

*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.<br>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. Globalización, inmigración y ciudadanía social**
GONZALO MAESTRO BUELGA

[43] **II. Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria**
ELISA GARCÍA ESPAÑA

[65] **III. La asistencia jurídica gratuita al extranjero**
MANUEL CALDUCH GARGALLO

## NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER*: REFORMA

[85] **I. Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx**
PASCUAL AGUELO NAVARRO Y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

[115] **II. Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros**
PILAR CHARRO BAENA

[125] **III. La irregularidad que "genera" la Ley de Extranjería: Un factor a tener en cuenta en una futura reforma**
ÁNGELES SOLANES CORELLA

[141] **IV. La reforma del artículo 107 del Código civil**
Mª LUISA TRINIDAD GARCÍA

## CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[163] **Índice analítico de voces**

[163] **Asilo**
[166] **Exención de visado**
[173] **Expulsión**
[187] **Permiso de residencia**
[193] **Derecho al trabajo**
[205] **Permiso de trabajo**
[227] **Derecho Penal**
[234] **Homologación de títulos**
[236] **Nacionalidad**
[238] **Régimen comunitario**
[241] **Constitucional**

## CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:


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

[245] **Fuentes internas**

[246] **Fuentes internacionales**

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

[257] **III. Anexo legislativo: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (*BOE* del 30)**


## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:


[271] **Notas bibliográficas**

[279] **I. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[303] **II. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (La OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[309] **III. La protección internacional de los derechos de los trabajadores migrantes**
EDUARD SAGARRA I TRÍAS

[313] **IV. Jornadas sobre Extranjería**

[315] **V. Última hora**

# EDITORIAL

Tras el período vacacional, el escenario de la extranjería ha sufrido importantes variaciones, que van a influir notablemente en la actividad profesional y académica de las próximas semanas. La precipitación y falta de rigor legislativo ha provocado que, en tan sólo dos años, hayamos tenido que padecer hasta cinco modificaciones de la LOEx, tres de ellas desde el propio marco legislativo, dos por intervención de los Tribunales, de Justicia y Constitucional. Y lo que resulta más preocupante que pese a tan importante número de reformas las dudas de inconstitucionalidad no han sido todavía despejadas.

La consecuencia principal de todo ello es la desorientación y sensación de provisionalidad de la norma que dificulta enormemente el trabajo de los profesionales provocando la consiguiente merma de la efectividad de la defensa de los intereses y derechos de las personas migrantes.

Ante esta vorágine legislativa resulta necesario, no nos cansaremos de insistir en ello, hacer un reflexivo y autocrítico alto en el camino y reclamar que, desde el pleno reconocimiento de la dignidad de las personas, seamos capaces de construir un nuevo derecho migratorio, que devuelva el protagonismo de la PERSONA por encima de los estrechos y egoístas intereses del estado-nación.

A ello se dedica una buena parte del contenido de la REDMEX, que comienza con un trabajo que, desde un panorama constitucionalista, analiza la nueva significación de las migraciones desde la perspectiva de la globalización. Se incluye un segundo artículo sobre un tema que ha tenido, hasta el momento, una escasa atención, la problemática de la extranjería en relación con la legislación penal y penitenciaria, que la REDMEX inició ya en el número anterior. En tercer lugar, un trabajo que examina el contenido del derecho a la justicia gratuita en relación con una reciente Directiva europea y la recientísima sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo.

Por otra parte, y conscientes de la expectativa que el anuncio de la reforma de la LOEx ha provocado, hemos realizado un esfuerzo sintetizador y con carácter urgente presentamos un *Dossier* sobre las reformas legislativas en curso, que incluyen varios trabajos y reflexiones que dan continuidad a los documentos presentados en el anterior número de la REDMEX.

En los apartados habituales de Crónica Jurisprudencial y Legislativa; Notas bibliográficas y Convocatorias destaca la Crónica jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la nota referenciada de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, un pronunciamiento judicial internacional de extraordinaria importancia.

Como siempre, sólo nos resta desear a todos una buena y provechosa lectura de la REDMEX.

# Artículos

Gonzalo Maestro Buelga
Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad del País Vasco
(dapmabug@lg.ehu.es)

I

# Globalización, inmigración y ciudadanía social

RESUMEN

**GLOBALIZACIÓN, INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA SOCIAL**

Las migraciones han cobrado una nueva significación vistas desde la perspectiva globalizadora. En este contexto, los problemas que plantean asumen nuevos enfoques, que afectan tanto al mercado de trabajo, como al instrumental teórico sobre el que se construía la relación entre el emigrante y el estado receptor.

La globalización ha reforzado la capacidad explicativa de las teorías del mercado dual de trabajo, en la medida en que sanciona una dinámica de precarización y subordinación acentuada del trabajo. Sin embargo, esta tendencia, unida a la exclusión económica de la periferia, plantea la necesidad de abordar la gestión de los flujos migratorios desde otras perspectivas, que, paradójicamente, también son reclamadas desde planteamientos globales.

Así, resulta cada vez más insostenible mantener un concepto de ciudadanía cuya definición se asienta en la nacionalidad, imponiéndose la universalización de sus contenidos. Esta exigencia universalizadora rechaza el paradigma dominante de las políticas migratorias de los países receptores, asentadas en el principio del control.

ABSTRACT

**GLOBALIZATION, INMIGRATION AND SOCIAL CITIZENSHIP**

Migrations have received a new significance regarded from the globalizing perspective. In this context, the problems raised assume new approaches that affect labour market, as well as the theoretic instrumental one, on which the relationship between the emigrant and the receiving state was built.

Globalization has reinforced the explanatory capacity of the dual labour market theories, insofar as it sanctions a dynamics of precariousness and subordination, emphasized at labour. Nevertheless, this tendency, together with the economic exclusion of periphery, raises the necessity to approach the management of the migratory flows from another perspective that, paradoxically, is also claimed from global positions.

Thus, it turns more and more untenable to maintain a citizenship concept, the definition of which is based on nationality. This universalizing exigency rejects the dominant paradigm of migratory policies of the receiving countries, seated in the principle of control.

Gonzalo Maestro Buelga

I

# SUMARIO

I. Introducción. A) La globalización contradictoria. B) Migraciones, mercado y trabajo. C) La ciudadanía social.

II. Las paradojas de la globalización. A) La estructuración del Imperio como sistema de poder global. B) El nuevo Estado imperial. C) Las relaciones centro-periferia en la globalización.

III. Migración y globalización. A) Las explicaciones de la migración. a) Las interpretaciones neoclásicas. b) El sistema mundial. c) El mercado de trabajo dual. B) Postfordismo y flexibilidad del trabajo.

IV. Ciudadanía social e inmigración. A) Globalización y derechos. B) La revisión de la concepción de la ciudadanía. C) La ciudadanía social.

V. Las políticas sobre la inmigración en la Unión Europea.

VI. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

### A) La globalización contradictoria

La globalización, como todos los procesos, todavía en fase de consolidación, se presenta como una experiencia paradójica y cuyas características se apuntan todavía como tendenciales, por ello, como todos los momentos de transición, la contradicción acaba siendo una nota típica del proceso.

Posiblemente, el primer problema teórico que plantea es definir su alcance. Si en su dimensión económica aparece como incontestable y con contornos más definidos, aunque no exenta de controversia[1], en su dimensión política el problema se presenta con mucha mayor complejidad.

(1) BOYER, R.: "Les mots et les realités" en *Mondialisation au dela des mythes,* Le Decouverte, París, 1997, pp. 13-56; HIRST, P. y THOMPSON, G.: *Globalisation in question: the international economy and the possibilities of gobernance,* Cambridge, 1996, p. 22; HIRST, P.: "The global economy myths and realities" en *International affairs*, 1997, nº 73, pp. 409-425.

Las posiciones abarcan casi todo el espectro imaginable, desde aquellos que entienden definitivamente transformada la forma del Estado contemporáneo[2], hasta los que afirman la permanencia sustancial del Estado, que asume un papel relevante en los procesos de globalización[3].

En todo caso, el punto de coincidencia debe situarse en la caracterización de la situación como, todo lo más, embrionaria, en la que las transformaciones aparecen confusas, conviviendo desordenadamente niveles de poder que adolecen de una formalización homologable al concepto de Estado constitucional[4].

La globalización pues es vista fundamentalmente como un fenómeno económico y la asimetría entre sus manifestaciones en los ámbitos político y económico es la fuente esencial de contradicciones.

Por ello, más allá de las propuestas, a menudo voluntaristas, para abordar las cuestiones que se suscitan respecto a la inmigración, preferimos partir de la caracterización de la globalización como estrategia de acumulación del capitalismo postfordista[5]. Desde esta perspectiva se comprenden mejor tanto la asimetría en los procesos económicos y políticos, como las contradicciones que se manifiestan en ambos terrenos.

Ciertamente, no puede establecerse una oposición simplista entre Estado y globalización, el mito del "Estado impotente" se presenta como una construcción ideológica que intenta sancionar la nueva relación entre Estado y economía[6]. Un estudio de la globalización económica revela la conexión entre estos procesos y las decisiones estatales de forma que los Estados se configuran como sujetos globalizadores[7]. Sin embargo, en la medida en que la propuesta de contracción de la política se impone con el nuevo paradigma éste se presenta como contradictorio con las instituciones democráticas del Estado pluriclase. La contradicción entre globalización y democracia recupera la establecida con el liberalismo transportada y ampliada a un espacio no sólo estatal, sino supranacional.

Por ello, la globalización plantea una demanda de democracia[8], fruto de la ilegitimidad radical de sus efectos en el plano político, que ahora se plantea, también en el mismo escenario universalizador que propone.

(2) SHAW, M.: "The state of globalisation: towards a theory of state transformation" en *Review of international political economy*, nº 3-4, 1997, pp. 497-513.

(3) WEISS, L.: "Globalisation and the mythe of powerless state" en *New left review*, nº 225, 1997, pp. 3-27.

(4) NEGRI, A. y HARDT, M.: *Imperio,* Paidós, Barcelona, 2002, pp. 221, 298.

(5) JESSOP, B.: "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización", en *Zona Abierta*, nºs 92/93, 2000, pp. 95-125.

(6) OMAE, K.: *La fine dello stato nazione,* Baldini-Castaldi, Milán, 1996, p. 152.

(7) HELLEINER, E.: *States and the reemergence of global finance. From Bretton Woods to the 1990s,* Cornell U. Press, Londres, 1994, pp. 8-12.

(8) FERRAJOLI, L.: "Per una sfera pubblica del mondo" en *Teoría política* nº 3, 2001, pp. 3-21.

Alguna literatura ha contrapuesto a los límites de los espacios nacionales impuestos por el proyecto globalizador, la universalización de la política, entiende que ya no es sostenible la diferenciación entre política interior y exterior y, sobre todo, la limitación democrática del control del poder a la política interna[9]. La "política interna del mundo" se contrapone así a la construcción del proyecto universal del mercado.

Es aquí donde adquiere especial relevancia el constitucionalismo y la cultura constitucional democrática, actuando como parámetro y referencia frente al problema de la legitimidad del gobierno de la globalización. Como algún autor ha señalado, la universalización del constitucionalismo viene demandada como respuesta a la ilógica de la globalización[10].

La universalización del constitucionalismo debe desplegar sus efectos en la extensión del sistema de derechos, así como en la introducción de controles en las sedes de decisión globalizadoras.

## B) Migraciones, mercado y trabajo

La paradoja globalizadora no se refleja sólo en el espacio de la política, sustraída a la extensión universalizadora y sustituida por la autonomía del mercado, sino en el mismo mercado.

No todos los mercados son globales, ni lo son en el mismo sentido, aunque la globalización incide y actúa en todos los ámbitos de intercambio. A la globalización como estrategia se corresponde la triadización[11] como realidad. La globalización realmente existente desmiente la universalización de la libertad en el intercambio, aunque se oculte en la entronización virtual del iusnaturalismo del mercado. Así, la triadización significa división y segmentación del mundo en un sistema de exclusiones derivadas de la nueva hegemonía y la subordinación a ésta del resto de las áreas ajenas a los polos de hegemonía[12].

Paradójicamente, la globalización no penetra, sino que actúa desde otros, en el mercado de trabajo. A estas alturas, nadie objeta la afirmación de que el mercado de trabajo es el menos globalizado[13], que

(9) HABERMAS, J.: *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia,* Feltrinelli, Milán, 1999, pp. 22-28, 64; SARTEA, C.: "Verso un nuovo cosmopolitismo. La teoria della cittadinanza tra H. Arendt e J. Habermas" en *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica,* Giappichelli, Turín, 2000, pp. 277-314; FERRAJOLI, L.: "Per una sfera pubblica del mondo", op. cit.

(10) FERRARESE, M.R.: "Las instituciones jurídicas de la globalización" en *Jueces para la Democracia,* nº 42, 2001, pp. 33-38.

(11) Con el término *triadización* se pretende caracterizar, en alguna literatura sobre la globalización, el proceso de internacionalización de la economía como forma de control de la economía mundial por los tres centros fundamentales de la misma. EE.UU. Europa y la cuenca del Pacífico bajo la dirección de Japón. Frente a la visión de la globalización como extensión de un mercado mundial abierto, se contrapone otra consistente en la hegemonía del centro (La Tríada) cuyo proyecto profundiza la subordinación de la periferia.

(12) AMIN, S.: "Mondialisation ou apartheid à l'echélle mondiale" en *Actuel Marx,* nº 31, 2002, pp. 13-40.

(13) BETSCHERMAN, G.: "Globalisation, labour markets and public policy" en *States against markets,* Routedge, Londres, 1996, pp. 250-69; LAZAR, I.: "Corporates strategies in global markets" en *States against markets,* op. cit., pp. 270-96.

los flujos de trabajadores son escasamente significativos y que éste sigue siendo básicamente nacional. El papel de las migraciones tiene que ver más con el sistema de exclusiones mundial, impuesto por la globalización, que con la conformación de un nuevo espacio de intercambio del trabajo[14].

La globalización incide sin embargo en el mercado de trabajo nacional a través de la globalización financiera. La deslocalización de capitales, como amenaza permanente de la extensión de un mercado autónomo y desregulado, introduce efectos disciplinantes en los mercados de trabajo nacionales en los que interactúa de forma compleja también la migración.

La literatura demográfica y económica que se ocupa de las migraciones no ha alcanzado una explicación plausible sobre las causas de los movimientos humanos. Las más notorias[15], tanto la interpretación neoclásica[16], como la del mercado dual[17] y la del sistema mundial[18]se confrontan de forma distinta con el paradigma globalizador, sólo la teoría de las redes[19]considera factores prevalentemente humanos en la explicación de los flujos migratorios.

A pesar de los intentos de insertar las migraciones en el contexto de la globalización, los datos empíricos se muestran tozudos, la importancia cuantitativa de los flujos migratorios en los últimos 20 años en el occidente desarrollado es menor que la registrada a comienzos del siglo 20 a los países industriales. Respecto a Europa, los nuevos ingresos son significativamente inferiores a los registrados durante la fase de oro del Estado social[20]. Todo ello indica que el papel de estos movimientos es esencialmente coadyuvante y refuerza los efectos que sobre los mercados de trabajo nacionales despliega la globalización. Su virtualidad tiene mayor significación en el ámbito político-ideológico, tendente a legitimar una nueva estrategia de contención de la democracia y los derechos que ha adquirido nuevo impulso después del 11 de septiembre de 2001. Las políticas sobre la emigración parecen actuar en la lógica de la generalización de formas de control –sociedad del control– que las alejan de los mecanismos construidos en el Estado social en torno a la idea de ciudadanía.

La teorización neoclásica de la inmigración ha pretendido restablecer los lazos con el paradigma globalizador entendiendo los flujos humanos como forma de estabilización y equilibrio entre

(14) HUTTON, T.J. y WILLIAMSON, J.G.: *The Age of mass migration,* Oxford U. Press, 1998, p. 248; CASTLES, S.: "Mondialisation et migration: quelques contradictions pressants" en *Revue Internationale des Sciences sociales,* nº 156, 1998, pp. 203-10.

(15) OIM (Organización Internacional para las Migraciones): *Informe sobre las migraciones en el mundo en 2000,* Publicación de las Naciones Unidas, 2001, pp. 20-23.

(16) BORJAS, J.G.: "Economic of migration", *International Encyclopedia of the social and behavorial sciences,* nº 34, artículo nº 38.

(17) PIORE, M.: *Birds of passage. Migrant labor and industries societies,* Cambridge U. Press, New York, 1979.

(18) PORTES, A. y BÖRÖCZ, J.: "Migración contemporánea. Perspectivas teóricas sobre sus determinantes y sus modalidades de incorporación" en *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial,* Icaria, Barcelona, 1998, pp. 43-73.

(19) GURAK, D. y CACES, F.: "Redes migratorias y la formación de sistemas de migración" en *Cruzando fronteras,* op. cit., pp. 75-110.

(20) STALKER, P.: *Workers without frontiers. The impact of globalization on international migration,* Lynne Rienner, Londres, 2000, pp. 28-9.

oferta y demanda de trabajo y salarios. Sin duda alguna esta exportación del iusnaturalismo del mercado al trabajo contrasta tanto con la magnitud de los flujos, como con las regulaciones normativas de acceso a los mercados nacionales de los emigrantes.

Las teorías del sistema mundial establecen una conexión directa entre globalización y flujos migratorios. Estos no son sino la respuesta a la extensión en el mundo de las relaciones de mercado. El problema es que la lógica del mercado global se muestra incapaz de gobernar el trabajo mundial.

Sobre la base del mercado dual se puede construir una explicación de la relación entre inmigración y globalización que atienda a su dimensión, tanto económica, como política. Desde esta perspectiva, las migraciones incorporan tensiones en los mercados nacionales de trabajo, funcionales a la flexiblización, segmentación y precarización del trabajo, a la vez que introducen elementos políticos de control. La legitimación se hace recaer, tanto en los efectos sobre el trabajo nacional, como en la nueva cultura de la seguridad que ha devenido el elemento de identificación de la sociedad del control.

### C) La ciudadanía social

La confrontación con las políticas de inmigración debe hacerse sobre la base de la recuperación del constitucionalismo democrático, articulándolas en torno a la extensión de la idea de ciudadanía. Sólo desde esta perspectiva puede actuarse simultáneamente en los ámbitos económico-social y político. En el primero evitando los efectos de la emigración en el mercado de trabajo nacional, conteniendo el reforzamiento de las tendencias a la precarización y segmentación. En el segundo combatiendo los elementos perversos de la sociedad del control.

La ciudadanía social marca el punto de inflexión de la relación entre individuo y poder estatal, significa el tránsito al garantismo público de las condiciones de vida como contenido de la ciudadanía. En la construcción de MARSHALL, la ciudadanía social como superación de la lógica liberal en la relación entre Estado y ciudadano, expresa el paso de la sumisión a la integración a través del nuevo papel de los poderes públicos.

Sin embargo, debe hacerse alguna precisión respecto a la ciudadanía social. El concepto de ciudadanía que se impone en el *welfare state* es más hijo del binomio BEBERIDGE-KEYNES que de MARSHALL. Se basa en una aproximación pragmática al problema de la pobreza en el contexto de la construcción del Estado social que enfatiza los elementos más acordes con las nuevas concepciones del gobierno de la economía, que con una noción jurídica ligada al estatus de ciudadano[21].

La base sobre la que se articula el sistema de protección que permite construir la noción de ciudadanía social continúa siendo el mercado. En base a la inclusión de éste, se accede a un sistema

(21) MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A.: *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas,* Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 166-9.

de garantías normativizadas. La ciudadanía laboralista, como ciudadanía social del *welfare state* quiere indicar la dependencia de la inclusión en el mercado de trabajo para el disfrute de los derechos derivados del sistema de protección.

La vinculación entre mercado y protección social, sin embargo, permitió construir una relación inclusiva con la inmigración. Durante el proceso de desarrollo del Estado social, Europa se convirtió en un polo de reclamo de mano de obra con regulaciones no penalizadoras de inmigración, además, la situación de pleno empleo, permitió generalizar la protección social basada en la inclusión en el mercado de trabajo, a la mano de obra inmigrante.

La situación actual no permite seguir fundando en el pleno empleo un sistema de ciudadanía, precisa la desvinculación del mercado de este concepto, que reclama una refundación vinculada al principio democrático y exige su extensión universalista[22].

## II. LAS PARADOJAS DE LA GLOBALIZACIÓN

Recientemente, KRUGMAN, en una conferencia dictada en el Departamento de Ciencias sociales de la UDEM, en México, mostraba su perplejidad por los resultados de la globalización en relación con la profundización de la desigualdad. La perplejidad encubría, a pesar de los bien intencionados diseños teóricos, el funcionamiento de la globalización real. Sobre ésta y sus aparentes paradojas son ilustrativas las palabras de Samir AMIN: "sin embargo, el capitalismo entendido como un sistema global real se basa en la expansión universal del mercado únicamente sobre las dos primeras dimensiones (mencionadas), dado que la creación de un auténtico mercado de trabajo mundial se ve oscurecido por la existencia perpetua de fronteras políticas nacionales, a pesar de la globalización de la economía, globalización que se ve por tanto siempre truncada. En consecuencia, el capitalismo real es necesariamente polarizador a escala global y el desarrollo desigual que genera se ha convertido en la contradicción más violenta y creciente que no puede ser superado según la lógica del capitalismo"[23].

Incluso a estas alturas del debate sobre la globalización, quizás convenga resituar los términos. Al menos desde la perspectiva de las relaciones centro-periferia, la globalización debe leerse como triadización.

También desde esta perspectiva pueden leerse las últimas aportaciones a debate sobre el Estado, en la medida en que los intentos de describir el "Estado global"[24] se hacen desde una reordenación de la hegemonía en todos los ámbitos, incluido el económico.

(22) FERRAJOLI, L.: "Per una sfera pubblica del mondo", op. cit.

(23) AMIN, S.: "Mondialisation ou apartheid a l'echelle mondiale", op. cit.

(24) SHAW, M.: "The state of globalisation...", op. cit.

Por ello, consideramos útil detenernos en estas construcciones de la nueva hegemonía. La globalización, en sus defensores, ha transmitido una construcción ideológica que ha pretendido destacar dos aspectos: por una parte, la inevitabilidad natural del proceso, fruto de la lógica económica liberada de las ataduras artificiales del Estado social y, por otra, el potencial benéfico que estos procesos pueden aportar a la humanidad. Esta construcción se ha realizado sobre la base de la transmisión de lo que podríamos definir como tópicos de la globalización. El círculo argumental puede describirse así:

a) Afirmación de la autonomía de la sociedad y su preeminencia, recuperando el dogma liberal de la separación de las esferas política y económica. Junto a esta preeminencia, debe situarse la nueva afirmación del iusnaturalismo del mercado[25], de esta forma, se reestablece el paradigma de la inevitabilidad de la acción de las leyes internas de la economía que se impondrían a la acción estatal.

b) El inevitable triunfo de las leyes del mercado supone a la vez la afirmación ideológica de la extensión sin límite de la libertad potencial del mercado.

c) El ensanchamiento del ámbito de las relaciones económicas abre potencialmente la posibilidad de incorporación de las sociedades antes excluidas, en el nuevo escenario del mercado mundial abierto.

d) Las tendencias igualitarias que incorporan las nuevas oportunidades del mercado global permiten acentuar los efectos benéficos del paradigma globalizador.

Como hemos afirmado, frente a esta construcción, la reciente literatura opone a la entelequia benefactora global una reflexión que acentúa la explicación de los procesos generados en las dos últimas décadas en la construcción de una nueva hegemonía basada en la noción de imperio. Posiblemente la coincidencia más generalizada en estas teorizaciones, además de las funciones otorgadas a los Estados Unidos en el diseño global de poder, sea la revisión de la contraposición entre globalización y Estado, que nos será útil para evidenciar la centralidad de los Estados de la tríada en la construcción del nuevo sistema de hegemonía mundial, así como del mantenimiento y profundización de las relaciones de desigualdad entre centro y periferia.

Con una metáfora plástica muy expresiva, SHAW abordaba la pretendida contradicción entre Estado y globalización diciendo que "Teorizar la globalización sin el Estado es como representar *Hamlet* sin el príncipe"[26]. El problema que aborda la teoría del Estado en confrontación con la globalización no es la de la centralidad del Estado, reconocida ampliamente[27] tanto en la cons-

(25) IRTI, N.: "L'ordine giuridico del mercado" en *L'ordine giuridico del mercado,* Laterza, Bari, 1998, pp. 3-64; "Diritto emercato" en *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato,* Laterza, Bari, 1999, pp. VII-XX.

(26) SHAW, M.: *Theory of the global state: globality as unfinished revolution,* Cambridge U. Press, Cambridge, 2000, p. 81.

(27) PANITCH, L.: "El nuevo Estado imperial" en *New left review*, 2000, nº 3, (edición española)

trucción del sistema global, como en su mantenimiento, sino sus funciones y articulación en el modelo de poder global del que no desaparecen.

En los intentos de definir las nuevas estructuras de poder que actúan a nivel planetario, destacan dos propuestas interpretativas: la de NEGRI y HARDT y la de SHAW, junto con las contribuciones gestadas en torno al debate surgido sobre su propuesta[28]. Pasamos a analizar las propuestas mencionadas.

## A) La estructuración del Imperio como sistema de poder global

La construcción de NEGRI y HARDT es compleja y su intento de describir el proceso de construcción de un nuevo paradigma que explique las nuevas relaciones de poder en la sociedad global encuentra la dificultad de presentar a éste como embrionario y no exento de contradicción. En todo caso, el escenario es, en su opinión, sustancialmente diverso del orden inmediatamente surgido en la II Guerra Mundial.

Sus orígenes, sin embargo, deben situarse en la construcción del orden internacional que surgió de la postguerra[29], donde se pusieron las bases para la conformación de un sistema que interiorizaba la concepción kelseniana del mismo.

En el complejo sistema de poder global intervienen un conglomerado de sujetos que interactúan con funciones coadyuvantes tendentes a crear, tanto las condiciones jurídicas de legitimación como la estructura real de control. Conviven en este entramado organizaciones internacionales, Estados-nación y el poder económico representado por la gran empresa global organizada reticularmente. A pesar de esta configuración heterogénea, se afirma la existencia de un poder único que "ultradetermina a todas las potencias y las estructura de manera unitaria"[30].

La autoridad imperial actúa como una jerarquía capaz de producir un nuevo paradigma que incluye tanto un sistema de producción centralizada de normas, como una legitimidad a escala mundial. "La totalidad sistémica tiene una posición dominante en el orden global, rompe resueltamente con toda dialéctica previa y desarrolla una integración de los actores que parece lineal y espontánea. Sin embargo, al mismo tiempo, la efectividad del consenso se hace aún más evidente bajo una autoridad suprema del ordenamiento"[31].

Como corresponde a la afirmación de una autoridad suprema, ésta asume una autonomía relativa respecto al resto de los actores del sistema global de poder y, especialmente, de los Estados-nación.

(28) PANITCH, L.: "El nuevo Estado imperial", op. cit.; también de este autor: "Theorising the global-western estate" en *First review.www.theglobalsite.ac.uk.2001.*

(29) NEGRI, A. y HARDT, M.: *Imperio,* op. cit., p. 25.

(30) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 26.

(31) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 30.

La autonomía relativa de la cúspide de la pirámide del poder global no significa oposición a los Estados, al igual que tampoco existe oposición de éstos con el resto de los integrantes de la nueva estructura, especialmente, con el capital, quien conserva la relación necesaria con la estructura política estatal integrada en la nueva organización del poder imperial[32]. La integración de los Estados supone la pérdida de su autonomía en relación al nuevo orden, así como su participación en la reorganización del consenso general y el control que ahora se plantea en otro nivel, pero no significa la pérdida de sus funciones, que operan a nivel territorial. "Los Estados-nación cumplen varias funciones: la mediación política respecto de las potencias hegemónicas globales, la negociación con las grandes empresas transnacionales y la redistribución del ingreso de acuerdo con las necesidades biopolíticas dentro de sus propios territorios limitados. Los Estados-nación son filtros del flujo de circulación global y reguladores de la articulación del mando global, captan y distribuyen los flujos de riqueza desde el poder global y hacia él y disciplinan a sus propias poblaciones en la medida en que aún pueden hacerlo"[33].

La nueva estructura de poder se organiza piramidalmente y diferencia tres niveles[34]. En el primer nivel, la cúspide, se encuentra destacada "una superpotencia, los Estados Unidos, que tiene la hegemonía del uso global de la fuerza"[35], aunque dentro de este nivel, la cúspide se ensancha para dar cabida a "un grupo de Estados-nación que controla los principales instrumentos monetarios globales"[36]. En el segundo nivel se encuentran los Estados-nación no integrantes de la cúspide piramidal, junto al nuevo poder económico "estructurado principalmente por las redes que han extendido a través del mercado mundial las grandes empresas capitalistas transnacionales"[37], que actúan bajo la tutela del primer nivel. Por último, el tercer nivel está compuesto por grupos que representan los intereses populares, filtros y mecanismos de representación que permiten una inserción controlada de la multitud en el sistema[38].

