento opta, dentro del marco legal, por un desarrollo a partir del artículo 38 de una «modalidad general» para el acceso al permiso de trabajo respecto de la «modalidad del contingente anual». Esta regulación se concreta en el artículo 70, al fijar los requisitos aplicables, y en la configuración del procedimiento previsto en la sección 5.ª del capítulo III del Reglamento, que establece los sujetos legitimados para solicitar el permiso de trabajo (artículo 80), la documentación necesaria (artículo 81), el lugar, plazos, formas y efectos de la presentación de la solicitud (artículo 82), la tramitación de la solicitud e instrucción del procedimiento (artículo 83), la competencia para resolver (artículo 85) y la resolución del expediente (artículo 86)."

En segundo lugar aparece la modalidad del contingente anual, modalid que se caracterizaba por resultar únicamente aplicable a extranjeros que no estén ni residan en España y que resultaba incompatible con la presentación de ofertas nominativas.

Por fin, la tercera modalidad, modalidad complementaria del contingente anual, es la regulada en el artículo 70.1.1.3 y se articula mediante las propuestas de los Servicios públicos de empleo. El citado precepto establece que: "Podrán concederse permisos de trabajo por cuenta ajena en los términos que resulten de las propuestas que a tal efecto puedan formular los servicios públicos de empleo correspondientes. Dichas propuestas especificarán el ámbito sectorial y territorial al que deban restringirse los permisos de trabajo que se otorguen a su amparo y complementarán las previsiones de mano de obra extranjera que hubieren sido tenidas en cuenta en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros al que se refiere el artículo 65 de este Reglamento, sin que los permisos otorgados por este procedimiento computen a efectos de los citados contingentes".

VI. LA ARTICULACIÓN DE LAS MODALIDADES DE ACCESO A LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

La articulación de estas tres modalidades se realiza de conformidad con las previsiones de los artículos 65.10 y 65.11 del reglamento.

Según el primero de los artículos citados, "La tramitación de los permisos de trabajo y residencia seguirá las normas generales del presente capítulo, a excepción de la gestión de las ofer-

tas de empleo por los Servicios Públicos de Empleo, con las particularidades que el Gobierno introduzca para adaptar la gestión del contingente a las necesidades del mercado de trabajo nacional".

De este modo, el Gobierno por medio del Acuerdo no sólo fija el contingente correspondiente al año, sino que establece las "particularidades" "para adaptar la gestión del contingente a las necesidades del mercado de trabajo nacional". Se trata, pues, de la fijación de normas para la "modalidad del contingente anual" que cristalizan en un procedimiento particular respecto del general, en cuyas normas debe basarse, con la excepción de la "modalidad complementaria del contingente anual".

Por su parte el segundo de los preceptos establece que "Las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento", esto es, lo que se ordena es que se excluyan de la modalidad general las solicitudes "relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual", pero no las que no puedan cubrirse por tal procedimiento por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en el mismo, o porque se haya agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia, solicitudes que deben permanecer, pues, en el ámbito que corresponde al régimen o "modalidad general" de procedimiento, salvo cuando sea posible su tramitación con arreglo a la "modalidad complementaria del contingente anual".

En definitiva y según la sentencia, habrá de estarse a lo previsto en el contingente, si bien, resultará de aplicación la modalidad general, cuando concurra una de estas circunstancias:

a) Las ofertas que no puedan cubrirse por la vía del contingente por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en el mismo.

b) Las ofertas que no puedan cubrirse por la vía del contingente por haberse agotado el contingente establecido para dicho sector u ocupación.

c) Las ofertas que no puedan cubrirse por la vía del contingente, por no haberse asignado contingente en la provincia.

d) Que, en cualquiera de los casos, no sea posible su tramitación con arreglo a la "modalidad complementaria del contingente anual".

VII. EL CONCRETO EXAMEN ACERCA DE LA LEGALIDAD DEL ACUERDO DE APROBACIÓN DEL CONTINGENTE

La sentencia, acudiendo a los precedentes administrativos, nos recuerda cómo, en los acuerdos administrativos sobre fijación del procedimiento para la gestión del contingente correspondiente a años anteriores se preveía que la tramitación de permisos de trabajo y residencia no encuadrables en el contingente se tramitarían sin especialidad alguna, es decir, por el régimen

general. Las restantes "ofertas" de carácter singular se tramitaban considerando el principio de preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera residente en España, y, en el caso de no ser atendidas a través de esta actuación, se canalizaban a la Dirección General de Migraciones para su cobertura por el mercado de trabajo nacional mediante migraciones interiores u otras acciones específicas.

Sin embargo en el punto 3 del acuerdo del Consejo de Ministros para el año 2002, no se hace excepción alguna a favor de la "modalidad general", sino que sólo se exceptúan del procedimiento del contingente los supuestos correspondientes a los "regímenes especiales", al tiempo que no se prevé procedimiento alguno para canalizar de manera definitiva ofertas singulares de plazas de trabajo encuadradas en el contingente que hayan sido presentadas directamente ante los servicios de empleo.

En consecuencia, aunque se admitiese que del punto 2 del apartado noveno del Acuerdo, pudiera desprenderse la admisión de la pervivencia de la modalidad o régimen general, el procedimiento resulta inaplicable e inviable, merced a lo dispuesto en el punto 3, mediante el cual, se reconducen todas las ofertas al procedimiento de la modalidad del contingente.

Según la sentencia, a tenor del punto 3 de apartado noveno del Acuerdo, debe inadmitirse a trámite toda aquella solicitud del empresario interesado en un trabajador extranjero consistente en una oferta nominativa de empleo, ya resida o se halle el trabajador en el extranjero o en España, siempre que, sin estar acogida a alguno de los "regímenes especiales", pudiera haberse satisfecho por la "modalidad del contingente anual" o por la "modalidad complementaria del contingente anual", es decir mediante la propuesta de servicios de empleo que completa la fijación del contingente, independientemente de que pudiera demostrarse, si se tramitara el expediente completo, que esta posibilidad no concurre. Es decir, cualquier oferta nominativa de empleo a favor de un trabajador extranjero no comprendida en los "regímenes especiales".

La consecuencia de lo anteriormente expuesto era la de que, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, 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 públicos de empleo podía ser admitida a trámite, lo que suponía, que "el Acuerdo —dejando a salvo los «regímenes especiales»— modifica las normas comunes de procedimiento más allá del ámbito de la autorización conferida por el Reglamento, asimilando la «modalidad general» a la «modalidad del contingente anual» en un único procedimiento que recoge las particularidades propias de ésta y excluye en la práctica la aplicación de aquélla".

La sentencia acaba concluyendo, para justificar la declaración de nulidad que se contiene en el fallo, que "De lo anteriormente razonado, cabe concluir que el Acuerdo no se ajusta a los preceptos del RLODLEE, por lo que incurre en nulidad por infracción del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos".

> "El Acuerdo, haciendo uso de la habilitación conferida por la Ley (artículo 39) y el Reglamento (artículo 65), establece las «particularidades» procedimentales que corresponden a la «modalidad del contingente anual». No obstante, según se explica en el fundamento OCTAVO, en esta labor, el

Acuerdo, apoyándose en una interpretación del artículo 65.11 que no es aceptable desde el punto de vista literal y sistemático (como se razona en el fundamento SÉPTIMO), hace prácticamente inaplicable la modalidad general que resulta del régimen establecido por el Reglamento y, particularmente, excluye de la misma, en contra de lo previsto en el expresado precepto, los supuestos de ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera y no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en él, o porque se haya agotado el contingente establecido para el correspondiente sector u ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia."

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

– Recurso de inconstitucionalidad n.º 1024-2004, promovido por el Parlamento Vasco, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Extranjería (*BOE* n.º 102, de 27 de abril de 2004).

– Circular de 14 de abril de 2004, sobre Régimen de entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados incorporados a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004.

– Real Decreto 660/2004, de 19 de abril, por el que se nombra Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración a doña María Consuelo Rumí Ibáñez (*BOE* n.º 96, de 20 de abril de 2004).

– Resolución de 1 de junio 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* de 15 de junio de 2004).

– Providencia del 27 de mayo de 2004, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, sobre planteamiento de cuestión de ilegalidad del apartado 5 del artículo 84 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio (*BOE* de 16 de junio de 2004).

II. FUENTES INTERNACIONALES

– Instrumento de Ratificación del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (*BOE* de 20 de mayo de 2004).

– Tratado General de cooperación y amistad entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho *ad referendum* en San Francisco de Quito el 30 de junio de 1999 (*BOE* n.º 97, de 21 de abril de 2004).

Crónica legislativa de un semestre

– Corrección de errores de la Resolución de 4 de marzo de 2004, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone la publicación del Canje de cartas entre los Ministros de Asuntos Exteriores del Reino de España y Bosnia Herzegovina por las que se establece la sucesión de Tratados bilaterales concluidos entre la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia y el Reino de España (*BOE* n.º 97, de 21 de abril de 2004).

– Instrumento de Ratificación del Acuerdo complementario al Acuerdo administrativo hispano-peruano de Seguridad Social de 24 de noviembre de 1978, hecho en Valencia el 14 de mayo de 2002, cuya aplicación provisional fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 225, de 19 de septiembre de 2002 (*BOE* n.º 79, de 1 de abril de 2004).

– Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Checa, hecho en Valencia el 13 de mayo de 2002 (*BOE* n.º 107, de 3 de mayo de 2004).

– Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia sobre la regulación y ordenación de los flujos migratorios entre ambos Estados, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002, cuya aplicación provisional fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 226, de 20 de septiembre de 2002 (*BOE* n.º 85, de 8 de abril de 2004).

– Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Uzbekistán, hecho en Madrid el 28 de enero de 2003 (*BOE* n.º 78, de 31 de marzo de 2004).

– Aplicación provisional del Canje de Notas de 8 de marzo de 2003, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (*BOE* n.º 133, de 2 de junio de 2004).

– Corrección de errores de los Protocolos al Tratado del Atlántico Norte relativos a la adhesión de la República de Bulgaria, de la República de Eslovenia, de la República Eslovaca, de la República de Estonia, de la República de Letonia, de la República de Lituania y de la República de Rumania, hechos en Bruselas el 26 de marzo de 2003 (*BOE* de 20 de mayo de 2004).

– Corrección de erratas del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 5 de junio de 2003 (*BOE* n.º 83, de 6 de abril de 2004).

– Resolución de 2 de diciembre de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone la publicación del Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Madrid el 28 de octubre de 2003 (*BOE* n.º 72, de 24 de marzo de 2004).

– Aplicación provisional del Canje de Notas de 22 de diciembre de 2003, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (*BOE* n.º 133, de 2 de junio de 2004).

– Acuerdo entre el Reino de España y la República del Irán sobre transporte internacional por carretera hecho en Teherán el 7 de febrero de 1999 (*BOE* de 18 de junio de 2004).

– 92.ª Conferencia anual de la OIT por la que se adopta un plan diseñado para abordar la situación de unos 86 millones de trabajadores migrantes que forman parte de la economía mundial.

Crónica legislativa de un semestre

– Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002 (*BOE* de 22 de julio de 2004).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

– Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemita de Jordania, por otra, hecho en Bruselas el 24 de noviembre de 1997 (*BOE* de 7 de mayo de 2004).

– Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, hecho en Bruselas el 26 de enero de 2001 (*BOE* n.º 141 de 11 de junio de 2004).

– Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la ex República Yugoslava de Macedonia, por otra, hecho en Luxemburgo el 9 de abril de 2001 (*BOE* n.º 88, de 12 de abril de 2004).

– Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados Miembros de la Unión Europea) y la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República de Eslovaquia relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003 (*BOE* n.º 106, de 1 de mayo de 2004).

– Reglamento (CE) n.º 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas), *DO* L 080, 18 de marzo de 2004, p. 1.

– Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (*DO* L 158, de 30 de abril de 2004).

– Decisión del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos (*DOUE* L n.º 83, 20 de mayo de 2004, p. 83).

Crónica legislativa de un semestre

– Decisión 2004/496/CE, del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos (*DOUE* L 183, de 20 de mayo de 2004, p. 83).

– Decisión 2004/512/CE, del Consejo, de 8 de junio de 2004, por la que se establece el sistema de información de visados (VIS) (*DOUE* L 215, de 15 de junio de 2004, p. 5).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Nacionales de terceros países residentes de larga duración

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 duración, ha sido publicada en el *DOUE* (23-1-2004 L 16/44). La Directiva tiene por objeto establecer las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración, y derechos correspondientes, otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio, y las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto.
(26 de enero de 2004).

Renovación del portal Europa

EUROPA, el sitio Internet multilingüe de la UE, experimentará una renovación a fondo en 2004. EUROPA es un portal multilingüe que da acceso a toda la información pública y a los documentos oficiales de la UE. Para finales de marzo de 2004, ofrecerá nuevos servicios con un uso más sencillo. A título de ejemplo, los ciudadanos de la UE que quieran estudiar, trabajar o jubilarse en otros países de la UE dispondrán de información eminentemente práctica sobre sus derechos y sobre los procedimientos a seguir. Asimismo, encontrarán la información que buscan presentada por temas, con un acceso más fácil a documentos oficiales y a los servicios interactivos proporcionados por cada institución. Se prevé que la nueva web esté completamente lista para verano de 2004.
(26 de enero de 2004).

La futura Constitución Europea

El Parlamento Europeo ha acogido esta semana un debate sobre el programa de la Presidencia irlandesa de la UE y la futura Constitución Europea. La Presidencia analizó la situación en la que se encuentran las negociaciones de la Conferencia Intergubernamental (CIG) destinadas a alcanzar un acuerdo sobre el Tratado Constitucional. Irlanda mostró un optimismo muy moderado sobre la marcha de estas negociaciones, señalando que tras las reuniones bilaterales que se están celebrando, tratarán de preparar un texto con las conclusiones para el Consejo Europeo de marzo. Tras el debate, el Parlamento Europeo aprobó una breve resolución en la que acoge con satisfacción la actitud positiva adoptada por la nueva Presidencia para concluir la CIG sobre la base del proyecto de Constitución de la Convención, y pide a la CIG que complete su trabajo

(*) 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.*

antes del 1 de mayo, fecha efectiva de la ampliación de la UE a diez nuevos Estados miembros.
(2 de febrero de 2004).

Prioridades de la UE en materia de derechos humanos

La comisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre los derechos, prioridades y recomendaciones de la UE para el 60.º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se celebrará en Ginebra del 15 de marzo al 23 de abril de 2004. La comisión parlamentaria ha acogido con satisfacción el trabajo realizado por la UE a favor de la ratificación universal del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y ha pedido a la UE que continúe trabajando en este sentido. Por otro lado, ha solicitado a la Presidencia que patrocine una resolución en la que se inste a los EE.UU. a aclarar inmediatamente la situación de los prisioneros de Guantánamo por lo que se refiere a las normas en materia de derechos humanos internacionales y Derecho humanitario y, en consecuencia, a proceder a su enjuiciamiento o puesta en libertad.
(2 de febrero de 2004).

Integración de los inmigrantes en la UE

En la página Web de la DG Justicia e Interior de la Comisión Europea se encuentra disponible un documento titulado *Estudio comparativo sobre la integración de los inmigrantes".* El documento aborda las diversas políticas de integración existentes en Europa, estableciendo indicadores socioeconómicos, políticos y culturales así como sobre la actitud de la sociedad receptora, destinados a valorar el grado de integración existente. Asimismo, evalúa la posibilidad de elaborar sobre la base de estos indicadores estudios comparativos de las diversas políticas de integración de la UE.
(16 de febrero de 2004).

Asistencia a terceros países en el ámbito de la inmigración y el asilo

El Consejo de la UE ha aprobado un Reglamento por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (AENEAS). Se considera necesario dotar a la Comunidad a partir de 2004 con un programa plurianual pensado para proporcionar una respuesta adicional específica a las necesidades de los terceros países en sus esfuerzos para gestionar más eficazmente todos los aspectos de los flujos migratorios y, en especial, para estimular la disposición de los terceros países para celebrar acuerdos de readmisión y ayudarles a afrontar las consecuencias de tales acuerdos.
(1 de marzo de 2004).

Compensación financiera en materia de expulsión

La Decisión del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia

de expulsión de los nacionales de terceros países, ha sido publicada en el *DOUE* (27-2-2004, L 60/55). El Estado miembro autor compensará al Estado miembro de ejecución por cualquier desequilibrio financiero que pueda resultar de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE cuando la expulsión no pueda realizarse a cargo del nacional o nacionales del tercer país de que se trate.
(1 de marzo de 2004).

Funcionarios de enlace de inmigración

El Reglamento (CE) n.º 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, ha sido publicado en el *DOUE* (2-3-2004, L 64/1). A efectos del Reglamento, se entenderá por "funcionario de enlace de inmigración" el representante de uno de los Estados miembros, destinado en el extranjero por el servicio de inmigración u otra autoridad competente para establecer y mantener contactos con las autoridades del país anfitrión a fin de contribuir a la prevención y al combate de la inmigración ilegal, a la repatriación de los inmigrantes ilegales y a la gestión de la migración legal.
(1 de marzo de 2004).

Procedimiento para modificar el Manual Sirene

El Reglamento (CE) n.º 378/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativo a los procedimientos para modificar el Manual Sirene, ha sido publicado en el *DOUE* (2-3-2004, L 64/5). El Manual Sirene constituye un conjunto de instrucciones, destinado a los operadores de las oficinas Sirene de cada Estado miembro, que establece las normas y procedimientos que regulan el intercambio bilateral o multilateral de información adicional necesaria para ejecutar correctamente determinadas disposiciones del Convenio de Schengen, integrado en el marco de la Unión Europea.
(1 de marzo de 2004).

Desplazamiento de trabajadores de los nuevos países miembros

Se prevé que tan sólo el 1 por ciento de los trabajadores de los nuevos países miembros se desplacen a los actuales Estados miembros tras la ampliación, según un estudio de la Comisión Europea y de la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. El estudio muestra que incluso en caso de libre circulación total, los flujos migratorios provenientes del conjunto de los nuevos Estados miembros hacia el conjunto de los Estados miembros actuales representará probablemente en el curso de los cinco próximos un 1 por ciento de la población en edad de trabajar, es decir 220.000 personas por año en una UE de 450 millones de habitantes.
(1 de marzo de 2004).

Vuelos conjuntos para expulsión de inmigrantes

El Parlamento Europeo votará esta semana un informe sobre la iniciativa de la República Italiana con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo relativa a la organización de vuelos

conjuntos de dos o más Estados miembros para la expulsión de sus territorios de nacionales de terceros países que sean objeto de órdenes de expulsión individuales. El Parlamento rechaza sin ambages la iniciativa del gobierno italiano. En la exposición de motivos del informe, se aboga por dar muestras de coherencia elaborando una política común de asilo antes de instaurar una política común de ayuda al retorno.
(8 de marzo de 2004).

Permiso de residencia a víctimas de inmigración ilegal

El Pleno del Parlamento Europeo debatirá, en nueva consulta, una directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia a los nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de una acción encaminada a facilitar la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes. El permiso permitirá el acceso al mercado laboral o realizar estudios. Asimismo, se renovará en función del proceso y no se renovará una vez que el proceso termine, aunque no impide que entonces se solicite la residencia por otro concepto.
(8 de marzo de 2004).

Proyecto de asistencia a la inmigración de la región mediterránea

La Comisión Europea ha firmado un contrato con el Instituto Universitario Europeo con sede en Florencia para realizar un proyecto de asistencia a la inmigración, la circulación de personas y la integración social de los trabajadores de la región mediterránea. El proyecto, de 2 millones de euros, está financiado con cargo al programa MEDA y tendrá una duración de 3 años. Su objetivo es supervisar, analizar y pronosticar los flujos de circulación en la UE y en la región mediterránea con vistas a ayudar a los socios mediterráneos en sus esfuerzos para elaborar y ejecutar políticas de migración. El proyecto llevará a cabo las actividades previstas en el tercer componente del Programa Regional MEDA en materia de justicia y lucha contra las drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo, puesto en marcha en 2003.
(8 de marzo de 2004).

Residencia de ciudadanos comunitarios en otro Estado miembro

El Parlamento Europeo ha aprobado, en segunda lectura de codecisión, la Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El objetivo de la Directiva es facilitar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia reduciendo los trámites administrativos, estableciendo una definición más clara de la condición de miembros de la familia, creando un derecho permanente de residencia adquirido tras un período de cinco años de residencia legal en un Estado miembro y limitando la posibilidad de que los Estados miembros denieguen o anulen el derecho de residencia por motivos de orden público. La directiva deberá aplicarse en un plazo de dos años a partir de su publicación en el *DOUE*.
(15 de marzo de 2004).

Encuesta sobre la inmigración en la UE

Los ciudadanos europeos se muestran favorables a una política común en materia de asilo e inmigración, según el último Eurobarómetro sobre Justicia y Asuntos de Interior publicado este mes de marzo de 2004. El 56 por ciento de los ciudadanos reconoce las necesidades económicas de los inmigrantes y el 66 por ciento desea que éstos tengan los mismos derechos. Sin embargo, un 80 por ciento es favorable al refuerzo de los controles a la entrada del territorio de la UE de las personas provenientes de terceros países. Por otro lado, nueve de cada diez ciudadanos europeos apoyan una mayor cooperación judicial en materia civil y familiar.
(15 de marzo de 2004).

Agencia Europea para la cooperación en las fronteras exteriores

El Parlamento Europeo, en el marco del procedimiento de consulta, ha aprobado el Reglamento del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores. La Agencia facilitará la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de gestión de las fronteras exteriores, garantizando la coordinación de las acciones de los Estados miembros en la aplicación de estas disposiciones y contribuyendo así a la eficacia, calidad y uniformidad del control de las personas y de la vigilancia de las fronteras exteriores de la UE.
(15 de marzo de 2004).