De esta descripción, todavía confusa, merecen destacarse al menos tres elementos que permiten introducir algunos puntos de luz en el funcionamiento del nuevo orden. En primer lugar, el reconocimiento del papel hegemónico del grupo privilegiado de Estados nación con funciones de dirección y control del sistema global. En este caso, el orden global conecta con su definición como triadización, aunque se le pretende dotar de un alcance diferente. El segundo, se refiere a la pérdida de autonomía de los Estados en el conjunto del orden mundial en el que se integran. Desde un punto de vista conceptual, afecta más a una concepción externa de la soberanía, cuya afirmación en la teoría de las relaciones internacionales ha sido siempre problemática. El tercero afecta a la recuperación de autonomía del espacio económico frente al poder político, desde

(32) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., pp. 283-84.

(33) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 286.

(34) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 285.

(35) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 285.

(36) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 286.

(37) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 286.

(38) NEGRI, A. y HARDT, M.: Op. cit., p. 287.

el que se afirma su nueva naturaleza de poder ordenador general. Cuestión esta que permitiría abordar la globalización en términos de confrontación con el sistema de relación política-económica construida en el Estado social.

## B) El nuevo Estado imperial

Aunque la expresión corresponde a PANITCH[39], la formulación más acabada corresponde a SHAW[40], que utiliza el término "Estado occidental global", de hecho, propiamente, la expresión de "Estado imperial" resulta problemática[41] y el intento de descripción de las nuevas formas de poder tiene que ver más con complejos procesos de incorporación de distintas formas institucionales de poder y autonomía que con lo que evoca la expresión[42].

La base de partida, quizás también el flanco débil de la fundamentación de SHAW es la definición weberiana del Estado como detentador del monopolio de la violencia legítima, lo que condena a una acentuación de los elementos de naturaleza militarista en la construcción de la nueva estructura de poder global.

Más allá de esta primera afirmación teórica, SHAW pretende deshacer un malentendido histórico en la identificación del Estado con su manifestación histórica como Estado-nación, que resulta ser solo una experiencia reducida cronológicamente[43]. El Estado-nación sólo se generalizó como forma de éste, entre el período que va desde la Primera Guerra Mundial hasta la caída del muro de Berlín, durante el siglo breve, con anterioridad la forma predominante era el imperio. Incluso desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, resulta difícil considerar al Estado-nación como preponderante, más aún, este momento se señala significativamente como el comienzo del "Estado occidental global", en la medida en que éste no es sino la evolución del "Estado bloque"[44] en el que la autonomía de los Estados en el interior del mismo era limitada. Cabe hablar por tanto de una paradoja histórica: cuando el Estado-nación adquiere su universalización éste había perdido su característica definitoria, es decir, su autonomía en el sentido clásico. El Estado deja de ser autónomo para integrarse en un conglomerado de poder complejo y distinto de esa unidad formal.

Del análisis histórico y de la trascendencia otorgada a la hegemonía política-militar SHAW entiende que desde 1989, el fin del "Bloque del Este", el Estado occidental puede ser visto como una forma global de poder estatal.

(39) PANITCH, L.: "El nuevo Estado imperial", op. cit.

(40) SHAW, M.: *Theory of the global state: globality as unfinished revolution,* op. cit.; también de este autor: "The state of globalisation: towards a theory of state transformation" en *Review of international political economy,* 1997, nºs 3-4, pp. 497-513.

(41) PANITCH, L.: "Theorising the global-western state", op. cit.

(42) PANITCH, L.: Intervención en la mesa redonda "The state, globalisation ahd the new imperialism: a roundtable discussion" en *Historical materialism: Research in critical marxist theory,* 2001, nº 9.

(43) SHAW, M.: "The state of globalisation...", op. cit.

(44) SHAW, M.: "The state of globalisation...", op. cit.

Queda por ver cómo se define la nueva estructura de poder. Ciertamente, no puede afirmarse una formalización institucional ni un marco jurídico claramente conformado. De hecho, la expresión "conglomerado confuso" usada para definir este "Estado occidental" es ilustrativa. Se pretende indicar que la estructura de poder compleja del nuevo Estado global está integrada por un conjunto de unidades políticas, los propios Estado-nación, instituciones internacionales y otras que se integran en una nueva unidad definida ante todo por un parámetro: la hegemonía política y militar de los Estados Unidos, que se configura como centro de la estructura de poder[45].

¿Cuál es la relación entre el "Estado occidental global" y los Estados-nación? En definitiva, ¿cómo se organiza el poder en su interior?, la respuesta es todavía confusa y básicamente heredera de una concepción de la hegemonía propia de las relaciones internacionales.

En el Estado occidental global se detecta un centro de poder indiscutido, USA, del que se irradia éste a través de una red constituida tanto por organizaciones internacionales: la ONU, que dota de legitimidad al Centro, la OTAN, que organiza el poder militar a escala global y una red de relaciones bilaterales con otros Estados-nación que aseguran la transmisión del poder desde el centro.

Lo que confiere el carácter de centro a los Estados Unidos en la estructura de poder es su control de la violencia, como elemento no único, pero sí determinante. "El cambio más importante es que el control de la violencia ha cesado de estar dividido verticalmente entre diferentes Estados-nación e imperios. Por el contrario, está siendo dividido entre diferentes niveles de poder, cada uno de ellos reclama alguna legitimidad y esos fragmentos, de naturaleza estatal. Por un lado está la internacionalización de la fuerza legítima, por otro están los procesos de privatización (de «reprivatización») de fuerza (...) en el cual individuos, grupos sociales y actores no estatales han usado extensamente la fuerza y reclamado legitimidad para su uso. Al mismo tiempo, algunos Estados-nación, al menos, retienen algo de su clásico control de la violencia"[46].

Esta aparente disposición no empaña el carácter de centro de Washington, más que New York, determinado por la hegemonía militar y política que ejerce funciones de tutela y dirección global del sistema, a él le corresponde el liderazgo global.

Sin embargo, este carácter de centro, a pesar de su aparentemente incontestable definición, resulta problemática y no implica la no participación de otras instancias en la definición de la dirección del sistema "la estructura interna del Estado global es incierta y evolutiva"[47]. Admite, en una posición privilegiada asociada al centro, a diversos Estados-nación que juegan un papel fundamental en el sistema y, cuyas decisiones contribuyen a la dirección global en sus dimensiones políticas y económicas.

(45) SHAW, M.: "Theory of the global state...", op. cit., p. 190; también, "The state of globalisation...", op. cit.

(46) SHAW, M.: "The state of globalisation...", op. cit.

(47) SHAW, M.: "The state of globalisation...", op. cit.

La descripción del sistema de poder del "Estado occidental global" subraya por tanto tres cuestiones relevantes: La primera de ellas consiste en el reconocimiento de una hegemonía clarificada, militar, económica y políticamente, en los dos últimas décadas. La segunda es la admisión del papel de los Estados-nación en la estructura compleja del poder global. Esto significa, no tanto el fin de la soberanía estatal, sino el solapamiento con el poder global, que significa la pérdida de autonomía estatal en su definición clásica. "Hay un sistemático reparto de soberanía, la cual es relativizada respecto a la previamente única soberanía del Estado-nación"[48]. La tercera implica el reconocimiento de que la contribución de los Estados-nación al gobierno global no es la misma, la posición privilegiada de algunos, incluyendo uniones regionales (Unión Europea) permite su inclusión en el centro de la estructura de poder, si bien, no asumiendo las mismas funciones que la potencia hegemónica, especialmente, las vinculadas a la violencia, pero vinculadas a la dirección unitaria del sistema global.

Como vemos, al menos desde la perspectiva político-económica, el "Estado occidental global" conecta con la formulación de la globalización con la triadización, definidora de una nueva hegemonía.

Los problemas de articulación institucional de la estructura del poder global y su reconocida complejidad y confusión, la acercan más a una perspectiva de internacionalización de los Estados, especialmente los de la tríada, que asumen funciones que desbordan el contexto nacional, definidor de la forma estatal[49].

## C) Las relaciones centro-periferia en la globalización

Hasta ahora, el análisis de la globalización y de la organización del poder ha pretendido mostrar el papel relevante de los Estados, a pesar de su pérdida de autonomía y la lectura de la globalización como reordenación de la hegemonía mundial. Como hemos visto, esto aproxima la lectura de la globalización a la de triadización. Se trata ahora de evidenciar la correspondencia de esa estructura de poder con el diseño del sistema económico global y sus efectos, al fin y al cabo, la función de la nueva estructura de poder es la extensión y tutela del mercado global.

Como hemos señalado, parte de la legitimidad de la propuesta globalizadora consistía en afirmar el reparto de beneficios al conjunto del sistema, es decir, en posibilitar el acceso al desarrollo de la periferia. La vía hacia el desarrollo económico era su apertura a la entrada de los capitales y mercancías del centro, programa que hacía coincidir los intereses de los países del núcleo del nuevo sistema de poder[50].

Que las promesas de la globalización no traspasaron nunca ese umbral resulta incontestable. El balance de STIGLITZ, un autorizado desencantado del modo en que se ha llevado a cabo este pro-

(48) SHAW, M.: "The state of globalisation...", op. cit.

(49) PANITCH, L.: Intervención en "The state, globalisation and the new imperialism: a roundtable discussion", op. cit.

(50) GOWAN, P.: "Contemporary intra-corelations and world systems theory" en *une.ac.uk/ukrainecentre*.

ceso, es concluyente: "A pesar de los repetidos compromisos sobre la mitigación de la pobleza en la última década del siglo xx, el número de pobres ha aumentado en casi cien millones. Esto sucedió al mismo tiempo que la renta mundial total aumentaba en promedio un 2,5 por ciento anual (...) la globalización no ha conseguido reducir la pobreza, pero tampoco garantizar la estabilidad"[51]. Parece pues que los efectos económicos de la globalización contribuyen a acentuar la separación entre centro y periferia capitalista, incrementando la desigualdad[52] y que ello, lejos de ser un efecto indeseado, es estructural en el modelo de desarrollo capitalista y reforzado por los intereses de la triadización económica[53].

GOWAN describe la construcción de la coalición que sustenta el núcleo del poder globalizado en torno, entre otros, a dos ejes: consolidar la subordinación del trabajo y la hegemonía del capital en el sistema global y reforzar la expansión del capital del núcleo de la tríada, en los países de la periferia y semiperiferia[54]. La preservación de la hegemonía de la tríada se convierte en función del poder del nuevo orden. La asimetría en las nuevas relaciones económicas deviene así estructural. La posibilidad de que países emergentes conformen nuevos centros en el sistema globalizador resulta desmentida por los acontecimientos de la última década, profundizando su papel subalterno asociado a alguno de los centros de la tríada.

Los instrumentos de hegemonía, que profundizan la asimetría en la globalización económica, tienen que ver con lo que Amin ha llamado los cinco monopolios. Especial virtualidad tiene el monopolio en las áreas de la tecnología y el ejercido sobre el control de los flujos financieros a nivel global[55]. El primero de ellos adquiere significativa relevancia en la medida en que resulta la base de la competitividad, resultando el conocimiento un elemento de productividad determinante que ha sustituido al empleo intensivo del factor trabajo. A la vez, el factor tecnológico determina la nueva división internacional de trabajo profundizando la relaciones asimétricas centro-periferia.

Especial interés en la tutela de la asimetría representan los esfuerzos negociadores realizados en la apertura de los mercados. La Ronda Uruguay y las conversaciones que dieron lugar a la OMC (Organización Mundial del Comercio) presentan un ejemplo paradigmático. Por una parte, se abren los mercados de la periferia, manteniendo ámbitos relevantes de protección en el centro, por otra, se blinda especialmente el control tecnológico como garantía de hegemonía. "Pero el problema es el hecho de que el régimen de propiedad intelectual establecido en la Ronda Uruguay no era equilibrado y reflejaba sobre todo los intereses y perspectivas de los productores y no de los usuarios, en los países desarrollados o en desarrollo"[56]. Los efectos los hemos podido

(51) STIGLITZ, J.E.: *El malestar en la globalización,* Taurus, Madrid, 2002, pp. 29-30.

(52) AMIN, S.: "Mondialisation ou apartheid a l'echelle mondiale", op. cit. PIZZORNO, A.: "Natura della desugualianza, potere politico e potere privato nella società" en *Stato e mercato,* 2002, nº 16.

(53) AMIN, S.: "Mondialisation...", op. cit.

(54) GOWAN, P.: "Contemporary intra-correlations...", op. cit. También "A calculus of power" en *New left review,* 2002, nº 16.

(55) AMIN, S.: "Mondialisation...", op. cit.

(56) STIGLITZ, J.E.: *El malestar en la globalización,* op. cit., p. 33.

comprobar en el conflicto con las grandes industrias farmacéuticas en la lucha contra el sida. Pero si éste es el lado más evidentemente dramático del problema no reduce el alcance del factor tecnológico y su control como elemento de hegemonía.

Por otro lado, el control de los flujos financieros como vía de subordinación de la periferia ha quedado demostrado en la literatura económica. Ya hemos señalado que la liberación del mercado de capitales ha sido el motor de la globalización. Ello porque precisamente el sistema financiero internacional nacido de la II Guerra Mundial en Bretton Woods permitió la autonomía estatal en la política económica y constituía la base de la regulación política del mercado[57]. La influencia de la liberación de los mercados financieros tuvo consecuencias en la desestabilización de las economías nacionales de la periferia emergente, pero más determinante aún es la contribución de las instituciones financieras de la globalización (FMI y BM) en la tutela de los intereses financieros del centro a consta de profundizar la crisis económica de la periferia.

Las políticas impuestas por el centro tendían a generalizar ideológicamente un paradigma a la vez que garantizaban la hegemonía de éste, contribuyendo a la subordinación económica de la periferia. La globalización y sus instituciones consolidaban la asimetría como proyecto "Analizar el FMI como si estuviera defendiendo los intereses de la comunidad financiera es una manera de dar sentido a lo que en otro caso serían comportamientos contradictorios e intelectualmente incoherentes"[58].

## III. MIGRACIÓN Y GLOBALIZACIÓN

La literatura sobre la emigración ha estudiado el fenómeno desde dos perspectivas: por un lado, las causas de la misma, tratando de explicar los flujos migratorios y, por otro, la influencia en los países, tanto de origen como los receptores, de la emigración. En ambos casos prevalecen interpretaciones económicas y en el segundo aspecto, la tendencia es a acentuar un análisis basado en el cálculo económico. Los costes-beneficios son vistos en relación al sistema de protección del Estado social, los problemas de integración pasan a ocupar un lugar subordinado.

Tratar de buscar explicaciones al fenómeno migratorio puede parecer ocioso, al fin y al cabo, resulta incontestable que el factor primario está siempre relacionado con las condiciones de subsistencia en los países más desfavorecidos y las expectativas de mejora para la población de estos lugares. Sin embargo, otros factores entran en el análisis de la emigración que los relacionan con los efectos de la globalización. No debe olvidarse que la emigración es consustancial a la generalización del capitalismo como modo de producción. La desvinculación de los modos de

(57) EICHENGREEN, B.: *La globalización del capital,* A. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 190-2; COHEN, B.J.: *La organización del dinero en el mundo,* Fondo de cultura económico, México, 1984, pp. 115-20, 129-30-34-31.

(58) STIGLITZ, J.E.: *El malestar en la globalización,* op. cit., p. 261.

vida tradicional y la puesta a disposición del sistema productivo de amplias masas de trabajadores está en la base de la expansión capitalista tras la primera revolución industrial.

Igualmente, la desubicación geográfica fue una exigencia de la relación capital-trabajo en la constitución del ejército industrial de reserva que condicionó la extracción de la plusvalía de forma determinante hasta la generalización del fordismo.

La relación inmigración-mercado de trabajo en los países de centro ofrece una interesante perspectiva de análisis en lo que supone una necesidad estructural del sistema para garantizar la subordinación del trabajo en el postfordismo. Vamos pues a hacer un repaso somero a las explicaciones de la emigración, centrándonos en el denominado "mercado dual de trabajo", por entender que ofrece una mayor capacidad explicativa en el marco de la relación capital-trabajo, instaurada en el postfordismo globalizado.

## A) Las explicaciones de la migración

### a) Las interpretaciones neoclásicas

Desde estas perspectivas, el mercado de trabajo tiende a considerarse perfecto y, al menos como base teórica, ideal, minusvalorando su todavía fuerte carácter nacional. Sus análisis contemplan la migración como fenómeno genérico, desde el punto de vista teórico no realiza una distinción entre emigración interna e internacional[59].

La emigración es vista desde el punto de vista de la decisión del trabajador como un problema de coste beneficio inducido por la diferencia salarial existente entre el país receptor y el de origen. El flujo emigratorio va de los países con más bajos salarios a los de salarios altos.

El fenómeno migratorio se considera como un factor corrector, de equilibrio, en el funcionamiento del mercado de trabajo, que, a medio plazo, debe igualar el costo del factor trabajo eliminando las causas de su existencia. Es, desde el punto de vista de la oferta y la demanda, un factor de eficiencia en la asignación de recursos humanos que optimiza el funcionamiento del sistema[60].

Las migraciones formarían parte de las condiciones de competitividad de la economía y más en las actuales circunstancias. Eficiencia económica y migración son cuestiones estrechamente

(59) BORJAS, G.J.: "The economics analysis of immigration" en *Handbook of labour economics,* vol 3º, Ashenfelter y Card. North Holland, 1999, pp. 1697-1760; SJAASTAD, LA.: "The costs and returns of human migration" en *Journal of political economy,* 1962, nº 70, pp. 80-93.

(60) MASSEY, A.; ARANGO, J.; GRAEME, H.; KOUAOCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, G.: "Una evaluación de la teoría de la migración internacional: el caso de América del Norte" en *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial,* Icario, Barcelona, 1998, pp. 189-264.

conectadas[61]. La retribución del trabajo, el flujo migratorio y su cese, los efectos sobre los salarios y su corrección explicarían los beneficios globales para el sistema en términos de eficiencia.

Los costos de la migración para los países receptores tienden a ser siempre positivos, al menos, globlamente y a medio plazo, pues consiguen el desiderátum de incrementar la eficiencia del sistema.

Obviamente, los flancos de crítica que ofrece esta interpretación se derivan de la descripción ideal de mercados inexistentes, donde esta lógica globalizadora no existe. La tendencia al equilibrio que el sistema global debiera producir está dificultada tanto por la definición del mercado de trabajo, como el de bienes, escasamente globalizado el primero y con barreras limitadoras el segundo. La acción conjunta del trabajo globalizado y del mercado de bienes global debiera, en esta teoría, resolver un fenómeno que se explica por la desigualdad[62].

La perplejidad que muestran algunos autores en la verificación empírica de la teoría se explica por la desatención a los efectos de profundización de la asimetría entre centro y periferia que produce la globalización. Lo cierto es que estos autores[63]reconocen que la moderna migración se caracteriza por unos flujos cada vez mayores de trabajadores con un nivel de formación baja, sin que esto se explique por la propia teoría. Los efectos de la globalización real, también ahora desmienten la descripción ideal de un mercado incondicionado.

**b) El sistema mundial**

Frente a las explicaciones en las que la base de partida es la configuración nacional previa y en la que los flujos migratorios se explican por las diferencias salariales, estos autores conciben, en directa conexión con la globalización, el mercado y el sistema económico como una unidad[64] que trasciende a las unidades nacionales. La inmigración se impone como un imperativo del sistema, frente al cual sólo limitadamente pueden oponerse. "A nuestro juicio, el punto de vista de considerar a la inmigración como un aspecto interno del sistema global ofrece un punto de partida superior al enfoque tradicional que la considera como algo que tiene lugar entre naciones-estado separadas y que sólo debe evaluarse en términos de su impacto interno"[65]. Tampoco la diferencia salarial es determinante para explicar los flujos migratorios, pues, en ese caso, éstos deberían originarse en los países más pobres de la tierra y ser más sensible a los ciclos económicos en su comportamiento.

(61) BORJAS, G.J.: "Economics of migration" en *International Encyclopedia of the social and behavioral sciences",* Sect, nº 3, 4 febrero 2000, artículo nº 38.

(62) STALKER, P.: *Workers without frontiers. The impact of globalization on international migration,* op. cit., p. 131.

(63) BORJAS, G.J.: "Economics of migration", op. cit.

(64) PORTES, A. y BÖRÖCZ, J.: "Migración contemporánea. Perspectivas teóricas sobre sus determinantes y sus modalidades de incorporación" en *Cruzando fronteras,* op. cit., pp. 43-73.

(65) PORTES, A. y BÖRÖCZ, J.: "Migración...", op. cit.

El vínculo más directo, que proponen las teorías del sistema mundial, entre globalización y migración, se explica como sigue:

La penetración del mercado en los países de la periferia y en los del antiguo bloque del Este, destruyendo modos vitales y relaciones sociales previas, crean bolsas de población desplazada proclive a la emigración. Por otra parte, la organización de producción y la división internacional del trabajo tienden a favorecer la creación de polos de atracción de la población móvil.

En torno a la teorización de las ciudades globales, como centros de producción cualificada, se construye la demanda estructural de emigrantes. Estos focos de atracción generan una demanda propia de infra empleo propicia para atraer flujos migratorios, en una perspectiva de dualización del trabajo, de la que luego nos ocuparemos.

En definitiva, la globalización con la profundización de la desigualdad entre el centro y la periferia genera las condiciones para la creación de una bolsa de movilidad del trabajo que incrementa las tendencias existentes "los procesos de globalización económica crean un fondo de trabajadores móviles en los países en desarrollo y, al mismo tiempo, los conectan con los mercados de trabajo de ciudades particulares donde se necesitan sus servicios"[66]. Más allá del efecto llamada de las ciudades globales, la penetración del capital del centro del sistema en todos los mercados sin favorecer un intercambio libre contribuye a la creación de las bolsas de desarraigados que conforman el potencial migratorio.

Los estudios empíricos parecen sustentar esa vinculación directa entre globalización y migración que, por otra parte, no se opone a otras explicaciones, sino que las complementa.

Igual función complementaria cumple la teoría de las redes que, por sí misma, no pretende explicar el fenómeno sino la existencia de flujos preferentes entre países, que, de otra forma, serían de difícil comprensión. Desde esta teoría, la decisión de emigrar no tiene un carácter individual y su cálculo no es estrictamente económico. El peso de las relaciones históricas (las metrópolis y sus antiguas colonias), o las relaciones vinculares de flujos precedentes favorecen la dirección de los mismos y explica determinadas preferencias. Ciertamente, las redes amortiguan el peso del coste que padece el emigrante por la ruptura de sus vínculos vitales y esto favorece la migración[67], aunque los factores que definen las redes no abordan la relación entre migración, mercado de trabajo y extensión del capitalismo.

(66) MASSEY, D.S. y otros: "Una evaluación de la teoría de la migración internacional...", op. cit.

(67) GURAK, D. y CACES, F.: "Redes migratorias y la formación del sistema de migración" en *Cruzando fronteras...*, op. cit., pp. 75-110.

### c) El mercado de trabajo dual

a) En un estudio ya clásico[68] sobre la influencia de la inmigración en la estructura de clase de los trabajadores de la Europa occidental, se revelaba su contribución a la dualización del mercado de trabajo, consolidando una fragmentación del mismo, ocupacional y salarial.

La función estratégica en las relaciones industriales durante el período de crecimiento en la postguerra mundial se expresa claramente en la opinión de la patronal alemana "El gran valor que representa para nosotros el empleo de extranjeros está en el hecho de que tenemos a nuestra disposición un gran potencial de trabajo móvil"[69], utilizando la emigración como un mecanismo de regulación del mercado de trabajo.

La fragmentación a que contribuyen los flujos migratorios se manifiestan en la ubicación de los trabajadores extranjeros en los segmentos del mercado menos cualificados y en las remuneraciones más bajas, configurando un mercado dual. El de los trabajadores nacionales, más cualificados y mejor remunerados y el de los emigrantes que ocupan el segmento marginal del mismo.

Los efectos de la dualización del mercado, incluso en momentos de pleno empleo, época en que se desarrolla el análisis citado son, al menos, dos.

El primero es una contención salarial. Las bajas retribuciones presionan a la baja los salarios en general, no sólo los de la franja menos cualificada, donde es mayor el peso del fenómeno migratorio.

Es cierto que durante la edad de oro del Estado social, esta tendencia se manifestó con menos agudeza, fruto, tanto del pleno empleo, como de la normativa protectora del Derecho del Trabajo del Estado social. Pero existe una coincidencia en afirmar el efecto retardatario en el aumento salarial, producido por los inmigrantes[70]. Obviamente, este efecto se manifiesta con mayor agudeza y claridad, tanto en la recesión como en la nueva relación postfordista que se instauran en los mercados de trabajo.

En segundo lugar, la fragmentación del mercado de trabajo debilita globalmente al trabajo, socavando su capacidad negociadora.

(68) CASTLES, S. y GODULA, K.: *Los trabajadores inmigrantes y la estructura de clases en la Europa occidental,* Fondo de cultura económica, México, 1984.

(69) Manifestaciones de ULRICH FREIHERR. V. GIENANTH representante de la BDA alemana en 1966, recogidas en CASTLES y GODULA: *Los trabajadores emigrantes...,* op. cit., p. 116.

(70) CASTLES, S. y GODULA, K.: Op. cit., p. 420; ARAGÓN CASTAÑER, A.M.: *Migración internacional de trabajadores. Una perspectiva histórica,* Plaza y Vades, México, 2000, p. 70; HATTON, T.J. y WILLIAMSON, J.G.: *The Age of mass migration,* Oxford U. Press, Oxford, 1998, p. 252.

Las cuestiones que sugiere esta dualización son, por una parte, que la disposición de bolsas importantes de trabajadores para los sistemas productivos de los países desarrollados permiten recuperar la noción de ejército industrial de reserva, que actúa con mayor claridad en la medida en que se debilitan los factores históricos de freno: el pleno empleo y el fin de la tutela pública del trabajo.

Por otra, que la dualización traslada al núcleo privilegiado la relación general de subordinación entre centro y periferia, de la que es manifestación. "La emigración internacional de trabajadores forma parte de la relación global que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados. Está relacionado con los intereses de la clase dirigente de ambos. Para los primeros, la emigración proporciona un ejército de reserva industrial que contribuye a retardar los aumentos salariales y a conservar las elevadas ganancias. Además, la inmigración es ventajosa para los patronos, por el efecto que produce al debilitar el movimiento obrero y al dividir a la clase trabajadora"[71].

Los efectos de la inmigración en la dualización del mercado de trabajo se incrementan en los casos de la inmigración ilegal que introduce efectos de competencia y desigualdad más agudos.

b) La dualización del mercado como necesidad estructural:

La teorización de la inmigración como fruto de la dualización del mercado de trabajo fue iniciada explícitamente por PIORE[72]. Desde esta perspectiva, la dualización del mercado de trabajo es una necesidad estructural del capitalismo y es precisamente esta necesidad la que se convierte en un efecto llamada-atracción de la inmigración.

La caracterización de las modernas economías industriales como mercados variables introduce a la incertidumbre como factor determinante en el cálculo de la decisión empresarial[73], la respuesta a la incertidumbre es la segmentación del mercado de trabajo, con el mantenimiento de un sector móvil y especialmente disponible. El sector secundario se define por ocupar los puestos menos cualificados y peor remunerados, así como por su alta movilidad. Además, en la teoría del mercado dual, los dos segmentos estan rígidamente separados, con muy poca comunicación entre ellos[74].

El carácter estructural del dualismo explica la tendencia a trasladar las incertidumbres del mercado al trabajo, dentro de los distintos factores de producción. Favorecer la existencia de la dualización permite trasladar más fácilmente al trabajo los efectos de los ciclos económicos y las variaciones a nivel microeconómico, en la medida en que una parte del mercado de trabajo está

(71) CASTLES, S. y GODULA, K.: *Los trabajadores inmigrantes...*, op. cit., p. 473.

(72) PIORE, M.J.: *Birds of passage: Migrant labour in industrial societies,* op. cit.

(73) PIORE, M.J.: "Dualism as a response to fluxand uncertainty" en *Dualism and discontinuity in industrial societies.* BERGER, S. y PIORE, M.J., Cambridge U. Press, Cambridge, 1980, pp. 23-54.

(74) PIORE, M.J.: "An economic approach" en *Dualism and discontinuity...*, op. cit., p. 16.

más debilitada y sin capacidad de negociación y resistencia, incluso, por su composición, es especialmente afectable.

De de esta forma, los trabajadores migrantes tienden a formar el grueso de este sector del mercado de trabajo que resulta una exigencia del sistema. "En parte es la existencia de esas clases (grupos preindustriales) las que favorecen el sector secundario del mercado de trabajo. En el caso de los emigrantes, por ejemplo, los empresarios han sido muy activos reclutadores y es muy dudoso que los flujos migratorios hubieran alcanzado este volumen sin su iniciativa"[75].

Así pues, la migración es una consecuencia de este efecto llamada del sistema económico, donde intervienen obviamente otros factores que explican la dirección de los flujos migratorios, pero que sería difícil de explicar sin el efecto atracción del sistema que debe añadirse al efecto expulsión de la situación de los países de origen de los trabajadores emigrantes.

La propia evolución del mercado interno de trabajo en los países desarrollados, que permite el traslado al sector primario del mercado a un mayor número de nativos y la mayor protección de este sector convierte a la demanda de migración en un factor estructural para satisfacer demandas en sectores económicos todavía intensivos en el uso de mano de obra o cubrir empleos cada vez menos atractivos para los nacionales.

La función reservada al trabajador emigrante que expresaba el líder de la patronal alemana citada más arriba, ilustra la necesidad estructural de la migración y de la segmentación del trabajo.

## B) Postfordismo y flexibilidad del trabajo

No se trata ahora de describir el tránsito de las formas de inserción del trabajo en el sistema económico desarrollado en el esplendor del Estado social, a las nuevas formas de subordinación en el Estado postsocial. Sólo pretendemos señalar las coincidencias, en orden a la profundización de la dualización del trabajo, que plantea el postfordismo. La demanda fundamental que ha dirigido el capital, en la fase postfordista, al mercado de trabajo es la flexibilidad, frente al que se teorizaba como rígido fruto de la tutela reguladora desplegada por el Estado social[76].

La flexbilidad, lejos de significar el cambio de paradigma del trabajador postfordista (un trabajador cualificado y polivalente como sugerían ciertas teorizaciones[77]), ha tenido una aplicación diferente. Ha constituido el mecanismo de traslado de la competitividad al factor trabajo, materializado en el fin del garantismo en el Derecho del trabajo.

(75) PIORE, M.J.: "Dualism as a response to flux and uncertainty", op. cit.

(76) MAESTRO BUELGA, G.: *La constitución del trabajo en el Estado social,* Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 250-2.

(77) PIORE, M.H. y SABEL, C.: *La segunda revolución industrial,* Alianza Universal, Madrid, 1990, pp. 378-890; LOJKINE, J.: "De la revolution industrielle à la revolution informationelle" en *La crise du travail* (VV. AA.), PUF, París, 1995, pp. 36-48. Para una crítica de las propuestas de la especialización flexible, ver POLLERT, A.: "La ortodoxia de la flexibilidad" en *¿Adiós a la flexibilidad?,* Ministerio de Trabajo y SS, Madrid, 1994, pp. 45-83.

La flexibilidad se ha traducido en una mayor libertad empresarial en la gestión de la mano de obra, tanto en la dimensión numérica, como en la utilización del trabajador.

Flexibilidad significa contribuir a la dualización, también en el mercado de trabajo interno, donde los segmentos inferiores del mercado se vuelven más móviles y disponibles. Igualmente, flexibilidad implica precariedad en las condiciones de trabajo.

Fruto de esta demanda de los mercados ha sido la reforma de la normativa protectora de los mercados de trabajo paulatinamente instaurados desde la consolidación del Estado social. Ello ha representado la disolución de los vínculos garantistas y el reconocimiento de la libertad empresarial para trasladar al trabajo las necesidades del ajuste a las fluctuaciones económicas.

La precarización del trabajo ha sido una constante en la última década, de tal forma que los datos estadísticos confirman que el crecimiento de empleo se realiza en el sector más descualificado y en condiciones peores. La migración contribuye al proceso de dualización que provoca la flexibilidad postfordista, permitiendo la puesta a disposición del sistema de bolsas de recursos humanos en posición de aceptar las condiciones del sector secundario del mercado de trabajo, evitando así tensiones adicionales en el sistema[78].

Si flexibilidad del trabajo y dualización tiene una relación directa, la migración tiende a reforzar los procesos abiertos puesto que favorece las condiciones para la aplicación del programa flexibilizador.

## IV. CIUDADANÍA SOCIAL E INMIGRACIÓN

### A) Globalización y derechos

En la introducción sugeríamos que era en las cuestiones suscitadas por la migración donde la globalización expresaba su carácter paradójico, abriendo frentes y problemas difícilmente abordables desde las actuales dinámicas.

El primer problema que plantea la globalización como contradicción es la separación de las esferas de la economía y de la política. Si la globalización incompleta se predica del mercado, ésta penetra más difícilmente en el ámbito político, donde sólo se manifiesta como hegemonía de la tríada, directora del mercado global. Resta como problema la definición de la política como democracia, como imposición del Estado constitucional de la postguerra. El déficit de legitimación de la globalización se manifiesta con especial agudeza en la contradicción que plantea con la democracia en el doble ámbito interno e internacional, si todavía sigue siendo lícito mante-

(78) ARAGONÉS CASTAÑER, A.M.: *Migración internacional de trabajadores,* op. cit., p. 123.

ner la distinción[79]. En el ámbito estatal, porque la globalización opera como un mecanismo de ocultación de la política. El imponderable de las fuerzas externas actúa como forma de exclusión de la participación, como reducción del espacio de la decisión y por ello como reductor de la democracia. En el ámbito externo, la globalización económica excluye paralelamente la introducción de dinámicas participativas en las instituciones de la globalización, que permanecen rigurosamente ajenas a la lógica democrática y cuya única legitimación descansa en el paradigma del iusnaturalismo del mercado. Es la opacidad, mano oculta de los procesos económicos, redescubierta como autonomía del mercado, la que justifica el sistema de regulación global.

Frente a la contradicción insalvable de la globalización se alza como respuesta una nueva exigencia que, por utilizar la expresión de FERRESE[80] podríamos llamar la universalización del constitucionalismo. Implica esta propuesta la necesaria extensión del control de la decisión y la generalización de los derechos en un espacio ahora mundial, sobre la base de las declaraciones universales de clara inspiración constitucional. Sólo la extensión de la democracia garantiza la persistencia de ésta, incluso en el ámbito interno. "Más allá de metáforas, aquella no podrá darse si no es, a un tiempo, interna e internacional, si la política interna no se funde con aquella internacional y esta última con aquella interna, dando así vida a una forma nueva de democracia. Si permanecieran cerrados en sí mismos (...) arriesgando derivas autoritarias que, por lo demás, a menudo vienen evocadas"[81]. A pesar de las dificultades de tales propuestas y de la oposición de un pragmatismo realista articulado en torno a la idea de un Derecho supranacional mínimo[82], el problema de la relación entre el ámbito universal y el interno en los contenidos democráticos y especialmente en los derechos es una cuestión generalmente aceptada[83].

Ciertamente, esta interrelación de ámbitos de la democracia y los derechos ha introducido nuevos elementos de reflexión en la relación de ciudadanía como requisito para el disfrute de éstos.

Este nuevo reto teórico que reclama una revisión de la noción de ciudadanía en el ámbito estatal ha sido impulsado, precisamente, por la magnitud del fenómeno migratorio.

Las dimensiones y el carácter estructural de la migración consagra la existencia de núcleos de población relevantes numéricamente en los países de acogida, que, sin embargo, no acceden al pleno disfrute de los derechos. La diferencia de estatus jurídico y la dificultad para el disfrute de

(79) BONANATE, L.: "La política interna del mundo" en *Teoría política,* 2001, vol. 1, pp. 3-25; FERRAJOLI, L.: "Per una sfera pubblica del mondo", op. cit.; HABERMAS, J.: *La costellazione postnazionale...,* op. cit., p. 98.

(80) FERRESE, M.R.: "Las instituciones jurídicas de la globalizacion", op. cit.

(81) BONANATE, L.: "La politica interna del mondo", op. cit.

(82) ZOLO, D.: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico,* Carocci, Roma, 1998, pp. 57-59; también ZOLO, D.: "Libertad y propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli" en *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Trotta, Madrid, 2001, pp. 75-104.

(83) DE ASÍS, R.: *Las paradojas de los Derechos fundamentales como límites al poder,* Instituto de los Derechos humanos Bartolomé de las Casas, U. Carlos III, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 57-60; RODOTA, S.: "Diritto, diritti, globalizzazione" en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale,* 2000, nº 4, pp. 765-77.

los derechos constitucionales resulta insufrible cuando el número de excluidos tiene proporciones nunca pensadas, más aún, si se tiene en cuenta el fundamento teórico de los derechos que tiene una naturaleza universal. Por ello, no es de extrañar que alguna doctrina haya teorizado el derecho a migrar[84]y desde ahí la superación de los problemas jurídicos para la homogeneización del estatus de los residentes en el Estado. No resulta extraño, tampoco, que se haya recordado la tradición universalista de la teoría jurídica y la afirmación del derecho a migrar[85].

El derecho a emigrar, en estas posiciones, es deducido directamente de la Declaración Universal de la ONU (artículo 13.2) "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país", reiterado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 12.2 y 4). Aunque el derecho a salir del país, parecería, estrictamente considerado, como derecho a emigrar, no como derecho a la entrada en otro país[86], carecería de sentido si no incluyese también el derecho de entrada. Sólo es posible reconocer el derecho a la salida del propio Estado si éste lleva aparejado el de entrada en otro. La posibilidad del derecho a emigrar legitima la petición de entrada en los Estados de acogida[87]. Resulta evidente el carácter polémico de estas construcciones pero, a la vez, son elocuentes respecto a los intentos de construcción de fórmulas que, mediante la aceptación de la universalización de los derechos y la prevalencia del carácter personal de los mismos irradian efectos en los ordenamientos estatales.

## B) La revisión de la concepción de la ciudadanía

Desde varias perspectivas se ha propuesto la revisión del concepto de ciudadanía, en todos los casos se postula la desconexión entre ésta y la pertenencia al Estado, extendiendo los derechos a los residentes con independencia de su vinculación con el mismo. Frente a la ciudadanía acuñada desde el Estado liberal, como pertenencia del individuo al Estado, de la que se deriva un cúmulo de derechos-deberes, se sitúa la ciudadanía universal, que, al menos conceptualmente, rompe el vínculo entre derechos y ciudadanía[88].

HABERMAS funda su "ciudadanía universal" en la conexión entre ciudadanía e igualdad, que se eleva a principio definidor del sistema de derechos. El núcleo fundante de los derechos fundamentales es el derecho al igual disfrute de los mismos, por ello, el estatus de ciudadano se afir-

(84) SAULLE, M.R.: "Il diritto di migrare comme diritto fondamentale" en *Affari sociali internacionali,* 1992, nº 2, pp. 69-75.

(85) Ver la referencia de FERRAJOLI, L. a Francisco de VITORIA en "Dai diritti dei cittadino ai diritti della persona" en *La cittadinanza. Appartenenza, identitè e diritti,* Laterza, Bari, 1994, pp. 263-92.

(86) BELVISI, F.: *Società multiculturale, diritti, costituzione. Una prospettiva realista,* Clueb, Bolonia, 2000, cap. II, pp. 39-61, esp. 45.

(87) SAULLE, M.R.: "Il diritto di migrare comme diritto fondamentale", op. cit.

(88) FERRAJOLI, L.: "Derechos fundamentales" en *Los fundamentos de los Derechos fundamentales,* Trotta, Madrid, 2001, pp. 19-56.

ma sobre la igualdad[89], que necesariamente amplía el horizonte de la ciudadanía universalizándola.

La formulación de FERRAJOLI es, como hemos dicho, más radical, su pretensión es desvincular los derechos del concepto de ciudadanía, conectándolos exclusivamente a la idea de persona. El rechazo de la ciudadanía como base para la atribución de derechos se deriva de la contradicción que establece entre ciudadanía e igualdad[90]. Ciudadanía significa exclusión de los no ciudadanos del disfrute de los derechos. "Hoy, la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de estatus, el último factor de exclusión y discriminación en lugar de (...) inclusión e igualdad"[91].

Ciertamente, la noción de ciudadanía aparece inseparable de la de Estado y de su pertenencia a él[92], que le dotan de una cualidad excluyente poco apta para unos momentos que reclaman su generalización vinculados a la tutela de la persona, individualización del género humano.

En la clasificación de los derechos que FERRAJOLI propone, el papel de la ciudadanía muestra sus efectos perturbadores especialmente en algunos de ellos vinculados a ésta y que, sin embargo, debieran relacionarse con la de persona "significa, en particular, transformar en derechos de la persona los únicos dos derechos de libertad, hoy reservados exclusivamente a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países"[93].

La ruptura entre derechos y ciudadanía se vincula directamente con la extensión incondicionada de los mismos a los inmigrantes y a la universalización de los derechos en el ámbito estatal.

La desnacionalización de los derechos ha sido propuesta en relación con el multiculturalismo provocado por el asentamiento de bolsas de emigración significativas en los países desarrollados que destruyen la pretendida homogeneidad que justificaba la pertenencia al Estado y la construcción de la ciudadanía liberal[94]. "La principal tesis de este libro es que una teoría de la ciudadanía para la sociedad global debe estar basada en la separación entre nación y Estado (...) Esto significa un nuevo tipo de Estado que no está constituido exclusivamente o principalmente alrededor del nexo de territorialidad y pertenencia. La ciudadanía no debería estar conectada

(89) SARTEA, C.: "Verso un nuovo cosmopolitismo. La teoria della cittadinanza tra H. Avendt e J. Habermas", op. cit.

(90) FERRAJOLI, L.: "Cittadinanza e diritti fondamentali" en *Teoría política 1993,* nº 3, pp. 63-76; también "Derechos fundamentales", op. cit.

(91) FERRAJOLI, L.: "Cittadinanza e firitti fondamentali", op. cit.

(92) CATANIA, A.: *Stato, cittadinanza, diritti,* Giappichelli, Turín, 2000, p. 93.

(93) FERRAJOLI, L.: "Cittadinanza e diritti fondamentali", op. cit.

(94) CASTLES, S. y DAVIDSON, A.: *Citizenship and migration,* op. cit., cap. 1, pp. 1-25.

con la nacionalidad (...) Los mecanismos que convierten a la gente en ciudadanos deben tener en cuenta la igualdad de derechos como individuos y sus necesidades, intereses y valores como miembros de colectividades sociales y culturales"[95].

La inmigración como necesidad estructural de la economía triadizada no soporta el mantenimiento de núcleos de exclusión relevantes y reclama por ello la universalización interna de la ciudadanía.

Quizás por esta evidencia de los nuevos problemas que plantea la inmigración se ha pretendido teorizar una nueva fundamentación de la ciudadanía más pragmática, pero que supere las restricciones de la ciudadanía liberal, en su conexión con la residencia[96]. A pesar de los problemas de derecho positivo la realidad de la emigración, permanentemente inserta en los países del núcleo, debiera permitir una interpretación expansiva de los derechos "resulta ajeno a este proceso confiar el principio de prevalencia de las barreras territoriales (...) encauzando, de tal modo, un proceso de alcance mucho más amplio, constantemente alimentado hoy por el incremento de los fenómenos inmigratorios de masa en los países occidentales"[97].

Aunque es evidente que la vinculación de la ciudadanía a la residencia no resuelve el acceso a los derechos de los segmentos de inmigrantes aquejados de la exclusión más radical, los ilegales, supone el reconocimiento de la necesidad de superar las barreras positivas a la ampliación de la ciudadanía.

### C) La ciudadanía social

La economía de la migración ha mostrado que es en los sistemas de protección social donde se manifiesta el mayor foco de tensión en el cálculo coste-beneficio de la inmigración, ello a pesar de que la integración en el sistema protector es parcial y que sólo algunos de los derechos sociales se extienden a los no nacionales.

Si tenemos en cuenta los efectos de la inmigración en la dualización del trabajo, es en la dimensión pública donde el cálculo económico es más problemático. "Los conflictos de la emigración se derivan por la competencia por los recursos sociales, no por los privados que, como decíamos, en ellos no hay colusión de intereses"[98].

(95) CASTLES, S. Y DAVIDSON, A.: *Citizenship and migration,* op. cit., cap. 1, p. 24.

(96) CIANCIO, A.: "I diritti politici tra cittadinanza e risidenza" en *Quaderni costituzionali,* 2002, nº 1, pp. 51-68.

(97) CIANCIO, A.: "I diritti politici tra cittadinanza e residenza", op. cit.

(98) CORTÉS GARCÍA, J.: "Demografía, población, mercado de trabajo y Estado de bienestar" en *Procesos migratorios, economías y personas,* Mediterráneo económico (colección de estudios socioeconómicos), Instituto Cajamar, 2002, nº 1, pp. 287-3-2.

Como señala el último "Informe sobre las migraciones en el mundo" de la ONU, el inmigrante es un demandador de protección, su precariedad formativa y salarial le ubican en un estrato de la población de especial atención protectora, su capacidad de tributación, sin embargo, es escasa[99]. Mientras que en el ámbito privado, la profundización del dualismo incrementa su demanda, en el público supone un aumento del costo de la protección, lo que potenciará políticas restrictivas cuyo resultado será extremar la marginación incrementando las bolsas de ilegalidad[100] .

Si la ciudadanía social tuvo desde el principio dificultad jurídica para extenderse al conjunto de los ciudadanos, sin franquear la frontera del universalismo, su generalización a los no nacionales se ve dificultada tanto por el propio diseño de los sistemas, como por el criterio político interiorizado por las políticas migratorias, es decir, el cálculo económico.

La ciudadanía social en los países del Estado social no se configuró como normativa, las dificultades en la afirmación del estatus jurídico de los derechos sociales no son sino su manifestación. Cabe hablar más de "ciudadanía laboralista", que de ciudadanía social como manifestación de garantía universal de un estándar de protección[101]. La protección dependía, en gran medida, de la inclusión en el mercado de trabajo y fue la situación de pleno empleo y la lógica keynesiana de intervención económica la que garantizaba unos niveles amplios de protección. En estas circunstancias, también los inmigrantes, hasta los años setenta, tuvieron un acceso suficientemente generalizado a la protección. En la medida en que participaban de los efectos del círculo virtuoso keynesiano en el marco de una organización de la producción intensiva en el uso de mano de obra no especializada los elementos de inclusión en el sistema eran relevantes. La sinergia entre demanda y mercado privado y políticas públicas posibilitaba una lógica integradora.

El Estado social aportaba la integración de la inmigración mediante la compatibilidad entre protección y sistema económico en una situación de pleno empleo. La ciudadanía social, sin extenderse a los inmigrantes en su generalidad, permitía una inclusión a través del mercado. La situación muta sustancialmente cuando la relación protección-competitividad cambia de signo. El gasto en protección social pasa a ser entendido como un coste de producción internacional y menos como una fuente de demanda nacional[102]. La respuesta no es sólo la revisión del sistema prestacional del Estado social, sino dificultar el acceso al sistema intensificando los mecanismos de exclusión. La ciudadanía laboralista, en las actuales circunstancias, acentúa las tendencias descritas de segregación social.

(99) "Informe sobre las migraciones en el mundo en 2000", op. cit., p. 27.

(100) CARRASCO CARPIO, L.: "Impacto social y económico de la inmigración" en *Documentación laboral,* 2001, nº 66, pp. 23-45.

(101) MAESTRO BUELGA, G. Y GARCÍA HERRERA, M.A.: *Marginalidad, Estado social y prestaciones autonómicas,* Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 166-9.

(102) JESSOP, C.: "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización", op. cit.

Claramente, desde los años setenta y, más aún, durante la última década se puede describir la situación de la inmigración en términos de ajenidad a la dinámica inclusiva de la ciudadanía social del *Welfare state*.

En el caso de la inmigración legal, el declive del trabajo estable ha acentuado la dualización laboral confinando al trabajador extranjero a la precariedad, acentuando la desigualdad[103] y creando bolsas permanentes de pobreza. La integración por el mercado, que había funcionado parcialmente durante el Estado social, agota su capacidad de inclusión invirtiendo los efectos.

Por otra parte, la reducción del sistema de prestaciones en los sistemas de protección impiden atender las necesidades creadas por la nueva pobreza que afecta especialmente a los inmigrantes. La revisión de los sistemas de *welfare* profundiza los efectos segregadores[104].

En tercer lugar, la economización de las políticas migratorias, basadas en el cálculo coste-beneficio, produce dos efectos: Por una parte, frena el proceso de extensión de los derechos sociales a la población inmigrante, que sólo parcialmente, se integra en el sistema de *welfare*. Por otra, endurece la política de acceso, en condiciones de legalidad, a los países de destino.

Si entendemos que la demanda de mano de obra inmigrada es estructural y que está provocada por la oferta de trabajo precario fruto de la agudización de la dualización del mercado y, si se tiene en cuenta el factor de atracción y de demanda laboral de la economía informal, estaremos entendiendo la dimensión de la exclusión que genera el sistema.

Los datos que han podido extraerse en nuestro país, derivados de los procesos de regularización seguidos últimamente como consecuencia de la aplicación de las nuevas normas sobre extranjería, muestran cómo la mayoría de los inmigrantes estaban ocupados en la economía informal[105], que los excluye del sistema de protección.

Por otra parte, vista la dimensión que la economía sumergida tiene, la afluencia de migración ilegal continuará siendo una constante, manteniéndose el efecto llamada del sistema. La ilegalización es la expulsión más radical del sistema, la negación de la ciudadanía. La contradicción más flagrante es la que se produce entre el efecto llamada y la exclusión normativa, y es a la vez la vía más estéril para abordar la cuestión. Sin embargo, esta ha sido la forma de afrontar la realidad. El resultado es mantener como esferas incomunicadas el mercado y el ámbito público, en el segundo, la lógica de exclusión acaba complementando el programa globalizador tanto en la protección social, como en la extensión de la lógica del control.

(103) CASTLES, S. y DAVIDSON, A.: *Citizenship and migration,* op. cit., p. 113.

(104) CASTLES, S. y DAVIDSON, A.: *Citizenship and migration,* op. cit.

(105) CARRASCO CARPIO, C.: "Impacto social y económico de la inmigración", op. cit.

## V. LAS POLÍTICAS SOBRE LA INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Las políticas comunitarias en materia de migración tiene una corta historia, como se sabe, fue el Tratado de Maastricht el que incluyó la competencia sobre emigración dentro del tercer pilar comunitario, es decir, como objeto de coordinación intergubernamental. Sólo en la última reforma en vigor, la de Amsterdam, ha pasado al primer pilar introduciéndose plenamente en el ámbito competencial de la Comunidad. El título IV incluye, entre otras cuestiones, la inmigración. El artículo 63.3 establece el espacio competencial con relativa amplitud "a) condiciones de entrada y residencia; b) inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación", es decir, el corazón de una política en esta materia.

Aunque hasta el momento existen pocas decisiones normativas, contamos con un cierto cuerpo doctrinal que nos permite realizar algunas reflexiones.

El punto de partida es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre "una política comunitaria de migración" de noviembre de 2000 (com. 757), donde se pretende realizar una reflexión sobre la naturaleza de la inmigración actual, a la que se acompañan algunas propuestas. En torno a la necesidad, expresada por la Comisión, de cambiar la orientación de las políticas migratorias estatales y la percepción anterior del fenómeno, algún autor ha valorado positivamente la nueva receptividad apuntada por la Comunidad[106]. Sin embargo, tanto las propuestas normativas, como los posteriores desarrollos políticos, en especial las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla, del año pasado, desmienten estas consideraciones.

Los documentos en los que centraremos nuestro análisis serán: la referida Comunicación de la Comisión (757), del año 2000; la propuesta de directiva "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" de 2001, que intenta traducir las posiciones generales de la Comunicación y, por último, las conclusiones del Consejo de Sevilla, que suponen una inflexión en los principios que parecían inspirar inicialmente la política europea.

Como hemos dicho, la Comunicación establece los principios de la política de inmigración y, por ello, debe ser objeto de atención preferente.

A pesar de las expectativas que abre el diagnóstico de la inmigración, dos consideraciones recorren todo el texto: la primera es el lugar preferente que ocupa la inmigración ilegal frente a la que se oponen políticas represivas y, la segunda, el cálculo económico extremo como criterio general de decisión, reforzado por una lógica exclusiva que preside todas las consideraciones de la Comunicación, esta es la del mercado. Las demás cuestiones pasan a un lugar secundario. Por ello, cabría decir que el hasta ahora punto de llegada de la evolución comunitaria, representado por el Consejo de Sevilla, no es sino la conclusión lógica de estas premisas, aunque ha sido interpretado como una involución.

(106) PAJARES, M.: "Las políticas comunitarias en inmigración y asilo" en *Migración,* 2001, nº 10, pp. 7-58.

El diagnóstico parte de la necesidad de afrontar el nuevo fenómeno migratorio que por su magnitud es imposible desoír. Por otra parte, el análisis demográfico de la Unión y del mercado de trabajo llevan a reconocer la necesidad de la inmigración. La escasez de mano de obra, incluso en una situación de desempleo significativo, afecta tanto a mano de obra sin cualificar, como especialmente cualificada, donde el mercado empieza a mostrarse especialmente competitivo. Los déficit en ambos sectores del mercado amenazan la competitividad económica de Europa.

Realizado este diagnóstico, la propuesta es una vinculación estricta de la inmigración a las necesidades del mercado, introduciendo en la "gestión de los flujos", expresión clave que define la política comunitaria, la lógica de la flexibilidad. La inmigración se mercantiliza radicalmente. "La admisión de los emigrantes económicos deberá responder claramente a las necesidades del mercado de trabajo, particularmente respecto a los trabajadores muy cualificados, así como de los menos cualificados o los que no tienen cualificación, o los trabajadores temporeros. Las políticas de admisión para los emigrantes económicos deberán permitir que la UE responda rápida y eficazmente a los requisitos del mercado laboral (...) reconociendo su naturaleza compleja y muy cambiante (...) La necesidad de un enfoque flexible respecto a las cambiantes necesidades económicas" (Comunicación de la Comisión de noviembre de 2000).

La necesidad de adoptar un sistema altamente flexible llega a no recomendar la fórmula de cuotas y la introducción de mecanismos de excepción en la norma general, de fácil aplicación.

La visión mercantilista de la inmigración hace que, como principio, y, a pesar de las dificultades demográficas aceptadas, la política de inmigración se plantea como opuesta a una "política de reemplazo". Implica la consideración del inmigrante como una presencia transitoria y su relación de ajenidad con la sociedad de acogida.

El segundo elemento que articula la política comunitaria es la represión en la inmigración ilegal. Curiosamente, la Comunicación reconoce la inevitabilidad de este tipo de inmigrantes y la magnitud de los flujos ilegales "Además existe una considerable inmigración ilegal en la UE, que Europa estima en 500.000 personas al año, muchos de ellos trabajadores clandestinos" (Comunicación de la Comisión). En una estrategia de control de flujos la actitud sólo puede ser represiva, aunque se realicen referencias al control de la economía sumergida para limitar el efecto llamada. El control de fronteras y la expulsión se convierte en los mecanismos fundamentales.

Por último, la Comisión establece un vínculo entre política inmigratoria y derechos. Su propuesta es establecer un sistema de acceso a los derechos para los inmigrantes escalonado, de tal manera que sean los trabajadores de terceros países con residencia permanente los que se acerquen al estándar de protección jurídica de los ciudadanos comunitarios. Los inmigrantes ilegales continuarán extramuros a los mecanismos integradores. La comunicación acuña un término "ciudadanía cívica" que determina el acceso al sistema de derechos.

Estos principios han tenido un primer momento de concreción en la propuesta de directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países. Es aquí donde se

manifiesta con mayor claridad la concepción mercantilista de la política migratoria, el peso del control en la gestión de los flujos y, por tanto, las consecuencias, en términos de ineficacia de la lucha contra la inmigración ilegal. Aunque, sin embargo, se intensifique la represión.

La propuesta de la directiva reitera la pretensión de la gestión de flujos con la intención de proporcionar un marco flexible de adaptación a las necesidades económicas.

Igualmente, la inclusión en el sistema de derechos, que puede limitarse en atención a la duración de la residencia, se vincula directamente a la legalidad en el acceso a la residencia. La legalidad de la situación determina la inclusión en el sistema de derechos, no la situación *de facto*. El inmigrante ilegal permanece en la exclusión, de tal forma que la ciudadanía cívica es el resultado del filtro de admisión más que el estatus de la persona, aun inmigrante.

El elemento fundamental de la propuesta de la directiva es el endurecimiento de las condiciones de acceso a la residencia y al trabajo que, en la práctica, la inhabilitan como elemento regulador de la inmigración.

Los dos elementos en torno a los que se construye el sistema de acceso a los países de la Unión (permiso de residencia y trabajo) son: la prueba de escasez y la petición y por parte del empleador de un trabajador extranjero, en el país de origen.

La prueba de escasez obliga a través de un procedimiento complejo a acreditar la dificultad para cubrir un puesto de trabajo con ciudadanos de la Unión Europea. Se trata de proteger el mercado laboral nacional (Propuesta de directiva, comentarios al artículo 6). La condición de acceso al mercado de trabajo de los países de la UE se completa con el reconocimiento de restricciones que pueden imponerse en los tratados de accesión a los nuevos miembros, cuando se produzca la ampliación.

La prueba de escasez se logra mediante la publicación en los servicios de empleo de varios estados miembros durante, al menos, cuatro semanas, de la oferta sin que se haya recibido una solicitud de trabajo.