Programa de asistencia a terceros países en materia de inmigración

El Reglamento (CE) n.º 491/2004 de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas) ha sido publicado en el *DOUE* (18-3-2004, L 80/1). El programa tiene entre otros objetivos desarrollar la legislación de los terceros países en el ámbito de la inmigración legal, en especial en lo que respecta a las normas de admisión, a los derechos y el estatuto de las personas admitidas, a la igualdad de trato de los residentes legales, a la integración y la no discriminación y a las medidas de lucha contra el racismo y la xenofobia. La dotación financiera para la ejecución del Reglamento en el período comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2008 será de 250 millones de euros, de los cuales 120 millones de euros corresponderán al período que concluirá el 31 de diciembre de 2006. A fin de aplicar el programa, la Comisión elaborará un programa de trabajo anual.
(22 de marzo de 2004).

Legislación Europea en materia de inmigración y asilo

La página Web de la DG Justicia e Interior de la Comisión Europea acoge una recopilación de la legislación europea en materia de inmigración y asilo así como las principales propuestas y actos comunitarios en la materia. Asimismo, proporciona información sobre textos jurídicos

y políticos básicos y otros enlaces de interés como, por ejemplo, el Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de Asilo (CIRIA).
(22 de marzo de 2004).

Cuestionario sobre futuro sistema de información de visados

La Comisión Europea ha abierto una consulta con vistas a la presentación de una propuesta para un Reglamento destinado a desarrollar un Sistema de Información de Visados. Las preguntas planteadas en el cuestionario (disponible en inglés, francés y alemán) hacen referencia al impacto de este sistema en los inmigrantes ilegales, los solicitantes de asilo o en la protección de datos. Asimismo, se piden comentarios a las conclusiones del Consejo sobre el desarrollo del Sistema de Información de Visados. Las respuestas pueden enviarse a la siguiente dirección de correo electrónico: JAI-CONSULTATION-VIS@cec.eu.int .
(12 de abril de 2004).

Reconocimiento nacionales terceros países como refugiados

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han alcanzado un acuerdo (p. 10) sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y a su estatuto. El objetivo de la propuesta es establecer el marco del régimen internacional de protección, basado en las obligaciones internacionales y comunitarias existentes y en la práctica actual de los Estados miembros, y dividido en las dos categorías complementarias de refugiado y protección subsidiaria para mantener la primacía de la Convención de Ginebra en dicho régimen.
(12 de abril de 2004).

Sistemas de asilo mejor gestionados

El Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos. El Parlamento manifiesta su profunda preocupación por el hecho de que los avances en la adopción del programa legislativo de la primera fase de un régimen de asilo común europeo, definido en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se hayan producido con retrasos y al precio de una disminución del efecto útil de la armonización.
(12 de abril de 2004).

Renovación del Fondo Europeo para los Refugiados 2005-2010

El Parlamento Europeo ha aprobado, en el marco del procedimiento de consulta, 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 Parlamento 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.
(26 de abril de 2004).

Régimen común de asilo

Los ministros de Justicia e Interior de la UE han alcanzado un acuerdo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las normas mínimas relativas al procedimiento de concesión y retirada del estatuto de refugiado en los Estados miembros. En materia de asistencia judicial, y entre las garantías previstas a lo largo del procedimiento, se encuentra la posibilidad para el solicitante de ponerse en contacto con una organización que le preste asistencia jurídica, y en caso de que la decisión sea de desestimación de la solicitud, la gratuidad del asesoramiento jurídico, si el solicitante no dispone de medios suficientes para pagar esta prestación. Asimismo, se ha aprobado la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a las condiciones que deben cumplir los nacionales de los países terceros y los apátridas para obtener el estatuto de refugiados o las personas que, por otras razones, necesitan la protección internacional, y relativas al contenido de estos estatutos.
(3 de mayo de 2004).

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

Notas BIBLIOGRÁFICAS

P. AGUELO NAVARRO: *Manual del Inmigrante (Estudios, trabajo y negocios),* Editorial Océano, Barcelona 2004, 401 pp.

J.A. ALONSO (ed.): *Emigración, pobreza y desarrollo*, Editorial Catarata, Madrid, 2004.

F. ALONSO PÉREZ: "Derechos de los extranjeros en España", *BOE,* Madrid, 2003.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS: *Migrations Trends in an Enlarged Europe*, Dublín, 2004.

Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n.º 7, "Movimientos migratorios y Derecho", edic. a cargo de A. REMIRO BROTONS y C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, UAM-BOE, Madrid, 2004.

G. AURELL y R. ZAPATA (eds.): *Inmigración y procesos de cambio (Europa y el Mediterráneo en el contexto global),* prefacio de M. Rosa VIRÓS, prólogo de A. CLARET, Icaria Antrazyt/IEMed., Barcelona, 2004, 470 pp.

Michael DUMMETT: *Sobre inmigración y refugiados*, Edic. Cátedra, Madrid, 2004.

EUROPEAN MONITORING CENTRE ON RACISM AND XENOPHOBIA-OBSERVATOIRE EUROPÉEN DES PHÉNOMENES RACISTES ET XÉNOPHOBES: *Manifestations of Antisemitism in the European Union 2002-2003* (incluye informes de los entonces 15 Estados miembros de la UE), Viena, Marzo de 2004.

Perceptions of Antisemitism in the European Union, Viena, marzo de 2004.

F. GARCÍA-CALABRÉS COBO: *La extranjera, Estudio de la inmigración femenina en España*, Junta de Andalucía, 2004, 317 pp.

GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI): *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, París 2004.

M. GUILLON, L. LEGOUX y E. MA MUNG: *L'asile politique entre deux chaises (Droits de l'Homme et gestion des flux migratoires),* L´Harmattan, París, 2003.

Notas bibliográficas

IOM (International Organization for Migration): *Return Migration: Policies and Practices in Europe*, Ginebra, 2004.

A. IZQUIERDO (dir.): *Inmigración: Mercado de trabajo y protección social en España*, CES, Madrid, 2003.

B. JORDAN y F. DÜVELL: *Irregular Migrations (The Dilemas of Transnational Mobility)*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003.

E. NEWMAN y J. VAN SELM (eds.): *Refugee and Forced Displacement (International Security, Human Vulnerability and the State),* Brookings Institution Press, Washington, 2003.

José A. PAGÁN (ed.): *Worker Displacement in the US/Mexico Border Region*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2004.

L. POMED SÁNCHEZ y E. VELASCO CABALLERO (eds.): *Ciudadanía e inmigración,* Revista Aragonesa de Administración Pública-Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2003 (416 pp.).

N. RIBAS MATEOS: *Una invitación a la sociología de las migraciones*, Bellaterra, Barcelona, 2004.

V. SAMPEDRO y M. LLERA: *Interculturalidad: Interpretar, gestionar y comunicar*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2003.

Nelly SCHMIDT y Alain CORBIN: *Histoire du Métissage,* La Martinière, París, 2004.

SOPEMI (OECD): *Trends in International Migration 2003-Tendances des Migrations Internationales 2003,* París, 2004.

S.J. STEDMAN y F. TANNER (ed.): *Refugee manipulation (War, Politics ant the Abuse of Human Suffering),* Brookings Institution Press, Washington, 2003.

R. ZAPATA-BARRERO: *¿Existe una cultura de la acomodación en España?, Inmigración y procesos de cambio en España a partir del 2000*, CIDOB, febrero, 2004.

Manual del Inmigrante (Estudios, trabajo y negocios)

P. AGUELO NAVARRO
Ed. Océano, Barcelona
2004

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

No resulta fácil realizar una recensión imparcial de la persona con la que desde hace años colaboro muy gustosamente en tantas tareas ligadas a las migraciones y la extranjería. No resulta fácil mantener la imparcialidad porque partimos de planteamientos idénticos en esta materia, intercambiamos puntos de vista constantemente, realizamos conjuntamente algunas publicaciones, etc.

El **Manual del Inmigrante**, que ahora recensiono, sintetiza una parte trascendental de la trayectoria profesional de su autor, tan directa y vitalmente implicado en todas las cuestiones ligadas a esta materia. Su planteamiento parte, como no podía ser de otra manera, de los Derechos Humanos de los inmigrantes; porque, sea cual sea su status migratorio en un momento dado, siguen siendo personas y siguen teniendo Derechos Humanos.

Hablamos de un **Manual** ágil en su consulta, basado en la técnica de las preguntas y respuestas; esta técnica se completa con otros elementos (como conceptos clave, esquemas, recordatorios y resúmenes) que permiten mantener la agilidad durante toda la obra. El autor ha incluido además una documentación muy interesante y práctica sobre visas, procedimientos y direcciones.

Personalmente me parece **un Manual** completo, actualizado, práctico, de fácil lectura incluso para los no versados en derecho. Con estas características y en una materia tan inextricable como la abordada, el riesgo de perderse en tecnicismos jurídicos a veces incomprensibles era claro y el autor lo ha sorteado perfectamente. Lo ha hecho a pesar de que la Ley de Extranjería en España cambia constantemente, por lo menos hasta el momento (dejemos una puerta abierta o entreabierta a la esperanza) siempre empeorando el trato dado a los extranjeros.

Como sin duda a estas alturas de la recensión el lector puede pensar que la anunciada imparcialidad ha sido totalmente olvidada, recordaré que la obra ofrece mucho más de lo que se puede decir en estas breves líneas. Lo demostraré con algunos ejemplos:

-¿Quiere usted saber qué hacer para poder estudiar en España? El capítulo 4 examina las visas, la homologación de títulos o las becas de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

-¿Le interesa conocer cómo se obtiene una autorización especial de trabajo, por ejemplo para un trabajador de temporada o para un trabajador transfronterizo? Consulte las páginas 137 y ss. y lo conocerá perfectamente.

-¿Desea tener clara la regulación jurídica del matrimonio y la vida familiar? Si lee el capítulo 6 lo conseguirá, ya se trate de matrimonios celebrados en España, ya en el extranjero, bien sean matrimonios "de conveniencia, simulados o falsos" o bien sean matrimonios celebrados por poder.

-¿Acaso intenta tramitar una visa de residencia

como jubilado o rentista? Consulte la página 215 y sabrá la documentación a presentar para la solicitud; si avanza hasta la página siguiente conocerá la documentación que debe presentar en el consulado español en el plazo de dos meses, cuando la visa le haya sido concedida.

Siendo los Derechos Humanos la verdadera columna vertebral de la concepción teórica y práctica defendida día a día por Pascual AGUELO, en esa dirección podemos permitirnos una utopía, "la construcción de un mundo sin fronteras en el que los Derechos Humanos sean universalmente reconocidos y protegidos", como escribe el autor.

Pero **el Manual** no constituye una inmersión más en la utopía, cosa totalmente legítima y válida hasta para los no utópicos; **el Manual** aporta un contenido práctico perfectamente desarrollado, que contribuirá a rebajar las enormes dosis de inseguridad jurídica que padecen numerosos inmigrantes en la España actual.

Por todo lo dicho, y tan sólo es un pálido reflejo del interés práctico de este **Manual**, estamos ante una obra de OBLIGADA LECTURA PARA TODOS los interesados en la extranjería; esta fórmula, tantas veces vacía en recensiones formales, se halla en el caso **del Manual** plenamente justificada.

Es una obra que deseo fervientemente que el autor deba revisarla en poco tiempo, por cuanto la actual situación de la inmigración en España y en la Unión Europea, éticamente obscena, políticamente peligrosa y jurídicamente inadmisible haya dejado de ser obscena, peligrosa e inadmisible y se torne simplemente humana y justa.

Ciudadanía e inmigración

L. POMED SÁNCHEZ Y
E. VELASCO CABALLERO (EDS.)

Revista Aragonesa de Administración Pública-
Gobierno de Aragón
Zaragoza, 2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

Formado por una docena de estudios, este libro representa una importante y significativa reflexión jurídica sobre la relación entre ciudadanía e inmigración. Una reflexión centrada en el derecho español, sobre todo, realizada por Profesores de Universidad desde la perspectiva del Derecho Administrativo, del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y del Derecho Constitucional.

Como ponen de relieve los editores, se trata de interrogarse sobre "un futuro en el que las comunidades nacionales europeas habrán de repensarse a sí mismas", porque la inmigración representa "una realidad que recorre la totalidad de la vida social y, con ella, del ordenamiento jurídico" (p. 11).

Los estudios analizan las sociedades multiculturales, la regulación internacional de los flujos migratorios, el régimen jurídico del permiso de trabajo, los permisos de estancia y residencia, la reagrupación familiar y los contingentes, la distribución de competencias en el marco competencial español, los inmigrantes en el sistema educativo español, las cuestiones relativas a prestaciones sanitarias y de

seguridad social, el visado como control de entrada de los extranjeros, las distintas formas de "salidas obligatorias" (incluida la expulsión administrativa), la tutela judicial efectiva del extranjero y el *ius puniendi* en relación con la extradición.

A través de las páginas de esta obra aparecen cuestiones de la más palpitante actualidad como el desafío que plantea la inmigración a muchas normas de los Estados receptores, la relación entre inmigración y subdesarrollo, la estigmatización de los inmigrantes, considerados muchas veces delincuentes por haber cruzado irregularmente una frontera, etc.

Sin duda merece la pena una lectura atenta de los estudios insertos en este volumen. La lectura, si desea lograr todos sus frutos, debe ir acompañada de la profunda y oportuna reflexión, que nos evite asumir acríticamente los mitos que numerosos gobiernos difunden sobre la inmigración. Porque elementos para la reflexión los aporta en grado muy elevado y de gran interés.

La extranjera. Estudio de la inmigración femenina en España

F. GARCÍA-CALABRÉS COBO
Junta de Andalucía
2004

Por:

PASCUAL AGUELO NAVARRO

El trabajo se divide en tres bloques bien diferenciados. Un primer bloque analiza conceptualmente el discurso sobre la mujer inmigrante, abordando la realidad de la misma desde las perspectivas social, jurídica, laboral y cultural. El segundo bloque temático se refiere a las cifras, recogiendo el estudio de campo realizado en la provincia de Córdoba, donde el autor trabaja como abogado del Ilustre Colegio de Córdoba, forma parte de la Comisión de Derecho de Extranjería y preside la organización no gubernamental Córdoba Acoge. El estudio se presenta con profusión de gráficos y tablas que dan una visión rápida de los temas tratados con sucintos comentarios que sirven para orientar su interpretación. A continuación el autor ofrece una propuesta de intervención social concreta y basada en la experiencia de trabajo en el área de la mujer de Córdoba Acoge. La obra se cierra con un anexo donde se incluyen más propuestas específicas de intervención con mujeres inmigrantes en sectores y actividades concretas. Como señala el autor, la lectura del trabajo debe contribuir a realzar la importancia del papel de la mujer inmigrante en la sociedad española y en el ámbito de las migraciones.

Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global

GEMMA AUBARELL y
RICARD ZAPATA (Eds.)
Icaria. Antrazyt. IE Med.
Barcelona, 2004

Por:

ÁNGELES SOLANES CORELLA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política Universitat de Valencia

El objetivo de este libro es abordar los principales retos a los que se enfrenta la gestión de los flujos migratorios, reflexionando sobre las diversas estrategias de interés en Europa y el Mediterráneo. La pluralidad y diversidad de autores que participan en este trabajo, representantes de disciplinas tan diversas como la sociología, las ciencias políticas o la filosofía, entre otras, así como el notable bagaje intelectual de todos ellos, hace que el debate que se plantea resulte especialmente interesante.

La amalgama de cuestiones que surgen en el análisis de la inmigración y los procesos de cambio que ésta lleva implícitos, se estructura en este estudio en tres partes. La primera, con artículos de S. Castles, A. Sid Ahmed, M. Khachani, I. Rigoni y C. Wihtol de Wenden, nos acerca a los desafíos que suponen las migraciones internacionales en el contexto del proceso de globalización, con una especial referencia al entorno europeo y mediterráneo. Se evidencia la notable influencia de la globalización económica y cultural en el flujo constante de movimiento de personas y en la proliferación de redes transnacionales, haciendo referencia a algún caso concreto (como la migración turca en la Unión Europea) y abogando por la cooperación en el marco euromediterráneo.

La segunda parte se ocupa del debate relativo a las políticas de admisión de inmigrantes. De la mano de expertos como R. Bauböck, J. De Lucas y G. Zincone, se aborda la transformación de categorías tradicionales como la ciudadanía, reformulando esta noción desde una perspectiva transnacional e inclusiva. A continuación las aportaciones de G.C. Blangiardo, P.A. Salvà y A. Tarrius, se centran en los aspectos territoriales de la inmigración tomando como referencia tres zonas del Mediterráneo: Italia (Lombardía), España (Islas Baleares) y Francia (Marsella comparándola con Casablanca).

La última parte del libro aborda las políticas de coexistencia, es decir, aquellas cuestiones que surgen una vez que los inmigrantes han cruzado la frontera estatal y se encuentran en el país de acogida. Las contribuciones de S. Allievi, G. Martín Muñoz y M. Martiniello, se adentran en los aspectos diferenciadores del pluralismo religioso y cultural, abriendo el debate sobre las políticas de integración y acomodación que son el tema de análisis de los trabajos de J.H. Carens, R. Zapata y J. Halper.

El conjunto de las propuestas contenidas en este trabajo son una auténtica alternativa a muchos de los erróneos planteamientos actuales si, como recapitula G. Aubarell, se concluye el hecho de que los países de la cuenca mediterránea deben buscar sistemas de gestión de la inmigración de acuerdo con sus particularidades y teniendo en cuenta las consecuencias locales resultado de la movilidad global.

PABLO CERIANI CERNADAS
Abogado (Universidad de Buenos Aires). Miembro del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Coordinador de la Clínica Jurídica por los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados (CELS – CAREF – Facultad de Derecho, UBA).

I

La nueva Ley de Migraciones de Argentina. Un paso hacia una concepción distinta de la migración

SUMARIO

I. Introducción.

II. Los Derechos Humanos de los Migrantes en la Nueva Ley Migratoria. A) El Derecho a migrar como derecho humano. El derecho a la reagrupación familiar. B) Derecho a la educación y a la salud. C) La igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros. D) Derecho al debido proceso en situaciones de detención y expulsión.

III. La radicación de extranjeros según la nueva ley: Criterios de radicación y trámite migratorio. A) Los criterios de radicación. a) Radicación por nacionalidad de los países de la región. b) Radicación por trabajo. B) El trámite de radicación.

IV. Otros aspectos de la nueva Ley de Migraciones.

V. Las restricciones en el ingreso al país.

VI. A modo de conclusión: los cambios de la nueva ley y las medidas a tomar de aquí en adelante.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sanción de una nueva ley de migraciones en Argentina[1] representa un cambio significativamente positivo desde diversos aspectos:

En primer lugar, implica la primer ley migratoria general sancionada por un gobierno democrático desde la Ley de Inmigración y Colonización de 1876 ("Ley Avellaneda")[2]; en segundo lugar, conlleva la derogación de la anterior ley, de la última dictadura militar (conocida como "Ley Videla"), y que colisionaba gravemente con los principios básicos de nuestra Constitución

(1) La Ley (25.871) fue sancionada por el Congreso Nacional el 17 de diciembre de 2003 y publicada en el *Boletín Oficial* el 21 de enero de 2004. El texto de la ley puede encontrarse en www.infoleg.mecon.gov.ar .

(2) Desde entonces, la política migratoria estuvo regulada por reformas parciales, decretos del Poder Ejecutivo, y normativas elaboradas por gobiernos *de facto*.

Nacional y los derechos fundamentales allí reconocidos a todos los habitantes del país, sean nacionales o extranjeros; en ese mismo sentido, la ley garantiza el acceso a los derechos fundamentales en condiciones de igualdad, elimina toda una lógica de persecución basada en la doctrina de seguridad nacional y en cuestiones de orden público, y pretende favorecer la regularización en vez de privilegiar la criminalización de la irregularidad migratoria; por otro lado, la ley también recoge algunos aspectos de la realidad de la población migrante en Argentina, al reconocer el derecho a la residencia a los inmigrantes de los países limítrofes, ello en el marco de un proceso de integración regional iniciado pocos años atrás en el MERCOSUR.

El presente trabajo pretende tan sólo hacer una descripción preliminar de la nueva normativa, mediante una punteo sucinto de los temas más destacados. Para ello, en primer lugar, haremos un breve análisis de los cambios que implica desde el punto de vista de los derechos humanos de los migrantes, particularmente sobre la consagración legislativa del Derecho a la migración como derecho esencial e inalienable de la persona así como del derecho a la reagrupación familiar, el reconocimiento de los derechos a la educación y la salud sin perjuicio de la situación migratoria de la persona, la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, y el derecho al debido proceso y acceso a la justicia en los procesos de detención y expulsión del país.

A su vez, se describirán algunas cuestiones vinculadas a la radicación y las distintas vías de alcanzarla (en especial, en relación con la migración limítrofe y el criterio migratorio por razones de trabajo), así como ciertos aspectos referidos al trámite necesario para alcanzar esa regularización migratoria. La relevancia del reconocimiento del derecho a radicarse por nacionalidad a los nacidos en países limítrofes y favorecer su regularización se puede verificar recordando que –según estimaciones oficiales– actualmente, y sólo de esos países, hay aproximadamente 750.000 migrantes en situación irregular en el país.

Luego, en otro apartado nos limitaremos a efectuar una ligera mención de otros aspectos regulados en la nueva normativa, como es el tema de la integración de los migrantes y el derecho a la participación. A continuación, se hará un llamado de atención respecto de la regulación de los posibles rechazos al ingreso en la frontera.

En cada uno de los temas abordados en el artículo, intentaremos señalar algunos aspectos a tener en cuenta, a fin de aportar esas consideraciones al momento de la discusión y elaboración de la reglamentación de la nueva ley (a realizarse en los próximos dos meses), proceso en el cual participarán tanto el órgano de aplicación de la ley –la Dirección Nacional de Migraciones y el Ministerio del Interior– como funcionarios de otros Ministerios –Salud, Educación, Trabajo y Justicia– y representantes de organizaciones sociales, sindicales, de instituciones religiosas, organismos de derechos humanos, y académicos e investigadores en la temática migratoria.