El artículo 5 de la propuesta de directiva regula el procedimiento para la solicitud de permiso de residencia-trabajo. Se prevé que sea el empleador el que solicite en el país extranjero un trabajador, a través de la representación de un Estado miembro en el país donde lo solicita. Además del requisito anterior y entre una prolija documentación administrativa, se exige "prueba de que el solicitante dispone de recursos suficientes para mantenerse a sí mismo y a los miembros de su familia, sin necesidad de depender de los servicios asistenciales del Estado miembro de acogida" [artículo 5.3.h)] de la propuesta de directiva.

Como resulta lógico, en un procedimiento tan exigente, la solicitud del permiso de residencia-trabajo no confiere al solicitante derecho a permanecer en el Estado miembro.

Semejante forma de acceso al mercado laboral de la Unión, con garantías de disfrute de una "ciudadanía cívica" restringida, se coloca de espaldas a la realidad de los flujos migratorios actuales,

contrastando incluso con el propio diagnóstico comunitario. La solicitud en origen ha sido especialmente criticada por ineficaz[107].

La forma de gestión de los flujos migratorios que propone la directiva supone *de facto* la vía a la exclusión incrementando el problema que se quiere evitar, es decir, la emigración ilegal.

Posiblemente sea por ello que el resultado del modelo lleve a extremar la dimensión represiva de estas políticas, trasladando el acento a la lucha contra la inmigración ilegal, en lugar de asentarlas en la integración. Parece que este es el resultado del Consejo de Sevilla que, aunque corregido en sus propuestas iniciales, aparece llamativamente escorado hacia la represión de la inmigración ilegal.

Los apartados que contienen las conclusiones referidas a asilo e inmigración son tres: el primero dedicado explícitamente a luchar contra la inmigración ilegal, el segundo dedicado a la "gestión coordinada e integrada de las fronteras exteriores" y el tercero a las relaciones de la Unión con terceros países. Este último, aparentemente menos vinculado con el control y represión de los flujos migratorios, se centra en el diseño de una política de acuerdos con países de origen de los trabajadores inmigrantes tendentes a garantizar su colaboración en la represión de la inmigración ilegal, vinculando la cooperación y su amplitud a la colaboración en este sentido.

"El Consejo Europeo estima que hay que llevar a cabo una evaluación sistemática de las relaciones con los terceros países que no colaboren en la lucha contra la inmigración ilegal. Esta evaluación se tendrá en cuenta en las relaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros con los países afectados, en todos los ámbitos pertinentes. Una colaboración insuficiente por parte de un país podría dificultar la intensificación de las relaciones de dicho país con la Unión" (ap. 35 de las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla). El inciso final del siguiente apartado de las conclusiones de Sevilla "y sin menoscabo de los objetivos de la cooperación para el desarrollo" (apartado 36 de las conclusiones) no empaña la claridad del vínculo entre colaboración y control de la inmigración antes expresado.

Lo que en todo caso conviene resaltar es que el Consejo de Sevilla no supone una ruptura con una política inmigratoria apenas esbozada dos años atrás, sino su conclusión lógica.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La estructuración de estas reflexiones ha pretendido conectar aspectos internos y externos evidenciados en la extensión del paradigma globalizador, desde una óptica constitucional. El análisis sobre las trasformaciones del Estado en la globalización pretendía mostrar al menos dos cuestiones: que la reorganización del poder global tiene que ver fundamentalmente con una reorganización de la hegemonía mundial después de la desaparición del "Bloque del Este" y que

(107) PAJARES, M.: "Las políticas comunitarias en inmigración y asilo", op. cit.

la perspectiva estatal no puede ser obviada en cualquier propuesta. Las consideraciones económicas de la globalización, presentada como triadización, están vinculadas con el mantenimiento y profundización de la asimetría centro-periferia. La referencia a las teorizaciones sobre la migración pretenden relacionar el fenómeno con los efectos de la agudización de la subalternidad de la periferia, a la vez que conectarlo con la subordinación del trabajo en el postfordismo. Por ello las conclusiones de nuestra reflexión pueden articularse como sigue:

a) Los problemas de déficit democrático de la globalización real plantean como respuesta la universalización de la democracia y los derechos. Desde esta perspectiva se ha hablado de extensión del constitucionalismo. La contribución de la cultura constitucional heredada de la II postguerra mundial reside en la generalización del paradigma de los Derechos como base de la convivencia global. Este parece que debe ser el punto de partida para el tratamiento de los flujos migratorios, es decir, trasladar al estatus personal del inmigrante la universalización de los Derechos, el desiderátum social constitucionalizado en el Estado social.

b) Si la globalización también puede ser teorizada como una nueva forma de hegemonía política, correspondiéndose con su visión económica como triadización, la perspectiva estatal necesariamente debe ser tenida en cuenta. Por ello, la propuesta de universalización de los derechos debe materializarse en el interior del Estado produciendo su extensión con independencia de las relaciones de pertenencia al mismo.

c) Los flujos de inmigración son expresión de la relación de subordinación centro-periferia y de su agudización por la economía triadizada. La extensión de los derechos no es más que la recuperación de la política y de su primacía en la lógica democrática frente a la triadización.

d) La explicación de los flujos migratorios tiene que integrar junto con el evidente efecto expulsión consecuencia de las difíciles condiciones de supervivencia en los países más desfavorecidos, el efecto atracción que la dualización del mercado de trabajo produce en las economías desarrolladas. Si el efecto llamada de la dualización es determinante, ninguna política de control y represiva será eficaz como regulación de estos movimientos.

   La persistencia en estas políticas precisan por ello alguna explicación. Tres son los efectos que produce la política de represión de la inmigración. En primer lugar acentúa la dualización del trabajo, debilitando el trabajo. En segundo, coadyuvan al discurso económico basado en el cálculo económico, oponiendo Derechos sociales y sistema económico y, por último, introducen una lógica disciplinante en el sistema, en unos momentos en los que con claridad se evidencia su déficit de legitimidad.

   La respuesta debe venir por la extensión de los derechos, en especial de los de contenido social, a los emigrantes que se encuentran en los países de destino, eliminando la separación de éstos en dos categorías: los ilegales y los aceptados.

e) Con independencia de la actuación en el campo de la ayuda al desarrollo, que no sería sino un reequilibrio de las relaciones centro-periferia. Incluso desde el punto de vista del mercado, vis-

to el peso del efecto llamada, el ámbito de actuación debiera ser el de reducir la dualización del mercado. La extensión de derechos a los inmigrantes permitiría avanzar hacia una paridad de coste que reduciría la atracción de un mercado altamente dualizado. No es de extrañar que algunos autores propongan este tipo de intervención[108]. La gestión del flujo inmigratorio mediante la equiparación real del inmigrante y el nacional puede resultar más eficaz, claro que carece de la virtualidad disciplinante y de los efectos de la dualización que aporta la política del control.

(108) STALKER, P.: *Workers without frontiers,* op. cit., p. 137.

Elisa García España
Profesora de Derecho Penal y Criminología
de la Universidad de Málaga
(egarciaes@uma.es)

II

# Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria

RESUMEN


## EXTRANJERÍA, DELINCUENCIA Y LEGISLACIÓN PENITENCIARIA

El debate sobre la etiología de la delincuencia, que los años 60 y 70 se centraba en la clase social, se ha tornado hoy día hacia la etnicidad, lo que se debe a que la línea divisoria entre clases sociales coincide a su vez con la línea de división racial. Esto significa que son los inmigrantes los que se sitúan en las capas sociales más bajas de la estructura social y, por tanto, sobre ellos recae el control social formal.

Para justificar ese mayor control o represión es necesario mantener viva la relación interesada entre los fenómenos inmigración y delincuencia.

Para ello se utilizan incorrectamente datos policiales de detenidos, y erróneamente datos penitenciarios.

Una de las consecuencias más nefastas de la asunción de esa relación la encontramos en el ámbito penitenciario: Ciertas previsiones en el ámbito de la regulación de extranjería obstaculizan el acceso al sistema penitenciario de progresión de grados y la posible reinserción social de un extranjero tras el cumplimiento de su condena, vulnerándose así uno de nuestros principios constitucionales.

Todo ello, junto con el fracaso de la política de excarcelación de presos extranjeros que se puso en marcha en 1993, posiciona a los extranjeros, tras su salida de prisión y permanencia en España, en una situación de riesgo delictivo mayor que en la que se encontraban supuestamente antes de su encarcelamiento.

## ALIEN STATUS, DELINQUENCY AND PENITENTIARY LEGISLATION

The debate on the origin of the delinquency that the 60's and 70's were focus on the social class, has turn nowadays toward the ethnicity, what is due to that the dividing line among social classes coincides on his part with the line of racial division. This means that the inmigrants are those that are located in the lowest social layers in the social structure and, therefore, upon them the formal social control falls.

To justify that bigger control or repression is necessary to keep alive the interested relationship between the inmigration and delinquency phenomena.

For it they are used incorrectly detainees' police data, and erroneously penitentiary data.

One of the most disastrous consequences in the assumption of that relationship finds it in the penitentiary environment: Certain forecasts in the environment of the alien status regulation blockade the access to the penitentiary system of progression of grades and the possible social reinsertion of a foreigner after the execution of their conviction being harmed this way one of our constitutional principles.

Everything it, together with the politics of foreign prisioners' release from prison failure that started in 1993, positions the foreigners, after their prison gone out and permanency in Spain, in a situation of more criminal risk that in the one that was supposedly before their imprisonment.

Elisa García España
II

SUMARIO

I. Introducción.

II. Tasa de delincuencia de los extranjeros en España.

III. Evolución de la población extranjera en las prisiones españolas. A) Datos oficiales de población reclusa. B) Explicaciones de su aumento.

IV. Derechos de los extranjeros en prisión. A) Comunicaciones y visitas (autorización por escrito/ folleto informativo). B) Formación y educación. C) Derecho a renunciar al abogado del turno de oficio. D) Intérpretes. E) Posibilidades de solicitar o renovar los permisos en prisión. F) Acceso al sistema de progresión de grados.

V. Medidas específicas de excarcelación de extranjeros.

VI. Consecuencias tras la extinción de la condena.

## I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas vamos a hacer referencia al tratamiento jurídico diferenciado del colectivo de extranjeros en las cárceles de nuestro país. Los objetivos que se persiguen son, en primer lugar, poner de manifiesto las deficiencias o ausencias del sistema penitenciario con respecto a los extranjeros; y, en segundo lugar, demostrar que las previsiones actuales sobre extranjería impiden alcanzar el principio constitucional de reinserción social (artículo 25 de la Constitución) en los extranjeros que han cumplido íntegramente la condena en nuestro país.

No obstante, comenzamos esta breve aportación cuantificando la participación de los extranjeros en la delincuencia en España, usando para ello correctores aplicados a las estadísticas oficiales tanto de población como de delincuencia.

## II. TASA DE DELINCUENCIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Las fuentes oficiales del conocimiento de la delincuencia son tres: policiales, judiciales y penitenciarias. Las policiales se refieren al número de detenidos, esto es, actuaciones policiales y delitos denunciados; las judiciales sólo son capaces de mostrar la cantidad de trabajo que anual-

mente soportan los tribunales de justicia, pues contienen datos del número de procedimientos penales incoados y las sentencias dictadas anualmente; y las penitenciarias nos ofrecen la delincuencia que ha sido castigada con la pena más severa actualmente en nuestro Código penal, que es la prisión, no computando otras condenas ni los sustitutivos penales.

De las tres fuentes anteriores, las estadísticas oficiales de delincuencia aportadas por el Ministerio del Interior (policiales) son las que más fielmente son capaces de aproximarnos a la delincuencia real, siempre y cuando realicemos una interpretación adaptada a los acontecimientos sociales.

Frecuentemente, las estadísticas penitenciarias y policiales son utilizadas con fines políticos, electoralista, etc. Sin embargo, no se hace una interpretación correcta y adaptada a la realidad. Sólo tras la aplicación de unos determinados correctores es posible alcanzar conclusiones acertadas.

Comencemos por conocer el volumen de detenidos según datos policiales para, en un paso posterior, aplicar los correctores oportunos:

**Tabla nº 1: Evolución de detenidos extranjeros y autóctonos entre 1994 y 2001**

| Años | Total de detenidos | Detenidos extranjeros | % |
|---|---|---|---|
| 1994 | 297.595 | 77.071 | 25,8 |
| 1995 | 287.595 | 74.134 | 25,7 |
| 1996 | 306.900 | 87.370 | 28,4 |
| 1997 | 297.555 | 85.355 | 28,6 |
| 1998 | 291.772 | 86.915 | 29,7 |
| 1999 | 314.470 | 103.144 | 32,7 |
| 2000 | 276.016 | 84.938 | 30,6 |
| 2001 | 313.956 | 116.139 | 36,9 |

**Fuente:** Centro del proceso de datos del Ministerio del Interior correspondiente a los años 1993-1996 y Anuario estadístico del Ministerio del Interior de 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

Ciertamente el porcentaje resultante en la cuarta columna de la tabla primera es bastante alto, habiéndose producido un considerable aumento en el último año. No obstante, a los datos expuestos en la tabla anterior hay que aplicarles una serie de correctores:

1.- En primer lugar, hay que desglosar las detenciones de extranjeros realizadas al amparo de la Ley de Extranjería. Desde 1997 las estadísticas aportadas por el Ministerio del Interior distinguen entre detenciones por delitos y por estancia ilegal (infracción administrativa).

**Tabla nº 2: Detenidos extranjeros por la comisión de un delito y por estancia ilegal**

| Años | Por comisión delictiva | Por estancia ilegal | % de detenidos extranjeros por delitos |
|---|---|---|---|
| 1997 | 36.512 | 48.853 (57,2%) | 10,5% |
| 1998 | 37.631 | 49.284 (56,7%) | 12,89% |
| 1999 | 43.276 | 59.868 (58,04%) | 13,76% |
| 2000 | 45.567 | 27.772 (39,06%) | 16,5% |
| 2001 | 58.190 | 44.139 (24,25%) | 18,8% |

**Fuente:** Anuarios estadísticos del Ministerio del Interior de 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

Como se expone en la tabla nº 2, las detenciones a extranjeros por motivos delictivos eran algo menos de la mitad del total de detenciones hasta 1999. En los dos últimos años se observa una reducción considerable del número de detenciones por estancia irregular, aumentando en contrapartida las detenciones por motivos delictivos. El descenso de detenciones por motivos administrativos coincide con el año de reformas de la Ley Extranjería (Ley 4/2000 y Ley 8/2000) que propició la regularización de muchos inmigrantes que se encontraban en situación irregular.

Si relacionamos sólo las detenciones de extranjeros por la comisión de un hecho delictivo con las detenciones de autóctonos, el porcentaje disminuye considerablemente con relación al primer resultado expuesto en la tabla nº 1. En concreto, en el año 2001 el 36,9% de las detenciones recayeron sobre extranjeros, pero sólo el 18,8% fueron motivadas por un hecho delictivo.

2.- El segundo corrector pasa por conocer quiénes forman la población de detenidos extranjeros. No todos los extranjeros detenidos por la policía son residentes legales en España, es más, muchos de ellos ni siquiera son residentes habituales en el país. Según los resultados del trabajo de campo realizado sobre un total de 999 expedientes penitenciarios de extranjeros, sólo el 62% residía en el país en el momento de cometer el delito, de los cuales el 70% se hallaba en situación de irre-

gularidad[1]. Esto quiere decir que existe una importante población flotante (aproximadamente un 40%) que no reside en nuestro país, pero que elige éste para cometer un hecho delictivo. Esta población infla las estadísticas policiales y penitenciarias, y nublan la realidad de inmigración en España de cara a la adopción de medidas de política criminal y penitenciaria.

**Tabla nº 3: Porcentaje de detenidos extranjeros residentes en España**

| Años | Total detenidos | Detenidos extranjeros residentes | % |
|---|---|---|---|
| 1997 | 297.555 | 22.637 | 7,6% |
| 1998 | 291.772 | 23.331 | 7,9% |
| 1999 | 314.470 | 26.831 | 8,5% |
| 2000 | 276.016 | 28.251 | 10,2% |
| 2001 | 313.956 | 36.078 | 11,5% |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos oficiales y resultados de una investigación de campo.

Hallado en la tabla nº 3 el porcentaje de detenidos extranjeros residentes –legales o irregulares– en nuestro país con respecto al número de detenidos autóctonos, interesa conocer ahora qué representa ese dato con relación al total de población inmigrante que de forma habitual reside en nuestro país.

**Tabla nº 4: Detenidos extranjeros por delitos en relación al total de población asentada**

| Años | Legales | Irregulares | Detenidos | % |
|---|---|---|---|---|
| 1997 | 609.813 | +65.000 | 22.637 | 3,3% |
| 1998 | 719.647 | +70.000 | 23.331 | 2,9% |
| 1999 | 801.329 | +85.000 | 26.831 | 3,02% |
| 2000 | 895.720 | +100.000 | 28.251 | 2,83% |
| 2001 | 1.109.060 | +462.957[2] | 36.078 | 2,29% |

**Fuente:** Los datos relativos a los residentes legales proceden de la Delegación de Gobernación para la Extranjería e Inmigración. Ministerio del Interior. Balance, 2001.

(1) Cfr. GARCÍA ESPAÑA, E.: *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico,* Tirant lo Blanch, 2001.

(2) Dato que resulta de la diferencia entre el total de extranjeros censados según el Instituto Nacional de Estadística (1.572.017) y el total de permisos de residencia concedidos por el Ministerio del Interior (1.109.060) en el año 2001.

El número de extranjeros legales e irregulares ha ido en aumento, al igual que el número de detenidos. Si correlacionamos los detenidos con la población asentada se observa que el porcentaje de detenciones, lejos de aumentar, ha descendido (de un 3,3% en 1997 a un 2,29 en 2001).

La relevancia del último porcentaje hallado surge de su comparación con el porcentaje de autóctonos detenidos en relación al total de la población nacional: Estimando la población española en unos 40 millones, la población detenida alcanza las tasas anuales expuestas en la segunda columna de la siguiente tabla:

**Tabla nº 5: Tasa delictiva de autóctonos**

| Años | En relación con la población total | En relación con la población activa |
|---|---|---|
| 1997 | 0,55% | 1,4% |
| 1998 | 0,51% | 1,28% |
| 1999 | 0,52% | 1,3% |
| 2000 | 0,47% | 1,19% |
| 2001 | 0,49% | 1,23% |

Estos datos, comparados con los hallados para la población extranjera, muestra que la tasa de delincuencia de extranjeros (2,29% en 2001) es algo más de dos puntos superior a la de los nacionales (0,49% en 2001). Sin embargo, esta afirmación debe hacerse con las oportunas matizaciones, colocándonos en estos momentos en el tercer corrector a tener en cuenta a la hora de interpretar los datos oficiales de delincuencia sobre este colectivo:

3.- La composición estructural de la población inmigrante –especialmente en relación al género y a la edad– no hace comparable su índice de delincuencia con el de la población nacional, ya que las características demográficas de las poblaciones que se comparan son muy diferentes: los extranjeros, y principalmente los inmigrantes, se concentran en edades de mayor riesgo delictivo, mientras que la población nacional está más dispersa (ancianidad, infancia,...). Por ello, es conveniente calcular la tasa de delincuencia de los autóctonos a partir de los datos de población activa (16 millones[3]), lo que hace elevar el índice de 0,49% al 1,23% en el año 2001, como se muestra en la tercera columna de la tabla anterior.

Atendiendo a este último dato, el índice de delincuencia de los extranjeros sigue siendo superior, lo cual tampoco es sorprendente si tenemos en cuenta que el 70% de los extranjeros detectados por el control social formal se encontraba en una situación de riesgo delictivo como es la de padecer una situación administrativa de irregularidad.

(3) Cfr. Proyecciones y estimaciones intercensales de la población, Banco de datos serie TEMPUS (INE).

## III. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN LAS PRISIONES ESPAÑOLAS

### A) Datos oficiales de población reclusa

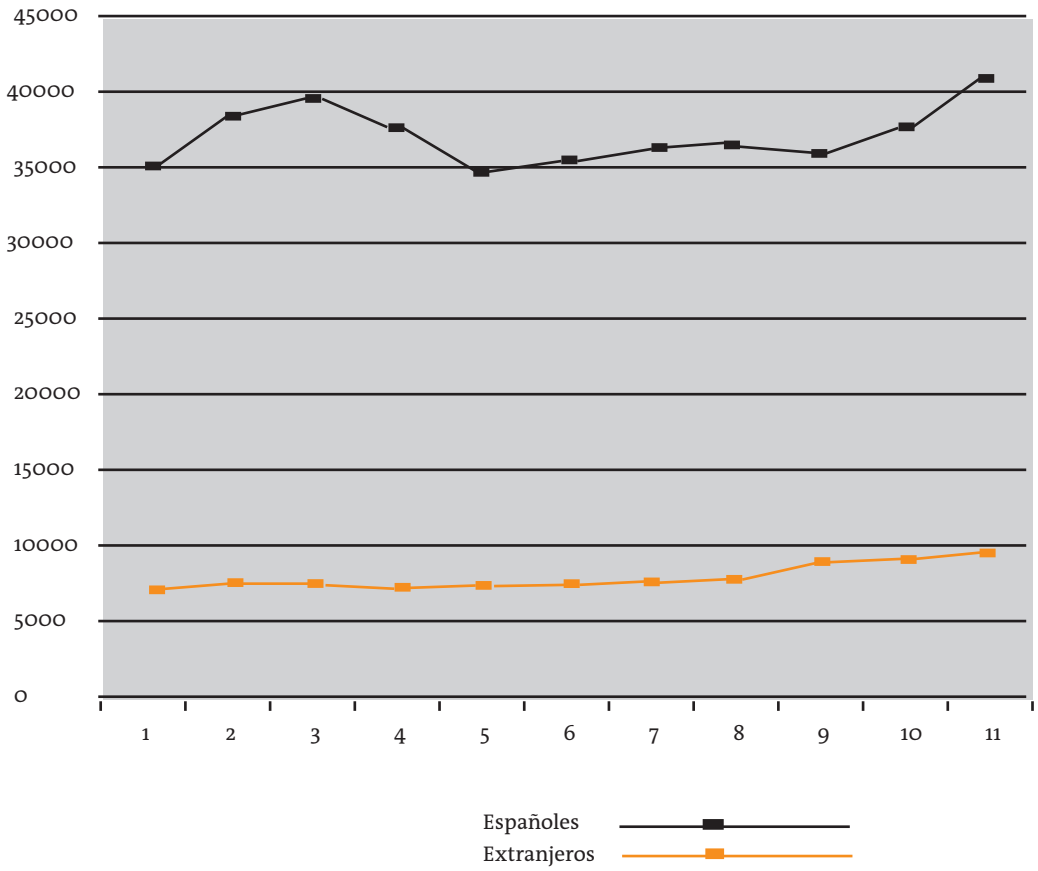
Tabla nº 6: Evolución de la población extranjera en prisión

| AÑOS | TOTAL RECLUSOS | EXTRANJEROS | % |
|---|---|---|---|
| 1992 | 41.894 | 7.014 | 16,7 |
| 1993 | 46.076 | 7.639 | 16,7 |
| 1994 | 47.144 | 7.573 | 15,8 |
| 1995 | 44.956 | 7.346 | 16,3 |
| 1996 | 41.903 | 7.263 | 17,3 |
| 1997 | 42.756 | 7.477 | 17,4 |
| 1998 | 44.370 | 7.850 | 17,6 |
| 1999 | 44.747 | 7.900 | 17,6 |
| 2000 | 45.309 | 8.990 | 19,84 |
| 2001 | 46.594 | 8.958 | 19,22 |
| 2002 | 50.537 | 9.692 | 19,17 |
| 2003 | 53.028 | ¿? | ---- |

**Fuente:** Gabinete Técnico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior.

Se observa en la tabla anterior que el porcentaje de extranjeros en prisión ha aumentado un 3% en 10 años. El crecimiento no es tan desorbitado como se nos pretende hacer ver. Véase la presentación gráfica de la evolución de la población carcelaria española, distinguiendo entre españoles y extranjeros, que a continuación se expone.

Evolución población carcelaria




Como puede observarse, la población penitenciaria ha aumentado con independencia de la procedencia de los reclusos. El volumen de españoles en prisión ha aumentado más que la población extranjera, la cual se mantiene en una línea ligeramente ascendente en contraposición a las oscilaciones más marcadas que presenta la línea representativa de la población española en prisión, que muestra un ascenso bastante superior en los dos últimos años (2001 y 2002).

Las cifras penitenciarias suelen utilizarse erróneamente como barómetro de la delincuencia. Aun incurriendo en este error, con los datos expuestos no es posible afirmar que son los extranjeros los que más delinquen. En todo caso podría afirmarse que la presencia de extranjeros en prisión refleja una nueva estructura de nuestra sociedad, más plural entre las clases más desfavorecidas.

## B) Explicaciones de su aumento

Según las cifras del Consejo de Europa para 1998 la media de población reclusa por cada 100.000 habitantes varía en los distintos países. Así, en los países nórdicos la media es de 54 reclusos por cada 100.000 habitantes; en los países centro-europeos es de 94; en la Europa del este es de 277 y en los países mediterráneos es de 103.

España tiene unos 115 reclusos por cada 100.000 habitantes.

Las cifras de encarcelados de los distintos países no se corresponde ni es proporcional con la criminalidad real de cada país. La explicación de la distinta tasa de encarcelamiento en esos países se encuentra en los modos o mecanismos para canalizar y controlar el fenómeno delictivo[4].

Concretamente en España, el ligero aumento de la población carcelaria extranjera no se explica simplemente por el aumento del movimiento internacional de personas (turistas, inmigración, etc.), sino también por:

1. El mayor uso de la prisión preventiva para extranjeros que para españoles.

**Tabla nº 7: Comparación relativa de la situación procesal-penal entre extranjeros y nacionales[5]. (Datos a diciembre de 2002)**

| Población | Total | Penados | Preventivos | % preventivos |
|---|---|---|---|---|
| Españoles | 38.420 | 32.509 | 5.911 | 15,38% |
| Extranjeros | 13.443 | 7.539 | 5.904 | 43,91% |
| Total | 51.863 | 40.048 | 11.815 | 22,78% |

**Fuente:** Congreso de los Diputados, 2003.

En esta tabla se observa que la prisión provisional es una medida que se aplica con mayor frecuencia a los extranjeros[6]. Esta práctica judicial queda justificada por el temor a que se evadan de la acción de la justicia, al ser extranjeros que, en la mayoría de los casos, carecen de domicilio o vínculos en el país.

(4) Cfr. GARRIDO, V.; STANGELAND, P.; REDONDO, S.: *Principios de Criminología,* Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2001.

(5) Datos obtenidos de la contestación de 21 de mayo de 2003 de la Secretaría General del Congreso de los Diputados a la solicitud de informe presentada por el Excmo. Sr. D. Carles Campuzano i Canadés, al Ministerio del Interior (Dirección General de la Policía), recabando el número de presos condenados por sentencia firme en los años 2001 y 2002, diferenciando entre españoles y extranjeros.

(6) Estos datos se confirman desde 1996. Ese año el 28,84% de los preventivos eran españoles en contraposición al 41,18% de preventivos extranjeros. Mayores diferencias se alcanzaron en 2001: Tan sólo el 15,5% del total de la población española encarcelada estaba en situación preventiva, aumentando el porcentaje a un 47,34% para la población extranjera.

Así pues, esta circunstancia es la que en mayor medida eleva la tasa de presos extranjeros en las prisiones españolas.

2. Condenas de muy larga duración (9-12 años) por tráfico de drogas transnacional.

Se trata de un colectivo que normalmente no reside entre nosotros en el momento de la comisión del delito. Es el colectivo que denominamos "población flotante". En mayo de 2001, de los 4.824 presos extranjeros penados, aproximadamente el 40% tenía penas superiores a seis años de prisión[7].

3. Menos posibilidades de acceso al sistema de progresión de grados (cumplimiento íntegro de la condena)[8].

Brevemente podemos adelantar que la regulación en materia de extranjería obstaculiza el proceso de resocialización del interno extranjero al condenarlo casi irremediablemente a una situación de irregularidad administrativa tras ser condenado a una pena de prisión superior a un año.

Esto es así debido a que el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería establece como causa de expulsión el haber sido condenado en sentencia firme a una pena privativa de libertad superior a un año. Los artículos 57.4 de la Ley de Extranjería y 100 del Reglamento de Extranjería de 2001 establecen que la sanción de expulsión **extingue cualquier autorización para permanecer en el país.** La sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los extranjeros que, entre otros motivos, tengan reconocida la residencia permanente (artículo 57.5 de la Ley de Extranjería), salvo que la infracción cometida "suponga una reincidencia en el término de un año de la comisión de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión". Esto es, dos o más condenas superiores a un año de pena privativa de libertad.

Por lo tanto, la mayoría de los extranjeros condenados a más de un año de prisión cae irremediablemente en la irregularidad.