Para finalizar, efectuaremos un bosquejo sobre los desafíos que se deberán enfrentar a corto, mediano y largo plazo, a fin de reglamentar debidamente la normativa, ejecutarla eficaz y legalmente, profundizar esta nueva orientación de la política migratoria (en los planos local, nacional, regional e internacional), desarrollar políticas de integración e interrelación cultural, todo ello

con el objetivo de alcanzar el pleno y efectivo goce de todos los derechos humanos de todas las personas que habitan en el territorio, sin perjuicio de su nacionalidad o su situación migratoria.

II. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN LA NUEVA LEY MIGRATORIA

A) El Derecho a migrar como derecho humano. El derecho a la reagrupación familiar

Una de las particularidades interesantes de la nueva legislación es el reconocimiento del derecho humano a migrar. En efecto, el artículo 4 de la ley establece:

> "El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad."

Esta consagración legal tiene, al menos, dos implicancias destacables. La primera, es que se pronuncia clara y favorablemente sobre la compleja discusión jurídica sobre si la migración es un derecho o no, o si el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos está referido al derecho a migrar. Sin dudas, puede afirmarse que el artículo 4 no sólo reconoce ese derecho sino que también podría entenderse como un recepción del derecho interno de lo establecido en la Declaración Universal.

A su vez, resulta relevante hacer un comentario sobre la segunda parte de ese artículo, es decir, la obligación que asume el Estado de garantizar ese derecho, y de hacerlo sobre los principios de igualdad y universalidad.

El reconocimiento del derecho a migrar y el compromiso asumido por el Estado determina un límite fundamental en las políticas y prácticas que se implementen tanto a nivel general como, sobretodo, en cada caso individual. Esto, a partir de los estándares nacionales e internacionales sobre las restricciones legítimas a los derechos humanos. En el plano nacional, el principio de razonabilidad (consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional) establece un coto a la discrecionalidad del Estado a la hora de reglamentar el ejercicio de los derechos reconocidos y de ejecutar la normativa en los casos particulares, tanto por órganos administrativos como judiciales. A su vez, dicha norma se debe complementar e interpretar conjuntamente con el reconocimiento a la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros (artículo 20 de la CN), y con el resto de la parte dogmática de la Carta Magna argentina, que –a diferencia de algunas Constituciones de la región o de Europa– garantiza los derechos esenciales a todos los *habitantes*, sin hacer distinción alguna por el origen nacional de la persona.

Desde la órbita internacional, particularmente desde los estándares fijados por los órganos internacionales de protección delos derechos humanos (como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), la restricción legítima de los derechos humanos tiene que respetar requisitos formales –que la restricción sea a través de una ley formal– como requisitos de fondo, es decir, que esa restricción esté dirigida a fines legítimos, como el bien común, el orden público, la seguridad nacional, etc. Pese a la ambigüedad de esos términos y al ilegítimo uso que en muchas ocasiones le han dado diversos gobiernos, los órganos internacionales han

establecido indicaciones precisas sobre su significado y sobre en qué ocasiones pueden ser legítimamente utilizado para restringir los derechos humanos[3].

En definitiva, puede afirmarse que de aquí en adelante deberán respetarse todos esos principios y estándares aplicables al goce de los derechos humanos, al momento de tomar una decisión que pueda afectar el derecho a migrar, con particular atención en los casos de rechazo de ingreso al país, de negativa a la petición de residencia, o de decisiones de expulsión.

Incluso, podríamos plantear el interrogante, teniendo en cuenta el derecho a permanecer de todo habitante (artículo 14 de la CN) y el derecho a migrar recientemente consagrado en la ley migratoria, en qué casos y bajo qué circunstancias podría expulsarse un inmigrante que habite en el país. Ensayando una primera respuesta, se podría concluir que tal expulsión no sería viable cuando pretenda basarse en la irregularidad migratoria de la persona, dificultándose la cuestión cuando se trate de expulsiones fundadas en la comisión de delitos. En este último caso, creemos que en ciertas ocasiones podrá tildarse de ilegítima la medida de expulsión por tratarse de una pena (que a su vez, sería discriminatoria frente a la sanción penal de un argentino por el mismo delito), aunque también en otras se podrá justificar la expulsión en el cumplimiento de obligaciones jurídicas superiores (*erga omnes*) por parte del Estado, como por ejemplo, la extradición en casos de crímenes de lesa humanidad y genocidio, entre otros.

Por último, las mismas consideraciones efectuadas sobre la posibilidad de restringir legítimamente el derecho a migrar pueden ser aplicadas al derecho a la reagrupación familiar, en razón de que el artículo 10 de la ley establece que:

> "El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes"[4].

B) Derecho a la educación y a la salud

Con la sanción de la nueva ley migratoria se produce un cambio sustancial en relación con los derechos a la educación y la salud.

Al respecto, la anterior normativa (la "Ley Videla") establecía lo siguiente:

> "Los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos, a aquellos extranjeros que acrediten, para cada curso lectivo, su calidad de «residentes permanentes» o «residentes temporarios», debidamente habilitados a tales efectos" (artículo 102).

(3) Por razones de brevedad no profundizaremos en el análisis de los estándares en materia de restricciones de derechos humanos, remitiéndonos a lo definido, entre los numerosos antecedentes sobre esta cuestión, en la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Informe 38/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(4) También en este caso se encontrarán razones que justifiquen su restricción, no sólo en casos como la comisión de delitos de lesa humanidad u otros de similar gravedad, sino también, por ejemplo, cuando la causa de expulsión esté fundada en delitos vinculados a ese mismo criterio familiar (v. gr., una persona que pretende evitar la separación con su hijo, cuando es expulsado por haber sido condenado por abuso sexual de ese mismo niño).

> "Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, deberán exigir a los extranjeros que solicitaren, o a aquéllos a quienes se les prestare, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil, su permanencia legal en la República. Cuando no los posean –sin perjuicio de su asistencia o prestación– quedarán obligados a comunicar, dentro de las veinticuatro (24) horas a la autoridad migratoria, los datos filiatorios y el domicilio de los mismos" (artículo 103).

Es decir, que los migrantes en situación irregular sólo podían acceder a la educación primaria y, en el ámbito de la salud, si bien podían ser atendidos (generalmente, sólo en casos de urgencia), luego eran denunciados ante la autoridad migratoria. Sobre esta denuncia, debe destacarse que, de acuerdo al artículo 104, sobre todos los funcionarios y empleados públicos debían cumplir con esa obligación, lo que empujaba a los migrantes en condición irregular a una situación de extrema vulnerabilidad, al no poder recurrir a ningún representante de instancias gubernamentales (docentes, médicos, jueces, fiscales, defensores, etc.), por el temor a ser pasibles de una detención y posterior expulsión (que, como veremos luego, se llevaba a cabo mediante un proceso gravemente inconstitucional y violatorio de derechos fundamentales).

Estas normas llevan a la imposibilidad de que miles de niños migrantes no puedan acceder a la educación, y que se produzcan gravísimas violaciones del derecho a la salud, las cuales, en ciertos casos, donde no les proveían a los migrantes en situación irregular medicamentos esenciales para enfermedades como el cáncer o el SIDA, han concluido en la afectación del derecho a la vida[5].

Ahora bien, la nueva legislación modifica sustancialmente esta visión, a través de dos indicaciones claras: Por un lado, reconoce de forma irrestricta, y sin perjuicio de la situación migratoria de la persona, los derechos a la educación[6] –en cualquier nivel y jurisdicción– y a la salud[7].

Por el otro, en vez de imponerles a docentes y médicos la obligación de denuncia de los migrantes en situación irregular[8], la ley los obliga a ayudar y asesorar a los migrantes en sus trámites

(5) La joven E.F., peruana, de 23 años, falleció luego de solicitar al Ministerio de Salud la medicación antirretroviral para el HIV/SIDA durante casi un año. A su vez, en la causa "E.A.G. c/Ministerio de Salud de la Nación" (n.º 8972/2001), la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal condenó al Estado a proveerle la medicación, expresando "que el derecho a la atención no está sujeto o condicionado por razones de origen o situación migratoria en el país. (...) Por consiguiente, el derecho a la atención está suficientemente garantizado sin que su efectivización pueda ser condicionada a la exigencia de regularización de la situación migratoria determinada por el servicio jurídico de la accionada".

(6) El artículo 7 de la Ley 25.871 dispone, sobre el derecho a la educación, que "En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria".

(7) En relación con el derecho a la salud, el artículo 8 de la ley de migraciones establece: "No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria".

(8) La ley elimina de forma absoluta (y para todas las dependencias, sean públicas o privadas) esta obligación de denuncia que recorría todo el articulado de la "Ley Videla".

de regularización migratoria. Es decir, elimina la lógica de control y amenaza, y la reemplaza por otra dirigida a la regularización.

Por supuesto, el efectivo goce de estos derechos dependerán, al menos, de dos cuestiones: que la reglamentación sea coherente con el reconocimiento legal, y que se efectúe un control y seguimiento de la ejecución y cumplimiento por parte de las autoridades competentes (ya que gran parte de ellas, durante muchos años, han visto como una práctica legítima la negación en el acceso a esos derechos fundada en la irregularidad migratoria).

C) La igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros

El artículo 6 de la Ley de Migraciones establece:

> "El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social".

Esta regulación, que es consecuente con la igualdad entre nacionales y extranjeros consagrada en la Constitución Nacional desde 1853 hasta la actualidad y con la prohibición de discriminación basado en la nacionalidad de la persona receptado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos permite hacer algunas consideraciones importantes. La igualdad allí reconocida conlleva la necesidad de verificar cierta normas vigentes y prácticas cotidianas que deberán ajustarse a ella. Si bien la Constitución ya reconocía los derechos a todos los habitantes en condiciones de igualdad, la existencia de leyes migratorias contrarias a la Carta Fundamental, usualmente permitió que se legitime la distinciones –inconstitucional– entre nacionales y extranjeros en el goce de derechos. De hecho, actualmente existen numerosas leyes (nacionales o provinciales) que restringen el acceso a ciertos derechos exclusivamente a los ciudadanos argentinos. Con esta nueva disposición, ya no quedarían sustentos jurídicos que puedan avalar normas o prácticas que pretendan efectuar tal distinción.

Por otra parte, una cuestión relevante es que la norma no sólo reconoce esos derechos sino que lo hace "en las mismas condiciones de protección y amparo", es decir, que impide el establecimiento de diferentes pautas, requisitos o limitaciones tanto para el acceso y el goce a esos derechos como en la forma de su ejercicio, según se trate de un argentino o un inmigrante. Por ello, también se deberán revisar las disposiciones legales que imponen requisitos o exigencias suplementarias cuando se trata de ciudadanos extranjeros.

Finalmente, debe señalarse que entre los derechos mencionados en el artículo 6 –aunque la lista no es taxativa– no se encuentran algunos como el derecho a voto, el cual hasta el momento sólo está reconocido a los extranjeros con residencia permanente que habiten en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con tres años de antigüedad (cfr. Ley 334 de la Ciudad, del año 2000), y en algunos municipios de la Provincia de Buenos Aires, pero no en el resto del país ni en elecciones de carácter nacional. La ampliación de este derecho, a través de otras normas, podrá incidir favorablemente en el proceso de integración de los migrantes a la sociedad argentina.

D) Derecho al debido proceso en situaciones de detención y expulsión

Otro cambio trascendental de la nueva legislación respecto de la anterior está vinculado con los derechos y garantías en los procesos de detención y expulsión de los migrantes.

La "Ley Videla", de forma consecuente con las prácticas arbitrarias e ilegales de la dictadura militar, otorgaba a la Dirección Nacional de Migraciones y la policía migratoria auxiliar (Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía Aeronáutica) plenas facultades para ordenar y ejecutar detenciones de migrantes en situación irregular, así como la posterior expulsión del país, sin intervención alguna del Poder Judicial. De esta manera, mientras que para detener a una persona acusada de un delito, la legislación argentina exigía una orden judicial y la inmediata intervención del juez en ese procedimiento, la ley de migraciones permitía que en caso de irregularidad migratoria (una mera infracción administrativa) se lleven adelante detenciones administrativas, sin determinación de la duración de la detención y sin intervención de la justicia. Esto generó que se ejecuten miles de detenciones (en algunos casos, por semanas o meses) y expulsiones de extranjeros por su condición migratoria, a través de un procedimiento palmariamente contrario a la legislación general y a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional[9] [10].

La nueva ley migratoria, al respecto, establece como primera medida que toda decisión de expulsión por parte de la Dirección Nacional de Migraciones tiene carácter únicamente suspensivo (artículo 61). A partir de allí, la persona tiene el derecho de interponer los recursos administrativos correspondientes a fin de solicitar la revocación de la decisión de la autoridad migratoria. Si aquélla es confirmada por el Director Nacional de Migraciones, la persona tiene la opción de continuar la vía administrativa (por Recurso de Alzada ante el Ministerio del Interior), o bien recurrir directamente a la vía judicial, ante los juzgados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, y luego, en caso de apelación, ante la Cámara del mismo fuero. En caso que se acrediten los criterios establecidos por la normativa general para recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, podrá acudirse a la máxima instancia judicial.

En relación con la detención, ésta sólo puede ser decidida por el juez competente (a solicitud de la DNM) y mediante resolución fundada. El principio general establece que dicha medida puede

(9) Sólo entre enero de 2000 y octubre de 2000, y según las estadísticas oficiales, Gendarmería y Prefectura expulsaron a 11.685 extranjeros por irregularidad migratoria, sin que intervenga un juez en alguno de los casos. Para un análisis detallado de esta cuestión, así como de otras afectaciones a los derechos humanos generadas por la anterior ley, ver: *Los derechos humanos de los migrantes, Situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile*, CEDLA – Comisión Chilena de Derechos Humanos – CEDAL – CELS, Editado por el Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, La Paz, 2000; *Migrantes: Práctica arbitraria y ley inconstitucional*, en CELS, Informe Anual de Derechos Humanos 2001, Ed. Siglo XXI Buenos Aires, 2002; y *Migrantes: Una deuda pendiente: Veinte años de vigencia de la "Ley Videla" en democracia*, en CELS, Informe Anual 2002-2003, Siglo XXI Buenos Aires, 2003.

(10) En uno de esos casos ("*Benítez, Alicia y otros c/Estado Nacional, Ministerio del Interior, Dirección Nacional de Migraciones s/amparo*", expte. 175.298/02), la Justicia en Contencioso Administrativo Federal condenó al Estado a hacer regresar al país al marido de la Sra. Benítez, expulsado al Perú, por entender que la medida implicaba una violación de los derechos al debido proceso, a la protección familiar y los derechos del niño (sentencia recaída el día 12 de agosto de 2003).

solicitarse una vez que ha quedado firme la medida de expulsión, aunque excepcionalmente, y "cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aun cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida" (artículo 70)[11].

En relación con las causales de expulsión, o más precisamente con los impedimentos para radicarse en el país, cabe destacar que la nueva ley ha derogado algunos criterios establecidos por el anterior Reglamento de Migraciones (Decreto 1023/94), por los cuales no podían radicarse personas con determinadas particularidades: las personas con discapacidad física o mental, los alienados, las personas que ejercieran la prostitución, los *inútiles* (*sic*) y, finalmente, "por cualquier otra circunstancia que a juicio del Ministerio del Interior lo señale como de dudosa capacidad para integrarse a la sociedad" (*sic*)[12]. En cambio, sí se han mantenido las causales de expulsión fundadas en antecedentes penales, las cuales, como ya se señaló, exigirán una evaluación e interpretación caso por caso, no sólo a fin de evitar la afectación de derechos reconocidos en normas superiores, sino también, en otras situaciones, para dar cumplimiento a obligaciones *erga omnes* del Estado.

Es indudable que la reciente ley supera ampliamente lo regulado por la anterior, dejando sin efecto normas que legitimaron prácticas claramente violatorias de las garantías mínimas de debido proceso y de los derechos de acceso a la justicia y libertad ambulatoria. Igualmente, para que esta modificación se traslade a la realidad socio-jurídica, restará que la reglamentación continúe con este mismo espíritu (e incluso aclarando ciertos conceptos que han quedado un poco confusos en la redacción de la ley, tanto en cuestiones de índole procesal como sustantiva), y que la posterior ejecución por parte de los órganos administrativos y judiciales sean coherentes y respetuosos con las garantías de debido proceso y los derechos fundamentales.

Finalmente, cabe destacar que la garantía de debido proceso, especialmente el derecho de defensa, también se ha fortalecido a partir de lo establecido en el artículo 86:

> "Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden

(11) El artículo 70 continúa diciendo: "...Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria. En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. Producida la retención, se dará inmediato conocimiento de la misma al Juzgado que hubiere dictado la orden a tal efecto".

(12) Este inciso reflejaba nítidamente el espíritu de la reglamentación: por cualquier circunstancia, y con total discrecionalidad, el Ministerio del Interior "señalará" a quiénes considera de "dudosa capacidad para integrarse", para luego expulsarlo, como dijimos, mediante un procedimiento absolutamente ilegítimo. En tanto la expulsión puede considerarse una pena, este inciso constituye una especie de "tipo penal abierto" en su máxima expresión, así como en su "máxima arbitrariedad".

> o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa."

III. LA RADICACIÓN DE EXTRANJEROS SEGÚN LA NUEVA LEY: CRITERIOS DE RADICACIÓN Y TRÁMITE MIGRATORIO

En relación con las vías de regularización migratoria, lo primero que se puede destacar de la nueva ley es que a lo largo de su articulado se vislumbra un intento de propender a la regularización de los migrantes antes que a empujarlos a la irregularidad, y luego someterlos a lógicas de control, persecución y posterior expulsión. Sumado a lo referido al hablar de los derechos a la educación y la salud, en torno a la obligación de asesorarlos y asistirlos en los trámites migratorios, la ley, en su artículo 17, dispone que "El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros", abriendo la puerta a futuras y variadas medidas de regularización migratoria.

A continuación, veremos sucintamente algunos criterios migratorios importantes definidos en la ley (nacionalidad de países de la región, y radicación por trabajo), dejando de lado –para otra oportunidad– el análisis de otras vías de regularización (por razones de estudio, artísticas, de inversión, tratamiento médico, razones humanitarias, solicitantes de asilo, etc.).

Luego, veremos uno de los aspectos más relevantes para la obtención de la radicación, que son los costos de los trámites y requisitos a cumplir.

A) Los criterios de radicación

a) Radicación por nacionalidad de los países de la región

El día 6 de diciembre de 2002, los Estados miembros del MERCOSUR[13], más Bolivia y Chile, firmaron el Acuerdo de Libre Residencia, por el cual los nacionales de cada uno de esos países pueden radicarse en el territorio de los otros, por un plazo de residencia temporaria de dos años, la cual luego podría convertirse en permanente. Sin embargo, hasta el día de hoy ninguno de los países firmantes ha cumplido con alguno de los dos pasos siguientes para que el tratado entre en vigencia (aprobación por el Parlamento y ratificación por Poder Ejecutivo correspondiente).

Ahora bien, la nueva ley migratoria argentina, al establecer los criterios migratorios (es decir, las vías de regularización), de alguna manera ha efectuado una aplicación unilateral del acuerdo regional. En efecto, el artículo 23 dispone:

> "Se considerarán «residentes temporarios» todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías: [...] l) Nacionalidad: Ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples."

(13) El MERCOSUR está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Chile y Bolivia tienen el estatus de Asociados Externos, categoría que acaba de adquirir Perú en diciembre de 2003.

De esta manera, Argentina, el país de la región con mayor inmigración proveniente de países limítrofes, ha reconocido legalmente el derecho a radicarse de los nacionales de esos Estados. A su vez, con el objetivo de concretar la regularización de esos migrantes que ya habitan en el país (que, según estimaciones oficiales, serían unas 750.000 personas) y a fin de evitar conflictos y cuestionamientos mientras no se definen ciertos aspectos reglamentarios o formales en cuanto al trámite a realizar por esas personas, días atrás la Dirección de Migraciones dispuso suspender la expulsión de todo migrante irregular que sea oriundo de los países limítrofes[14].

Esta regulación es, por supuesto, más que saludable teniendo en cuenta la cantidad de migrantes de esos países que habitan en Argentina, así como la histórica tradición de migración limítrofe al país[15]. De todos modos, y tratando de aportar a este positivo camino que se inicia, estimamos oportuno hacer algunas observaciones pertinentes:

En primer lugar, sería interesante que se concreten positivamente las negociaciones que el gobierno argentino está realizando con su par de Perú, considerando los centenares de miles de migrantes de este país que se encuentran en Argentina, muchos de ellos en situación irregular (más aún teniendo en cuenta la reciente incorporación del Perú como socio externo del MERCOSUR).

En segundo lugar, y más a modo de advertencia, es deseable que este proceso de integración regional, que finalmente ha incorporado la arista de los trabajadores migrantes, a la visión económica, comercial y financiera del MERCOSUR –hasta hace poco, exclusiva–, no redunde, por otro lado, en perjuicio de los derechos de los migrantes que pudieran provenir de otros países o regiones. Una cuestión es la integración regional y el reconocimiento de la migración dentro de ella, junto a la garantía de sus derechos, objetivos no sólo legítimos sino reivindicados socialmente, y otra bien distinta es crear ciudadanos de distinta categoría y derechos según su nacionalidad (como está ocurriendo actualmente en los países de la Unión Europea), generando políticas discriminatorias, excluyentes y legitimadoras de prácticas de explotación y marginación social, económica y cultural (además de contribuir al germen o profundización de actitudes xenófobas y racistas).

b) Radicación por trabajo

El artículo 23 también reconoce la posibilidad de adoptar una residencia temporaria por razones de trabajo, al crear la categoría de "*Trabajador migrante: quien ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer en el país por un máximo de tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia*" [artículo 23, inc. a)].