La intención de esas previsiones es, a través de la situación administrativa irregular del extranjero, facilitar la aplicación de las medidas específicas de excarcelación previstas para ellos (sustitutivo penal de expulsión que se desarrolla *infra*). Sin embargo, no es frecuente la aplicación de estas medidas por los motivos que a continuación veremos. La consecuencia de todo ello es que la mayoría de los extranjeros condenados a más de un año de prisión caen en una situación administrativa de irregularidad que impide su acceso a permisos de salida, terceros grados o libertad condicional[9].

(7) Dato facilitado por un integrante del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias.

(8) Véase el apartado IV.E) de este trabajo.

(9) Cfr. *infra.*

4. Escasas excarcelaciones (expulsiones administrativas con autorización judicial en los preventivos; expulsiones como sustitutivos penales; cumplimiento de pena o de libertad condicional en el país de origen).

La frecuente negativa de los extranjeros a cumplir condena en sus países de origen, la imposibilidad legal de aplicar la expulsión para delitos de tráfico de mano de obra e inmigración clandestina (artículos 57.7 L.E. y 89 C.P.); el extendido criterio judicial de negar la expulsión en supuestos de tráfico de drogas transnacional; las dificultades para identificar a los extranjeros indocumentados por su no colaboración o la de sus embajadas; los numerosos trámites administrativos que conlleva la ejecución de alguna de esas medidas; la insuficiente coordinación entre las instituciones implicadas, etc. son algunos de los motivos de la escasa aplicación de los mecanismos de excarcelación previstos en la legislación española.

Veamos a continuación la frecuencia con que se aplicaron en el año 2002 las medidas de excarcelación[10] anteriormente enumeradas:

De los 13.443 extranjeros encarcelados en el año 2002, sólo 866 fueron objeto de aplicación de una de las medidas anteriores de excarcelación, lo que en términos relativos supone tan sólo un 6,44%.

| MEDIDAS DE EXCARCELACIÓN | EXTRANJEROS |
|---|---|
| Expulsión con autorización judicial de preventivos (art. 57.7 L.E. 8/2000) | 101 |
| Expulsión como sustitutivo de pena inferior a seis años de prisión (art. 89 C.P.) | 284 |
| Expulsión que sustituye el último cuarto de la pena en condenas superiores a seis años (art. 89 C.P.) | 7 |
| Cumplimiento de pena en el país de origen | 42 |
| Libertad condicional en el país de origen (art. 197 Reglamento Penitenciario) | 432 |
| TOTAL | 866 |

(10) La fuente de estos datos es el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias.

## IV. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN PRISIÓN

La Ley Orgánica General Penitenciaria[11] no establece una regulación distinta para los internos extranjeros. De hecho, proclama, de acuerdo a normas internacionales[12], la no diferencia de trato por razón de raza, religión, nacionalidad, etc.[13]. Por tanto, la condición de éstos, al menos en teoría, se equipara a la de los nacionales, ya que la no distinción expresa en relación a la ciudadanía nos llevaría a concluir que la extranjería no es un elemento motivador de discriminación: En principio, todos los internos se desenvuelven bajo las mismas normas, lo que parece responder, aparentemente, a un intento de desarrollar un régimen y un tratamiento normalizadores.

Sin embargo, la condición de extranjero sometido a la relación jurídica penitenciaria tiene algunas particularidades[14], que requieren una regulación específica. Precisamente, la modificación del Reglamento Penitenciario en 1996 se justificó, entre otros motivos, por el aumento de reclusos extranjeros entre la población carcelaria.

La supuesta adaptación de la reglamentación penitenciaria a la nueva realidad de las cárceles españolas se resolvió en apenas diez artículos, los cuales no satisfacen la verdadera situación de este colectivo en prisión.

A continuación se exponen, junto a los aspectos que fueron objeto de esta reforma, otros que considero de gran importancia para muchos extranjeros en prisión como, por ejemplo, la posibilidad de alcanzar una situación administrativa legal en España o de conservarla [apartado e)].

### A) Comunicaciones y visitas (autorización por escrito/ folleto informativo)

En el artículo 41.7 del Reglamento Penitenciario se limita a recordar que los extranjeros tienen estos mismos derechos que los nacionales. Esta declaración del principio de igualdad se concreta en cuatro artículos en los que se regula el derecho de comunicación con los consulados o representantes diplomáticos, el deber de la administración penitenciaria de editar en los idiomas de los grupos más representados en cada centro el folleto informativo que se da en el momento del ingreso sobre las normas de régimen interno y de informar sobre las distintas formas de excarcelación y expulsión que legalmente hay previstas.

El derecho de los extranjeros de comunicar con sus representantes diplomáticos viene recogido en el artículo 15.5 del Reglamento Penitenciario. Al ser un derecho, éste puede ejercerse o no. Si el interno manifiesta querer realizar esa comunicación debe previamente prestar su consentimiento por

(11) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que desarrolla la Ley.

(12) Cfr. el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, en el que se recogen las Reglas Mínimas del Consejo de Europa para el Tratamiento de los Detenidos, en el apartado 5.1.

(13) Así se recoge en el artículo 3 de la L.O.General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre.

(14) Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E.: "Los extranjeros en prisión", *Eguzkilore*, nº 7 extraordinario, 1994, p. 136.

escrito. Esto quiere decir, *sensu contrario,* que si el extranjero no da su autorización por escrito el centro penitenciario no puede en ningún caso contactar con sus representantes diplomáticos.

Puede parecer una obviedad teórica, pero en la práctica no es extraño encontrarnos con la contradicción de que el personal de prisiones, normalmente educadores o trabajadores sociales, tienen que intentar documentar al extranjero que ingresa indocumentado en prisión, atendiendo a una instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 14 de diciembre de 2001, al mismo tiempo que deben respetar que el interno no preste su consentimiento para contactar con el consulado o representante diplomático.

Efectivamente, la citada Instrucción establece como obligación de los centros penitenciarios *el inicio de los trámites necesarios* para obtener la documentación personal de los internos extranjeros (pasaporte o cédula de inscripción) a través de las autoridades policiales, judiciales o diplomáticas.

Sólo por vía diplomática es posible tanto la obtención del pasaporte como la acreditación fehaciente de la negativa de dotar de tal documento por parte de la embajada o consulado. En cualquiera de los dos casos es una condición indispensable que el extranjero preste su consentimiento por escrito.

El ejercicio del derecho a negarse a dar su autorización escrita para realizar los oportunos contactos con los representantes diplomáticos aborta la posibilidad de ser documentado.

El respeto a este derecho, recogido en una ley orgánica, obliga a una determinada interpretación de la instrucción de Instituciones Penitenciarias, a saber, que "el inicio de trámites" a los que se refiere la citada Instrucción quede reducido a preguntar al interno extranjero si presta su consentimiento por escrito para realizar tales gestiones.

### B) Formación y educación

Tras recordar nuevamente la vigencia del principio de igualdad también con respecto a este aspecto, se puntualiza la necesidad de facilitar el aprendizaje del castellano o de la lengua cooficial, se considera prioritario proporcionar a esta población una formación básica, y reconoce la necesidad de que existan publicaciones en otros idiomas en la biblioteca del centro dependiendo del número de internos extranjeros que existan en el centro.

### C) Derecho a renunciar al abogado del turno de oficio

Una queja frecuente de los internos extranjeros en prisión es la referida a que sus abogados designados de oficio no suelen visitarles en prisión con la periodicidad adecuada. De hecho, no son pocas las ocasiones en las que el abogado se encuentra por primera vez con su cliente en la misma puerta de la sala el día de celebración de la vista oral.

Es obvio que esta situación quebranta frontalmente el derecho a la defensa de los internos extranjeros en prisión. Por eso, es necesario poner de manifiesto que el extranjero en prisión

preventiva que se sienta desasistido por su abogado de oficio, debido a que éste no acude al centro penitenciario para informarle periódicamente de su causa y a planificar con él su estrategia defensiva, tiene el derecho de interponer queja ante el Colegio de Abogados y a solicitar que se le designe un nuevo letrado del turno de oficio.

## D) Intérpretes

No existen intérpretes en prisión. Desde mi punto de vista, la incomunicación a la que se ve sometida un extranjero que desconoce el castellano en una prisión española roza la indefensión en dos vertientes: Una de ellas, afectando al derecho de defensa cuando son visitados por sus abogados del turno de oficio y éstos se encuentran con un problema de incomunicación con sus clientes a causa de la barrera lingüística[15]. Ésta les impide formular una estrategia de defensa adecuada durante el período de prisión provisional. Esta situación podría quedar subsanada con la dotación presupuestaria suficiente por parte de la entidad competente para la existencia de intérpretes que puedan acompañar a los letrados del turno de oficio penal, a los del Servicio de Orientación Penitenciaria y a los del Servicio de Orientación Integral al Extranjero en sus asistencias tanto en prisión como fuera de ella.

La otra faceta de indefensión se produce en el desarrollo de su vida dentro de prisión. El punto álgido de esta situación se produce en el supuesto de hecho recogido en el artículo 242.2.j) del Reglamento Penitenciario. En este precepto se brinda la *posibilidad* a un no nacional que desconozca el castellano de ser asistido como intérprete por un funcionario o interno que conozca su idioma en un expediente disciplinario. Las importantes consecuencias que se derivan de un expediente disciplinario (restricción de derechos más allá de lo impuesto en la sentencia) deberían tomarse con la suficiente seriedad como para que la asistencia por un intérprete oficial en, al menos, la tramitación de ese expediente fuera un *derecho reconocido* para estos internos[16].

## E) Posibilidades de solicitar o renovar los permisos en prisión

Las posibilidades de solicitar o renovar los permisos de residencia y/o trabajo estando en prisión son diferentes según la situación penitenciaria en la que se encuentre el interno extranjero.

Para el extranjero que se encuentra en situación *preventiva*, sin ninguna otra causa penada, el principio de presunción de inocencia le dota de posibilidades para solicitar o renovar su permiso, siempre y cuando el extranjero cuente con las condiciones legales exigidas para ello.

Ya conocemos casos en los que se ha concedido el permiso inicial o la renovación de un permiso anterior estando en prisión preventiva. Sin embargo, el problema surge cuando, concedido el

(15) Este es uno de los motivos por el que, en ocasiones, los letrados desisten de visitar a sus clientes extranjeros en prisión.

(16) Sobre este particular, la Asociación Málaga Acoge junto con otras asociaciones que prestan su servicio voluntario en prisión han presentado queja ante el Defensor del Pueblo.

permiso administrativo de residencia, se requiere la presencia física del solicitante inicial[17] o del renovante en la comisaría de policía para la firma e imposición de la huella dactilar.

Si bien es habitual el desplazamiento de un operativo policial para el estampado de la huella dactilar en los supuestos de renovación del documento nacional de identidad (DNI), no es frecuente esa práctica para los supuestos de concesión o renovación de permisos de residencia a extranjeros. Estos permisos caducan por el transcurso de los tres meses exigidos administrativamente para la retirada del mismo. No es extraño que se produzca esa caducidad del permiso en los supuestos en los que el extranjero padece una situación de prisión provisional.

Desde mi punto de vista, se hace necesario exigir el desplazamiento de un operativo policial para estos supuestos a fin de no incurrir en la vulneración del principio de igualdad, y en la limitación de futuras posibilidades de integración en España.

En caso de negativa por parte de las autoridades policiales a realizar tal desplazamiento sería conveniente remitir un escrito al juez de la causa con preso solicitándole que, alternativamente, libre un oficio a la policía para que se traslade a la prisión para realizar tales gestiones administrativas o bien autorice la conducción del extranjero hasta la comisaría de policía con la misma finalidad.

En una situación similar se encontrarán los extranjeros que, teniendo un permiso de residencia permanente, tengan que cambiar su tarjeta por haber transcurrido los 5 años de vigor.

Distinta es la situación de los internos *penados*. Como se dijo *supra,* los permisos de residencia y/o trabajo (incluso el permanente) se pierden si el extranjero es condenado a más de un año de prisión. Y no podrá volver a **solicitar** otro permiso para residir en el país hasta que, cumplida la pena, no haya cancelado los antecedentes penales.

En caso de que al extranjero no se le sancione con una expulsión administrativa y, por tanto, no se le extinga la autorización para residir en el país, la existencia de antecedentes penales le impide, hasta el cumplimiento íntegro de la pena en España (artículo 31.5 *in fine*), **renovar** cualquier permiso de residencia que tuviere.

*Cumplida la condena*, el extranjero podrá solicitar un permiso de residencia y/o trabajo una vez haya cancelado los antecedentes penales. El período de cancelación de éstos depende de la gravedad de la infracción cometida. Como se observa en la siguiente tabla, para los supuestos que nos ocupa, esto es, condenas superiores a un año, el tiempo de cancelación oscila entre tres y cinco años tras el cumplimiento definitivo de la condena.

(17) Los casos que conocemos se han acogido a alguno de los supuestos de arraigo.

Tabla nº9 : Cancelación de antecedentes penales

| PENAS | PLAZOS |
|---|---|
| Leves | 6 meses |
| Menos de 12 meses e imprudencias | 2 años |
| Menos graves (hasta 3 años de prisión) | 3 años |
| Graves | 5 años |

## F) Acceso al sistema de progresión de grados

El contenido del Reglamento Penitenciario de 1996, expuesto sucintamente en los anteriores apartados A), B) y C), parece insuficiente con respecto a la población reclusa extranjera, pues no establece ninguna regla específica para los internos extranjeros indocumentados y que no tienen arraigo suficiente en España. Estos requisitos son imprescindibles de cara a la obtención de ciertos beneficios penitenciarios. Además hay que recordar que la regulación actual de la extranjería hace que los inmigrantes condenados a más de un año de prisión caigan directa o indirectamente en una situación de irregularidad como expusimos *supra*. Esta situación administrativa de irregularidad condiciona en exceso el tratamiento penitenciario en los siguientes aspectos:

Los **permisos de salida** son de tres tipos: ordinarios, extraordinarios y para salidas programadas en grupo. Los ordinarios, que son sobre los que centraremos la atención, se conceden a los internos que hayan extinguido una cuarta parte de la condena y observen buena conducta, teniendo una duración total máxima de 36 o 48 días por año[18]. Su objetivo es ayudar al interno, a través del contacto con el mundo exterior, a reinsertarse socialmente y a prepararse para su vida en libertad. Se deniegan si se considera probable que el solicitante quebrantará la condena, volverá a cometer nuevos delitos o el permiso repercutirá negativamente en él.

No existe ninguna especificidad legal respecto a la concesión de permisos de salida a los extranjeros. Sin embargo, la práctica penitenciaria califica la extranjería como un elemento de riesgo en relación al no reingreso tras el cumplimiento del permiso[19]: La Instrucción 22/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de 16 de diciembre de 1996, sobre permisos de salida, establece las condiciones para la autorización de éstos. La situación ha variado muy poco en relación a la Circular anterior, de 4 de octubre de 1978. En ésta se recogía expresamente

(18) Cfr. los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154-159 de su Reglamento.

(19) Cfr. HERNANDO GALÁN, M.B.: *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario español,* Colex, 1997, nota al pie en p. 45.

que los internos no españoles podrían disfrutar de los permisos cuando tuvieran vinculación familiar arraigada o los representantes consulares se comprometieran a recogerlos y devolverlos; y en supuestos verdaderamente excepcionales cuando al Director le constara con certeza que no aprovecharía la ocasión para escaparse.

Pues bien, casi veinte años después, pese a la evolución experimentada por España como país receptor de inmigración y al aumento de población reclusa extranjera a la que hay que dar alguna respuesta, la política de concesión de permisos de salida a este colectivo no ha cambiado. Así, la Instrucción de 16 de diciembre de 1996 se acompaña de una tabla de diez variables de riesgo. Entre ellas está la extranjería y dentro de ésta tres situaciones distintas: La de los extranjeros pertenecientes a países de la Comunidad Europea con buena vinculación o apoyo institucional; la de cualquier extranjero que pueda acreditar algún tipo de vinculación personal o con asociaciones que tutelen a los extranjeros durante el tiempo que dure el permiso; y, la tercera, la de aquellos que no tengan vinculación en España ni sean solventes.

El riesgo mayor de no reingreso se otorga a la tercera situación, disminuyendo aquél conforme las circunstancias se asemejan a las otras dos. Los inmigrantes serán, dentro del colectivo de extranjeros, los que por sus circunstancias se encuentren más a menudo en un supuesto catalogado de máximo riesgo. De ahí que, pese a la existencia de una ley formalmente igualitaria, la condición de inmigrante aparece en el fondo como causa de discriminación de esta minoría.

Además es importante recordar que no hay estudios que demuestren que los inmigrantes que gozan de permisos de salida quebranten más las condenas durante su disfrute que otros grupos de reclusos[20]. Por tanto, las decisiones adoptadas carecen de una apoyatura científica, respondiendo más bien a una percepción distorsionada de esta minoría: una experiencia negativa con un miembro de ésta puede inundar de subjetivismo la visión que se tenga sobre casos futuros semejantes.

Si la extranjería es un supuesto de riesgo porque se asocia a la ausencia de arraigo familiar, una forma de solventar este obstáculo sería que las asociaciones humanitarias avalaran al interno, responsabilizándose del mismo durante sus salidas de prisión. El problema que plantea esta vía es que ni la Ley ni su Reglamento han previsto expresamente que aquéllas puedan suplir la falta de arraigo. No obstante, esta solución se puede encauzar a través del artículo 62.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 en la medida en que establece genéricamente que desde la Administración se fomentará la participación de asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda a los reclusos extranjeros[21]. Pero, a la vista de los términos en que está redactado el precepto, su puesta en práctica va a depender mucho de la voluntad de los responsables públicos. Las inicia-

(20) El apoyo sin más en la evolución estadística no me parece adecuado para adoptar decisiones en esta materia, sobre todo cuando la interpretación de los datos no se hace aplicando los oportunos correctores y atendiendo a variables diversas. En relación al soporte estadístico en torno a la evolución en la concesión de estos permisos cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito,* Civitas, tercera edición 1996, p. 125.

(21) En parecidos términos se manifiesta la Instrucción 22/1996, dando por hecho una relación de colaboración entre Instituciones Penitenciarias y asociaciones dedicadas específicamente a la ayuda del preso extranjero.

tivas de la sociedad civil al respecto son escasas hasta el momento y son pocas las ciudades que cuentan con programas de ese tipo en funcionamiento efectivo.

La clasificación de los penados en grados penitenciarios contextualiza el tipo de régimen y de tratamiento resocializador. El **tercer grado penitenciario**[22] es un régimen de cumplimiento en semilibertad al que se asignan aquellos internos que, a la vista de sus circunstancias personales y penitenciarias, tengan capacidad para ello[23]. Su objetivo es preparar al interno para su posterior vida en libertad, pues tiende a la reinserción laboral y social del sujeto en el medio libre[24].

La falta de documentación determina que la modalidad de esta fase de cumplimiento sea, cuando se conceda, la del régimen abierto restringido. De este modo, la falta de dicho requisito administrativo impide, en muchas ocasiones, que los extranjeros disfruten de un régimen de vida ordinario en semilibertad: La indocumentación, que es una barrera infranqueable de cara a la reinserción laboral plena, lo es también para el disfrute del régimen abierto ordinario, aunque no para la clasificación en tercer grado. Sobre este particular hay quien propone la creación de un permiso laboral especial para estos casos[25], en la medida en que constituye parte del tratamiento penitenciario y un derecho fundamental del recluso extranjero que hay que respetar, lo que fundamentaría una exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería por prevalecer la especial relación penitenciaria. De hecho, ha habido ocasiones en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha concedido *extra lege* permisos de trabajo a extranjeros condicionados al tiempo de duración del tercer y cuarto grados penitenciarios.

Con la Ley de Extranjería 4/2000, y su reciente reforma por Ley Orgánica 8/2000, no se ha alcanzado a solucionar esta disfuncionalidad del sistema, perdiendo la oportunidad de dar la posibilidad de que el inmigrante en prisión renueve u obtenga un permiso, aunque sea de forma excepcional, que le permita, en caso de ser imposible su expulsión, acceder al tercer grado ordinario o a la libertad condicional. Esto no sólo está impidiendo su reinserción, sino que denota de forma clara la discriminación institucional que recae sobre este exogrupo.

Mientras que para los reclusos autóctonos la obtención de la **libertad condicional,** por lo general, no plantea dificultades[26], para los extranjeros esta posibilidad se torna difícil, porque la situación de irregularidad administrativa imposibilita el cumplimiento de uno de los requisitos legales exigidos para su concesión, como es que el penado cuente con un "pronóstico indivi-

(22) Recientemente algunos requisitos para la obtención del tercer grado y la libertad condicional han sido objeto de reforma por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. El contenido de esta reforma no afecta a los aspectos estudiados en el texto.

(23) Cfr. el artículo 102.4 del Reglamento Penitenciario de 1996.

(24) Cfr. HERNANDO GALÁN, M.B.: Op. cit., 1997, p. 58.

(25) Cfr. VARONA MARTÍNEZ, G.: "Extranjería y prisión: ¿Igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?", *Eguzkilore,* nº 8, 1994, pp. 63-87.

(26) A salvo de lo previsto en la última reforma. Cfr. *supra*.

dualizado y favorable de reinserción social". Según la Ley de Extranjería, la documentación administrativa es una condición indispensable para vivir en España, y, por tanto, imprescindible para comenzar un proceso de integración en la sociedad.

Lo curioso es que, debido a la causa de expulsión de "haber sido condenado a una pena de prisión superior a un año", la inmensa mayoría de los internos se encontrará en una situación irregular a la hora de acceder a la libertad condicional.

A pesar de lo anterior, existe un criterio judicial que considera que la libertad condicional no puede hacerse depender de la situación administrativa del interno extranjero en prisión. Con base en este argumento se conceden algunas libertades condicionales. El auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria concediendo ese cuarto grado penitenciario debe ser interpretado como una autorización para residir en el país, pues el extranjero en esa situación está a disposición de la autoridad judicial española, sin que sea posible en ningún caso su expulsión administrativa. Partiendo de esta premisa, es posible, y así se hace en los partidos judiciales que tienen ese criterio, solicitar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales una autorización para trabajar durante el período de tiempo que dure la libertad condicional.

El problema surge tras finalizar el período de libertad condicional, ya que el extranjero no puede proseguir con el permiso administrativo que le permitía trabajar debido a que ya no se encuentra en una situación de "residencia judicial" (esto es, no puede acogerse a la excepción recogida en el artículo 31.5 *in fine* de la Ley de Extranjería) y, además, no puede solicitar un nuevo permiso de residencia por contar con antecedentes penales. El principio constitucional de reinserción social se ve vulnerado en esta ocasión a consecuencia de una norma administrativa que regula la estancia de extranjeros en el país: Habiendo accedido al sistema de progresión de grados y aprovechado esa circunstancia favorablemente, el extranjero encuentra su proceso de integración social post-carcelario obstaculizado por la norma administrativa que regula la extranjería.

## V. MEDIDAS ESPECÍFICAS DE EXCARCELACIÓN DE EXTRANJEROS

Las medidas específicas de excarcelación de extranjeros son la expulsión como sustitutivo penal (tanto de la condena íntegra cuando ésta es inferior a seis años como del último cuarto de la pena cuando ésta es superior a seis años), y el cumplimiento de la pena o de la libertad condicional en el país de origen.

No se debe confundir la sustitución del último cuarto de la pena por la expulsión (artículo 89 del Código penal) con la libertad condicional en el país de origen que se regula en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario y que se aborda *infra*. La confusión procede de la necesidad de que, para conceder esta expulsión, el interno extranjero haya cumplido las tres cuartas partes de la pena, requisito temporal también exigido para el otorgamiento de la libertad condicional. El legislador ha elegido ese período de tiempo como el necesario para que nuestro ordenamiento jurídico quede reafirmado a pesar de la expulsión, pero no como equiparador a la libertad condicional. Ni los requisitos, ni la autoridad competente para autorizarlas, ni las consecuencia jurí-

dicas derivadas de cada una de ellas son coincidentes entre una y otra figura[27]. No obstante, hay quien considera que esta expulsión debería haberse regulado sistemáticamente como una modalidad específica de libertad condicional[28].

El cumplimiento de condena en el país de origen viene regulada por un instrumento internacional como es el Convenio Europeo sobre el Traslado de Personas Condenadas de 21 de marzo de 1983[29], así como por Tratados bilaterales como los existentes con Argentina, Australia, México, Perú, etc. Entre los objetivos de estos tratados nos interesa destacar aquí el de la reinserción social de las personas condenadas, y cuyo fin se propone el cumplimiento de la pena privativa de libertad en un entorno social favorable al reo.

No obstante, para poder llevar a cabo el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el país de origen es preciso que éste haya suscrito el instrumento internacional correspondiente; y que el penado, los representantes del país de la condena y los de la nación de origen presten su consentimiento. Satisfechas estas exigencias, se podrán beneficiar de esta medida los extranjeros penados en sentencia firme, que les queden por cumplir al menos seis meses de la condena, cuando la infracción por la que están condenados es también una actividad penada en el país de cumplimiento.

Al menos a primera vista, esta medida es coherente con los fines de la pena. Con ella se consigue, por una parte, que la conducta no quede aparentemente impune ya que la pena privativa de libertad recae sobre el extranjero y se hace efectiva. Por otra, la persona la va a cumplir en un ambiente que le es familiar y cercano al entorno que en un futuro será donde se desenvuelva en libertad. Pero es que, además, permite descongestionar las prisiones españolas de unas personas que no tienen posibilidades de continuar residiendo en el país tras el cumplimento de la pena, debido a la restrictiva regulación administrativa.

Las dificultades que plantea su puesta en práctica, debido a que hay que coordinar las administraciones de dos países distintos y a que su tramitación no suele ser inferior a un año, hacen que esta medida se ejecute excepcionalmente, y de forma prioritaria para condenas de larga duración.

Sin embargo, pese a la coherencia interna, la medida parece perder consistencia al ponerla en relación con los restantes instrumentos político-penitenciarios aplicables al colectivo de extranjeros: Mientras la aplicación del acuerdo internacional requiere el consentimiento del extranjero, la imposición de la expulsión como sustitutivo penal sólo exige la audiencia del afectado, sin que ésta vincule a la autoridad judicial. Por ello, si el extranjero se niega a cumplir la pena privativa de libertad en su país de origen, se puede ejecutar una expulsión. Esto resulta del todo incoherente, pues es fácil adivinar cuál va a ser la elección entre cumplir la pena de prisión en el país de origen o quedar en libertad en el mismo tras una expulsión. No se da esa situación en los

(27) Cfr. RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: Op. cit., 1998, p. 65.

(28) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: Op. cit., 1996, p. 110.

(29) Ratificado por España (*BOE* nº 139 de 10 de junio de 1985).

supuestos en los que el criterio legal o judicial es el de no aplicación de la expulsión (artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código penal y los delitos de tráfico de drogas transnacional).

La libertad condicional del extranjero en su país de origen es una figura que se regula en el artículo 197 del Reglamento Penitenciario y que viene a reconocer que el ordenamiento jurídico penal es de alguna forma consciente de la dificultad de reinsertar a un colectivo que tiene serios obstáculos administrativos para ello (como es el acceso a un permiso de residencia tras el cumplimiento de condena).

Sus requisitos coinciden con los de la autorización de la libertad condicional del artículo 90 del Código Penal, esto es, que ésta pueda disfrutarse efectivamente en el país señalado con las medidas de control y seguimiento adecuadas, y que previamente el interno haya prestado su conformidad por escrito. La autorización, en este caso, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es el competente en esta materia.

En cualquier caso, desde mi punto de vista, estamos ante una de las pocas figuras coherentes dentro de la actual política penitenciaria relativa al extranjero, por más que encuentre dificultades en su ejecución al no quedar garantizado en los distintos países donde se puede aplicar esta libertad condicional un control y seguimiento individual de dicho interno.

## VI. CONSECUENCIAS TRAS LA EXTINCIÓN DE LA CONDENA

El artículo 57.2 de la Ley de Extranjería de 2000 establece que el haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año de prisión es una causa de expulsión que lleva aparejada la extinción de cualquier autorización para residir en España. De esta forma, esa causa de expulsión consolida una situación de ilegalidad permanente en los extranjeros irregulares, y crea otra sobrevenida en los legales que, tras una condena superior a un año, salen de prisión.

Si nos preguntamos por la razón de ser de la medida, ésta se puede justificar satisfactoriamente desde el punto de vista de los fines perseguidos por la Ley de Extranjería, tendente a reducir el número de extranjeros de procedencia no comunitaria en el país, máxime cuando han mostrado conductas reprochables penalmente.

Cuestión diversa es la referente a su legitimidad. Aquí hay que subrayar que la aplicación de la expulsión administrativa a un supuesto como el previsto en el artículo 57.2 de la mencionada ley supone, aunque no lo entiende así la jurisprudencia, una flagrante vulneración del *principio non bis in idem*, puesto que la infracción en virtud de la cual se impone ya ha sido castigada en vía penal. Esta acumulación de sanciones, penal y administrativa, prevista para un mismo hecho es inadmisible en un Estado de Derecho como el nuestro.

No obstante lo anterior, para poder llevar a cabo la consecuencia jurídica derivada de esa infracción administrativa, el propio Reglamento Penitenciario prevé un sistema de coordinación[30]

(30) Cfr. el artículo 26 del Reglamento Penitenciario de 1996.

entre el director del centro penitenciario y la autoridad competente en la ejecución de la expulsión, al disponer que aquél comunicará a ésta, con una antelación de tres meses, las propuestas de libertad definitiva de los extranjeros que estuvieran sujetos a la medida que ahora analizo.

Sin embargo, en el plano práctico la amenaza al extranjero de que, tras el cumplimiento definitivo de la condena, se hará efectiva su expulsión administrativa se diluye en gran medida pues no se materializa más que en un pequeño porcentaje de los casos, dada la imposibilidad de llevar a cabo la mayoría de las expulsiones. Por tanto, el extranjero, tras la extinción definitiva de su condena sin haber sido expulsado y en situación de irregularidad administrativa, sale en libertad sin poder normalizar su situación jurídico-administrativa. Esto sólo lo puede lograr cuando transcurran unos plazos tras la extinción de la condena, como se vio *supra*.

En resumidas cuentas, un extranjero con antecedentes penales difícilmente puede llevar una vida normalizada en la sociedad española, en tanto que éstos no le permiten solucionar su situación administrativa[31]. Con ello, el extranjero excarcelado se encuentra en peores condiciones que las que le llevaron supuestamente en un primer momento a cometer el delito.

Evidentemente no eran estos los efectos que el legislador buscaba. Guiado por los objetivos que envuelven toda la política de extranjería –la exclusión del inmigrante–, no consideró realmente la capacidad de coordinación entre los centros penitenciarios y la Policía Nacional encargada de materializar las expulsiones, ni la capacidad de ejecución efectiva de las mismas. Tampoco se planteó las consecuencias político criminales de la inejecución de dicha expulsión en el contexto de una política penitenciaria no pensada para los internos extranjeros. En consecuencia se han producido unos efectos disfuncionales no deseados.

La redacción de la Ley 4/2000, antes de su modificación por la Ley 8/2000, quiso subsanar estos defectos al dar la posibilidad en el artículo 29.4 de que el extranjero que tuviera antecedentes penales pudiera solicitar o renovar un permiso de residencia si había cumplido su condena en España. Si unimos esto al hecho de que en esa Ley desapareció como causa de expulsión ya existente en la Ley de Extranjería de 1985 el haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año, esto nos muestra que el legislador tuvo en cuenta las disfuncionalidades que las previsiones legales estaban produciendo e intentó subsanarlas de esa manera.

La Ley 8/2000 de reforma de la Ley 4/2000 no lo apreció de esa forma y retomó la causa de expulsión consistente en haber sido condenado a una pena de prisión superior a un año. No obstante, el legislador ha querido disfrazar la vulneración que se produce del principio del *non bis in idem* no catalogando este supuesto de hecho entre las infracciones. Efectivamente, las infracciones se recogen en los artículos 52, 53 y 54 de la Ley de Extranjería 8/2000, mientras que el supuesto de expulsión consistente en haber sido condenado a más de un año de prisión no se recoge en ese catálogo, sino en el artículo 57.2 a propósito de la expulsión del territorio como sanción administrativa.

(31) Cfr. PÉREZ PÉREZ, J.: "La expulsión del extranjero en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 525.

III

# La asistencia jurídica gratuita al extranjero

Manuel Calduch Gargallo
Oficial de la Administración de Justicia
Doctorando en Derecho Privado
Universidad de Zaragoza
(519890@docto.unizar.es)

RESUMEN

**LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA AL EXTRANJERO**

El objetivo de este trabajo es examinar el contenido del derecho a la justicia gratuita para los extranjeros en España. El asunto ha cobrado especial relieve en el último año fruto de dos acontecimientos de enorme transcendencia: Por un lado, la publicación de la Directiva 2002/8 CE del Consejo, de 27 de enero de 2003. Y por el otro, el dictado de la recientísima Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, que viene a declarar la nulidad parcial del apartado a) del artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

La incidencia de estos dos hechos sobre el tema que vamos a abordar es total. En el primero de los casos porque va a permitir que los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en un país de la UE gocen del beneficio de justicia gratuita en España en los mismos términos que cualquier otro ciudadano comunitario en lo que se refiere a los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil. Y en el segundo de ellos, porque tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 cualquier extranjero que se halle en España, independientemente de que su estancia en nuestro país sea o no regular, gozará del beneficio de justicia gratuita en todos los órdenes jurisdiccionales en igualdad de condiciones que un español.

ABSTRACT

**FREE LEGAL ASSISTANCE TO FOREIGNERS**

This work tries to analyze the contents of foreigners' rights on free justice. The issue has reached a great importance in the last year result of two significant events: Firstly, the 2002/8 CE Directive, adopted by the Council on 27th January and published in European Community Official Gazette on 31st. January. And secondly, the latest Constitutional Court judgement 95/2003 passed on 22nd May and published in BOE (Spanish Official Gazette), on 10th June, which finds Article 2.a) from Free Justice Spanish Law, partialy against our Constitution.

These affairs have a relevant influence on this matter. The 2002/8 CE Directive is going to let that people coming from non EU countries, but living there, can obtain free justice in Spain like EU people can (but only about mercantile and civil oversea litigations). On the other hand, since the Constitutional Court judgement 95/2003, any foreigner who lives in Spain, despite of his ilegal residence, will enjoy free justice in our contry in all kinds of trials like Spanish people enjoys now.

Manuel Calduch Gargallo

III

# SUMARIO

I. Introducción.

II. El beneficio de justicia gratuita en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva

III. El beneficio de justicia gratuita para el extranjero en el Derecho positivo español, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo. A) En la Ley 1/1996, de 10 de enero. B) En la Ley Orgánica de Extranjería. a) El continuismo de la Ley. b) La ampliación de la cobertura en el ámbito de lo contencioso administrativo. c) El requisito de la presencia en España.

IV. La situación tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo.

V. La Directiva 2002/8 CE de 27 de enero de 2003. A) Su aplicación a los extranjeros no comunitarios. B) Contenido del beneficio conforme a la Directiva. C) Notas sobre el procedimiento.

VI. Acuerdos bilaterales o multilaterales que afectan a esta materia.

## I. INTRODUCCIÓN

La importancia del fenómeno migratorio en España en los últimos años exige acometer la nueva realidad desde todas sus perspectivas. Una de ellas –la que aquí nos interesa– es la del alcance que debe otorgarse al beneficio de justicia gratuita cuando su posible titular no es español; y, más en concreto, cuando no siendo español tampoco es nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea.

El asunto ha cobrado especial relieve en el último año fruto de dos acontecimientos de enorme transcendencia: Por un lado, la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 31 de enero del presente año de la Directiva 2002/8 CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Y por el otro, la recientísima Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, publicada en el *BOE* de 10 de junio, que viene a declarar la nulidad parcial del apartado a) del artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

La incidencia de estos dos hechos sobre el tema que vamos a abordar es total. En el primero de los casos porque va a permitir que los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en un país de la UE gocen del beneficio de justicia gratuita en España en los mismos términos que cualquier otro ciudadano comunitario en lo que se refiere a los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil. Y en el segundo de ellos porque la exigencia, recogida en el artículo 2.a) de la Ley 1/1996, de que el extranjero resida legalmente en España para poder gozar del beneficio de justicia gratuita ha sido declarada inconstitucional y, por tanto, nula, por nuestro más alto Tribunal. A partir de ahora, cualquier extranjero que se halle en España, independientemente de que su estancia en nuestro país sea o no regular, gozará del beneficio de justicia gratuita en todos los órdenes jurisdiccionales en igualdad de condiciones que un español.

Pero pasemos a examinar el estado de la cuestión.

## II. EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA EN EL MARCO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Con la finalidad de que los derechos que son reconocidos a los extranjeros en la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, no se quede en un mero enunciado de buenas intenciones, la propia norma prevé mecanismos para que puedan hacerse valer. Estos instrumentos son los que se contemplan en los capítulos III y IV de la Ley, dedicados a las garantías jurídicas (derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al recurso contra los actos administrativos y derecho a la asistencia jurídica gratuita), y a las medidas anti-discriminación.

El primer grupo de esas medidas –el que constituye las garantías jurídicas otorgadas por la Ley al extranjero– se ampara en el contenido del artículo 24 de la Constitución Española ("Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"). Y a nivel internacional es un reflejo de lo dispuesto en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, del artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, o del artículo 26 del Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante de 1977.

Fruto de toda esa normativa constitucional e internacional, el artículo 20.1 de la Ley de Extranjería concede el derecho a la tutela judicial efectiva a **todos** los extranjeros con independencia de si su situación en nuestro territorio es regular o irregular. De hecho, el Tribunal Constitucional[1], en su interpretación del artículo 24 ha dejado sentado que el derecho a la tutela judicial efectiva es predicable de todos los sujetos jurídicos, sea cual sea su nacionalidad o su condición de persona física o jurídica; y que no es susceptible de limitación alguna. Y con ese manto pro-

(1) Vid. SSTC de 23-11-1984, 23-5-1985, 30-9-1985, 7-7-1987 y 25-11-1997.

tector de la Constitución, debemos entender que el derecho a esa tutela judicial efectiva de los extranjeros abarca el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho a la defensa y asistencia de letrado, el derecho a ser informado de la acusación que se formule contra ellos, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia[2].

Este trabajo se va a centrar precisamente en lo que, a nuestro entender, es una importante manifestación de ese derecho a la tutela judicial efectiva; en un elemento necesario, y en ocasiones indispensable, para que el extranjero pueda hacerla efectiva: el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

## III. EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA PARA EL EXTRANJERO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL, HASTA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 95/2003, DE 22 DE MAYO

### A) En la Ley 1/1996, de 10 de enero

La importancia y el alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita cobró especial interés en nuestro país a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Con anterioridad a esa normativa, la ausencia de una regulación específica, hizo posible una interpretación amplia del derecho con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional que antes hemos mencionado: si todos los extranjeros tenían derecho a la tutela judicial efectiva, todos los que se encontraran en la situación de pobreza conforme a los parámetros legales, debían gozar del beneficio a la justicia gratuita si es que se pretendía que el artículo 24 no quedara en papel mojado[3].

Pero la Ley 1/1996 complicó el panorama vigente hasta entonces. Su artículo 2 apartado a) disponía que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita "los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

Partiendo de ese principio general se matiza el alcance del derecho en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así, en el penal se atribuye el derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas a los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español. Pero, aun en este ámbito, interpretando literalmente el precepto, deberíamos entender que quedan fuera de cobertura para el

(2) Vid. p. ej. SSTC 25-11-1997, 19-6-1995 y 29-7-1994.

(3) Vid. en este sentido, ESPLUGUES MOTA, C.; PALAO MORENO, G. y DE LORENZO SEGRELLES, M. en *Nacionalidad y Extranjería*, pp. 144 y 145, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

extranjero con situación irregular otras vertientes del derecho contempladas en el artículo 6 de la Ley 1/1996 como pueden ser la inserción gratuita de anuncios o edictos que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales, la exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos, la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, la obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, o la reducción del 80% de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales que tengan relación directa con el proceso, o de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones de los Registros con esa misma relación directa.

Por su lado, en el orden contencioso administrativo la cobertura sólo se extiende a los extranjeros "irregulares" en los procesos relativos a la solicitud de asilo y solamente en relación a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita, pudiendo entenderse que quedan fuera de cobertura los extremos a que nos hemos referido en relación al ámbito penal[4].

Y en cuanto al orden social, el apartado d) del artículo 2 de la Ley 1/1996, atribuye la titularidad del derecho, para la defensa en juicio, a los trabajadores y beneficiarios del sistema de la Seguridad Social, razón por la cual, si el extranjero adquiere la condición de trabajador ostentará el derecho aun cuando su estancia en España sea irregular[5].

En definitiva, y en lo que aquí nos interesa, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita –con las excepciones señaladas en relación al orden social, y a determinadas coberturas en el orden penal y en el contencioso administrativo– vinculaba el derecho a la residencia legal en España, limitando de forma inconstitucional el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE, y restringiendo el artículo 119 de la misma norma suprema que reconduce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, **en todo caso,** a quienes acrediten insuficiencia de recursos para liti-

(4) No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional –pese a la no derogación expresa de los términos de los apartados e) y f) del artículo 2 de la Ley 1/1996– parece ser la de entender que el artículo 119 de la CE debe cubrir a todos los que acrediten insuficiencia de recursos para litigar y para todos los gastos originados en el proceso que sean preceptivos. Vid. STC 16/1994, de 20 de enero y la STC 95/2003, de 22 de mayo, a la que luego nos referiremos. Sin embargo –como digo– los concretos términos de los mencionados apartados e) y f) relativos no a la asistencia jurídica gratuita, sino solamente a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, no han sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional.

(5) El artículo 4 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores atribuye capacidad para contratar la prestación de su trabajo a los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto con la legislación específica. Por su lado, el artículo 36 de la LO 8/2000 establece que los extranjeros, para ejercer cualquier actividad laboral, deberán obtener además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar. Y los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán previamente obtener autorización del Ministerio de Trabajo. Pero añade: la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Es decir, si un extranjero no está autorizado para trabajar (por no tener permiso de residencia o autorización administrativa) y el empleador, pese a no haber obtenido él autorización del Ministerio de Trabajo para contratarlo, lo hace, el trabajador extranjero mantendrá sus derechos (entre ellos, el de acudir a la jurisdicción social para su reclamación acogiéndose al beneficio de justicia gratuita). Sin embargo, para ser beneficiario del sistema de la Seguridad Social –incluso en su modalidad no contributiva– uno de los requisitos exigidos (artículo 183 de la LGSS) es la residencia legal en territorio español.

gar sin distinguir entre su situación regular o irregular en territorio español. Y de la misma manera, podemos entender que vulneraba el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, de 1950, que atribuye el derecho a todas las personas con insuficiencia de recursos sin restricciones relativas al carácter de su residencia. En base a ello, el Defensor del Pueblo planteó recurso de inconstitucionalidad contra el apartado a) del artículo 2 de la mencionada Ley 1/1996, al que se le dio el número 1555/96. Este recurso ha sido estimado parcialmente por la STC 95/2003, de 22 de mayo, modificando de forma radical el panorama legislativo vigente hasta la fecha como tendremos ocasionar de analizar.

## B) En la Ley Orgánica de Extranjería

### a) El continuismo de la Ley

Pues bien, tras la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 [y antes de la STC 95/2003 que declara inconstitucional la exigencia del apartado a) de su artículo 2, de que la residencia del extranjero deba ser "legal" para que pueda gozar del beneficio] la vigente Ley Orgánica de Extranjería, acomete el tratamiento del ámbito subjetivo de este derecho en su artículo 22. Y lo hace –ya desde su primitiva versión de 11 de enero– de forma continuista con respecto a lo dispuesto en 1996, si bien con cierta ampliación –en mi opinión– de la cobertura que hasta el momento se ofrecía. Así, este artículo, en su número 1, establece que "los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice". Y añade en su número 2 que "los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan".

Tenemos, por tanto, que la Ley Orgánica de Extranjería diferencia a los extranjeros según la regularidad de su situación en España. Si residen legalmente en nuestro territorio se equiparan a los españoles en su derecho a la asistencia jurídica gratuita y si no lo hacen, ven reducida drásticamente la cobertura. Es decir, no se tiene en cuenta, con respecto a estos últimos, la atribución que hace el artículo 24 de la CE –y su correspondiente interpretación por el Tribunal Constitucional– del derecho a la tutela judicial efectiva a todos[6], con independencia de su nacionalidad y de la regularidad de su residencia. Y tampoco se respetan los términos del artículo 6.3 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ni los demás Pactos y Declaraciones internacionales en materia de Derechos Humanos que vinculan a nuestro país.

(6) Baste recordar aquí, en esa dirección, la STC 30/1981, de 24 de julio.

En este sentido, deberemos entender que la recientísima STC 95/2003 –en cuanto declara inconstitucional el artículo 2.a) de la Ley 1/1996 por entender que el derecho de asistencia jurídica gratuita corresponde al extranjero que carezca de recursos suficientes para litigar, simplemente por el hecho de hallarse en España, y con independencia de si su estancia es regular o irregular– afecta también al artículo 22 de la actual Ley Orgánica de Extranjería. Y ello a pesar de no existir un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre este precepto.

**b) La ampliación de la cobertura en el ámbito de lo contencioso administrativo**

Sin embargo, conviene también destacar que en relación a los extranjeros que se hallan irregularmente en España la Ley Orgánica de Extranjería ampliaba, en el orden contencioso administrativo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita también a los procedimientos administrativos o judiciales relacionados con la denegación de la entrada o la devolución o expulsión del extranjero del territorio español, manteniendo su extensión en materia de asilo. Pero, además, –a mi juicio– ampliaba la cobertura al no restringirla "a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita", como hacía la Ley 1/1996. En consecuencia, con la LO 4/2000, los extranjeros que no residieran regularmente en España, si carecían de recursos suficientes para litigar, tendrían cubiertos en el orden contencioso administrativo las demás prestaciones a que se refiere el artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, es decir, inserción de anuncios en diarios oficiales que fuera obligatorio publicar, exención de depósitos necesarios para la interposición de recursos, asistencia pericial gratuita, obtención de copias y actas notariales y reducción de los derechos arancelarios de Notarios y Registradores[7].

Asimismo, como la propia LO 4/2000 explicita, también queda cubierta la asistencia de intérprete si no comprende la lengua utilizada en el procedimiento. Se trata en este caso de cumplir con lo dispuesto en el artículo 14.3.f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y con el tantas veces mencionado artículo 6.3 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos de 1950[8].

Por lo dicho, podemos pensar que el artículo 22 de la LO 4/2000 derogaba o modificaba el artículo 2.f) de la Ley 1/1996 al ampliar la cobertura para los extranjeros que no gozaban de residencia regular. Sin embargo, no se preveía lo mismo en relación al orden jurisdiccional penal: la Ley de Extranjería no dispone nada sobre el particular por lo que el texto del 96 permanecía incólume con las restricciones que antes indicábamos[9]. Llegamos al absurdo de que, con la Ley

(7) Siempre y cuando se trate de uno de los procedimientos mencionados relativos a la denegación de entrada, devolución o expulsión y asilo. No obstante, debemos tener en cuenta lo apuntado en la anterior nota al pie número 4.

(8) Además el TC tenía ya declarado (Sentencia 74/1987) que el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete deriva directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque ésta pueda ser conveniente para su mayor eficacia. La no asistencia de intérprete provocaría indefensión vulnerándose el artículo 24 de la CE (STC 181/1994, de 20 de junio de 1994).

(9) CAMPO CABAL, J.M. en *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, VV.AA., Civitas, Madrid, 2001, p. 165 mantiene que con la actual redacción de la LO 8/2000 se impide el acceso a la justicia gratuita de los extranjeros irregulares en el orden penal y social que, sin embargo, sí se reconocía en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. No comparto esa opinión: a mi entender que la LO 8/2000 nada diga sobre la justicia gratuita del extran-

en la mano, los extranjeros irregulares gozaban de menor protección en el ámbito penal que en el contencioso administrativo si éste se encuentra relacionado con la denegación de su entrada, o con su devolución o expulsión, o con los procedimientos en materia de asilo. A pesar de que en el orden penal, dadas las especiales consecuencias que de sus procedimientos pueden derivarse sobre la libertad del individuo, debería garantizarse de la forma más escrupulosa posible el derecho a la tutela judicial efectiva del inculpado, nos encontrábamos con que la cobertura de la asistencia jurídica gratuita en estos casos era inferior a la de los procedimientos contencioso administrativos más arriba mencionados. Ni los anuncios o edictos, ni los depósitos, ni la asistencia pericial, ni las copias o actas de Notarios, ni las reducciones de aranceles notariales ni registrales, ni tan siquiera la asistencia de intérprete quedan amparadas literalmente por el texto de la Ley 1/1996.

De todo lo anterior concluimos que el extranjero irregular veía vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva[10], no sólo porque la Ley le impide el acceso a la justicia gratuita –que a todas luces le sería necesaria obtener en la práctica totalidad de los supuestos, dado que son las necesidades de supervivencia las que le mueven a venir a nuestro país– sino también porque el miedo a la expulsión le hacía abstenerse de impulsar un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales españoles –incluido un hipotético recurso constitucional de amparo con fundamento en la vulneración del artículo 24 de la CE o incluso un posible recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con esa misma base–.

Pero, como veremos más adelante, el panorama cambia drásticamente con la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, al quedar reconocido con ella el derecho de asistencia jurídica gratuita al extranjero que se halle en España si cumple las condiciones económicas que se exigen con carácter general en nuestra legislación, y con independencia de si su residencia es "regular" o "irregular".

**c) El requisito de la presencia en España**

Otro elemento a destacar de la regulación de la LO 8/2000 es que vincula el encorsetado derecho de asistencia jurídica gratuita que se concedía a los extranjeros irregulares, al hecho de que se hallen en España[11]. Es decir, que si no se encuentran en territorio español no tendrán acceso al beneficio. Lo mismo cabe predicar del derecho de asistencia del intérprete, dada su ubicación en el número 1 del artículo 22. En este sentido, se ha restringido aún más el derecho que concedía la

jero en relación al orden penal o al social no afectaba al mantenimiento de la vigencia de la Ley 1/1996 en relación a esos puntos. Lo que sí quedaba modificado es aquello que directamente regula la nueva Ley en relación al ámbito contencioso-administrativo.

(10) Coinciden en este punto CAMPO CABAL, J.M. en *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, VV.AA., Civitas, Madrid, 2001, p. 165 y ESPLUGUES MOTA, C.; PALAO MORENO, G. y DE LORENZO SEGRELLES, M. en op. cit., p. 145.

(11) Vid. CAMPO CABAL, J.M. en *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, VV.AA., Civitas, Madrid, 2001, p. 163. Esta exigencia de que se hallen en España es una novedad de la LO 8/2000.

Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996, dado que ésta atribuía el derecho al ciudadano extranjero que no residiera legalmente en nuestro territorio, sin exigir su presencia física en España. Si entendemos que la Ley de Extranjería venía a sustituir en este punto a la Ley del 96, deberíamos concluir que en el orden contencioso administrativo sólo el extranjero irregular que se hallara en España podía gozar del derecho de asistencia jurídica gratuita en los términos del artículo 22.1. Es decir, que la Ley Orgánica de Extranjería ampliaba la cobertura, el ámbito objetivo del derecho en este campo, pero restringía el subjetivo al quedar sin protección los extranjeros que no se encuentren en nuestro territorio[12]. Por contra, al no haberse previsto nada nuevo con respecto al orden penal, los extranjeros, aunque no se hallaran en España, seguirían gozando de la protección que la tantas veces repetida Ley de Asistencia Jurídica Gratuita les concedía.

## IV. LA SITUACIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 95/2003, DE 22 DE MAYO

Mediante escrito de 12 de abril de 1996, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad nº 1555/96 contra el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, de 10 de enero del mismo año. En concreto, pedía la declaración de inconstitucionalidad del inciso "que residan legalmente en España", que recoge ese precepto. Alegaba fundamentalmente en su recurso que el mencionado apartado vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del extranjero que no residiera legalmente en nuestro territorio y, en ese sentido, contradecía el artículo 24 de la CE y los acuerdos internacionales suscritos por España. Centraba básicamente su pretensión en que, de mantenerse el tenor de ese artículo 2, quedarían fuera de la cobertura de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita todas aquellas cuestiones que afectan al *status* personal de los extranjeros irregulares que carezcan de medios económicos y que no guarden relación con el derecho de asilo ni con la jurisdicción penal.

Y concretaba aún más la vulneración que interesaba al referirla a los procedimientos de expulsión: si el extranjero irregular no goza de recursos económicos y no puede obtener el beneficio de justicia gratuita no podrá recurrir contra esa expulsión viendo truncado su derecho a la tutela judicial efectiva. Recordemos, sin embargo, que, posteriormente, la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000 sí que concedió el derecho de justicia gratuita en los procedimientos que pudieran llevar a la denegación de la entrada del extranjero, su devolución o su expulsión. Fue por ello por lo que el Tribunal decidió oír a las partes sobre la posible pérdida de objeto del recurso, manifestándose ambas en sentido contrario.

Con fecha 22 de mayo de 2003, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso planteado y lo hace en la Sentencia 95/2003 publicada en *BOE* de 10 de junio. Se formulan a la misma dos votos particulares (los de D. Vicente Conde Martín de Hijas y D. Roberto García-Calvo y Montiel) y un voto concurrente (el de D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

(12) Curiosamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 se manifiesta en el sentido de exigir la presencia del extranjero en España para que pueda gozar del derecho, siguiendo en este punto –que no en el contenido del derecho– la redacción de la propia Ley Orgánica de Extranjería (vid. número 2º del Fallo y fundamento jurídico 7 de la mencionada Sentencia).

III

La Sentencia da parcialmente la razón al Defensor del Pueblo declarando que el inciso "legalmente" incluido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996 es inconstitucional y por lo tanto nulo, mientras que considera que el término "residan" de ese mismo apartado sólo será constitucional si por residencia se entiende el hecho fáctico de hallarse en territorio español y no la residencia autorizada administrativamente.

Básicamente, el Tribunal entiende que la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Extranjería no evita la necesidad de dar respuesta al problema constitucional de si la relación entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (artículo 119 de la CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), lleva aparejado la exigencia de reconocer el primero de esos derechos a los extranjeros que cumplan los requisitos económicos exigidos con carácter general. En ese sentido, alude a otras Sentencias anteriores del propio Tribunal[13] para defender que la gratuidad de la justicia para quienes no tengan medios económicos suficientes trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar. Y aunque el derecho a la gratuidad no es un derecho absoluto e ilimitado, la libertad del legislador para configurarlo tampoco es total, puesto que el artículo 119 de la CE explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá "en todo caso" respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Es decir, existe un contenido constitucional indisponible para el legislador: el derecho a la justicia gratuita necesariamente se debe reconocer a todos los que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. La privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad, implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que conforme al artículo 24.1 de la CE se reconoce a todas las personas, incluidas las extranjeras.

Añade, además, el Tribunal Constitucional que declarar inconstitucional por completo el inciso "que residan legalmente en España" puede conducir a resultados que no vienen exigidos en el texto constitucional puesto que llevaría aparejado el reconocimiento del beneficio a la justicia gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los Juzgados y Tribunales españoles aunque no se hallase en España. Por ello, considera que con la anulación de la palabra "legalmente" se consigue evitar la inconstitucionalidad del precepto siempre y cuando la expresión "que residan en España" se entienda como que, de hecho, "se hallen en España", con independencia de si esa estancia es administrativamente regular o irregular[14].

Pero, a mi entender, lo más importante de la STC 95/2003 se recoge en su último fundamento jurídico. A pesar de que el recurso del Defensor el Pueblo –como insinúa la Sentencia– no parece que solicitara que el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita abarcara a la totalidad

(13) STC 183/2001, de 17 de septiembre; STC 117/1998, de 2 de junio o STC 16/1994, de 20 de enero.

(14) En mi opinión, sin embargo, el artículo 119 de la CE reconduce el derecho a la justicia gratuita, **en todo caso**, a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. El precepto no limita el derecho a los que se hallen en España, por lo que, en principio, interpretar lo contrario supone, a mi juicio, restringir la concesión del beneficio de manera contraria a lo dispuesto en la propia Constitución.

de los órdenes jurisdiccionales, el Tribunal entiende que cualquier tipo de proceso debe quedar incluido. Siempre que el extranjero se encuentre en España, y reúna las condiciones requeridas legalmente para ello, podrá acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación a cualquier orden jurisdiccional. En caso contrario, el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros se vería cercenado.

En consecuencia, a mi juicio, tras la Sentencia 95/2003, nuestro Derecho positivo va a permitir que el extranjero que se halle en España, aun cuando su estancia no fuera "regular", goce del beneficio de justicia gratuita en los mismos términos que un español o un nacional de la Unión Europea. Y solamente en el caso de que ese extranjero no se halle en España verá limitado el alcance del derecho al orden jurisdiccional social y al penal en los términos que reflejan los apartados d) y e) del artículo 2 de la Ley 1/1996[15].