La redacción de este artículo es compleja, puesto que mientras que en un principio reconoce el

(14) Cfr. disposición DNM n.º 2079/2004, del 28 de enero de 2004.

(15) Las estadísticas oficiales revelan una constante y regular migración de países limítrofes (principalmente, Bolivia y Paraguay, y en menor medida, Chile) hacia la Argentina en los últimos 100 años.

derecho a la radicación de quien ingrese para dedicarse a alguna actividad lícita y remunerada, luego la condiciona a los que tienen permiso para hacerlo "bajo relación de dependencia". De esta manera, de no mediar una reglamentación o aplicación flexible y amplia de la ley, podrían generarse los inconvenientes verificados con el régimen anterior, el cual, al sujetar la radicación por empleo a la demostración de un *contrato de trabajo por escrito* y a ciertos requisitos de solvencia del empleador, hacía prácticamente imposible obtener la regularización por esta vía.

Al respecto, debe destacarse que en Argentina –como en otros tantos países–, la imposición a rajatabla durante un poco más de dos décadas de todos los principios e indicaciones del modelo neoliberal (particularmente en relación con las políticas de ajuste, privatización de servicios y flexibilización de las relaciones laborales), determinó un incremento alarmante del desempleo y subempleo y, en definitiva, de la precarización de las condiciones laborales. Así, la posibilidad de obtener un contrato de trabajo por escrito que demuestre la existencia de una relación de dependencia laboral, es verdaderamente difícil. Más aún, por supuesto, en caso que se trate de un migrante en situación irregular. Estos perjuicios deberán evitarse de aquí en más.

A su vez, preocupa que la exigencia de la "relación de dependencia" deje afuera, entre otros, a los trabajadores migrantes que aun trabajando en esa condición no puedan demostrarlo, o de los trabajadores que se desarrollan en condición de locadores de servicios, u otras formas de trabajo reconocidas en la ley general en la materia[16], o aun de quienes lo hacen en carácter de autónomos o cuentapropistas. Sería importante que la reglamentación de la ley efectúe una aclaración al respecto, de modo de prevenir ciertos perjuicios indeseables.

Sobre esta discusión, podríamos plantearnos un nuevo interrogante: si los habitantes tienen el derecho a permanecer en el territorio (CN, artículo 14) y todas las personas gozan del derecho inalienable a la migración (el cual debe ser garantizado por el Estado argentino), ¿por qué el ejercicio de esos derechos debería estar condicionado, en el caso de los trabajadores migrantes, a la realización de tal o cual forma de trabajo, en este caso, en relación de dependencia? ¿sería legítimo negar la radicación migratoria a un trabajador que, por ejemplo, hace tareas por cuenta propia, o es un propietario de una pequeña empresa –que no calificaría como inversionista–?

En los aspectos positivos de la legislación migratoria en referencia al trabajo, cabe destacar que el artículo 16, en una visión opuesta de la adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el lamentable antecedente "*Hoffman Plastic*"[17], dispone:

> "La adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo."

Asimismo, también es rescatable que el Estado no haya pretendido imponer por ley, como lo han hecho ciertos países europeos (v. gr., España), la sujeción de las vías de regularización a los

(16) Ley de Contrato de Trabajo (20.744).

(17) US Court, *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U. S., 2002.

cupos y necesidades laborales del país de acogida, política que no sólo desconoce la realidad y las causas de los flujos migratorios, sino que también empuja a un número considerable de migrantes a quedarse en una situación irregular, sujetos, entre otras consecuencias, a ser blancos de explotación laboral y chivos expiatorios de los fracasos de las políticas económicas, sociales y culturales de esos países.

B) El trámite de radicación

En cuánto al trámite de radicación, solamente resulta oportuno mencionar la importancia de que la reglamentación administrativa de la nueva legislación prevea la eliminación de cuestiones económicas para la regularización migratoria. En efecto, un considerable número de migrantes que habitan en situación irregular en Argentina, y que por su situación de hecho encuadraban en los criterios migratorios que les permitían regularizarse, no lo han podido hacer básicamente por los altísimos costos que demandaba dicha gestión (particularmente, conseguir toda la documentación exigida para comenzarlo). Sumado a ello, la burocracia de la DNM durante las dos últimas décadas, ha sido una maquinaria perfecta de invención e imposición de trabas de todo tipo para la terminación exitosa del proceso de regularización.

La reducción de los costos para estos trámites es una condición fundamental para alcanzar la regularización. Para ello, no sólo se requiere el compromiso del gobierno argentino en cuanto a las tasas que le corresponde según su competencia, sino también de los países de origen de los migrantes, los cuales, a través de sus Consulados, muchas veces han visto en sus nacionales residentes en Argentina una importante fuente de ingresos, a partir del cobro de exorbitantes sumas por los papeles que el migrante necesita de su país de origen para iniciar el camino hacia la radicación.

En caso que no se establezcan las medidas conducentes a favorecer la radicación de quiénes no pueden afrontar esos costos, los beneficios de la legislación en cuánto a las vías de regularización les serán inaccesibles, y generando una ilegítima distinción por cuestiones de índole económico (prohibida por el *Principio de no discriminación*, calificado como de *Jus Cogens* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[18]).

IV. OTROS ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE MIGRACIONES

Sólo a modo de mención, cabe señalar que la nueva normativa alude a la integración de la población migrante en un solo artículo, que dispone lo siguiente:

> "Artículo 14. El Estado en todas sus jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal, favorecerá las iniciativas tendientes a la integración de los extranjeros en su comunidad de residencia, especialmente las tendientes a: a) La realización de cursos de idioma castellano en las escuelas e instituciones culturales extranjeras legalmente reconocidas; b) La difusión de información útil para la adecuada inserción de los extranjeros en la sociedad argentina, en particular aquella relati-

(18) Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, San José de Costa Rica, 17 de septiembre de 2003.

> va a sus derechos y obligaciones; c) Al conocimiento y la valoración de las expresiones culturales, recreativas, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes; d) La organización de cursos de formación, inspirados en criterios de convivencia en una sociedad multicultural y de prevención de comportamientos discriminatorios, destinados a los funcionarios y empleados públicos y de entes privados."

Si bien es destacable la mención de la integración como un objetivo buscado por la ley, y al cual el Estado debe propender, sería importante que esta iniciativa sea complementada por otras que, ya detalladamente, vaya definiendo una real e integral política pública de integración de los migrantes, particularmente desde una perspectiva intercultural. Por ello, consideramos que el fin de este artículo podrá cumplirse en la medida que se desarrollen esas políticas, puesto que, según su redacción, el Estado sólo se compromete a favorecer esas iniciativas, pero no a desarrollarlas por sí mismo. También habría sido interesante aludir al papel importante que los medios les puede caber en toda política de integración social.

De todos modos, resulta interesante rescatar particularmente la redacción de incisos c) y d), sobre la construcción de imágenes positivas sobre los aportes de las diferentes comunidades residentes en el país, así como el trabajo en la consolidación de prácticas de convivencia multicultural (aunque debería enfatizar más la interrelación que la tolerancia), así como la búsqueda de la eliminación de toda forma de discriminación.

Por otro lado, y por último, cabe resaltar el reconocimiento del derecho a la participación en el artículo 11 de la ley, que dispone:

> "La República Argentina facilitará, de conformidad con la legislación nacional y provincial en la materia, la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residan".

La reglamentación de la ley, o la elaboración de normas o políticas en el futuro, seguramente irán definiendo el alcance y precisión de este derecho, pero no hay dudas que para otorgarle plena vigencia y utilidad será fundamental la propia movilización y exigibilidad de los primeros interesados, es decir, de las personas migrantes. A su vez, el derecho a la participación, y su efectivo ejercicio por parte de los migrantes, sin dudas podrá resultar una herramienta útil para el éxito de toda política de integración.

V. LAS RESTRICCIONES EN EL INGRESO AL PAÍS

Algunas dificultades podrán suscitarse en relación con lo dispuesto sobre los impedimentos del ingreso al país. En efecto, el artículo 35 señala que:

> "En el supuesto de arribar una persona al territorio de la República con un documento extranjero destinado a acreditar su identidad que no cumpliera las condiciones previstas en la legislación vigente (...) se procederá al inmediato rechazo en frontera impidiéndosele el ingreso al territorio nacional. Aquellos rechazos que se produjeran motivados en la presentación de documentación material o ideológicamente falsa o que contengan atestaciones apócrifas implicarán una prohibición de reingreso de cinco (5) años (...) Cuando existiera sospecha fundada que la real intención

> que motiva el ingreso difiere de la manifestada al momento de obtener la visa o presentarse ante el control migratorio; y hasta tanto se corrobore la misma, no se autorizará su ingreso al territorio argentino y deberá permanecer en las instalaciones del punto de ingreso. Si resultare necesario para preservar la salud e integridad física de la persona, la autoridad migratoria, reteniendo la documentación de la misma, le otorgará una autorización provisoria de permanencia que no implicará ingreso legal a la República Argentina (...) Las decisiones adoptadas en virtud de las previsiones contenidas en los párrafos primero y segundo del presente artículo sólo resultarán recurribles desde el exterior, mediante presentación efectuada por el extranjero ante las delegaciones diplomáticas argentinas o las oficinas en el extranjero de la Dirección Nacional de Migraciones, desde donde se harán llegar a la sede central de la Dirección Nacional de Migraciones. El plazo para presentar el recurso será de quince (15) días a contar del momento del rechazo."

Dos breves comentarios al respecto: en primer lugar, las causales allí dispuestas para el rechazo en frontera (documentación incompleta y/o falsa, sospecha sobre los motivos de ingreso), en numerosas ocasiones pueden coincidir con las condiciones en que arriban solicitantes de asilo, como consecuencia de la forma en que han tenido que huir del país. Por ello, será importante que tanto en la reglamentación como en la posterior aplicación de este artículo, se tomen todas las medidas pertinentes a fin de no afectar ningún derecho de manera irreparable, ni incumplir las obligaciones emanadas de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Facultativo de 1967.

A su vez, la exigencia de presentación de un recurso en el exterior por el rechazo en frontera deberá complementarse con la provisión de un efectivo servicio a ese efecto por parte del Estado argentino, ya que de lo contrario, en muchos casos aquélla medida acabará siendo prácticamente inimpugnable.

VI. A MODO DE CONSLUSIÓN: LOS CAMBIOS DE LA NUEVA LEY Y LAS MEDIDAS A TOMAR DE AQUÍ EN ADELANTE

Como se ha intentado mostrar en esta breve introducción a la nueva ley de migraciones argentina, los cambios son numerosos y, en muchos casos, sustanciales (favorablemente), particularmente en torno al reconocimiento de derechos fundamentales a todos los migrantes, sin perjuicio de su situación migratoria, la consagración del derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, a la participación, al debido proceso y acceso a la justicia y la igualdad de derecho entre nacionales y extranjeros.

Ahora bien, para que estas modificaciones se vayan convirtiendo paulatinamente en una realidad palpable en la vida de los migrantes, se requiere la toma de diversas medidas por parte del Estado, tanto a corto, como mediano y largo plazo, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

En el corto plazo, no hay dudas que la principal medida tiene que ver con la inminente reglamentación de la ley. Como ya se mencionó anteriormente y de acuerdo al compromiso asumido por las autoridades migratorias, la reglamentación será el resultado de un proceso de diálogo

participativo entre la DNM, otras áreas gubernamentales (Salud, Educación, Trabajo, Justicia y Economía) y representantes de colectividades de migrantes, organismos de derechos humanos, sindicatos, iglesias, y otros especialistas en la temática migratoria (todos sectores sociales que han venido trabajando y reclamando desde hace muchos años por la derogación de la "Ley Videla" y la sanción de una normativa consecuente con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado argentino).

El éxito de ese proceso se alcanzará en la medida que la reglamentación consolide los principios generales establecidos en la ley, evite todo tipo de restricción ilegítima a los derechos allí reconocidos, así como toda exigencia que torne inviable su ejercicio, y que, finalmente, pueda subsanar ciertas inconsistencias o ambigüedades de su redacción.

También en lo inmediato, será de gran importancia todas las medidas que se tomen para lograr la más amplia difusión posible de la ley, particularmente hacia las autoridades más vinculadas en la materia, como todas las dependencias de la DNM en el país, la policía migratoria auxiliar, funcionarios de frontera, y los demás entes administrativos (centros de salud, servicios educativos, miembros del Poder Judicial, etc.). Estas acciones de difusión tendrán que estar acompañadas, a su vez, de actividades de capacitación a todos los empleados y funcionarios de diferentes áreas administrativas y judiciales encargadas de su aplicación.

Luego, y de aquí en adelante (a corto, mediano y largo plazo), el Estado deberá implementar acciones dirigidas a la verificación y el seguimiento del cumplimiento de las disposiciones y obligaciones establecidas en la ley por parte de todas las autoridades responsables, principalmente en relación con los derechos allí reconocidos a los migrantes.

A su vez, otro aspecto trascendental será el desarrollo de políticas de integración social entre los migrantes y la sociedad de acogida, que enfatice los aspectos positivos de las distintas culturas que residen en el país, y que propenda a una convivencia pacífica basada en la interrelación constante y cotidiana de esas culturas. En este camino, un papel esencial le corresponde al ámbito educativo, especialmente a los contenidos de los planes de estudio en los distintos niveles y jurisdicciones, así como también a los medios de comunicación.

Finalmente, la plena vigencia de los derechos humanos de todos los habitantes del país, así como toda política que pretenda fomentar y alcanzar la integración social, sólo se podrán convertir en una realidad en la medida que se complementen con la elaboración y ejecución de políticas económicas y sociales dirigidas a una nueva y equitativa redistribución de la riqueza, a la generación de empleo, al goce efectivo del derecho de acceso a la justicia, así como el acceso universal –en condiciones dignas– a los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social.

Estas políticas, asimismo, se podrán desarrollar y consolidar en la medida en que sean acompañadas de otras similares por los países de la región así como en el marco del proceso de integración regional (MERCOSUR). Sin dudas, esto no será nada fácil mientras el modelo económico imperante a nivel mundial siga respondiendo a la lógica globalizadora de carácter neoliberal,

que incide directamente tanto en el crecimiento de la brecha social entre ricos y pobres en cada país (y las desigualdades entre los países), como en el aumento de los flujos migratorios como consecuencia de ese proceso generador de inequidades y exclusión.

Finalmente, y sin perjuicio de las observaciones, críticas y sugerencias que se pueden hacer (no agotadas de ninguna manera en este trabajo), no dudamos en concluir que la nueva Ley de Migraciones argentina representa, en sus lineamientos y principios generales, otro modelo de política migratoria, que descarta la confusión entre migrantes e inseguridad, o entre migrantes y amenaza al orden público, imperante en el actual contexto, caracterizado por las restricciones progresivas de las leyes y políticas en la materia (principalmente en Europa y Estados Unidos), y que reconoce los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en el país, nacionales o extranjeros. Ahora, resta, nada más y nada menos, que estos cambios lleguen a la vida cotidiana de sus principales destinatarios: los y las migrantes.

María José Hernández Caballero
Magistrada

II

Separación y divorcio internacional: su necesario tratamiento a nivel de adaptación

SUMARIO

Introducción.

I. Las pautas del artículo 107 del Código Civil.

II. Finalidad pretendida *versus* verdadero alcance del artículo 107 del Código Civil.

III. La situación de los residentes de terceros Estados en la Unión Europea.

IV. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La ruptura de fronteras y el avance del movimiento inmigratorio son factores que están abriendo las puertas al pluralismo en Europa, estableciendo la convivencia ente personas procedentes de ámbitos culturales-religiosos muy diversos. Ante tal fenómeno, el consenso en materia de tratamiento a las crisis matrimoniales ha pasado a ser una de las cuestiones más relevantes que planean sobre la sociedad actual.

Los conflictos jurídicos que el multiculturalismo está ocasionando provienen con frecuencia de la colisión de los ordenamientos occidentales con ciertos valores, costumbres o tradiciones propios del mundo islámico, especialmente por lo que se refiere a la consideración de la mujer y de sus derechos. La "diversidad" muy acusada de los Derechos estatales a la hora de contemplar las soluciones a las crisis matrimoniales y los conflictos que ello provoca, emergen porque el modo de regular aquéllas reflejan una manera de comprender el *status* social y jurídico de la persona y de la familia "propias". Punto de partida para atender jurídicamente a esta realidad es un conocimiento riguroso de la identidad y diferencia del otro. Con esta idea nos aproximaremos, en las páginas que siguen, a analizar el horizonte que se describe actualmente desde nuestro ordenamiento, y el que se perfila en Europa para los residentes de terceros Estados.

María José Hernández Caballero

II

I. LAS PAUTAS DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL

La Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del sistema matrimonial español, supuso una importante modificación en el Derecho internacional privado español del matrimonio en un sector de cuestiones que hasta la fecha no habían sido objeto de regulación por el legislador español. A tenor de esta Ley se establece el sistema de competencia judicial internacional en materia de separación judicial y divorcio y la ley aplicable a los mismos. Así, en relación con esta última cuestión, el artículo 107 del Cc va a establecer:

> "La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes."

Este precepto dispone las conexiones de forma jerarquizada, de modo que las mismas van a ir entrando en juego una en defecto de otra. La utilización de la nacionalidad común como criterio de conexión fue aplicada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el corto período de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932, la cual no establecía normas de Derecho internacional privado en esta materia y, además, es acorde con la regla general prevista en el artículo 9.1 del Cc, que vincula la regulación del estatuto personal a la ley nacional.

El criterio de la residencia habitual común de los cónyuges, en defecto de nacionalidad común, constituye una de las orientaciones recogidas en nuestro Código Civil a partir de la reforma de su Título Preliminar operada en 1974. Su aplicación en materia de separación y divorcio se justifica, entre otros motivos, por constituir un criterio de regulación "neutral", al no preferir la ley personal de uno u otro cónyuge y, por tanto evitar cualquier discriminación por razón de sexo. Además nos sitúa en el lugar en que los cónyuges tienen su centro de vida familiar al solicitar el divorcio.

La utilización de la ley española como *lex civilis foris* se justificaba desde el momento en que, a falta de las conexiones anteriores y, dado que nuestros tribunales son competentes, a tenor del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguna ley mejor que la española para ser aplicada a la separación o al divorcio[1].

La utilización de la ley nacional común ha sido criticada por algún sector doctrinal, en tanto en cuanto se inspira en el principio de soberanía y obvia otras conexiones más cercanas y efectivas con la vida del matrimonio, como sucede cuando un matrimonio de españoles vive desde hace tiempo en el extranjero o con un matrimonio de emigrantes que vive en España, de donde se debería de utilizar en primer lugar el criterio de la residencia habitual común, que es el centro real de la vida de la familia. Así, por ejemplo, la Ley holandesa de 25 de marzo de 1981, relativa a las normas de derecho internacional privado que regulan la disolución del matrimonio, aunque utiliza el criterio de la nacionalidad común, como el artículo 107 del Código Civil, suaviza esta

(1) Vid. ESPLUGES MOTA, C.: *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 111-120.

solución y sólo la aplica si se trata de una nacionalidad efectiva o con vínculos reales de las partes con el Estado de su nacionalidad[2].

Con independencia de las valoraciones que puedan merecer las conexiones utilizadas por el precepto, lo cierto es que su claro enunciado ha permitido una aplicación sin sobresaltos del mismo por parte de los diversos operadores jurídicos, incluso en aquellas ocasiones en que de la aplicación del Derecho reclamado por la norma de conflicto española, no se deriva la ruptura del vínculo matrimonial, o la declaración de separación de los cónyuges[3].

En segundo lugar, el derecho aplicable, según el artículo 107 del Código Civil, determina las causas y los presupuestos que pueden ser alegados para la separación y el divorcio, la admisibilidad del divorcio o de la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges y la eventual conversión de una previa separación judicial en divorcio por el transcurso de un determinado plazo. Sin embargo, es posible que la reglamentación extranjera se oponga al orden público español, si resulta manifiestamente contraria a los valores jurídicos de libertad e igualdad reconocidos en nuestra Constitución.

La intervención del orden público internacional español va a tener lugar así ante legislaciones extranjeras, como la iraní –y otros países con legislaciones inspiradas en la religión musulmana–, que consagra "el derecho del esposo para revocar el divorcio y continuar el matrimonio sin celebrar nuevo contrato matrimonial, no precisando al respecto el consentimiento de la esposa, a la que se deniega todo derecho a tal revocación"[4]. Asimismo, debe intervenir también cuando, según la legislación extranjera, el esposo ostenta el derecho absoluto a rescindir el contrato matrimonial unilateralmente, sin aportar motivo alguno para el divorcio. En cambio la mujer no puede obtener el divorcio sin el consentimiento del esposo, a menos que recabe la misma la intervención del Juzgado. También, será considerado contrario al orden público internacional español un repudio unilateral, –el *talaq* del Derecho musulmán–, si éste es estrictamente unilateral, y si atendidas las circunstancias del caso concreto, se vulnera el principio de "igualdad entre los cónyuges", de modo que conduce a una situación de "desprotección jurídica" de la

(2) Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación "la Caixa", Barcelona, 2000, pp. 103-106.

(3) Vid. ESPLUGUES MOTA, C.: opus cit., pp. 120-124. Significativamente, el análisis de la jurisprudencia existente en relación con el artículo 107 demuestra que, quizás, donde más problemas han surgido en relación con la práctica del precepto ha sido, precisamente a la hora de plasmar el mandato del mismo. En concreto, en lo relativo a la prueba del contenido y vigencia del Derecho reclamado por la mencionada norma de conflicto dada la rígida actitud mantenida en relación con el significado de "prueba" del Derecho extranjero. Al respecto y entre otras muchas, vid. SSTS de 16 de julio de 1991, *RAJ* 1991/5389; 23 de diciembre de 1992, *RAJ* 1992/8280; 9 de febrero de 1999, *RAJ* 1999/1054 y las SSAP de Granada, de 21 de julio de 1992, *AC* n.º 1020/1992; de Valencia, 15 de noviembre de 1993, *AC* n.º 2234/1993 o de Santa Cruz de Tenerife, 13 de junio de 1994, *AC* n.º 1003/1994 y de 4 de octubre de 1995, *AC* núm. 1820/1995. Esta rígida actitud, no obstante, se ha visto flexibilizada en el último lustro por la jurisprudencia española. Al respecto, vid. ESPLUGUES MOTA, C.: opus cit., pp. 149 a 164.