## V. LA DIRECTIVA 2002/8 CE DE 27 DE ENERO DE 2003

### A) Su aplicación a los extranjeros no comunitarios

Con fecha 31 de enero de este año ha entrado en vigor la Directiva 2002/8 CE del Consejo, de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfonterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

Como anuncia su propia "Exposición de Motivos", ya el Consejo Europeo de Tampere de 1999 fijó como objetivo para la Unión Europea la instauración de unas normas mínimas que garantizaran un nivel adecuado de justicia gratuita para los asuntos transfronterizos en el conjunto de la Unión. Y en ese sentido, el objetivo de la Directiva de mejorar el acceso a la justicia en estos asuntos se reconduce a regular este tema en lo relativo a los litigios en materia civil y mercantil[16], estableciendo unos mínimos y considerando que todos los Estados miembros de la UE son firmantes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y se encuentran también vinculados por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Con base en estas normas, la Directiva busca garantizar la igualdad de las

(15) En mi opinión, no ocurre lo mismo en el orden contencioso administrativo por cuanto el artículo 22 de la Ley Orgánica de Extranjería ha venido a derogar tácitamente en este punto lo dispuesto en el apartado f) del artículo 2 de la Ley 1/1996. Y dicho artículo 22 exige que el extranjero se halle en España para poder gozar del beneficio de justicia gratuita en los procedimientos en materia de asilo. Es decir, si el extranjero no se halla en España no podrá gozar de justicia gratuita en ese tipo de procedimientos.

(16) Planteada la duda de si dentro del amplio concepto de "civil y mercantil" a que se refiere la norma podemos entender incluidos los asuntos relativos al derecho laboral y de consumo, podemos concluir en sentido positivo, en atención a lo generalmente dispuesto en la normativa comunitaria. Conviene aclarar, no obstante, que, en mi opinión, en materia laboral el derecho de asistencia jurídica gratuita debe predicarse de cualquier trabajador independientemente de dónde se halle –es decir, aunque no resida legalmente en un país de la UE– por directa aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.d) de la Ley 1/1996. Este apartado atribuye el derecho a los trabajadores sin dejar fuera de su ámbito a ninguno de ellos.

partes en los procedimientos transfronterizos mercantiles y civiles, promoviendo para ello la aplicación de la justicia gratuita a las personas que no dispongan de recursos suficientes.

Pues bien, la Directiva no sólo alcanza a todos los que sean nacionales de la Unión –excluidos los daneses–, sino que también se aplicará a quienes lo sean de terceros países siempre que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro. En concreto, el artículo 4 de la Directiva dispone que "los Estados miembros concederán el beneficio de justicia gratuita sin discriminación a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros". Esto implica para España en particular, la ampliación del beneficio de justicia gratuita (en lo que se refiere a los litigios transfonterizos), en los mismos términos que se concede a los españoles, no sólo a los nacionales de los demás países miembros de la Unión Europea –los cuales ya gozaban de esa protección conforme al artículo 2.a) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita– sino también a aquellos otros extranjeros que no hallándose en España sí que residan legalmente en otro Estado comunitario.

Antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, podría entenderse que los nacionales de terceros Estados carecían de la protección en materia civil y mercantil, mientras que gozaban del beneficio en el orden penal con el alcance del artículo 2.e) en relación con el 6 de la Ley 1/1996, y también en el orden contencioso administrativo[17], incluso en la fase propiamente administrativa, si se trataba de litigio relacionado con la denegación de su entrada, su devolución o expulsión o con su derecho de asilo[18]. Tras la mencionada decisión del Tribunal Constitucional ya se puede afirmar que si el extranjero se halla en España, aunque no resida legalmente en nuestro país, gozará del beneficio a la justicia gratuita en los mismos términos que un español. Pero, además, a partir del 31 de enero de 2003, un nacional de un tercer Estado que, en el momento de solicitar la justicia gratuita, resida legalmente en un país de la Unión Europea, aunque no se halle en España, también goza del beneficio de justicia gratuita con las mismas condiciones que un nacional en aquellos casos en los que, conforme al artículo 2 de la Directiva, el Tribunal que deba conocer del pleito civil o mercantil sea español o ante él deba ejecutarse la resolución dictada por otro órgano jurisdiccional de la Unión Europea.

Sin embargo, la Directiva para nada se refiere a los nacionales de terceros Estados que se encuentren residiendo ilegalmente en cualquier país de la Unión Europea. Es decir, aquéllos que no se encuentren en situación regular al menos en un país comunitario debe entenderse que mantienen el mismo *status*. Su protección en España, si no se hallan en nuestro territorio, se mantiene en los términos fijados en el orden penal y social conforme a lo dispuesto en los apartados d) y e) del artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita sin que para nada les alcance en el ámbito civil y mercantil[19]. La vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la

(17) En este último caso, eso sí, sólo si se "hallaban" en España.

(18) También en el orden social, como tenemos dicho, si tienen la condición de trabajadores.

(19) Insistimos en que, en nuestra opinión, la protección tampoco alcanza, en este caso, al orden contencioso administrativo puesto que entendemos que la Ley de Extranjería derogó en este punto lo dispuesto en la Ley 1/1996, exigiéndose, desde su vigencia, la presencia física del extranjero en España para gozar del beneficio.

CE) y del derecho a la justicia gratuita cuando se acredite insuficiencia de recursos para litigar (artículo 119 de la CE) sigue existiendo.

## B) Contenido del beneficio conforme a la Directiva

El artículo 3 de la Directiva garantiza que para aquellos nacionales de terceros Estados que residan legalmente en un país comunitario (exceptuada Dinamarca) y que soliciten el beneficio de justicia gratuita en relación a un litigio de los denominados transfronterizos, su derecho incluirá las siguientes prestaciones:

a) El asesoramiento previo a la demanda. Este concepto debe entenderse coincidente con el recogido por el artículo 6, apartado 1 de la Ley 1/1996.

b) La asistencia jurídica y la representación ante los Tribunales. El apartado 3 del artículo 3 de la Directiva señala que los Estados miembros no estarán obligados a ofrecer asistencia jurídica o representación cuando se permita a la parte asumir su propia defensa, salvo que el órgano judicial lo acuerde así para salvaguardar la igualdad de las partes o en vista de la complejidad del asunto. Términos parecidos a los del artículo 6.3 de la Ley 1/1996, si bien éste no hace referencia a la complejidad del asunto, sino sólo al necesario mantenimiento de la igualdad de las partes.

c) La exención de costas procesales, incluidos los servicios de interpretación, traducción de los documentos presentados a instancias del Tribunal, así como los gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante cuando la ley o el Tribunal de dicho Estado requieran la comparecencia de las personas relacionadas con la defensa de su pretensión y cuando el tribunal decida que no existen otros medios satisfactorios de tomar declaración a tales personas. Con ello se recoge lo dispuesto por la Ley 1/1996 en su artículo 6 números 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10. Pero se añaden algunos extremos que no se encuentran incluidos en la Ley nacional como son los servicios de interpretación y traducción (a menos que los mismos se consideren gastos de asistencia pericial), y los gastos de desplazamiento que corran por cuenta del solicitante, como podrían ser los de testigos de parte, que no encuentran su paralelo en nuestra Ley[20].

Un aspecto importante a destacar es el de los supuestos en que la sentencia condene al beneficiario de la justicia gratuita al pago de las costas de la parte contraria. En España, el beneficiario de la pobreza, deberá abonar las costas de la parte contraria en el caso de que viniera a mejor fortuna en el plazo de tres años (artículo 36 de la Ley 1/1996), pero en caso contrario, esas costas estarán sin cubrir y serán de cuenta de la parte vencedora en el pleito. Por su parte, el artículo 3.2 *in fine* de la Directiva exige, para que estas costas queden cubiertas, no sólo que en el país donde tiene lugar el pleito o la ejecución se permita condenar al beneficiario de justicia gratuita a

(20) De conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Directiva, el Estado miembro en que resida el extranjero no comunitario, se hará cargo de los gastos correspondientes a la asistencia jurídica prestada por un Letrado local o por persona habilitada para ello, realizados en ese Estado miembro hasta que se presente la solicitud en el Estado miembro donde se halle el Tribunal. Igualmente, correrán de su cuenta la traducción de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria cuando se presenten ante las autoridades de ese Estado miembro.

las costas de la parte contraria, sino también que las costas del litigante no beneficiario del derecho hubieran quedado cubiertas de tener el titular de la justicia gratuita el domicilio o residencia habitual en el Estado donde se celebre el pleito.

Por otro lado, el beneficio de justicia gratuita cubrirá también los procedimientos extrajudiciales cuando la Ley los imponga a las partes o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos. Además también abarca la ejecución de documentos auténticos. Ambas previsiones, y en especial la primera de ellas, no se encuentran recogidas en la Ley nacional por lo que supone de hecho una ampliación de la cobertura con respecto al régimen general.

### C) Notas sobre el procedimiento

La justicia gratuita es concedida o denegada por el Estado donde se halla el Tribunal que ha de conocer del pleito, pero la solicitud podrá presentarse, además de ante la autoridad competente de ese Estado, también ante la del Estado de residencia.

La solicitud se traducirá a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de la autoridad receptora, siempre que la misma sea una de las lenguas oficiales de la Unión Europea, o bien a otra lengua oficial de la Unión que haya sido aceptada por ese Estado.

Si la solicitud se ha presentado ante la autoridad de residencia del solicitante del beneficio de justicia gratuita, éste la remitirá a la autoridad del otro Estado en el plazo de 15 días. Los documentos que se acompañen a la solicitud y esta misma estarán exentos de legalización. Para facilitar la transmisión de estas solicitudes, se establecerá un formulario normalizado que, en principio, debe estar ya redactado el 30 de mayo de este año y que deberá estar disponible para su uso no más tarde del 30 de noviembre de 2004.

La Directiva también establece unas medidas de colaboración entre los Estados miembros, de tal forma que deben facilitarse información entre ellos sobre las autoridades competentes en dichos Estados para resolver sobre las solicitudes de justicia gratuita, sus ámbitos geográficos de competencia, los medios disponibles para recibir la solicitud o las lenguas en que pueden documentarse las mismas. Esa información debe facilitarse, también, antes del 30 de noviembre de 2004.

## VI. ACUERDOS BILATERALES O MULTILATERALES QUE AFECTAN A ESTA MATERIA

Como establece el propio artículo 20 de la Directiva, su contenido tiene aplicación preferente a otros Convenios que los miembros de la Unión Europea (exceptuada Dinamarca) tengan suscritos; y, en concreto, se mencionan el Acuerdo Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita, firmado en Estrasburgo en 1977 y modificado por Protocolo firma-

do en Moscú en 2001[21], y al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia[22].

Pero en estos Convenios, al igual que ocurre en otros que también afectan al tema que nos ocupa, además de los países comunitarios –excluida Dinamarca–, también participaron terceros Estados que se verán amparados por su contenido.

De lo hasta ahora expuesto, resulta que, en España, los nacionales de países comunitarios tienen el mismo trato en relación al beneficio de justicia gratuita que los españoles ya que así lo dispone el artículo 2.a) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y lo ratifica la Directiva 2002/8 en relación a los litigios transfronterizos. El mismo trato de igualdad tendrán también los nacionales de terceros Estados que se hallen en España[23], y en cuanto a los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, aquellos que residan legalmente en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

En relación a los extranjeros que no se hallen en España[24] ya hemos visto que la regla general es que su derecho a la justicia gratuita, conforme a la Ley 1/1996, se vea limitado al orden penal (sin que se incluya el beneficio en toda su extensión) y al social.

Pero, además de lo anterior, son abundantes los Convenios firmados por España con países no comunitarios que equiparan a los nacionales de esos Estados a los españoles en orden a la obtención del beneficio a la justicia gratuita. Todos ellos, evidentemente, tienen preferencia sobre la norma nacional y a los mismos habrá que atender en el caso concreto para determinar el derecho de asistencia jurídica gratuita del que puede gozar un extranjero irregular en España, conforme a su nacionalidad. Además de los ya citados, podemos mencionar, entre otros, los siguientes:

(21) Forman parte del mismo Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Reino Unido, Suecia, Dinamarca, Noruega y Turquía, por lo que sólo en relación a estos tres últimos tendrá absoluta vigencia. Para el resto es preferente la Directiva.

(22) Forman parte del Tratado Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Polonia, Macedonia, Suecia, Suiza y Yugoslavia. El artículo 1 de este Convenio señala que "los nacionales de un Estado contratante, así como las personas que tengan residencia habitual en un Estado contratante, tendrán derecho a disfrutar de asistencia judicial en materia civil y comercial en cada uno de los Estados contratantes en las mismas condiciones que si ellos mismos fueran nacionales de ese Estado y residieren en él habitualmente.// Las personas a quienes no se apliquen las disposiciones del párrafo anterior, pero que hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante en el cual se haya iniciado, o se vaya a iniciar, un procedimiento judicial tendrán sin embargo derecho a disfrutar de asistencia judicial en las condiciones previstas en el párrafo anterior, si la causa de la acción tuviese su origen en esa residencia habitual anterior.// En los Estados en que exista la asistencia judicial en materia administrativa, social o fiscal, se aplicarán las disposiciones del presente artículo a los asuntos presentados ante los tribunales competentes en esta materia". Por lo tanto, habrá que tener en cuenta el Convenio en relación a todos los países subrayados en lo relativo al asesoramiento jurídico previo al pleito, así como a la defensa y representación en juicio sobre todas esas materias.

(23) Recordemos que antes de la STC 95/2003, de 22 de mayo, el trato de igualdad a los nacionales quedaba atribuido a los extranjeros que residieran legalmente en España. La mencionada Sentencia ha ampliado el ámbito subjetivo del beneficio a todos los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio con independencia de que residan o no legalmente en él.

(24) Debemos dejar a salvo aquellos que no se hallen en España pero residan legalmente en un Estado de la Unión Europea, pues a éstos se les aplicará la Directiva en materia de litigios transfronterizos: en materia civil y mercantil, en estos casos, gozarán del beneficio de justicia gratuita como cualquier otro nacional comunitario.

– Convenio relativo al procedimiento civil hecho en La Haya de 1 de marzo de 1954, del que forman parte, además de los países comunitarios afectados por la Directiva, Argentina, Armenia, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Macao (China), Chipre, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Israel, Japón, Kirguizistán, Letonia, Líbano, Marruecos, Moldavia, Noruega, Polonia, República Checa, Macedonia, Rumania, Rusia, Suiza, Surinam, Turquía, Ucrania, Uzbekistán, Vaticano y Yugoslavia. El artículo 20 del Convenio señala que, en materia civil o mercantil, a los súbditos de cada uno de los Estados contratantes se les concederá en los demás Estados contratantes el beneficio de pobreza, al igual que a los nacionales mismos, conforme a la legislación del Estado donde se solicite la defensa gratuita. Igualmente, el beneficio abarcará también la defensa gratuita en materia administrativa en aquellos Estados donde se prevea para sus nacionales[25].

– Convenio de asistencia jurídica entre España y Bulgaria de 23 de mayo de 1993. Dentro del ámbito civil, mercantil y de familia, el artículo 4 del Convenio atribuye a los nacionales de cada una de las partes contratantes asistencia judicial gratuita en el otro Estado como a los nacionales de este último.

– Convenio sobre asistencia jurídica en materia civil entre España y Rusia (antigua URSS) firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990. El artículo 3 atribuye a los nacionales de una parte contratante asistencia jurídica gratuita en la otra parte contratante en las mismas condiciones que sus nacionales en los asuntos civiles, mercantiles y de familia.

– Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997. Su artículo 5 dispone que, en las materias a que se refiere, los nacionales de una de las partes gozarán ante los tribunales de la otra parte de la asistencia judicial, así como de la dispensa de pago adelantado de las tasas y gastos judiciales concedida a los nacionales de esta última teniendo en cuenta su situación personal, material y familiar y en igualdad de condiciones.

– Convenio de cooperación jurídica entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987. El Convenio se refiere al reconocimiento y ejecución de determinado tipo de resoluciones y su artículo 26 prevé la posibilidad de que cualquiera de los dos Estados hubiera concedido el beneficio de pobreza a la parte solicitante del reconocimiento o la ejecución.

– Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y Checoslovaquia (Chequia y Eslovaquia) hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987. Su artículo 1 atribuye igualdad de trato entre los nacionales de una y otra parte en relación a la protección jurídica en asuntos civiles, mercantiles y de familia.

– Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales, en materia civil y mercantil entre España y México, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989. Dentro

(25) Otras disposiciones de interés se encuentran en los artículos 21 a 24.

de su ámbito, el artículo 15 dispone que el beneficio de pobreza o justicia gratuita reconocido en el Estado de origen será mantenido en el Estado requerido.

– Tratado entre España y China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992. Su artículo 1 dispone que los nacionales de una parte contratante disfrutarán en el territorio de la otra parte de la misma protección judicial que tengan sus nacionales.

– Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997. En relación a la ejecución de las decisiones, el artículo 18 establece que el solicitante de la ejecución que en el Estado contratante de origen hubiera gozado del beneficio de justicia gratuita, total o parcial, gozará de un beneficio comparable ante el tribunal competente para la ejecución.

– Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre España y Tailandia, hecho en Madrid el 15 de junio de 1998. Su artículo 2 dispone que los nacionales de una parte gozarán de la misma protección judicial que la otra parte conceda a sus nacionales.

– Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, del que forman parte, además de los países comunitarios a los que afecta la Directiva, Argentina, Australia, Bahamas, Belice, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, Hong-Kong y Macao (China), Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Fidji, Georgia, Honduras, Hungría, Islandia, Israel, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sudáfrica, Suiza, Trinidad, Turkmenistán, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia y Zimbabue. El objetivo del Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores retenidos o trasladados de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de esos países se respete en los demás. En relación a ese tema, el artículo 25 dispone que los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residan habitualmente en ellos, tendrán derecho a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en él.

– Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones de alimentos hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, del que forman parte, además de los Estados comunitarios afectados por la Directiva, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Noruega, Polonia, República Checa, Suiza y Turquía. El artículo 15 dispone que dentro de su ámbito, el acreedor de alimentos que en el Estado de origen hubiera disfrutado en su totalidad o en parte de asistencia letrada gratuita o de una exención de gastos y costas disfrutará de la asistencia más favorable o de la exención más amplia prevista por el derecho del Estado requerido, en todo procedimiento de reconocimiento o de ejecución.

– Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil hecho en Madrid el 13 de abril de 1989. Su artículo 36 dispone que los nacionales de un Estado contratante gozarán del beneficio de justicia gratuita igual que los nacionales de otro Estado cualquiera que sea el lugar de su residencia habitual. El Convenio abarca el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, transacciones, laudos y otros documentos con fuerza ejecutiva en materia civil, mercantil y laboral.

– Convenio entre España y Uruguay sobre alimentos firmado en Montevideo el 4 de noviembre de 1987. Su artículo 12, en relación al reconocimiento y ejecución de resoluciones en esta materia, atribuye al menor el beneficio de justicia gratuita si hubiera gozado de ella en el país donde hubiera ejercitado la acción.

# Notas y colaboraciones

## *Dossier* Reforma

Pascual Aguelo Navarro
Abogado del R.e I. Colegio de Zaragoza
(aguelo@extranjeria.info)

José Luis Rodríguez Candela
Abogado del Ilustre Colegio de Málaga
(1922j@icamalaga.org)

I

# Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx[1]

SUMARIO

I. Ámbito de la ley.

II. Derecho a la documentación.

III. Familiares reagrupables.

IV. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

V. Requisitos para la entrada en territorio español, tipos de visados, expedición del visado.

VI. Enumeración de las situaciones.

VII. Situaciones de estancia y residencia.

VIII. Situación de residencia temporal, el arraigo y la exención de visado.

IX. Régimen especial de los estudiantes.

X. Residencia de indocumentados.

XI. Autorización para la realización de actividades lucrativas.

XII. Permiso de trabajo por cuenta propia.

XIII. El contingente de trabajadores extranjeros.

(1) Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

I

XIV. Supuestos específicos.

XV. Excepciones al permiso de trabajo.

XVI. Régimen especial de los trabajadores de temporada.

XVII. De las tasas por autorizaciones administrativas.

XVIII. Infracciones graves.

XIX. Infracciones muy graves.

XX. Sanciones.

XXI. Efectos de la expulsión y devolución.

XXII. Centros de internamiento.

XXIII. Procedimiento preferente.

XXIV. Ejecución de la expulsión.

XXV. Obligaciones de los transportistas.

XXVI. Disposiciones adicionales.

XXVII. Disposiciones transitorias, derogatoria y finales.

XXVIII. Modificación de la Ley de Bases del Régimen Local. El Padrón Municipal.

XXIX. Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

XXX. Competencia desleal.

## I. ÁMBITO DE LA LEY

**Artículo 1. Modificación 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**

Uno previo. Se propone la adición en el artículo 1 de un nuevo apartado 3 con el contenido siguiente:

"3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables."

## Notas

Recoge aquella desaparición misteriosa que se operó en la LO 8/2000, del apartado 2º del artículo 1 de la LO 4/2000, que pese a no ser objeto de enmienda alguna no apareció en el texto que finalmente fue votado y aprobado[2].

El RD 864/2001 en el apartado 3º de su artículo único intentó subsanar el defecto declarando que la normativa común de extranjería sería de "aplicación supletoria a los efectos que pudieran ser más favorables", mandatos contradictorios y a veces de imposible adecuación, ya que no siempre la aplicación supletoria es la más beneficiosa.

Esta nueva redacción, entre otros, impide la expulsión de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario, y excluye la aplicación de la ley de extranjería, al menos los aspectos sancionadores, para los sujetos amparados por la normativa comunitaria y sus familiares. Las posibles sanciones de quienes realicen alguna de las infracciones graves, como el favorecimiento de la inmigración clandestina, las actuaciones discriminatorias, o incluso las sanciones previstas para los transportistas solo podrán ser sancionadas por las normas generales, Código penal, Ley de Seguridad Ciudadana, Ley Orgánica sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La norma que ha incorporado la normativa comunitaria al derecho interno español es el reciente Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, que regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares[3].

## II. DERECHO A LA DOCUMENTACIÓN

Uno. Se introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 4, que queda redactado de la siguiente forma, pasando el actual apartado 2 a ser el apartado 3:

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

(2) Vid. AGUELO P. y ÁLVAREZ, A.: "Historia cronológica de la desaparición del apartado 2 de la Lex 4/2000", *Revista de Extranjería* nº 7 de la Web de Extranjería: http://www.extranjeria.info/portada/desaparicion/desaparicion.pdf.

(3) Vid., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma", *REDMEX* nº 3, pp. 29-59. El texto completo se puede ver en "Anexo legislativo", *REDMEX* nº 2, pp. 269-281.

## Notas

Se insiste en la exposición de motivos, y no digamos en los medios de comunicación, que se va dotar al visado de efectos de permiso de residencia en España, como medida de agilización de trámites administrativos, en lo que nadie parece caer en la cuenta, es que estamos trasladando a la administración española en el exterior unas competencias para las que no están preparados ni material ni humanamente. En definitiva, se trasladan las colas y esperas de hasta 10 meses para la obtención de un permiso que en la actualidad viene a tardar en cualquier oficina de extranjeros en España, donde la dotación de personal y material es mayor, a oficinas consulares, que ya de por sí tardan meses solo en dar citas para depositar una solicitud de visado. Quizás con ello se consiga hacer desaparecer visualmente de la opinión pública española el lamentable espectáculo cotidiano del caos administrativo en la gestión de los procedimientos de autorizaciones para extranjeros.

Téngase en cuenta que en la actualidad un trámite similar como puede ser la tramitación de la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario viene a tardar del orden de los 8 a 10 meses.

Amén de esto, una lectura detenida del precepto comentado nos conduce a la sorpresa de que realmente la solicitud del permiso no queda excluida, solo que en vez de llamarle autorización de residencia o trabajo, se le denomina ahora tarjeta de identidad, que obligatoriamente deberá obtenerse, (artículo 27.2 introducido con la reforma), una vez el extranjero se encuentre en territorio español sin que los trámites en España queden simplificados como a bombo y platillo se anuncia en la exposición de motivos.

Incluso el artículo 27.a) de la Reforma rebaja el alcance y contenido jurídico del visado al otorgarle meros efectos habilitadores para presentarse en el puesto fronterizo y "solicitar" la entrada.

### III. FAMILIARES REAGRUPABLES

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 17 y se introducen dos nuevos apartados 3 y 4, que quedan redactados de la siguiente forma:

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

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

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

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

## Notas

Este precepto elimina lo que la LOEx reconocía como reagrupación en cadena, y que pese a ser eliminado por el RELOEx (RD 864/2001), el Tribunal Supremo recuperó en su Sentencia de 20 de marzo de 2003.

Tras esta redacción para poder ser beneficiario de la reagrupación familiar es preciso tener un permiso independiente, por lo que se convierte en una reagrupación originaria.

La única excepción es la reagrupación del ascendiente que a su vez tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado. Tendremos que esperar a ver cómo se interpreta el término *"a su cargo"*. En nuestro criterio debiera referirse a la existencia de una dependencia jurídica, ya sea de tutela, patria potestad o cualquier otra figura similar existente en la normativa aplicable en virtud de la ley personal. Si por el contrario el concepto *"a su cargo"* se hace equivalente a dependencia económica, como interpreta la ley de extranjería para permitir la reagrupación familiar del ascendiente, serviría de poco, ya que difícilmente va a poder estar alguien a cargo de otra persona, el ascendiente, que a su vez necesitaría depender económicamente de su hijo para que le fuese permitida la reagrupación familiar.

En definitiva la duda es ¿cómo alguien que vive dependiendo económicamente de su hijo, puede a su vez mantener a otro menor o incapaz? Si puede hacerlo ya no depende del reagrupante originario, por lo que no entraría dentro del ámbito de la reagrupación familiar.

En el caso de la reagrupación familiar de ascendientes, para poder estos acceder a su vez a la reagrupación familiar se exige un permiso permanente además de tener medios económicos, parece que impide a estos, antes de disponer del permiso permanente, el que puedan obtener uno temporal pero independiente del reagrupante, si por cualquier motivo han venido a mejor fortuna o han encontrado un empleo, aun cuando fuesen mayores de 65 años, lo que parece fuera de toda lógica y absolutamente discriminatorio respecto a los supuestos del párrafo segundo, que parece la norma general, con la excepción del párrafo tercero, es decir, ascendientes, que a su vez se exceptúa en los supuestos del inciso último de ese apartado, cuando tengan menores de edad o incapaces a su cargo. En este sentido mismo se pronuncia también el artículo 19.3 de la reforma. Este precepto es una discriminación por razón de la edad, y una norma poco respetuosa con los derechos que deben acompañar a la tercera edad y nuestra constitución consagra en su artículo 50.

### IV. EFECTOS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

> Cuatro. Se modifica el artículo 19, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.
>
> 1. El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.

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

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

## Notas

Para la obtención de un permiso independiente por parte del cónyuge, se exige solo el que éste obtenga una autorización para trabajar, eliminando el transcurso de convivencia de dos años, o menos en casos especiales, que exigía la Ley 8/2000. Esta regulación parece acertada con la posibilidad de independencia económica que pueden tener los cónyuges, evitando situaciones de abusos donde un cónyuge podía aprovechar la situación de inferioridad jurídica (al depender legalmente de su permiso).

El nuevo precepto introduce la posibilidad de que el cónyuge pueda acceder a un permiso independiente, laboral o no, en cuanto se haya dictado una orden de protección a favor de la víctima de violencia doméstica, medida que debe ser también aplaudida para evitar dependencias esclavizantes.

Sin embargo, la regulación es incompleta, ya que referido ahora a los hijos, al igual que en la anterior regulación se le exige que alcance la mayoría de edad y que obtenga una autorización para trabajar, sin tener en cuenta que las órdenes de protección también ampara a los hijos, e incluso a los ascendientes, para los que tampoco se prevé la posibilidad que se regula para el cónyuge. Podemos encontrarnos con supuestos de ascendientes, o en mayor medida de hijos, que han quedado a la guarda y custodia del cónyuge con el que no están reagrupados, sin que puedan acceder a un permiso independiente, pese a haber aplicado la orden de protección respecto a ellos, al no permitirlo el artículo 19, continuando la dependencia del agresor. Por ello la posibilidad de la consecución del permiso independiente cuando se aplique la orden de protección debe beneficiar a todos los sujetos beneficiarios de la misma, y no solo al cónyuge, aun cuando estadísticamente éste sea el supuesto más habitual.

Al referirse el artículo comentado para acceder a un permiso independiente cuando se alcance la mayoría de edad, no debemos olvidar que ésta se rige por la ley personal, no teniendo porqué ser coincidente con los 18 años previstos en nuestro Código Civil.

## V. REQUISITOS PARA LA ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL, TIPOS DE VISADOS, EXPEDICIÓN DEL VISADO

Cinco. Se modifica el apartado 2 del artículo 25, que queda redactado de la siguiente forma:

"2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso."

Seis. Se introduce un nuevo artículo 25 bis, que queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 25 bis.- Tipos de visados.

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

a) Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.

b) Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.

c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.

d) Visado de trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia, y para residir.

e) Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación.

Reglamentariamente se desarrollarán los diferentes tipos de visados."

Siete. Se modifica el apartado 1 y se introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 27, quedando redactados de la forma siguiente, y pasando los actuales apartados 2, 3, 4 y 5 a ser 3, 4, 5, y 6 respectivamente

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

2. La concesión del visado:

a) Habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada.

b) Habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero."