(4) SAP Madrid 28 de septiembre de 2000, *AC* n.º 1656/2000. PALAO MORENO, G.: "Nota", *REDI,* vol. LIII (2001), 1 y 2, pp. 529 a 536.

mujer[5]. Se trata, en definitiva, de reglamentaciones que vulneran claramente el orden público internacional vertebrado por el principio de no discriminación por razón de sexo e igualdad de los esposos ante la Ley[6]

Cuestión distinta ha sido, sin embargo, hasta fechas recientes, la falta de admisión en algunas legislaciones extranjeras de la separación o el divorcio como soluciones a las crisis matrimoniales.

La doctrina española mayoritaria ha venido afirmando que la aplicación de una Ley extranjera que no admita el divorcio, no es contraria al orden público internacional español, ya que ni de la CE ni de los Convenios internacionales vigentes para España puede deducirse un "derecho humano al divorcio"[7]. Tampoco lo es la aplicación de una Ley extranjera que admita el divorcio por un *mero mutuo disenso*[8] o por otras causas no previstas en la Ley española[9], salvo que dichas causas sean *discriminatorias*, porque entonces sí entraría en escena el orden público internacional[10].

De igual forma, también existen legislaciones extranjeras que no contemplan la separación matrimonial, –en cuanto estado civil de los integrantes de la pareja intermedio entre la plena vigencia del matrimonio y la disolución del vínculo conyugal– y sólo prevén la posibilidad directa de disolución del vínculo matrimonial. Es el caso de Marruecos[11]. Esa falta de previsión

(5) En Marruecos, hasta febrero de 2004, fecha de entrada en vigor de la reforma de la *Mudawana*, el Código de familia que regula el estatuto de la mujer y sus derechos en el marco familiar, el derecho de repudiación sólo lo ostentaba el marido, permitiéndole rechazar a su esposa, sin asumir, además, ningún tipo de responsabilidad. Con el nuevo texto, el repudio se transforma en divorcio bajo control judicial y no se hace efectivo hasta que la mujer no obtenga sus derechos y reparaciones. Vid. EL MESSAOUDI, A.: "Mudawana y realidad social". Publicado en www.pcb.ub.es/idp/recerca/marroc/CodFliaMarruec.htm .

(6) Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio...*, opus cit., pp. 70-77.

(7) La SAT Oviedo 20 de octubre de 1982 siguió esta línea y declaró que no procedía el divorcio entre dos chilenos al no preverse éste en su Ley nacional común. En contra de esta solución cabría argumentar, sin embargo, que el artículo 85 del Cc refleja uno de los principios esenciales del Derecho matrimonial español, "la disolubilidad del matrimonio por divorcio", como ha sostenido el TS en el ámbito de la eficacia en España de sentencias extranjeras de divorcio. Por tanto, una Ley extranjera que no permita el divorcio atenta contra ese principio esencial del Derecho matrimonial español y debe ser inaplicada recurriendo al orden público internacional (artículo 12.3 del Cc).

(8) Vid. STS 6 de abril de 1979, *RAJ* 1979/1276.

(9) Vid, entre otras, SAP Málaga 15 de marzo de 2000, *El Derecho*, n.º 17797/2000 y SAP Barcelona 6 abril 2000, *AC*, n.º 1088/2000.

(10) También debe decirse que la Ley extranjera que permite un divorcio sin intervención de autoridad pública no es, por esta mera razón, contraria al orden público internacional. Sin embargo, dichos divorcios pueden ser válidos con arreglo a las Leyes que los rigen (artículo 107 del Cc), pero no surtirán efectos constitutivos en España. En efecto, al no constar en *documentos públicos* ni en *sentencias judiciales*, no podrán acceder al Registro Civil español (cfr. artículo 81 del RRC).

(11) Tampoco en Suiza se regulaba la separación judicial de mutuo acuerdo hasta el 1 de enero de 2000. En el nuevo Derecho suizo de familia, la separación y el divorcio (cfr. artículos 111, 114, 115 y 117 del Código civil suizo) puede cursarse mediante una solicitud común con un convenio completo sobre los efectos de la crisis matrimonial, con la producción de los efectos que determina el artículo 118, en relación con los artículos 164 y 176 del CCS.

en la legislación marroquí no puede, sin embargo, ser considerada contraria al orden público internacional porque, como dice la SAP Madrid 22 junio 2001[12], el citado ordenamiento "contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial", tales como el repudio o el divorcio judicial, que producen la disolución del vínculo conyugal. De ahí que, si dos cónyuges marroquíes decidían la separación judicial ante juez español, la demanda debía desestimarse, al no prever el Derecho extranjero aplicable, una acción de dicha naturaleza.

Esta solución, sin embargo, provocaba verdaderos efectos negativos, al obligar a las partes cuya convivencia ya era inexistente, a seguir siendo tratados como casados. Al objeto de evitarlos, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, modifica el artículo 107 del Cc, eliminando la solución que contenía a favor de la ley española como cláusula de cierre para establecer ahora en su lugar que:

> "En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas; b) Si en la demanda presentada ante Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público" [13].

La inclusión de este apartado dentro del artículo 107 de nuestro Texto civil supone, sobre todo, el reconocimiento, por primera vez en nuestro Derecho, al acceso, en términos de igualdad con el nacional, a la separación o al divorcio de cualquier extranjero que resida habitualmente en nuestro territorio. Con ello se evita que, el recurso obligado a un, ya hoy obsoleto, argumento de respeto de la soberanía de otro país sobre sus nacionales cercene la posibilidad de que esos mismos nacionales residentes en España puedan acceder en nuestro país, al igual que cualquier español, a la separación o al divorcio.

II. FINALIDAD PRETENDIDA *VERSUS* VERDADERO ALCANCE DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL

Según señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la modificación del artículo 107 del Cc se acomete con el objetivo primordial de "mejorar la integración social de los inmigrantes en España". Sin embargo, este objetivo, aun siendo el inicialmente buscado, no sólo no es el realmente significable, sino que además, dista mucho de poder alcanzarse a través de una norma que no contempla en sí medida integradora alguna.

Las personas inmigrantes, en términos generales, resuelven con dificultad su disponibilidad para la integración. A excepción de los inmigrantes de Iberoamérica, las personas que vienen de Marruecos, del África subsahariana o de Asia tienen que aprender el idioma y lo hacen al tiempo que trabajan en sectores del mercado laboral deficitariamente cubiertos por trabajadores

(12) *AC* n.º 1539/2001.

(13) *BOE* n.º 234, de 30 de septiembre de 2003.

y trabajadoras españolas: agricultura, servicio doméstico, construcción. El reagrupamiento no es fácil, y éste es uno de los derechos fundamentales y pilar básico para convivir e integrarse. El reagrupamiento familiar facilita la estabilidad emocional, garantiza la debida atención a los hijos menores, hace justicia a la mujer, que por lo general es quien queda en el país de origen al cuidado de la familia. En definitiva, es un eje básico de los derechos humanos porque la familia constituye el referente más importante de la existencia personal y de las relaciones en la comunidad. Dificultar el reagrupamiento es poner trabas al proceso de integración, que pasa necesariamente por reconstruir en el país de acogida la vida familiar.

La integración es un proceso dilatado en el tiempo, que pasa no sólo por la mejora de la cobertura sanitaria y educativa, sino sobre todo, por la exigencia de prevenir la marginación. Un reto que debe abordarse desde la generosidad que corresponde a quien fue tierra de inmigrantes, pero no desde reformas legales orientadas no a lograr la integración social del inmigrante sino simplemente a dar satisfacción a intereses tales como el lograr la separación y el divorcio que, en sí mismos no resultan ser sino expresión de la autonomía personal de todo individuo que, en todo caso, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional.

La modificación operada en el artículo, por lo tanto, no satisface realmente ese objetivo integrador. Sin embargo, sí obedece a un principio de igualdad en el estatuto personal del extranjero, en línea con el que ya preside nuestro Texto civil en materia de goce de los derechos civiles (artículo 27), garantizando ahora que las soluciones que ofrece nuestro Derecho a las crisis matrimoniales se reconozcan en términos de equiparación con el nacional al extranjero residente en España.

III. LA SITUACIÓN DE LOS RESIDENTES DE TERCEROS ESTADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Las políticas de inmigración en Europa tienden cada vez más a distinguir entre extranjeros que tienen una residencia cualificada y extranjeros de paso, dibujando una escisión entre ellos, a fin de asimilar los derechos de los primeros a los de los nacionales comunitarios.

Fue con motivo del Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999), cuando los Estados miembros subrayaron la necesidad de garantizar un tratamiento equitativo a los nacionales de los países miembros legalmente residentes en la UE. Así, todo nacional de un país tercero que resida durante un largo tiempo en un Estado miembro debería tener un conjunto de derechos uniformes lo más parecidos posible a los que se reconocen a los ciudadanos de la Unión Europea (apartado 21 de las conclusiones de Tampere). Además, se trataba de garantizar también la aplicación del apartado 4 del artículo 63 del Tratado CE definiendo el derecho de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, a residir en otros Estados miembros[14].

(14) En un primer estadio de esta regulación se sitúa la Resolución del Consejo, de 4 de marzo de 1996, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *DOCE* C n.º 80, de 18 de marzo de 1996. Posteriormente, la Propuesta de Directiva sobre los derechos del residente de larga duración COM (2001) 127, de 13 de marzo de 2001, *DOCE* C n.º 240, de 28 de agosto de 2001; y, ya finalmente la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, *DOCE* L n.º 16, de 23 de enero de 2004.

La regulación del citado estatuto constituye una medida orientada a favorecer la integración social de esos nacionales que residen de forma estable en el espacio de la UE. El objetivo no es otro que el de lograr la equiparación de derechos, esto es, el reconocer los mismos derechos y obligaciones a las personas que residen de forma estable en el espacio de la UE y a los nacionales de los Estados miembros. El avance en este sentido, no obstante, es lento, porque se entiende que esa equiparación debe hacerse de forma gradual, a medida que aumente la permanencia del inmigrante en el Estado miembro en el que haya fijado su residencia.

De acuerdo con la normativa comunitaria, los derechos de los residentes permanentes se sitúan, hoy por hoy, en el nivel más alto de los que ahora comportan las legislaciones de extranjería de los distintos Estados miembros[15]. No obstante, una política global en la materia incluye necesariamente también otros componentes, como el reconocimiento de una serie de derechos propios de esos residentes de terceros Estados susceptibles ejercitarse en cualquier Estado en el que el residente de larga duración vaya a ejercer su derecho de residencia.

Con el fin de no privar de eficacia al derecho de residencia, la normativa comunitaria dispone que el residente de larga duración debe gozar en el segundo Estado miembro del mismo trato del que goza en el Estado miembro de adquisición del estatuto[16]. Dicho reconocimiento se hace, sin embargo, sin establecer con carácter previo, a favor de esos residentes, derecho propio alguno, sino tan sólo la igualdad de trato que los nacionales en determinadas cuestiones económicas y sociales[17]. Tal circunstancia deja abierta la puerta a que un residente de un tercer estado en nuestro país que decida, por ejemplo, acceder a su separación en los términos que nuestro Derecho nacional le reconoce, vea cercenada esa posibilidad si, al tiempo de acceder a ella se encuentra, en ejercicio de su derecho de residencia, en algún otro Estado miembro en el que no exista la separación judicial (*ad ex*. Alemania o Suecia).

En este marco es necesario un planteamiento coherente de la UE en materia de estatuto personal de los nacionales de terceros Estados dando lugar a una solución armonizadora. Es necesario elaborar una política global y multidimensional sobre la integración de tales personas. Teniendo en cuenta que una integración satisfactoria contribuye a la cohesión social y al bienestar económico, esta política no sólo debe cubrir factores como el empleo, la participación económica, la educación y la enseñanza de la lengua, servicios sociales y de salud, vivienda y asuntos urba-

(15) Los residentes con estatuto permanente tienen derechos equiparables a los de los nacionales en los asuntos que la propia Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003 (*DOCE* L n.º 16, de 23 de enero de 2004) menciona: derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad social, a la asistencia sanitaria, al acceso a bienes y servicios, a la libertad de asociación y afiliación sindical, a la libre circulación por el territorio del Estado (artículo 11). Además se reconoce el derecho a establecerse en otro Estado de la UE (artículo 14). Se trata de un derecho que antes sólo tenían los nacionales de los Estados miembros pero no los residentes de terceros países. Con la actual regulación comunitaria lo tienen también los que tengan el estatuto de residentes de larga duración y los miembros de su familia, en los términos que la actual Directiva recoge (artículos 15 y 16).

(16) Vid. artículo 21 de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003 (*DOCE* L n.º 16, de 23 de enero de 2004).

(17) Los Estados miembros, no obstante, podrán restringir la igualdad de trato con sus nacionales en determinados casos (vid. artículo 11.3 y 4, Directiva 2003/109/CE, cit.) .

nos, la cultura o la participación en la vida social, sino también, reconocer un estatuto personal propio susceptible de reconocerse y ejercitarse en los mismos términos en todas las sociedades de acogida.

IV. CONCLUSIONES

Tras los conflictos de Leyes en materia de crisis matrimoniales se esconden profundos conflictos entre maneras de contemplar y regular las relaciones sociales, difíciles de resolver con los métodos tradicionales del Derecho internacional privado basados en la selección de una Ley aplicable a la institución de que se trate.

Estar ante un conflicto de civilizaciones significa la imposibilidad de eliminar totalmente cualquiera de los dos ordenamientos en presencia (el de la sociedad de origen y el de la sociedad de acogida) y la necesidad de coordinarlos para mermar las situaciones claudicantes (válidas en el país de residencia e ineficaces en el país de origen) que acompañan a tales conflictos. No se trata, por tanto, de eliminar el Derecho extranjero ni tampoco de sobrevalorar la ley nacional en razón de una identidad de origen a conservar. La nacionalidad justifica que se respete el estatuto personal y familiar del extranjero, no asimilándolo al de los nacionales, pero el derecho extranjero aplicable debe ser valorado atendiendo al contexto o al país de inmigración en el que pretenden surtir sus efectos, a la doble pertenencia del individuo y a la expectativa común que vive con nosotros. Siendo así, la solución pasa por entrever con toda lucidez las posibilidades de aplicación del derecho extranjero, mesurando, a través de la técnica del orden público, su parecido y distancia con el del foro, en función del resultado concreto al que lleva, "adaptándolo" –no excluyéndolo– y estableciendo sus límites. Con esta solución se preserva tanto la armonía interna como, en cierta medida, la internacional de soluciones, en favor de una buena administración de la justicia a los particulares, que comprende también, el atender al interés de los mismos en evitar situaciones claudicantes.

No obstante, en las soluciones a las crisis a las matrimoniales, las condiciones severas o los obstáculos a los que el derecho extranjero puede sujetarlas, con el añadido, en la mayor parte de los casos, de su carácter discriminatorio, ha aconsejado, –antes en otros países europeos con más práctica y ahora también en el nuestro–, recurrir a cláusulas especiales de orden público como solución legislativa. Gracias a estas previsiones *lege foristas* en la norma de conflicto se eliminará el margen de actuación de la excepción de orden público internacional, aun a riesgo de crear situaciones claudicantes.

III

Derechos para todos. Reflexiones acerca de los últimos acontecimientos de Barcelona

Antonia Moyano
Abogada del Colegio de Barcelona

Vistos los últimos **acontecimientos en Barcelona con los encierros** me permito efectuar una **reflexión** partiendo de la frase que tiene colgada el REICAZ en su página:

> "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado" (artículo 13 Declaración Universal de Derechos Humanos).

En primer lugar se ha **tener en cuenta la desesperación que viven** estos inmigrantes, que valientes decidieron encerrarse en unas iglesias para defender sus derechos, con 29 detenciones. Desde el año 2002, en que el Gobierno cerró la posibilidad de legalizar a los inmigrantes, se ha producido una bolsa de irregularidad alarmante. En todos estos años, nadie se ha preocupado de los inmigrantes, unos cuantos abogados con mucha voluntad y pocos medios, hemos acudido a presentar denuncias, quejas, en el 2004, tras montar una convocatoria común y presentar en un día 300 quejas, que ha llevado a la Administración 6 meses después a pensar que las renovaciones se han de presentar en las **Oficinas de empleo**, entre otros motivos porque han tenido una inspección de Madrid debido al monto de quejas. Algunos compañeros tuvieron que pelear con los oficiales que no querían recoger nuestras quejas, porque tampoco les parecían oportunas.

Estoy **leyendo la prensa y escuchando la televisión, y al profesor de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona** ELISEO AJA, hablando de la inmigración, de los encierros, del colapso, y del IDEAL DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, por lo tanto desde el sábado realmente se está produciendo en España una reflexión sobre esta situación, que desde el 2001 no se había planteado.

No comprendo pero respeto, el MIEDO A LA FRASE " PAPELES PARA TODOS", que debe ser entendida como lo hace ELISEO AJA del ideal de libertad de **circulación y que en realidad quiere decir DERECHOS PARA TODOS** . Yo me preguntó ¿es que hay quien no está de acuerdo en que todos los inmigrantes que están en **España trabajando, con familiares, con hijos menores con arraigo** puedan de una manera u otra conseguir un permiso? ¿Es que no estamos de acuerdo en que si alguien consigue una oferta para su hermano que está en su país, se le conceda el permiso de residencia? ¿En consecuencia, cuál es el problema en realidad? **¿NO SERÁ QUE NO NOS CREEMOS LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA? ¿QUE LOS MENCIONAMOS, PERO COMO ALGO QUE NO VALORAMOS Y QUE POR ELLO EN EL FONDO NO DEFENDEMOS CON PLENO CONVENCIMIENTO?**

¿Es que es ILEGÍTIMO CREER EN UN MUNDO MEJOR, DONDE EXISTA LA LIBRE CIRCULACIÓN? ¿O es que libre circulación sólo cabe para los ricos, las mafias, y los deportistas? Yo quiero creer que puedo anhelar un mundo mejor, y sobre un mundo donde las personas puedan circular

libremente, si bien lo ideal sería que estas personas llegasen solo por turismo, solo a estudiar,y se quedasen por haber encontrado el amor, por haber encontrado un trabajo puntual, por que les da la gana.... PERO NO ES ASÍ , TENEMOS DOS PUERTAS LAS DE LOS RICOS, Y DEPORTISTAS Y LA DEL RESTO. Yo quiero que le den cita para renovar la tarjeta de los jugadores del Barça para febrero de 2005, entonces tendré paciencia con mis clientes, pero mientras ello no sea así, creo que no es ningún ideal sino una necesidad la lucha que han comenzado los inmigrantes.

¿Es que no podemos defender EL DERECHO DE TODA PERSONA A UN TRABAJO, A UNA VIVIENDA DIGNA? Ya sabemos lo que tenemos, pero no podemos anhelar por ello y dar pasos hacia ello, pasitos diría yo.

En consecuencia, PAPELES PARA TODOS, que en realidad quiere decir **DERECHOS PARA TODOS, SIN MÁS** no puede servir para el ataque tan brutal que se ha hecho contra los inmigrantes encerrados, **por parte de algunos colectivos con responsabilidad en la materia.**

Desde el año 2002, se están vulnerando de una manera brutal los derechos de los inmigrantes y nadie ha puesto el grito en el cielo. **No he escuchado quejarse por el retraso en las renovaciones y la nefasta gestión que de este tema se está realizando. No he escuchado a ninguno quejarse por el retraso de los permisos de residencia de los menores. No he escuchado a ninguno quejarse por todos los expedientes retrasados desde febrero de 2003, pendientes todavía de resolver, de las expulsiones masivas injustificadas y tantos otros atropellos.**

No podemos permanecer callados, cuando conocemos de primera mano todo lo que está ocurriendo, no podemos negar la situación de angustias y de injusticias que sufren los inmigrantes que eran invisibles hasta que se han encerrado, ni las quejas en los periódicos ni las llamadas a las **televisiones** ni nada.

NOSOSTROS SOMOS ABOGADOS y ello no nos impide ser IDEALISTAS Y VER LAS INJUSTICIAS, CREO QUE SON LOS IDEALISTAS LOS QUE CAMBIAN EL MUNDO Y MUEVEN EL MUNDO. Fueron unos idealistas que no creían en el servicio militar, los que se negaron y pagaron con la pérdida de su libertad, para que todos nos liberásemos de ir al servicio militar, hecho que ha sido bien aplaudido por todos y todas. Por ello no me llamen idealista por creer en ideas que pueden convertirse en realidad si me las creo y lucho por ellas.

La Subdelegación de Barcelona nos dijo que conocían que cada mes caducaban 9.000 tarjetas, y yo me pregunto, con las 40.000 solicitudes atrasadas, si hasta el mes que viene no se pueden presentar en las OTG las renovacione, ¿cuándo podrán presentar sus renovaciones todas estas personas que hace meses que las tienen caducadas? No me sirve cuando estoy con el agua al cuello que me tires un globo, necesito una cuerda para salir. Y no me tirarán una cuerda si no me oyen y no me oyen si no grito, esa es la realidad y eso no es irresponsabilidad.

Si van a plantear un arraigo, están diciendo que prevén que las citas de arraigo y reagrupaciones familiares sean nuevamente por teléfono, pero si está colapsado, qué tengo que pensar, que evidentemente están de broma o no están pensando en agilizar nada.

III

Permitidme oponerme a la acusación de irresponsabilidad por los encierros y mucho menos que para desacreditar unos actos que levantan ampollas, se acuda a acusación de actos ilegales. Os recuerdo que se están pagando 6.000 euros por un contrato, hecho que conoce perfectamente la Administración y que no hace nada por evitar, sino que está planteando un arraigo laboral, eso sí que está haciendo frotarse las manos a un montón de sin escrúpulos que van a vender ofertas a ton y son.

¿CUÁL ES EL MOMENTO JUSTO PARA REIVINDICAR UNOS DERECHOS? ¿CUANDO LO DIGAN LOS POLÍTICOS?

QUEREMOS ACTOS DE VOLUNTAD QUE SABEMOS QUE SON POSIBLES, QUE CESEN LAS EXPULSIONES; si va a producirse una situación de arraigo más amplia que la actual que ya sería posible con una interpretación más flexible de la ley por parte de la Administración o ¿van a limpiar de aquí a agosto Barcelona y arraigar a los que resistan? Yo quiero que se suavicen ya, los motivos de exenciones o los permisos de residencia por causas excepcionales actuales que no se conceden ni uno. Esto son actos de voluntad que nos permitirían pensar que algo ha cambiado, pero justamente, se están inadmitiendo solicitudes que antes se admitían.

Necesitamos concienciar a la sociedad de que independientemente de las medidas legislativas de futuro que se tomen, dígase nuevo reglamento o futura cuarta reforma de la ley, es necesario que las Subdelegaciones de Gobierno tomen decisiones YA para minimizar el colapso y la vulneración de derechos que se están cometiendo.

Y a todos aquellos que han visto este acto como una irresponsabilidad les invitamos a que vengan con nosotros a las colas y observen por sí mismos el trato degradante administrativo que como sociedad estamos dando a los extranjeros.

Roberto Fernández Fernández
Profesor Ayudante: Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

IV

La aplicación de las normas de coordinación comunitarias sobre seguridad social a los nacionales de terceros países: reflexiones al hilo del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril

SUMARIO

La necesidad de poseer la nacionalidad de un Estado miembro para acceder a la protección concedida por los instrumentos dictados por las instituciones comunitarias en materia de Seguridad Social ha sido una exigencia constante en el marco de la Unión. En efecto, tanto el Reglamento 1408/1971 (artículo 2), como el vigente Reglamento 883/2004 (artículo 2) al delimitar su ámbito subjetivo establecen la aplicación de sus principios "a las personas nacionales de uno de los Estados miembros".

Dicho concepto jurídico no aparece definido, como no podía ser de otra manera, por los instrumentos supranacionales, por cuanto el concreto régimen jurídico sobre adquisición, conservación o pérdida de la nacionalidad resulta competencia exclusiva de cada uno de los Estados miembros[1]. En cualquier caso, y al menos en el marco de la Seguridad Social, el beneficiario viene obligado a probar la posesión de la condición analizada en el momento de la cotización[2], no en el de solicitar la prestación o al concretarse el riesgo.

Junto a los anteriores, un primer grupo de ciudadanos no comunitarios que van a estar incluidos en el marco protector, por disponerlo expresamente el propio Reglamento, son cuantas personas residan en cualquiera de los Estados miembros con el *status* de apátrida o refugiado, conforme establecen los artículos 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954[3].

(1) Sobre el régimen jurídico aplicable en el ordenamiento español al respecto, por todos, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *La nacionalidad española: análisis de la normativa vigente*, 2.ª ed., Madrid (MTAS), 2003; "Movimientos migratorios y Derecho de la Nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y las propuestas de reforma", en AA.VV.: *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, San Sebastián (Universidad del País Vasco), 2000, pp. 107 y ss. o "Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 1, 2002, pp. 47 y ss. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "Le droit espagnol de la nationalité", en AA.VV. (NASCIMBENE, B., Ed.): *Le Droit de la Nationalité dans l'Union Européenne*, Milán (Giuffrè), 1996, pp. 207 y ss.

(2) SSTJUE 10/78, de 12 de octubre, asunto *Belbouab* ó 105/89, de 14 de noviembre de 1990, asunto *Buhari Haji*.

(3) La interpretación de estos conceptos, por todas, en las SSTJUE 95/99 a 98/99 y 180/99, de 11 de octubre de 2001, asuntos acumulados *Khalil y otros*.

A su lado, pueden acceder a los principios coordinadores, por vía indirecta y con diversos grados de protección, cuantos no nacionales acrediten encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

1.ª Ser familiares o supérstites de algún ciudadano comunitario o apátrida o refugiado (artículo 2.1 Reglamento 883/2004), sin importar la nacionalidad de los primeros. Ahora bien, únicamente podrán invocar las disposiciones del Reglamento de conformidad con este artículo "en relación con los derechos derivados, es decir, los adquiridos en su condición de miembros de la familia de un trabajador", pero no por los lucrados por sí mismos, para lo cual deberán fundamentar su solicitud en otros preceptos o normas[4].

2.ª Prestar servicios en el sentido del artículo 49 Tratado de Roma, es decir, en cuantas ocasiones el Consejo extienda los beneficios referentes a la libre circulación a los trabajadores nacionales de un tercer Estado que se encuentren establecidos dentro de la Unión.

3.ª Pertenecer a alguno de los terceros Estados vinculados a la Unión mediante acuerdos de asociación y/o cooperación, como por ejemplo Marruecos, Argelia, Túnez, Turquía, Países de Europa Central y Oriental[5] o Suiza, si bien la intensidad en el grado de protección dependerá de cada convenio internacional.

Ejemplo paradigmático de la diferencia de trato se encuentra en el caso del país helvético, cuyos súbditos disfrutan de un régimen privilegiado, habida cuenta dicho Estado queda incorporado plenamente al acervo comunitario en materia de Seguridad Social, asumiendo ambas partes el compromiso de aplicar los actos de la Unión dictados al respecto (Anexo II del Acuerdo entre la Unión Europea y sus Estados miembros y Suiza hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 –*DO* L 114 de 30 de marzo de 2002 y *BOE* de 21 de junio de 2002–); no obstante, la entrada en vigor del Reglamento 883/2004 no significa su aplicación a las relaciones con Suiza, manteniendo sus consecuencias jurídicas a estos efectos el Reglamento 1408/1971 mientras no se vean alterados los Acuerdos alcanzados con dicho país a la luz de la nueva norma [artículo 90.1.c) del Reglamento 883/2004].

4.ª Ser nacional de uno de los Estados miembros que hayan suscrito el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo –firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 (*DO* L 1 de 3 de enero de 1994)–, esto es, actualmente Islandia, Noruega y Liechtenstein. Al igual que en el supuesto anterior, la reciente disposición no vincula a estos países ni a la Unión, perviviendo la vigencia del Regla-

(4) SSTJUE 40/76, de 23 de noviembre de 1976, asunto *Kermaschek* y 189/2000, de 25 de octubre, asunto *Ruhr*.

(5) Sobre el contenido y régimen jurídico de estos Acuerdos, GARÇON ESTRADA, H.: "Los nacionales de países terceros y Europa", *Noticias UE*, n.º 157, 1998, pp. 37 y ss.; MORENO CÁLIZ, S.: "Aplicación de los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social a los trabajadores extracomunitarios", *RMTAS*, n.º 22, 2000, pp. 42 y ss.; REIG FABADO, I.: "Derechos sociales de los trabajadores marroquíes en España: tutela judicial efectiva e igualdad e trato. Comentario a la STS, Social, de 2 de marzo de 2000", *AL*, n.º 38, 2000, pp. 651 y ss. ó ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", *RMTAS*, n.º 27, 2000, pp. 65 y ss. y *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid (Tecnos), 2001, pp. 268 y ss.

En las resoluciones judiciales comunitarias SSTJUE 262/96, de 4 de mayo de 1999, asunto *Sürül*; 179/98, de 11 de noviembre de 1999, asunto *Mesbah* ó 102/98 y 211/98, de 14 de marzo de 2000, asuntos acumulados *Kocak y Örs*.

mento 1408/1971 mientras dicho acuerdo internacional no adapte sus reglas a los parámetros de aquélla [artículo 90.1.c) del Reglamento 883/2004].

5.ª Poseer la nacionalidad de un país cubierto por el Acuerdo interino europeo de 11 de diciembre de 1953 del Consejo de Europa o por otros acuerdos internacionales.

6.ª Finalmente pertenecer a un país signatario de un Convenio bilateral de Seguridad Social con algún Estado miembro[6].

En atención a la precedente enumeración, la ausencia de un régimen de aseguramiento con una intensidad similar para todas las categorías de extracomunitarios, junto con la exclusión de la gran mayoría de los no nacionales, llevó a un amplio sector de la doctrina científica a criticar la situación descrita[7], llegando incluso a afirmarse cómo "todos los inmigrantes son iguales, pero unos más iguales que otros"[8], habida cuenta "de todas estas diversas situaciones puede derivar una denegación de justicia social y una discriminación injustificada"[9].

La desprotección tampoco parecía cumplir una exigencia elemental en cualquier Estado Democrático y de Derecho que se precie: la tutela de los derechos fundamentales de unos sujetos plenamente insertados en el círculo de protección de los ordenamientos nacionales[10]. En efecto, ni la Unión ni sus integrantes pueden olvidar las obligaciones asumidas en cuantos textos internacionales se han encargado de reconocer los derechos y libertades esenciales de las personas[11].

(6) Un estudio detallado del contenido de los Convenios bilaterales suscritos por España en la materia, por todos, en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: "Parte II. Seguridad Social", en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero. (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Madrid (Francis Lefebvre), 2002, pp. 136 y ss.

(7) Entre otros, PIETERS, D.: "¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?", *RSS*, n.º 36, 1987, p. 73; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: "La Seguridad Social de los migrantes no comunitarios que trabajan en la Comunidad Europea", *RTSS*, n.º 9, 1993, pp. 169 y ss.; DE LA VILLA GIL, L.E.: "La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea", *RMTAS*, n.º 12, 1998, p. 233; GARÇON ESTRADA, H.: "Los nacionales de países terceros y Europa", cit., p. 38; GIUBBONI, S.: "Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da «Paesi terzi»: problemi e prospettive", *Il Dir. Lav.*, n.os 2-3, 1999, pp. 189 y ss. ó FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Las nuevas tendencias en la protección social comunitaria de los trabajadores nacionales de terceros países: el reto de garantizar la igualdad", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, n.º 2, 2001, pp. 167 y ss.

(8) MERCADER UGUINA, J.R.: "La protección social de los trabajadores extranjeros", Ponencia III presentada al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander (ejemplar multicopiado), 2001, p. 16; de la misma opinión, SOLÀ MONELLS, X.: "Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites", *TSo*, n.º 133, 2002, p. 63.

(9) ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pág. 19; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J.: "Visión general de la Seguridad Social en el derecho comunitario europeo", *RMTAS*, n.º 2, 1997, p. 118.

(10) GIUBBONI, S.: "Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da «paesi terzi»: problemi e prospettive", cit., pág. 189.

(11) Según los textos internacionales "el extranjero –una vez admitido y en condiciones de «legalidad», como suelen apostillar muchas normas internacionales– tiene derecho no sólo a igualdad de trato en materia de empleo y condiciones de trabajo respecto de los nacionales del país correspondiente, sino también a una mínima protección y asistencia por parte del Estado de acogida en todo aquello que afecte tanto a su vida personal y familiar (vivienda, reagrupación familiar, pro-

Así, por citar los acuerdos más relevantes en esta materia, la Unión establece expresamente en el Tratado (artículo 6.2) el respeto y garantía de los principios reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York firmado el 16 de diciembre de 1966 garantiza a toda persona el derecho a la Seguridad Social (artículo 9). De igual manera, y en el ámbito europeo, la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, en su artículo 12 apartado 4 insta a las partes contratantes a tomar medidas tendentes a lograr la igualdad de trato en lo relativo a los derechos de la Seguridad Social, "incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las partes contratantes". Finalmente, cabe hacer una última referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, texto que reconoce a todo residente y desplazado legalmente dentro de este espacio geográfico el derecho a "las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales", si bien condiciona su disfrute a los requisitos impuestos en el Derecho Comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales (artículo 34.2).

Las críticas llevaron a tomar nota de la situación a las instituciones comunitarias, elaborando tanto la Comisión como el Consejo sendas propuestas[12], con el objetivo de ampliar a los extracomunitarios la normativa sobre Seguridad Social. Sin embargo, este primer intento no llegó a materializarse en el tráfico jurídico, retomándose los trabajos nuevamente tras los Consejos Europeos de Tampere, Niza y Laeken, en los cuales se alcanzó el compromiso de emprender políticas más enérgicas y decididas en aras a garantizar la integración de los nacionales de terceros países con residencia legal en territorio de la Unión, otorgándoles unos derechos y obligaciones comparables a los concedidos a los ciudadanos comunitarios y, al tiempo, fomentando la eliminación de cualquier tipo de discriminación en la vida económica, social y cultural.

El pistoletazo de salida encontró impulso definitivo en una Propuesta de la Comisión del año 2002[13] y que esta vez sí dio sus frutos, culminando en la publicación del Reglamento 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo, mediante el cual las disposiciones del Reglamento 1408/1971 serán de aplicación a los nacionales de terceros países, siempre y cuando estén excluidos de su ámbito únicamente por razón de su nacionalidad (artículo 1), dando carta de naturaleza a aquella opinión conforme a la cual "si es rentable para la Comunidad que los trabajadores migrantes puedan moverse libremente dentro de la Comunidad allá donde sus servicios son más necesarios, éste será el caso tanto para los migrantes que son de países de fuera de la Comunidad como para sus ciudadanos"[14].

tección social, etc.) como a su inserción social y promoción profesional (educación, formación profesional, etc.)", GARCÍA MURCIA, J.: "Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería", *TSo*, n.º 133, 2002, p. 20.

(12) Propuesta de la Comisión, COM (97) 561 final, de 12 de noviembre de 1997; Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo (98/C6/06) por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1408/71, en lo relativo a su ampliación a nacionales de terceros países (*DO* C 6, de 10 de enero de 1998); en fin, el artículo 1 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo (99/C38/08), relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (*DO* C 38, de 12 de febrero de 1999), cuando procedía a definir su campo de aplicación personal evitaba realizar referencia alguna a la nacionalidad de los beneficiarios.

(13) Propuesta de la Comisión, COM (2002) 0059 final, publicada en el *DO* C 126 E, de 28 de mayo de 2002.

(14) VAN LANGENDOCK, P.: "El papel de los sistemas de Seguridad Social en la creación del Mercado Único Europeo", en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, Madrid (MTSS), 1993, p. 45.

IV

Las principales características del Reglamento 859/2003 pueden ser resumidas como siguen:

1.ª La base jurídica para dictar este Reglamento se traslada desde el artículo 42 del Tratado (Seguridad Social) al 63.4 (condiciones de entrada y residencia en la Unión de personas de terceros países), pretendiendo con ello ganar la adhesión de algunos Estados miembros que habían mostrado su frontal oposición al intento normativo anterior y, al tiempo, siguiendo las recomendaciones establecidas *obiter dicta* por el Tribunal de Justicia de la Unión[15].

2.ª No concede a los extracomunitarios ningún derecho de entrada, estancia o residencia ni de acceso al mercado de trabajo de cualquiera de los Estados miembros (Considerando 10 del Reglamento 859/2003), al tratarse de materias pertenecientes a la cooperación en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior[16].

3.ª Los principios de coordinación únicamente van a aplicarse a cuantos interesados se encuentren previamente residiendo de manera legal en un Estado miembro, configurándose esta situación jurídica como requisito *sine qua non* para quedar incluido en el campo de aplicación del Reglamento 1408/1971 (Considerando 11 y artículo 1 del Reglamento 859/2003).

4.ª La virtualidad práctica de las reglas supranacionales analizadas exige que todos los elementos no estén situados en el interior de un solo Estado miembro, es decir, resulta preciso un desplazamiento del extracomunitario dentro del mercado interior (Considerando 12 y artículo 1 del Reglamento 859/2003). En este sentido, el Reglamento europeo no es aplicable si los vínculos del interesado están conectados con un solo Estado de la Unión, o bien cuando la situación del trabajador únicamente presenta puntos de conexión entre un tercer país y un único Estado miembro.

5.ª Ordena un régimen transitorio, no concediendo ningún derecho a períodos anteriores al 1 de junio de 2003 (artículo 2.1 Reglamento 859/2003), si bien los períodos de seguro y, en su caso, todos los períodos de empleo, actividad por cuenta propia o residencia, cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro antes del 1 de junio de 2003 se tomarán en consideración para determinar los derechos adquiridos (artículo 2.2 del Reglamento 859/2003).

Resulta necesario reconocer cómo la promulgación de la norma ha cambiado el panorama descrito líneas atrás, beneficiándose directamente todos los extracomunitarios con residencia legal en la Unión de los principios coordinadores en materia de Seguridad Social. Ahora bien, la existencia de un texto independiente si comparado con el Reglamento aplicable a los ciudadanos comunitarios lleva a realizar al menos dos reflexiones en clave crítica:

1.ª La ubicación del artículo 63.4 en el título IV del Tratado como fundamento para dictar esta norma implica, en principio, la exclusión de su ámbito territorial del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, si bien los dos primeros países mostraron su decisión de participar en la adopción y

(15) SSTJUE 95/99 a 98/99 y 180/99, de 11 de octubre de 2001, asuntos acumulados *Khalil y otros*.

(16) PALMERO ZURDO, J.: "1998: Un año de cambios para la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social", *AS*, t. V, 1998, p. 1034.

aplicación de la disposición, quedando únicamente fuera de su marco jurídico el último Estado. Con todo, la circunstancia resulta ciertamente excepcional en materia de Seguridad Social, al quebrar su base jurídica tradicional, no resultando muy acorde con un principio esencial en esta materia: la igualdad de trato para cuantos entran bajo el manto protector del acervo comunitario.

2.ª Las previsiones del nuevo Reglamento 883/2004 no resultan de aplicación a los extracomunitarios, habida cuenta continúa preservando sus efectos jurídicos el Reglamento 1408/1971 mientras no se produzca una derogación o alteración del Reglamento 859/2003 [artículo 90.1.a) del Reglamento 883/2004], en el sentido de incorporar expresamente a su seno el contenido de la norma recientemente publicada.

Ambas consideraciones permiten llegar a afirmar cómo no se ha conseguido la igualdad de trato entre los nacionales comunitarios y los de terceros países en el ámbito social, aun cuando menester será reconocer el avance respecto a la situación anterior, aproximando los derechos entre unos y otros.

Tal impresión no resulta sólo de la exclusión de Dinamarca, en cuyo territorio los extracomunitarios siguen sin acceder a la protección supranacional, sino principalmente por la falta de aplicación a estos sujetos del Reglamento 883/2004 hasta tanto no acaezca la modificación señalada, ampliando las diferencias entre ambos colectivos en tanto las mejoras introducidas en este último y sus ulteriores reformas no van a afectar a los no comunitarios.

Por tal razón, en aras a salvar las deficiencias reseñadas, y al menos para quien escribe estas líneas, hubiera sido más adecuado seguir la pauta marcada por el artículo 1 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo (99/C38/08) evitando utilizar la cláusula de nacionalidad en el momento de definir el ámbito subjetivo de la norma; eso sí, a fin de salvar las reticencias danesas utilizar una fórmula ya empleada en el actual Reglamento, contemplando una excepción especial mediante la inclusión en el texto de un Anexo con una redacción específica para dicho país, en el sentido de excluirle de la obligación de reconocer a los extracomunitarios los derechos regulados por el acervo supranacional.

La solución propuesta permitiría ofrecer una respuesta uniforme en materia de Seguridad Social al problema de la inmigración, tratando de manera homogénea a los ciudadanos comunitarios y a quienes no lo son al resultarles de aplicación idéntica norma. Además, con ello se fomentaría y facilitaría el desplazamiento de estos trabajadores al no tener por qué temer por la pérdida de las prestaciones sociales adquiridas en cualquier país miembro. En fin, ayudaría a la integración de este colectivo en la sociedad de los Estados miembros, al aumentar la calidad de su nivel de vida y, al tiempo, permitiría elevar la competitividad de las empresas al poder captar también a los extracomunitarios que presten servicios en países distintos a los lugares donde se encuentran situados sus centros de trabajo.

Miguel Revenga Sánchez y
Diego Boza Martínez
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz

V

Lucha antiterrorista y discriminación por razón de nacionalidad. Comentario a la Decisión de la Comisión Británica de Apelación en asuntos de Inmigración, de 30 de julio de 2002, (y a su revocación por la Sección Civil del Tribunal Supremo de Justicia)[1]

SUMARIO

I. El caso en su contexto.

II. La posición de la Special Immigration Appeals Commission.

III. Los argumentos de la Supreme Court of Judicature - Court of Appeal (Civil Division).

IV. A modo de conclusión.

I. EL CASO EN SU CONTEXTO

Transcurridos dos años desde los atentados terroristas del 11 de septiembre, será difícil encontrar acontecimientos que hayan desencadenado, en tan poco tiempo y de forma tan intensa, una producción bibliográfica equiparable. Nadie que cultive lo que suelen llamarse las ciencias sociales puede hoy ignorar el impacto de los atentados sobre su parcela del saber; y somos muchos, ¡ay!, quienes sucumbimos, como nosotros ahora, a la tentación de contribuir a la deforestación del planeta mediante artículos y libros en su mayor parte prescindibles. Otro tanto podría afirmarse en lo que se refiere a la producción de *papel oficial*: los Documentos, Informes y Memoranda, con el 11 de septiembre como trasfondo, menudean hasta lo inimaginable.

(1) Este trabajo ha sido realizado por Miguel REVENGA SÁNCHEZ y Diego BOZA MARTÍNEZ, pertenecientes al Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, en el contexto del Proyecto de Investigación, dirigido por el primero, "Inmigración e Integración: una perspectiva jurídica comparada" (ref. BJU-2001-3592), financiado por el programa I+D del Ministerio de Educación. Los autores agradecen de manera muy especial la colaboración prestada por la Sra. S. CHOWDHURY, del Inmigration Appeal Tribunal, con sede en Londres.

V

En el ámbito de lo jurídico, una consecuencia casi inmediata de los ataques terroristas ha sido la aprobación de leyes excepcionales, dirigidas a hacer frente a una amenaza, a la que se le atribuye una dimensión cualitativamente superior, e incluso inédita, con respecto a cuanto nos ha sido dado conocer hasta el momento. La herramienta principal de la que se valen tales leyes es la rebaja de lo que se consideraba el umbral mínimo del Estado de Derecho construido desde los años 50 para acá, y plasmado en un determinado entendimiento de los derechos y libertades, que hoy se nos aparece como un lujo propio de una era de "normalidad" jurídica que quizá nunca vuelva.

La legislación post 11 de septiembre es especialmente rigurosa en lo que se refiere al trato que dispensa a ciertas categorías de sujetos que, por circunstancias que no siempre están estrictamente relacionadas con su conducta, se hacen acreedores a la sospecha de ser miembros activos, o meros colaboradores, de bandas terroristas. Al fin y al cabo, un ingrediente básico de la era del terrorismo global, en la que, según parece, estamos ya inmersos, es el asentamiento en los países más desarrollados de masas migratorias portadoras de sentimientos y actitudes potencialmente conflictivos, cuando no hostiles, con respecto al armazón ideológico que sostiene, en último extremo, nuestras democracias. Y con fundamento en tal constatación, real o pretendida, la respuesta automática es el regreso de una concepción de la ciudadanía como privilegio revocable *ad livitum*, y un retorno de la soberanía como *potestas* incondicionada sobre un territorio, del que siempre puede alejarse al extraño.

Los rasgos que acabamos de describir someramente concurren con más o menos intensidad, según cuál sea el ámbito geográfico, y cuáles las tradiciones en materia de defensa de la democracia y legislación de excepción. Algo que no es, desde luego, fácil de medir; sobre todo, porque la confluencia de los dos factores, la lucha antiterrorista y los cambios que, al hilo de ella, se están produciendo en el derecho de extranjería, arrojan resultados que podrían tenerse por sorpresivos[2].

Lo que ahora comienza a llegar hasta nosotros son los primeros escarceos a propósito de la aplicación de todas esas leyes. Pese a que ofrece pocas dudas la existencia de un sentimiento generalizado favorable a ellas, el interés de esos primeros escarceos es indudable. En primer lugar, porque representan un análisis *prima facie*, en el laboratorio de la aplicación efectiva del Derecho, del contenido de las mismas a la luz de las garantías estructurales que *todavía* caracterizan –y esperemos que por mucho tiempo– al constitucionalismo digno de tal nombre. Y en segundo lugar, y sobre todo, porque si existe en estos momentos alguna virtud *contramayoritaria*, de la que quepa esperar capacidad de atemperar ciertos excesos, mediante una racionalidad jurídica que no tiene por qué ser opuesta a la pasión política, no puede haber otro depositario de ella que el Poder Judicial.

(2) De referencia obligada es aquí el Informe realizado por la Red europea de expertos independientes en derechos fundamentales, titulado *The Balance between Freedom and Security in the Response by the European Union and its Members States to the Terrorist Threats,* hecho público en junio de 2003; véase, en especial, el Epígrafe sobre "Aplicación restrictiva de las leyes sobre residencia de extranjeros", donde los expertos se muestran especialmente preocupados por la evolución de las cosas en un país como Suecia.

Lucha antiterrorista y discriminación por razón de nacionalidad

V

En las páginas que siguen analizamos sendas decisiones de tribunales (en primera instancia y en apelación), que reflejan a la perfección, según nos parece, el *clima jurídico* post-11 de septiembre. Con el interés adicional de tratarse de órganos judiciales del Reino Unido, un país donde la percepción de la amenaza terrorista bien puede considerarse máxima, pero donde por suerte son operativas determinadas restricciones derivadas de la garantía transnacional de los derechos, que harían inviables respuestas del tipo de la plasmada en la ya célebre"USA Patriot Act", aprobada por el Congreso norteamericano en octubre de 2001.

El 25 de octubre de 2002 la Corte de Apelación (Sección Civil) del Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido resolvió el recurso presentado contra la decisión de la Comisión de Apelación Especial para Asuntos de Inmigración (Special Immigration Appeals Commission, de aquí en adelante, SIAC)[3].

El origen primero del proceso se encuentra en la aprobación, en diciembre de 2001, de la "Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001". Con el fin de combatir y prevenir la perpetración de atentados terroristas, la ley posibilita, entre otras medidas, la detención con vistas a su deportación de aquellos extranjeros afectados por la emisión de un certificado del ministro del Interior –conocido como *s.21 certificate*– en el que se les adjudique el carácter de sospechosos de terrorismo internacional[4]. La citada detención puede ejecutarse aun cuando existan impedimentos jurídicos, temporales o indefinidos, para expulsar a los extranjeros del territorio británico[5].

Esta norma se oponía taxativamente al artículo 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[6] y a la interpretación del mismo realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), especialmente tras la ya citada condena del Reino Unido en el caso *Chahal;* sin olvidar, además, que este artículo del CEDH, tras la entrada en vigor de la Human Rights Act de 1998 (HRA) se había convertido en Derecho interno británico.

Debido a ello las autoridades británicas iniciaron un doble proceso de derogación del artículo 5 CEDH. Por un lado, haciendo uso de las posibilidades que establece el artículo 15 CEDH[7] hicieron

(3) Se trata de un organismo especial, de carácter judicial, instituido en 1997, por medio de la SIAC Act, a resultas de la condena del Reino Unido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Chahal contra el Reino Unido*, 23 EHRR (1996), 423. La condena se produjo por el déficit de adecuadas garantías para la revisión judicial de las decisiones adoptadas por el Ejecutivo en materia de expulsiones de extranjeros, invocando riesgo para la seguridad nacional; un extenso comentario de *Chahal* puede verse en Miguel REVENGA SÁNCHEZ: *Seguridad Nacional y Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 115 y ss.

(4) Sección 23 en relación con la Sección 21 (1) de la Ley Antiterrorista Británica de 2001.

(5) Sección 23 (1) de la Ley Antiterrorista Británica de 2001; una visión general de la ley, en Nicholas BLAKE y Raza HUSAIN, *Inmigration , Asylum & Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ("Postcript: The Implications of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 for Inmigration and Asylum").

(6) El artículo 5.1.f) CEDH establece que "(...) Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes (...): 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".

(7) El artículo 15.1 CEDH afirma que "En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida

llegar al Secretario General del Consejo de Europa una *nota verbale* en la que se recogía la información requerida por el artículo 15.3 del CEDH. Igualmente, se debió promulgar una orden, de acuerdo con los requisitos de la legislación interna británica[8] en la que se derogaba la aplicación a través de la HRA de este artículo tan fundamental para la prevención de detenciones arbitrarias. La citada orden fue la Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001 (2001 No. 3644).

La Sección 23 de la Ley Antiterrorista Británica de 2001 fue aplicada a un grupo de extranjeros de entre los cuales once presentaron recurso contra su detención ante la SIAC[9], basado en la oposición de la Ley Antiterrorista frente al CEDH y la HRA, así como en la ilegalidad de la derogación de los derechos reconocidos en el CEDH y en la HRA, realizada a través de la citada Ley.

El recurso fue resuelto favorablemente para los demandantes por la SIAC, el 30 de julio de 2002, basándose en la violación del principio de no discriminación reconocido en el artículo 14 CEDH. El ministro del Interior apeló contra esta decisión de la SIAC. Y la apelación, que se convirtió en apelación *cruzada*, al haber presentado recurso, a su vez, los detenidos, dio lugar a una Sentencia de la Sección Civil del Tribunal Supremo (*Court of Appeal, Civil Division, in the Supreme Court of Judicature*), en la que se revoca el criterio del SIAC y se considera plenamente adecuada a Derecho tanto la Ley Antiterrorista como las derogaciones por ella efectuadas[10].

A continuación analizamos por separado algunos aspectos de las decisiones de la SIAC y del Tribunal Supremo, especialmente aquellos relacionados con la interpretación que ambos realizan del artículo 14 CEDH, intentando situarla en la perspectiva de la que ha venido desarrollando el TEDH durante los últimos años.

II. LA POSICIÓN DE LA SPECIAL IMMIGRATION APPEALS COMMISSION

Ante la SIAC, los recurrentes trataron de demostrar la contradicción entre las medidas plasmadas en la Sección 23 de la Ley Antiterrorista Británica, y el CEDH, en sus artículos 5.1.f), 3, 6 y 14. De acuerdo con la Sección 6 (1) de la Human Rights Law cualquier decisión de los poderes públicos británicos contraria al CEDH resulta *per se* ilegal.

estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho Internacional".

(8) Sección 14 de la HRA.

(9) De acuerdo con lo previsto en la Sección 30 (2) de la Ley Antiterrorista Británica de 2001.

(10) Las dos decisiones, cuya copia nos fue facilitada, son la 1-7/2002, fallada por la Special Immigration Appeals Comissión, en el caso *A and others v Secretary of State for the Home Department*, y la C/2002/1710, fallada por la Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division), en el caso *A, X and Y and others and Secretary of State for the Home Department*. Esta última aparece citada en los repertorios oficiales como [2002] EWCA Civ 1502.

El Gobierno británico había promovido, como hemos dicho, la derogación de algunas de sus obligaciones en el ámbito del Convenio, de acuerdo con lo que permite el artículo 15 CEDH. El análisis inicial de la SIAC se centró en considerar si la derogación efectuada había cumplido todos los requisitos que le exige dicho artículo 15.

Los apelantes negaban el cumplimiento de los requisitos que el artículo 15 CEDH exige para llevar a cabo esta derogación, para lo cual utilizaron una triple línea de razonamiento: a) rechazaron la existencia de estado de emergencia; b) consideraron que las medidas adoptadas no eran estrictamente necesarias; y c) entendieron que su detención violaba otras obligaciones de Derecho Internacional asumidas por el Reino Unido.

La importancia de este análisis resulta por sí misma evidente. Ante la notoriedad de que las medidas adoptadas por las autoridades británicas violaban el artículo 5.1.f) del CEDH, si la derogación no había sido completamente válida, las medidas al albur de la Ley Antiterrorista Británica de 2001 resultarían ilegales.

Analicemos, por tanto, la triple argumentación de los recurrentes:

a) ¿Existe estado de emergencia?

La SIAC plantea la cuestión de si las condiciones que han dado lugar a la aprobación de la Ley Antiterrorista Británica de 2001 pueden considerarse como estado de emergencia según requiere el artículo 15 CEDH. Recordemos que el artículo 15 exige la existencia de un peligro público que amenace la vida de la nación para que un Estado pueda derogar algunas de sus obligaciones dimanantes del CEDH.

Como punto de partida la SIAC reproduce algunos argumentos de la sentencia de admisibilidad del TEDH, en el caso *Marshall contra el Reino Unido*[11]. En ellos, el Tribunal acepta que la amenaza de atentados, y la posesión por parte de una organización terrorista de los medios adecuados para causar daños a gran escala, son suficientes para establecer la existencia de una emergencia en el ámbito del artículo 15 CEDH.

La SIAC trata, a partir de este punto, de establecer el contenido del concepto de inminencia que exige el artículo 15 CEDH. Para la SIAC no se requiere que el ataque sea inminente, sino que la amenaza sea inminente, es decir, que exista un riesgo real de que el ataque tenga lugar, a menos que se tomen las medidas oportunas. Como podemos observar, el matiz de significados nos sitúa en un ámbito totalmente distinto. Si lo que se requiere es la inminencia del ataque, la derogación del artículo 15 quedaría restringida a casos extremos. Si, por el contrario y tal como afirma la SIAC, lo requerido es la inminencia de la amenaza el ámbito de aplicación de la derogación se amplía considerablemente.

(11) Decisión de admisibilidad de la Cuarta Sección del TEDH, de 10 de Julio de 2001, en el caso *Marshall contra el Reino Unido*.

Con base en este razonamiento la SIAC entiende que, desde un punto de vista general[12], existe una emergencia pública que amenaza la vida de la nación de acuerdo con el artículo 15, emergencia que se ha visto reforzada tras la plasmación del riesgo en los atentados del 11-S en los EE.UU. Así lo confirma el material que obra en poder de la SIAC. El hecho de que el Reino Unido haya sido el único Estado en considerar esta emergencia y en utilizar el mecanismo de derogación del artículo 15 no es relevante, aun cuando la situación de emergencia a la que se hace referencia es de carácter internacional[13], puesto que cada Estado es libre de tomar sus propias decisiones y la especial relación entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, sitúan a la primera como un objetivo claro de los terroristas.

b) ¿Son las medidas adoptadas estrictamente necesarias?

El siguiente argumento esgrimido por los apelantes es el de considerar que las medidas que se estipulan en las secciones 21 a 25 de la Ley Antiterrorista británica de 2001 no son estrictamente necesarias. La trascendencia de este razonamiento radica en que el artículo 15 CEDH no sólo establece las circunstancias en las que puede llevarse a cabo una derogación sino que también limita el alcance de la derogación a *"la medida estricta en que lo exija la situación"*. Por tanto, medidas que excedan el ámbito de lo estrictamente necesario serán contrarias al artículo 15 CEDH y, consecuentemente, supondrán una derogación ilegítima de las obligaciones adquiridas por el Reino Unido a partir del Convenio.

Las medidas sometidas a escrutinio de la SIAC que se establecen en la Ley Antiterrorista británica son la posibilidad de que una persona pueda ser certificada como "sospechosa de terrorismo internacional" por el ministro del interior; que dicha persona pueda recibir una decisión que le conmine a abandonar el territorio británico aun cuando el sujeto no pueda ser inmediatamente expulsado; y que esta persona pueda ser encarcelada bajo la Ley de Inmigración de acuerdo a la decisión anteriormente mencionada. La ley también propicia que el sospechoso de terrorismo internacional abandone el Reino Unido por su propia voluntad.

Para los apelantes estas medidas no son estrictamente necesarias, puesto que los mismos fines pueden alcanzarse a través de medios que no incidan de forma tan profunda en los derechos de los individuos. Además, según su punto de vista, no existe conexión racional entre las medidas adoptadas y los objetivos perseguidos, ya que estas medidas suponen una grave interferencia en el derecho a la libertad que consagra el artículo 5.1 del CEDH, y la naturaleza y extensión de la emergencia pública identificada por el Gobierno no justifica un grado tan alto de intromisión.

(12) Debemos recordar que la SIAC no analiza las circunstancias personales de cada uno de los detenidos, puesto que la decisión que analizamos es una decisión de carácter general. Afirma la SIAC que "puede ser que algunos de los individuos bajo sospecha lo sean erróneamente, pero esto no influye ni puede influir en la conclusión general" que se basa, como decimos, en argumentos genéricos, no individualizados.

(13) En este sentido se menciona la Resolución 1271 (2002) [1] de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que urge a los Estados Miembros a no realizar ninguna derogación del CEDH.

La SIAC rechaza el primero de los argumentos de forma tajante. Considera que la posibilidad de utilizar otras medidas, en concreto la aplicación de la ley penal para el trato a los sospechosos de terrorismo internacional, no es razón suficiente para entender que la medida no es estrictamente necesaria. En palabras de la propia SIAC, "que objetivos similares puedan alcanzarse a través de diferentes medidas no demuestra que la medida actualmente adoptada no sea «estrictamente necesaria»"[14].

Respecto al segundo argumento para rechazar la necesidad de las decisiones del Gobierno británico, el de la conexión racional entre las medidas adoptadas y los objetivos perseguidos, nos encontramos, como es bien sabido, ante un razonamiento de proporcionalidad. Así lo hace constar la SIAC que centra la cuestión en discernir si las medidas son una respuesta proporcionada al estado de emergencia que ha propiciado su promulgación. Una respuesta negativa a esta cuestión supondría la contravención de los requisitos que para la derogación exige el artículo 15 del CEDH.

Los argumentos de los apelantes para considerar desproporcionadas las medidas se ciñen a tres. Por un lado, se entiende que las medidas exceden del ámbito adecuado, puesto que pueden ser utilizadas contra sujetos que no tengan conexión con la amenaza terrorista que ha originado el actual estado de emergencia. En segundo lugar, las medidas permiten a los supuestos terroristas abandonar el Reino Unido con el destino que ellos decidan. Por último, según los apelantes, si se persigue el terrorismo internacional resulta irracional limitar las medidas de detención a los no nacionales, puesto que también puede haber terroristas de nacionalidad británica.

Respecto a la primera consideración, la SIAC, siguiendo el razonamiento del Fiscal General, trae a colación las sentencias del TEDH, *Lawless contra Irlanda*[15]*, Irlanda contra el Reino Unido*[16]*, Aksoy contra Turquía*[17] y *Demir contra Turquía*[18]. En todas ellas se aprecia el esfuerzo del Tribunal de Estrasburgo en dar importancia no tanto al contenido de determinadas medidas legislativas, potencialmente contrarias, por su amplitud, al CEDH, como a la manera concreta en que las normas estaban siendo aplicadas. Así pues para la SIAC las medidas no exceden del ámbito personal marcado por el estado de emergencia si se aplican dentro de los márgenes adecuados, es decir, en relación con la amenaza terrorista de Al-Qaeda que ha dado lugar a la derogación del artículo 5.1.f) del CEDH.

En cuanto al segundo argumento, denominado irónicamente como el de la prisión "de tres muros", los apelantes hacen hincapié en la irracionalidad de permitir que un sujeto que ha sido calificado como sospechoso de ser terrorista internacional pueda huir al país que lo desee con

(14) Párrafo 42 de la Decisión de la SIAC.

(15) Sentencia de 1 de julio de 1961, en el caso *Lawless contra Irlanda (No. 3).* Vid. *EHRR*, 1, pp. 15 y ss.

(16) Sentencia de 18 de enero de 1978, en el caso *Irlanda contra el Reino Unido.* Vid. *EHRR,* 2, pp. 25 y ss.

(17) Sentencia de 18 de diciembre de 1996 en el caso *Aksoy contra Turquía.* Vid. *EHRR,* 23, pp. 553 y ss.

(18) Sentencia de 10 de julio de 2001 en el caso *Demir contra Turquía.* Vid. *EHRR,* 33, pp. 43 y ss.

la contradicción que ello supone en lo que hace referencia a la defensa de la seguridad del Reino Unido.

El Fiscal General, y con él la SIAC, no encuentra tal contradicción puesto que la Ley Antiterrorista tiene como único objetivo proteger al Reino Unido. El abandono del territorio británico del supuesto terrorista supone contribuir a la desactivación del riesgo en el ámbito del Reino Unido. Y tal limitación vendría a confirmar que el diseño de las medidas se ha realizado con la intención de auto-limitarse lo más posible al ámbito marcado por la amenaza terrorista.

Contrariamente a lo que suele ser habitual, para los apelantes, la vulneración de la proporcionalidad entre la medida y los fines, se produce por defecto de las medidas, esto es, por falta de severidad de las mismas. Así pues, parecen exigir –cosas de la retórica jurídica– que las medidas tengan una mayor rigidez para que sean consideradas como proporcionadas. Con ello se pretende reducir al absurdo la argumentación del Fiscal General, al esgrimir que si el peligro de ataque terrorista es real e inminente, esta situación debe impedir a los extranjeros abandonar el país puesto que de lo contrario no se estaría defendiendo realmente la seguridad del Reino Unido. Según su razonamiento, la proporcionalidad entre las medidas y los fines requiere de medidas aún más restrictivas. De lo contrario, entienden que la amenaza no debe de ser tan grave cuando se permite que terroristas sospechosos decidan su destino una vez abandonado el Reino Unido. Planteamientos de este tipo por parte de los apelantes se repetirán a lo largo de sus razonamientos.

Del mismo modo, hemos de reseñar que los argumentos del Gobierno, por boca del Fiscal General, secundados en esto por la SIAC, también pueden ponerse en entredicho. Quizá el problema radique en la inadecuada comprensión de la transnacionalidad del fenómeno terrorista. Probablemente puedan ser argumentos adecuados para el mundo de hace algunas décadas, pero no en uno como el actual, en el que el desarrollo de las telecomunicaciones permite a los terroristas operar sin que sea necesaria la presencia física de todos ellos en el territorio en el que realizarán sus acciones. Así pues, no parece responder a la coherencia necesaria una medida que permite a un sospechoso de ser terrorista internacional marchar a algún país del entorno del Reino Unido, desde el que puede, incluso, retornar sin necesidad de transitar a través de un paso fronterizo, y que puede utilizar como base para atentar en cualquiera de los Estados cercanos o, incluso, en el propio Reino Unido.

La última quiebra del principio de proporcionalidad esgrimida por los apelantes se centra en el hecho de que sólo los extranjeros puedan ser sometidos a estas medidas. De nuevo nos encontraríamos ante una vulneración de la proporcionalidad por defecto de las medidas puesto que, de acuerdo con los apelantes, la amenaza de ataque terrorista no se ve por qué ha de restringirse a los no británicos, por lo que normas que se dirijan a proteger al Reino Unido frente a un eventual ataque deben comprender también la posibilidad de ser aplicadas a nacionales británicos. La opción elegida por el Gobierno británico parece mostrar como objetivo último el control de los extranjeros más allá de la efectividad de la amenaza terrorista.

La SIAC decide analizar esta tesis con posterioridad cuando se decante acerca de la violación a través de las medidas adoptadas de otras obligaciones de Derecho Internacional contraídas por el Estado británico.

c) ¿Se vulneran otras obligaciones de Derecho Internacional?

El primer punto que analiza en este ámbito la SIAC es el del contenido de la mención que el artículo 15 CEDH realiza a otras obligaciones de Derecho Internacional. Para los recurrentes, en este concepto se entienden incluidas, tanto las obligaciones que el Reino Unido tenga asumidas en virtud de otros acuerdos internacionales válidamente celebrados como las que dimanan del propio CEDH una vez excluido el artículo 5.1.f).

La base de esta argumentación está en entender que la derogación expresa de un artículo del CEDH, siguiendo el mecanismo del artículo 15 CEDH, se extiende exclusivamente a ese artículo y no al resto de las obligaciones dimanantes del Convenio. Sin embargo, para el Fiscal General esta mención a obligaciones de Derecho Internacional se refiere exclusivamente a obligaciones distintas de las derivadas del CEDH puesto que, de acuerdo con la sentencia del TEDH, en el ya citado caso *Irlanda contra el Reino Unido*, cuando se produce la derogación, y no se menciona precepto alguno, esta derogación se extiende a todos aquellos artículos que se requieran en el ámbito de las medidas adoptadas.

Por tanto, el punto de confrontación radica en saber si la mención expresa de un artículo en la *nota verbale,* a efectos de derogación, queda limitada a dicho artículo, o se extiende más allá de estos límites a todas las obligaciones relacionadas con la situación de emergencia que ha dado lugar a la derogación.

En lo que se refiere a otros textos internacionales potencialmente vulnerados por las medidas adoptadas por el Reino Unido, la decisión de la SIAC sólo hace referencia al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. En este caso el proceso de derogación, que resulta similar al del CEDH, se recoge en el artículo 4. Así pues, los argumentos que enfrentan a las partes se reproducen en este ámbito. Para los recurrentes se convierte en requisito y límite la mención concreta de los artículos derogados mientras que el Fiscal General, apoyándose en la Decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *Silva contra Uruguay*[19], entiende que el derecho del Estado a adoptar las medidas convenientes no se cuestiona, aunque no se notifique correctamente.

En realidad, una vez admitido que la derogación se ha producido en una situación de emergencia, y que las medidas adoptadas son estrictamente necesarias, lo que se cuestiona en este punto es la extensión de la derogación. Recordemos que los recurrentes entendían que las medidas adoptadas al amparo de la Ley Antiterrorista Británica de 2001 no sólo eran contrarias al artículo 5.1.f) del CEDH, sino también a los artículos 3, 6 y 14 del mismo texto. Por tanto, si

(19) Comunicación n.º R. 8/34, de 30 de mayo de 1978. Vid. *UN Doc. Supp.* 40, pp. 130 y ss.

la SIAC entiende que la derogación comprende todos los artículos del Convenio que puedan tener relación con la situación de emergencia, al haber aceptado la existencia de la misma y la necesidad de las medidas, las restantes obligaciones del Convenio quedarían derogadas y, consecuentemente, no se verían vulneradas por estas medidas. Por contra, si el punto de partida es el inverso, tendría que entrar en el análisis de la violación concreta de cada una de esas obligaciones.

Para resolver esta controversia, la SIAC acude a la HRA de 1998, el texto legal que, como hemos señalado con anterioridad, convierte en derecho interno determinados preceptos del CEDH, entre los que se encuentran los artículos 3, 6 y 14. Esta norma también recoge un precepto relativo a la derogación: la Sección 14. De conformidad con ella, se mantienen en vigor ante los tribunales británicos todos aquellos artículos del CEDH que no hayan sido mencionados expresamente en la Orden de derogación. Consecuentemente, dado que en este caso la Orden de Derogación, la "Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001" (2001 No. 3644), sólo menciona expresamente el artículo 5.1.f), todos los derechos del Convenio que se recogen en la HRA, a excepción del artículo 5.1.f) permanecen en vigor ante los tribunales británicos.

La SIAC, de este modo, se desmarca de la visión internacionalista para asumir la cuestión como un asunto de Derecho interno. No entra a analizar si la responsabilidad internacional del Reino Unido ante los órganos del Convenio se deroga o no. Es una cuestión irrelevante en este momento procesal y que tendrá que analizar, en su caso, el propio TEDH. Para la SIAC lo relevante es que la derogación que se vincula a la HRA sólo recoge el artículo 5.1.f) y, por tanto, puede entrar a analizar si ha existido violación de otros derechos recogidos en el CEDH distintos de este artículo 5.1.f).

Los derechos a los que los recurrentes hacen referencia son los recogidos en los artículos 3, 6 y 14 del CEDH. La SIAC rechaza de forma tajante la existencia de violaciones tanto del artículo 3 como del artículo 6. Pero no resulta de la misma opinión en lo que se refiere al artículo 14 CEDH, en lo que el mismo tiene de prohibición de discriminación.

El artículo 14 CEDH consagra el principio de no discriminación por razón, entre otras indicaciones, del origen nacional, en el ámbito de los derechos reconocidos en el Convenio. El artículo en cuestión se configura como una especie de derecho *parasitario*, que sólo cobra vigor en tanto en cuanto se relacione con la vulneración de algún otro de los derechos reconocidos en el Convenio. Sin embargo, debe recordarse, tal y como hace la SIAC, que no falta jurisprudencia del TEDH, "individualizando" vulneraciones del artículo 14, incluso a falta de vulneración del derecho principal, del que este depende[20].

En este punto, el núcleo de la cuestión radica en considerar si existe o no discriminación, por razón de nacionalidad, en el disfrute del derecho consagrado en el artículo 5.1.f) del CEDH. Para dilucidar la cuestión, la SIAC recurre al test de validez de la medidas discriminadoras, estable-

(20) Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido, . EHRR,* 7 (1985), pp. 471 y ss.

cido por el TEDH , y que requiere una respuesta individualizada a cada una de las cuatro cuestiones siguientes:

- ¿Existe tratamiento diferenciado entre personas que se encuentran en la misma situación?
- ¿Está basado este tratamiento diferenciado únicamente en cuestiones de origen nacional?
- ¿Tiene el tratamiento diferenciado causa legítima?
- De acuerdo con el principio de proporcionalidad, ¿existe una relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida?

La primera de estas cuestiones puede a su vez dividirse en dos apartados. Por un lado, en cuanto a la existencia de tratamiento diferenciado el asunto no presenta discusión entre las partes del litigio. Es obvia la existencia de un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros puesto que los primeros no pueden ser encarcelados en virtud de la Sección 23 de la Ley Antiterrorista Británica de 2001, Sección que sólo resulta de aplicación a los no nacionales británicos.

Sin embargo, en lo que se refiere a la equivalencia en la posición entre nacionales y extranjeros en este ámbito, sí existen discrepancias. El Fiscal General entiende que tal posición no es equiparable, puesto que los extranjeros están sujetos a las normas de inmigración y, por tanto, no pueden exigir un tratamiento equivalente a los nacionales en las cuestiones relativas a la política de inmigración. Dado que los extranjeros están sujetos a medidas de inmigración y pueden ser expulsados, los británicos y los extranjeros no se encuentran en la misma posición; más claramente: mientras los británicos gozan del derecho de permanencia en el territorio de su Estado, los extranjeros no disponen de tal derecho.

La postura que mantiene el Fiscal General es análoga a la expresada por el TEDH en supuestos parecidos. Para el Tribunal de Estrasburgo, pese a la dicción del artículo 14, cuando se establece una diferenciación de trato entre nacionales y no nacionales del Estado en cualquier ámbito relacionado de forma más o menos directa con la inmigración, tal diferenciación de trato no vulnera el principio de prohibición de discriminación, puesto que nacionales y no nacionales no se encuentran en la misma situación[21]. Es decir, y tal como repite el Fiscal General, los controles de inmigración conllevan un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros; y dado que los nacionales no pueden ser expulsados, cualquier pretensión de no nacionales basada en que la adopción de determinadas medidas contra ellos resulta discriminatoria con respecto a los nacionales, es rechazada por el TEDH sin demasiada profundización.

(21) Véanse, entre otras, las Sentencias de 18 de febrero de 1991, en el caso *Moustaquim contra Bélgica*, *EHRR*, 13, pp. 802 y ss., y la de 7 de agosto de 1996 en el caso *C contra Bélgica*, *EHRR,* 33, pp. 2 y ss. De hecho, la única sentencia del TEDH en la que se condena a un Estado por una vulneración del artículo 14 CEDH por razón de nacionalidad es la Sentencia de 16 de septiembre de 1996 en el caso *Gaygusuz contra Austria*. *EHRR, 23,* pp. 364 y ss., si bien en este asunto no nos encontramos ante un caso directamente relacionado con la inmigración, sino con el rechazo del Gobierno austriaco a reconocer el derecho a percibir una pensión por un trabajador turco, con el argumento de que el trabajador en cuestión no era austriaco.

V

La SIAC no comparte este modo de ver las cosas, y así lo razona al responder a la segunda de las cuestiones antes enumeradas. Encuentra la SIAC dos puntos débiles en las tesis defendidas por el Fiscal General. Por un lado, entiende que este caso no se refiere a controles de inmigración. La finalidad declarada de las medidas es la de luchar contra el terrorismo internacional. Desde un punto de vista lógico, estas medidas, dirigidas a combatir el terrorismo, han de aplicarse tanto a británicos como a no británicos. Y en cuanto a la sospecha de terrorismo, la posición de los extranjeros y la de los nacionales es la misma, puesto que no sólo los extranjeros pueden ser terroristas internacionales, sino que también existe la posibilidad de terroristas con pasaporte británico.

El argumento parece servido en bandeja al Fiscal General. Es cierto que existe la posibilidad de que haya terroristas británicos, pero a éstos no se les puede detener para ser expulsados, puesto que ostentan el derecho de permanencia. Por tanto, la diferencia de trato no estaría únicamente basada en razones de nacionalidad sino en la titularidad de un hipotético derecho a permanecer en territorio británico.

Sin embargo, la SIAC también rebate esta argumentación. Y lo hace poniendo de relieve que la detención se aplica a extranjeros que no pueden ser expulsados porque su expulsión vulneraría alguna obligación internacional del Reino Unido (principalmente el artículo 3 CEDH). El silogismo es sencillo: si los extranjeros detenidos no pueden ser expulsados, entonces disfrutan del derecho a permanecer en el Reino Unido. No se discute aquí si los extranjeros en esta situación son titulares de tal derecho, o sólo mantienen su ejercicio en cuanto no se alteren las circunstancias que lo originan; lo que se afirma es que en el momento de la detención gozan de tal derecho y, por consiguiente, su única diferencia con respecto a los británicos sospechosos de terrorismo internacional radica en su condición de no británicos, es decir, en la nacionalidad.

Con ese camino argumental, y teniendo *in mente* que la finalidad perseguida por las medidas adoptadas es la de combatir el terrorismo, la SIAC traza un juicio de proporcionalidad entre finalidad perseguida y medidas adoptadas, concluyendo que no existe relación adecuada entre éstas y aquélla.

El único criterio que sirve de base a la diferenciación de trato es el de la nacionalidad. Siendo conscientes de que la amenaza terrorista no se restringe a los extranjeros, sino que comprende también a los británicos, si a éstos no se les puede detener de acuerdo a la Ley Antiterrorista porque no pueden ser expulsados, a los no nacionales que no puedan ser expulsados tampoco se les podrá detener. El planteamiento contrario, es decir, el que sigue la Ley Antiterrorista y el Fiscal General, resultaría discriminatorio por razón de nacionalidad y, por tanto, vulnerador del artículo 14 CEDH, al faltar relación adecuada entre los fines perseguidos y los medios empleados para ello.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA SUPREME COURT OF JUDICATURE - COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION)

La Decisión de la SIAC supuso una aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad mucho más audaz que la que ha venido realizando el propio TEDH. Ya hemos indicado que, para el TEDH, las cuestiones relativas a tratamiento diferenciado entre nacionales y no nacionales de un Estado miembro han sido consideradas casi siempre cuestiones reconducibles a problemas de inmigración, y con respecto a los cuales se justificaba la diferencia de tratamiento por la propia naturaleza de la condición de nacional.

La SIAC, en cambio, no detiene sus razonamientos en este punto sino que, por decirlo de algún modo, "alza el vuelo" sobre las razones de inmigración esgrimidas por el Fiscal General, entendiendo que no podemos hablar, en este caso, de medidas relativas a materias migratorias y que, consecuentemente, el tratamiento diferenciado no tenía una justificación acorde con el CEDH.

Sin embargo, esta arriesgada posición de la SIAC encontró pronto contestación por parte del Gobierno británico, que apeló la citada Decisión ante el Tribunal Supremo, y obtuvo de él una Sentencia estimatoria y plenamente favorable a los argumentos esgrimidos por el Fiscal General ante la SIAC.

En puridad, debemos reiterar el hecho de que la apelación fuera cruzada. Quiere esto decir que tanto los abogados que representaban a los detenidos, como la representación del Gobierno británico, se constituyeron como apelantes de la Decisión de la SIAC en todos aquellos puntos en que ésta no les fue favorable; aunque siempre con el límite propio de este tipo de apelaciones, que quedan circunscritas a la interpretación del Derecho[22].

La argumentación del Tribunal Supremo resulta un tanto enrevesada en tanto en cuanto queda expuesta de forma particular por cada uno de los tres *Lord Justices* que compusieron la Sección. Pero todos ellos llegan a la misma conclusión: la revocación de la Decisión del SIAC en lo que hace referencia a la violación del artículo 14 CEDH, y la consiguiente declaración de ser conformes a Derecho las detenciones de los extranjeros que dieron lugar a este proceso.

Tratemos de ordenar someramente los argumentos.

El Tribunal analiza la existencia de una emergencia pública que amenace la vida de la nación como supuesto justificante de la aplicación de la derogación del artículo 15 CEDH. Dado que no puede entrar en el análisis de las cuestiones de hecho, parte de los presupuestos fácticos definidos por la SIAC y, reiterando parte de la doctrina del TEDH[23], considera que existe tal emergencia como riesgo inminente, interpretando de forma flexible el requisito de la inminencia.

(22) Sección 27 de la Ley Antiterrorista británica de 2001.

(23) Sentencia *Lawless contra Irlanda (n.º 3)* cit. y Sentencia de 26 de mayo de 1993 en el caso *Brannigan y McBride contra el Reino Unido,* vid. *EHRR,* 17, pp. 539 y ss.

De igual forma, también considera que las medidas que se derivan de la Orden de Derogación son proporcionadas y ajustadas al supuesto habilitante, puesto que sólo se aplican a aquellos sospechosos de terrorismo internacional relacionados con la amenaza que ha dado lugar a la promulgación de la Orden, esto es, a los supuestos miembros de la red terrorista Al-Qaeda.

En estos aspectos podemos comprobar que la posición del Tribunal apenas difiere de la mantenida por la SIAC en la Decisión original. Sin embargo, en lo que se refiere a la propia concepción de la discriminación, y la concurrencia de la misma por razón de nacionalidad, en el ámbito de las medidas adoptadas por la Ley Antiterrorista británica de 2001 sí se produce un cambio notable de postura con respecto a la SIAC.

El Tribunal aplica, para evaluar la discriminación, el mismo test utilizado por la SIAC. Pero las respuestas a las preguntas varían notablemente, en la medida en que se considera que la posición de los nacionales en ningún caso es equiparable a la de los extranjeros. Veamos sus razones.

El Tribunal parte de una premisa, en nuestra opinión del todo errónea. Entiende que nos encontramos ante un caso de inmigración. La cuestión que se suscita es la detención de extranjeros en aras a su deportación, lo que basta para contemplar el asunto bajo la perspectiva del ordenamiento especial relativo a la inmigración. Centrado el litigio en tal aspecto, cae por su peso la diferencia existente entre los británicos y los no nacionales, ya que los primeros tienen el derecho a la permanencia en territorio británico y los segundos, no.

El Tribunal orilla el hecho de que la detención posibilitada por la Sección 23 de la Ley Antiterrorista británica de 2001, se dirige a extranjeros sospechosos de terrorismo internacional que, en aplicación de la legislación británica, por unas u otras razones, no pueden ser expulsados de territorio británico. Estos extranjeros también gozan del derecho de permanecer en territorio británico al menos en cuanto permanezcan las razones que imposibilitan tal expulsión. Por tanto, esta diferente posición que arguye la Corte sería válida para otros supuestos, pero no para el que se trata de dilucidar aquí, puesto que en este caso el derecho a permanecer en territorio británico se predica también para los extranjeros que permanecen en prisión.

La Corte rebate tal línea argumental, construyendo un sutil matiz diferencial entre las posiciones de unos y de otros. Por un lado, la de los nacionales británicos, con un derecho pleno a permanecer en territorio; y por otro lado, la de los extranjeros sujetos a la Sección 23, cuyo derecho no es un derecho incondicionado a permanecer, sino un derecho a no ser expulsado.

Y semejante matiz leguleyo actúa como viga maestra para posibilitar el ulterior despliegue de toda la argumentación dirigida a respaldar la legalidad de las medidas adoptadas contra los detenidos. Se considera que el tratamiento diferenciado tiene una justificación razonable y objetiva, como es la de la protección frente al terrorismo internacional, así como que las medidas adoptadas guardan, pese a lo afirmado en primera instancia por la SIAC, la adecuada relación de proporcionalidad con respecto a los fines perseguidos.

Esta posición se refuerza con dos afirmaciones que merece la pena traer a colación. Por una parte, se recuerda la jurisprudencia del TEDH, en concreto la recaída en un caso fallado hace más de 40 años, y conocido como el "caso lingüístico belga"[24]. De ahí infiere el Tribunal que la justificación del tratamiento diferenciado debe radicar en principios comunes a los Estados democráticos y resulta un principio común a los Estados democráticos que los extranjeros sean objeto de tratamiento específico. De nuevo se acude a la premisa de que la legislación antiterrorista cobra una deriva de ordenación de la inmigración, que no está explícita en ella, pero que permite pasar paladinamente por alto la perspectiva de la privación de determinados derechos en nombre de la seguridad.

Y en segundo término, la postura de la SIAC en cuanto al carácter *underinclusive* de la ley, por no dirigir su punto de mira contra nacionales británicos que también pudieran ser sospechosos de colaboración con el terrorismo, el Tribunal no entra en el fondo del asunto; se limita a reafirmar la necesidad de ser deferente con respecto a las políticas promovidas por Ejecutivo en cuestiones de seguridad, y a la mejor posición de éste para evaluar, a la luz del artículo 15 CEDH, la entidad del riesgo y la naturaleza de las medidas más apropiadas para neutralizarlo.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras la derogación del artículo 5 CEDH, llevada a cabo por el Reino Unido, como presupuesto para la efectividad de unas medidas antiterroristas que despojan a los extranjeros de uno de los derechos de más honda raigambre (tanta, que de inmediato viene a la cabeza la célebre cláusula 39 de la Magna Carta inglesa), el Comisario del Consejo de Europa para los derechos humanos, Álvaro GIL-ROBLES, realizó un Informe sobre el asunto, en el que expresaba una serie de consideraciones críticas, y terminaba mostrando su convicción de que tales medidas "sólo pueden estar justificadas bajo las más limitadas de las circunstancias". La doctrina del TEDH en el caso *Chahal*, a la que han seguido toda una miríada de casos en los que Turquía ha sido condenada por usar la seguridad nacional como pretexto para conculcar ciertos derechos, parecía que hubiesen dejado establecido que el valor de la seguridad no es opuesto a (ni sufre menoscabo por) el hecho de que un Tribunal independiente e imparcial tenga la capacidad de entrar –y esté dispuesto a hacerlo, que eso es otra cuestión– en el fondo de las alegaciones del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, los atentados del 11 de septiembre están favoreciendo un renacimiento de la noción de seguridad como un ámbito de exclusiva responsabilidad del Ejecutivo, y al hilo del cual parece difundirse cierta necesidad de replantear toda la teoría de los controles, de tipo parlamentario y de naturaleza judicial, que sustentan (gran parte de) la legitimidad del Estado democrático.

Ese renacer de un cierto entendimiento de la seguridad nacional, que en realidad nunca se fue del todo, está haciendo que nuestros sistemas jurídicos cobren una deriva impensable hace pocos meses. En el Reino Unido, la decisión del SIAC, que ha sido el objeto principal de este

(24) Sentencia de 23 de junio de 1968, *Relativa a ciertos aspectos de la normativa sobre el uso de las lenguas en la enseñanza en Bélgica, EHRR*, 1, pp. 252 y ss.

comentario, supuso un desafío contra corriente, que los jueces de la más alta dignidad en el escalafón jurisdiccional se apresuraron a enmendar. El caso quedará seguramente como una anécdota, y lo que continuará imperando es el canto a la deferencia hacia el Ejecutivo, por parte de los jueces, tal y como aparece en la muy citada opinión de Lord Hoffmann en un caso fallado en 2001 (*Rehman v. Secretary of State for the Home Department*), y a la vista de lo acaecido en los Estados Unidos[25].

(25) "The events of 11th September –dice allí Lord Hoffmann– are a reminder that in matters of national security the cost of failure can be high. Decisions by ministers on such questions, with serious potential risks for the community, therefore require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process", *Rehman v Secretary of State for the Home Department*, (2001) 3 WLR 877.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- Seminario Permanente de Análisis Geopolítico y Regional "Gestión de la Sociedad Globalizada".

  16 de marzo de 2004, Madrid.

- Jornadas de reflexión y debate sobre un Plan Estatal e Integral de Lucha contra el Racismo.

  17 y 18 de abril de 2004, Madrid.

- Primer Encuentro Estatal de Asociaciones de Inmigrantes y Refugiados.

  8 de mayo de 2004, Madrid.

- Segunda Jornada de Encuentro "Generando diversidad: una mirada crítica sobre la inmigración".

  1 de junio de 2004, Valencia (Colegio de Abogados).

- Derecho laboral y extranjería.

  9 de junio de 2004, León (Colegio de Abogados).

- Tendencias en inmigración y exclusión social y sus impactos sociales en la España del siglo XXI.

  12 al 16 de julio de 2004, Mérida.

- Los movimientos migratorios en Cataluña en la era de la globalización.

  12 al 16 de julio de 2004, Barcelona.

A CELEBRAR

- Ética pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25

  6 al 9 de octubre de 2004, Oviedo.

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