## Notas

Los artículos 25 bis c) y d) y el 27.a) resultan contradictorios. En el primero se dice que el visado habilita para residir en España, mientras que el segundo señala que el efecto del visado es exclusivamente el de habilitar al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo y "solicitar" su entrada rebajando el efecto de aquél, muy distinto al del permiso que sí permite directamente franquear la entrada.

El mantenimiento del visado de tránsito aeroportuario supone un importante instrumento limitador del Derecho de Asilo, pues trata, entre otros, de impedir o dificultar al menos la llegada "no conveniente" de posibles peticionarios de asilo.

El visado se erige en el centro de la política migratoria, desplazando al Ministerio de Asuntos exteriores importantes competencias de los Ministerios de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales.

En realidad lo que se exige es disponer de una autorización administrativa para entrar y permanecer en España documentada en una tarjeta de identidad de extranjero. El tenor literal no es el más adecuado, pues debe referirse a tarjeta de identidad en vigor.

Se diferencia expresamente entre visado de residencia y visado de trabajo y residencia, no se contempla el visado para la realización de actividades exceptuadas de permiso de trabajo, que no tienen encaje en ningún tipo.

## VI. ENUMERACIÓN DE LAS SITUACIONES

Ocho. Se modifica el artículo 29, que queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 29. Enumeración de las situaciones.

1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia.

2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda."

### Notas

Técnicamente parece correcto el que los tipos de residencia salgan de este artículo y pasen al 30 bis, que define el concepto de residencia. Si bien el párrafo 2º es confuso, ya que según su tenor literal la residencia podría acreditarse solo con el visado o tarjeta de identidad, sin tener que acompañar el pasaporte, lo que no es coherente con la regulación que del uso del mismo hace la Ley de Seguridad Ciudadana, que exige al extranjero identificarse con ambos documentos.

Se olvida el artículo de las situaciones de permanencia especiales que no tienen encaje estricto en los supuestos del artículo. A título ejemplar, las situaciones de permanencia amparadas por los Tribunales contencioso administrativos con suspensión de salida obligatoria.

## VII. SITUACIONES DE ESTANCIA Y RESIDENCIA

Nueve. Se se modifica el apartado 1 del artículo 30, que queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 30. Situación de estancia.

1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes."[4]

(4) "Artículo 33. Régimen especial de los estudiantes. 1. Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, (...). 2. La duración de la autorización de estancia por el Ministerio del Interior será igual a la del curso para el que esté matriculado. (...)."

Diez. Se introduce un nuevo artículo 30 bis, que queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 30 bis. Situación de residencia.

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

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

## Notas

Este artículo 30 junto con el 33.2 insiste en configurar la situación de los estudiantes como de "mera estancia", aun cuando ésta sea por un período superior a los 90 días. Hacemos notar que el artículo 33.1 se refiere a la situación de estudiante aquella que tenga como "único o principal" fin el cursar o ampliar estudios. ¿Qué ocurrirá en aquellos supuestos en que la finalidad sea residencial y haya sido mal documentada con una tarjeta de estudiante, caso bastante frecuente? La respuesta seguramente habrá que buscarla en los tribunales.

## VIII. SITUACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL, EL ARRAIGO Y LA EXENCIÓN DE VISADO

Once. Se modifican los apartados 1, 3, 4 y 5 y se suprimen los apartados 6 y 7 del artículo 31, que quedan redactados de la siguiente forma:

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

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

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

4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

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

## Notas

**El arraigo.**- El apartado 3º regula el concepto de arraigo, eliminando la mención expresa a la estancia de forma irregular en el plazo de 5 años, como causa suficiente para acceder al permiso por arraigo de forma automática, dejando la interpretación del concepto arraigo a la regulación reglamentaria, que podrá incrementar dicho plazo, o incluso eliminar la posibilidad de acceder a la documentación por el simple transcurso del tiempo, como nos tememos. También desapa-

rece la posibilidad de normalización de aquellos que hubiesen dispuesto de permiso y no lo hubiesen podido renovar, remitiendo también a la regulación reglamentaria. De esta forma dejamos en manos de la administración el que puedan eliminar estas causas de los ya escasos supuestos de normalización.

**La exención de visado.**- Por otra parte desaparece la exención del visado, señalando la exposición de motivos que estos casos se llevarán a los permisos por circunstancias excepcionales. Tan solo que solo se hace referencia a los motivos humanitarios, colaboración de la justicia u otras circunstancias excepcionales, que pueden ser las actuales recogidas en el Reglamento, o restringirse hasta anularlas *de facto*. Lo único seguro es que desaparece de la ley como causa directa de exención o de arraigo, el matrimonio con convivencia de al menos un año, que recogía el antiguo inciso último del artículo 31.7, lo que daría pie a eliminar esta causa como vía de normalización. Se consuma así la visión hiperrestrictiva de la exención de visado.

**Notificación de circunstancias.**- El apartado 5º exige la notificación a los extranjeros de los cambios de estado civil, aparte de los ya recogidos de nacionalidad y domicilio, lo que puede suponer una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, ya que esta circunstancia solo sería lógica en aquellos supuestos en que dicho cambio de estado civil tenga incidencia en la documentación del extranjero. Este precepto permite aplicar la infracción leve del artículo 52.a), o la grave del 53.c), antes imposible para los cambios de estado civil, al no estar específicamente regulada su obligatoriedad de notificación en el artículo 31.6.

## IX. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS ESTUDIANTES

> Doce. Se modifica el apartado 2 del artículo 33, que queda redactado de la siguiente forma, y se suprime el párrafo 2 del apartado 4:
>
> "2. La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado."

El Estatuto jurídico del estudiante continúa devaluándose, la precariedad y provisionalidad aparecen como elementos consustanciales de la situación del estudiante.

La desaparición del inciso segundo del apartado 4º podría impedir el acceso a la contratación laboral de los estudiantes por las administraciones públicas, ya que el artículo 10.2 de la Ley permite tan solo dicho acceso a los residentes, cuya consideración no tienen los estudiantes. La anterior regulación establecía una excepción al artículo 10.2, diciendo que no solo era de aplicación a los residentes, sino también a los estudiantes.

## X. RESIDENCIA DE INDOCUMENTADOS

> Trece. Se modifica el apartado 2, del artículo 34, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "2. En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez verificada la pertinente información y siempre que concurran y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener, en los términos que reglamentariamente se deter-

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

Es reiterativo en tanto prevé la imposibilidad de documentación para quienes estén en alguno de los supuestos del artículo 26 o contra él se haya dictado una orden de expulsión, sobrando esta última mención, toda vez que ya la prevé el artículo 26. No compartimos esta decisión legislativa, ya que entendemos se pierde una gran oportunidad para regular la situación de los inexpulsables, ya que si su país no lo reconoce y obra de buena fe, es absolutamente desproporcionado mantener a esta persona en absoluta y perenne indocumentación, condenándola a la marginación social, explotación laboral y riesgo social.

Tampoco compartimos que la documentación deba estar condicionada a razones de índole humanitaria, interés público o compromisos de España, ya que toda persona debe tener derecho a ser documentada, bien por su país bien por España, si acaso solo condicionarla a que obre o actúe de buena fe. Estas exigencias son introducidas *ex novo* por la reforma. En cualquier caso considero siempre de interés público el que toda persona esté identificada y documentada, ya que es un buen sistema para la prevención de la delincuencia, que la perpetuación de la situación de indocumentación favorece, así como la impunidad en la persecución de hechos delictivos. En definitiva esta medida, más que ser eficaz en la consecución de la seguridad ciudadana, favorece justamente lo contrario, es decir la impunidad de muchas personas indocumentadas, no controlada y que no existen para las autoridades.

## XI. AUTORIZACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LUCRATIVAS

> Catorce. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 26, que quedan redactados de la siguiente forma:
>
> "1. Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar. Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado.
>
> 2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen.
>
> 3. Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado primero del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle."

### Notas

La incoherente regulación del visado, autorizaciones administrativas y tarjeta de identidad provoca cosas como las previstas en este artículo que motiva nuestra más completa incomprensión de lo que se articula.

El párrafo segundo del apartado 1º, declara que la autorización para trabajar autoriza también para residir, pero si en el plazo de un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicita el visado, la autorización se extingue. Cuando a tenor del artículo se supone que la concesión de la autorización laboral ya ha habilitado al extranjero a residir en España. ¿Qué objeto tiene pues ahora la solicitud del visado? ¿El visado habilita a residir, pero entonces qué habilita la autorización administrativa previa para trabajar? En fin, de no remediarlo se va a provocar un verdadero caos administrativo de difícil solución por vía reglamentaria. Parece que el artículo regula que el visado habrá de pedirse tras la concesión de la autorización, aunque no está claro, lo que supondría un cambio radical con la regulación actual, que exige que el visado se pida en el plazo de tres meses de solicitada la autorización por el empresario. Y desde luego no simplificaría en nada los trámites.

Tampoco puede comprenderse el inciso último del apartado 3º, ya que se declara que la ausencia de permiso de trabajo no invalidará el contrato de trabajo, algo antes ya declarado y que la jurisprudencia laboral había apoyado, y que no será obstáculo para la obtención de las prestaciones, aquí es donde surge la duda, porque si nos referimos a las contributivas obligaría a un alta en seguridad social obligatoria por parte de la inspección de trabajo, con la consolidación de todos los derechos de ella derivados, lo que desde mi punto de vista sería muy positivo pero de poca virtualidad práctica, ya que el extranjero podría ser expulsado, y por lo tanto no podría disfrutarlas, siendo más un afán recaudatorio el que mueve esta modificación que un afán por proveer los derechos de los trabajadores. Esto solo tendría sentido si esta situación impidiese la expulsión del trabajador irregular, lo que no ocurre al mantenerse la causa de expulsión del artículo 53.b).

## XII. PERMISO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA

> Catorce bis. Se modifica el artículo 37, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "Artículo 37. Autorización de trabajo por cuenta propia.
>
> Para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan."

Parece correcta la desaparición de la enumeración incompleta de actividades por cuenta propia que recogía el anterior precepto, que más parecía, en palabras de Raimundo Aragón Bombín, una estrofa del credo campesino que un texto normativo ("creo en Dios artesano carpintero, albañil y armador...").

Mejora la redacción anterior al aclarar que la inversión debe ser "suficiente" para la actividad proyectada no siendo en principio exigible, como se viene haciendo, una determinada inversión mínima, sino que dependerá del proyecto empresarial. Sigue pareciendo excesiva, dadas las actuales condiciones de la economía española y europea, la exigencia de una potencial creación de empleo como requisito para la concesión de la autorización.

## XIII. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

> Catorce ter. Se modifica el artículo 39, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "Artículo 39. El contingente de trabajadores extranjeros.
>
> 1. El Gobierno podrá aprobar un contingente anual de trabajadores extranjeros teniendo en cuenta la situación nacional de empleo al que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España.
>
> 2. En la determinación del número y características de las ofertas de empleo, el Gobierno tendrá en cuenta las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como un informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes elaborado a tal efecto por el Consejo Superior de Política de Inmigración.
>
> 3. El contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen.
>
> 4. Asimismo, el contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen.
>
> 5. Los visados para búsqueda de empleo autorizarán a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el período de estancia de tres meses, en los que podrá inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo correspondientes. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedará obligado a salir del territorio, incurriendo en caso contrario en la infracción contemplada en el artículo 53.a) de la presente Ley, sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.
>
> 6. Las ofertas de empleo realizadas a través del Contingente se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado Acuerdos sobre regulación de flujos sin perjuicio de la posibilidad de realizar ofertas de empleo nominativas a través de este procedimiento en las condiciones que se determinen."

Un intento más de convertir lo ordinario en extraordinario. La Reforma insiste en convertir en ordinario el modelo de contingentes o cupos. Habría que haber tenido en cuenta la jurisprudencia de los tribunales en el sentido de sostener la compatibilidad del régimen denominado general y el procedimiento específico de contingente anual.

Respecto al contingente, se añade la obligatoriedad de que se tenga en cuenta, junto a la situación nacional de empleo, la situación de integración de los inmigrantes, según evaluación que realice el Consejo Superior de Política de Inmigración.

Por otra parte no desaparece el carácter facultativo del que le quiso dotar la Ley 8/2000, estando en manos del gobierno el establecerlo o no, y es dentro de este marco, donde se instituye el visado de búsqueda de empleo, no para el régimen general, como parecía hacérsenos entender, además de ser también facultativo y con un ámbito subjetivo muy limitado, hijos y nietos de españoles, y asimismo con un ámbito objetivo también limitado a determinados sectores de actividad u ocupación.

Afortunadamente la ley reconoce la posibilidad de formular ofertas nominativas dentro del contingente, el problema es que las condiciones de esta oferta nominativa pueden ser establecidas en la aprobación de cada contingente, lo que en definitiva puede eliminar esa posibilidad, como ha ocurrido con el contingente de 2003, que lo reducía a los que ya habían estado residiendo en España y los que habían tenido relación laboral con el empleador en el país de origen.

## XIV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS

> Catorce quáter. Se modifica la letra b) del artículo 40 y se incorpora una nueva letra l), quedando redactado de la siguiente forma:
>
> "b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
>
> l) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país."

Es acertado que entre los supuestos de preferencia se incluya al hijo de español nacionalizado o de comunitario, que antes había que acudir a la analogía para incluirlos, ya que quedaban fuera y eran de peor derecho.

Por otro lado se incluye a los que fueron titulares de permisos de temporada durante los 4 años anteriores, y cumplieran con la obligación de retornar a su país, pretendiendo con esto primar a los que cumplieron con su obligación de retorno, aun cuando cuatro años parece mucho tiempo.

Se continúa olvidando al residente legal o estudiante como supuesto de preferencia específico.

## XV. EXCEPCIONES AL PERMISO DE TRABAJO

> Catorce quinquies. Se modifican las letras a) y k) del apartado primero del artículo 41 y apartado 2, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "Artículo 41.1.a).
>
> a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado, las Comunidades Autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.
>
> k) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la Entidad de Protección de Menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.
>
> 2. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para acreditar la excepción. En todo caso, este procedimiento será el mismo tanto para el personal de instituciones públicas como de organismos promovidos o participados mayoritariamente por una Administración pública."

Amplía el concepto de técnico y científico a efectos de considerarlo exento de obtener el permiso de trabajo, pudiendo éste ser invitado por la administración local o incluso organismos autónomos.

Se añade un nuevo supuesto, cual es la de los menores entre 16 y 18 años mientras se encuentren bajo la tutela de la entidad pública de protección de menores, excepción que desaparecerá al adquirir la mayoría de edad. La verdad es que a veces los trámites para la exención de dotarse del permiso de trabajo son tan complejos como los de obtención de éste, por lo que es un beneficio relativo. Habrá, en todo caso, que esperar a la reglamentación del procedimiento que al respecto la ley anuncia, eso sí, deberá ser el mismo para particulares y entidades públicas o similares.

En todo caso de debió aclarar que la situación de excepción conlleva la situación administrativa de residencia legal.

## XVI. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE TEMPORADA

> Catorce sexies. Se introduce en el artículo 42 dos nuevos apartados, 4 y 5, que quedan redactados de la siguiente forma:
>
> "4. Las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado Acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.
>
> 5. Las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán en la programación de las campañas de temporada con la Administración General del Estado."

Se introduce a los municipios en la colaboración de la programación de las campañas agrícolas, lo que parece acertado, ya que son ellos en definitiva los que deben afrontar la situación y los conflictos que pudieran originarse por la llegada de importantes colectivos de extranjeros.

## XVII. DE LAS TASAS POR AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

> Dieciséis. Se modifica el apartado 2 del artículo 44 y se introduce un nuevo apartado 3, quedando redactados de la siguiente forma:
>
> "2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, constituye el hecho imponible de las tasas la concesión de las autorizaciones administrativas y la expedición de los documentos de identidad previstos en esta Ley, así como sus prórrogas, modificaciones y renovaciones; en particular:
>
> a) La concesión de autorizaciones para la prórroga de la estancia en España.
>
> b) La concesión de las autorizaciones para residir en España.
>
> c) La concesión de autorizaciones de trabajo, salvo que se trate de autorizaciones para un período inferior a seis meses.
>
> d) La expedición de tarjetas de identidad de extranjeros.
>
> e) La expedición de documentos de identidad a indocumentados.
>
> 3. En el caso de los visados, constituye el hecho imponible de las tasas la tramitación de la solicitud de visado."

El capítulo dedicado a las tasas por autorizaciones administrativas es objeto de una minuciosa y detallada reforma.

Llama la atención el que en el caso de los visados el hecho imponible sea la tramitación, y no como en los demás, la concesión, devengándose ésta por la simple petición, siendo ésta una medida disuasoria.

## XVIII. INFRACCIONES GRAVES

> Veintidós. Se modifica la letra a) y se introduce una nueva letra h), en el artículo 53, que quedan redactados de la siguiente forma:
>
> "a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autoriza-

ción, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

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

## Notas

– Artículo 53.a). Se corrige el error contenido en la anterior redacción del precepto, que hablaba de tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, lo que nos llevaba hasta los 9 meses, cuando nadie puede estar más de 6 en un período de un año. Ahora se refiere a no haber obtenido la prórroga de estancia, o carecer de autorización de residencia o tener ésta caducada más de tres meses. Faltaría para completarlo el hacer referencia a la caducidad del período de estancia y despejar definitivamente si este precepto es aplicable también a los supuestos de entrada ilegal, o tan solo a los de irregularidad sobrevenida o a los de consolidación de la entrada irregular. Si los extranjeros ya han accedido al territorio nacional, no puede acudirse a la devolución, pero no está claro que pueda acudirse a la expulsión, ya que tampoco nos encontramos en ninguno de los supuestos allí reflejados, ya que no es un caso de carecer de autorización de residencia, sino de haber entrado de forma ilegal en el territorio español.

– Artículo 53.h). Se introduce como infracción el no solicitar en el plazo de un mes desde la entrada en España la tarjeta de identidad, infracción que pese a ser grave no se equipara a la estancia ilegal, y por tanto no daría lugar a la expulsión conforme al artículo 57, que no se modifica y no recoge el apartado h).

### XIX. INFRACCIONES MUY GRAVES

Veintitrés. Se modifican la letra b) del apartado 1 y el apartado 2, del artículo 54, que queda redactado de la siguiente forma:

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

2. También son infracciones muy graves:

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

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

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

Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defec-

to, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual haya sido transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión."

## Notas

– Artículo 54.1. Si bien se exige el ánimo de lucro, lo que dejaría fuera la posible imputación de la acción solidaria, en modo alguno queda zanjada la diferenciación con el artículo 318 bis, que el ánimo de lucro es un elemento del tipo agravado, por lo que difícilmente alguien que actúa con ánimo de lucro va a quedar fuera del ámbito penal, siendo por tanto inaplicable este precepto, por la preferencia del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador. Este precepto no es más que puro derecho simbólico, e inaplicable por su último inciso (siempre que no constituya delito), como además no podría ser de otra manera.

– Artículo 54.2. Califica como infracción grave el incumplimiento de las obligaciones que regula el artículo 66, pero no solo las nuevas previstas en los apartados 1 y 2, referidas a la obligación de dar los datos de los pasajeros y billetes de vuelta no utilizados, sino también otras como la comprobación de la validez de los pasaportes y visados, la obligación de hacerse cargo del extranjero si se le deniega la entrada, así como la de hacerse cargo de su manutención y transporte a su lugar de origen o procedencia. El artículo 54.2 en sus apartados b) y c) es redundante, ya que bastaría con que remitiese a las obligaciones recogidas en el artículo 66 en general y cualquier incumplimiento fuese considerado infracción grave.

## XX. SANCIONES

Veinticuatro. Se modifica el apartado 1, del artículo 55, que queda redactado de la siguiente forma:

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

a) Las infracciones leves con multa de hasta 300 euros.

b) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros.

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

Artículo 55.1. El apartado 1.c) es incorrecto, ya que una cosa es el mínimo de 500.000 €, y otra cosa que exista una sanción alternativa entre una multa por cada viajero o una a tanto alzado, a optar por la administración. Entendemos que sería más razonable eliminar la alternatividad y establecer una sanción por viajero con el mínimo establecido de 500.000 €.

## XXI. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN Y DEVOLUCIÓN

Veinticinco. Se modifica el apartado 5 del artículo 58 y se incorpora un nuevo apartado 6, quedando redactados de la siguiente forma:

"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.

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."

– Artículo 58.5. Solventa el impedimento que el Tribunal Supremo puso para internar a aquellos que iban a ser objeto de devolución, al no estar previsto en norma con rango de ley orgánica.

– Artículo 58.6. Debemos insistir y recordar que la devolución no puede acordarse sin expediente alguno, sin contradicción, audiencia, ni defensa. Advertimos que tal y como se configura la devolución en el texto de reforma pasa de ser una mera coacción administrativa directa, o reacción no procedimental, a ser una sanción, con efectos que perduran en el tiempo, hasta 3 años de prohibición de entrada.

Nadie puede ser sancionado sin ser previamente oído y sin la existencia de un procedimiento administrativo, por ello para no incurrir en inconstitucionalidad por falta de audiencia, artículos 105 y 24 de la CE.

No existe en la norma un mínimo de prohibición de entrada, por lo que éste estará totalmente abierto, lo que parece acertado y ajustado a cada caso concreto, lo importante es que exista un límite máximo.

## XXII. CENTROS DE INTERNAMIENTO

Veintiséis. Se introducen cinco nuevos artículos:

Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados.

Artículo 62 ter. Deberes de los extranjeros internados.

Artículo 62 quáter. Información y reclamaciones.

Artículo 62 quinquies. Medidas de seguridad.

Artículo 62 sexies. Funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

### Notas acerca de los artículos referidos a los centros de internamientos

Reiteramos la necesidad de que los centros de internamiento sean regulados mediante Ley Orgánica específica, y no ir regulándolos parcialmente a golpe de pequeños cambios. Debe existir un llamamiento que en el plazo de 1 año deberá aprobarse ley orgánica que regula los CIES, ya que la O.M. de 1999 está recurrida y de ganarse el recurso provocará su anulación.

Ahora se eleva a rango de ley alguno de los apartados de esa orden ministerial, como son los derechos y deberes de los internos, así como el permitir registros e inspecciones de locales y personas, así como el uso de medidas de compulsión personal y aislamiento, debiendo éstas ser proporcionales y nunca tener el carácter de sanción.

También se regula el funcionamiento y régimen interior de estos centros. Si bien esta regulación podría satisfacer el principio de reserva de ley que venimos reclamando en muchos extremos, no es completa, pues deja fuera de su regulación la existencia de expediente personal, muchas medidas de funcionamiento de los centros, como las horas de patio, comidas, libertad religiosa, etcétera.

Entre los derechos echamos de menos que la información de su situación se realice en su idioma, igual que respecto a la información de sus derechos y funcionamiento del centro, o el derecho a residir en la misma celda que su cónyuge, caso de existir matrimonio o unión de hecho y ambos así lo solicitasen.

Entre las medidas de seguridad y referida a las inspecciones de locales y dependencias, estimo que deberían ser autorizadas por un juez, ya que afectan a la intimidad.

Se pierde la oportunidad de otorgar la competencia para el régimen interior a funcionarios civiles, dejando a las fuerzas de seguridad solo el control exterior y del perímetro.

### XXIII. PROCEDIMIENTO PREFERENTE

> Veintisiete. Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 63, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "2. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así. En estos supuestos, el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.
>
> Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones sobre el contenido de la propuesta o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.
>
> 3. En el supuesto de la letra a) del artículo 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará con la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57."

## Notas

Artículo 63. Es correcto el que no se haga depender el derecho a la asistencia letrada de que exista o no detención, sino que ésta nace por el mero hecho de acordarse la incoación de expediente de expulsión preferente. Lo mismo cabe de decir del derecho a intérprete.

El apartado 3º referido a la tramitación por el procedimiento del artículo 57 de las expulsiones cuando hay solicitudes de arraigo, es un disparate, ya que de existir en curso alguna solicitud de documentación, la administración no podrá sancionar hasta no resolver ésta, al existir una cuestión previa que podría configurar o no la infracción, cual es la concesión o no del permiso solicitado. La oposición, entonces CIU y ahora PSOE se empeñan en introducir este apartado, que había desaparecido del proyecto del Gobierno, quizás lo mejor de la Ley, amparándolo en un beneficio para el extranjero, cuando en realidad es el otorgamiento de carta de naturaleza a la administración para la expulsión, aun cuando sea por el procedimiento ordinario, del extranjero peticionario de permiso, que antes de la introducción de este apartado en la LO 8/2000 no sería expulsable, según tenía declarado la jurisprudencia.

Valga decir también que el artículo 57 al que remite este apartado no establece procedimiento de expulsión alguno, aunque entendemos que se está refiriendo al ordinario que establece el reglamento en el artículo 102.

## XXIV. EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

> Veintiocho. Se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 64, que queda redactado de la siguiente forma, pasando los actuales apartados 3 y 4 a ser 4 y 5, respectivamente:
>
> "3. Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del Juez de Instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley."

Artículo 64.3. El apartado 3º es un supuesto de devolución por infracción de la prohibición de entrada, aun cuando ésta sea dictada por otro Estado, por lo que debería ir al artículo 58 y tener el mismo tratamiento que la devolución. Por ello no parece acertado incluirlo en las ejecuciones de las resoluciones de expulsión, ya que éstas en su día fueron ejecutadas por otro Estado.

En todo caso deberá garantizarse el derecho a la tutela judicial efectiva. La legalidad de la expulsión en cualquier caso deberá tener la posibilidad de ser sometida al control jurisdiccional. Antes de ejecutar forzosamente la resolución deberá comprobarse su validez y eficacia.

## XXV. OBLIGACIONES DE LOS TRANSPORTISTAS

> Veintinueve. Se modifica el artículo 66, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> "Artículo 66. Obligaciones de los transportistas.
>
> 1. Cuando así lo determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario, a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, a remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada

> la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español.
>
> La información será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad.
>
> 2. Toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a enviar a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, de rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen.
>
> Cuando así lo determinen las autoridades españolas, en los términos y a los efectos indicados en el apartado anterior, la información comprenderá, además, para pasajeros no nacionales de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, el nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad.
>
> La información señalada en el presente apartado deberá enviarse en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas desde la fecha de caducidad del billete.
>
> 3. (...)
>
> 4. Lo establecido en este artículo se entiende también para el caso en que el transporte aéreo o marítimo se realice desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español."

Las novedades más importantes se recogen en los apartados 1 y 2, ya que el 3 viene a ser una reproducción de lo que ya existía quizás haciendo especial hincapié en la obligación de la compañía o empresa de transporte de respetar y garantizar unas condiciones de vida adecuadas y el garantizar que el retorno se realiza a un lugar donde el trato sea compatible con los derechos humanos, que curiosamente son aquellos países que introducen normas como éstas y no admiten a ningún extranjero, por lo que difícil lo tienen las compañías de transporte si quieren respetar este inciso o canto de sirenas introducido en la reforma. Por otra parte no está de más que se recuerde que el trato y condiciones de vida mientras la empresa ejecuta el retorno, tenga que ser adecuada, pero no se establecen sanciones que así lo garanticen.

Respecto al apartado 1 y 2 deberá adecuarse a los términos del informe de la Agencia de Protección de Datos. Entendemos que como se recoge en el informe de la Agencia, el tratamiento de estos datos sólo se podrá encontrar habilitado normativamente en los supuestos en que la cesión y tratamiento quedase circunscrita al cumplimiento de las finalidades previstas en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 15/1999: "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".

La Agencia entiende amparada la cesión y tratamiento en el artículo 22.2 de la LO porque identifica los términos "combatir la inmigración ilegal" con "la prevención de la comisión de infracciones penales relacionadas con la posible existencia de redes de inmigración ilegal", al establecer en el informe que:

> "De ello se desprende que el precepto no establece en ningún caso una comunicación masiva de los datos, quedando sujeta a una decisión concreta para cada caso, y referida a un número limitado de rutas, **y que además limita las finalidades que justificarían la cesión y posterior tratamiento a la prevención de la comisión de infracciones penales relacionadas con la posible existencia de redes de inmigración ilegal y la garantía de seguridad pública.**"

Identificación que entendemos que no es correcta, porque el término inmigración ilegal englobaría también la infracción administrativa recogida en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la 8/2000. Abarca tanto al infractor de un posible delito de inmigración clandestina o tráfico ilegal, como a la víctima de estos delitos.

Es exigible un efectivo control de que estos requerimientos de información sean delimitados de forma concreta en cada caso por la autoridad competente en materia de control y permanencia de extranjeros en España. (Similar garantía de control de la administración, se encuentra recogida en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, respecto de las diligencias de identificación realizadas en las dependencias policiales).

El Proyecto establece en el párrafo primero del artículo 66.1 y, por remisión, en el párrafo segundo del artículo 66.2 que la cesión y tratamiento únicamente procederán cuando así lo determinen las autoridades españolas, respecto de determinadas rutas en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario y con la exclusiva finalidad de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública.

La Agencia entiende que "el precepto sería conforme a las previsiones de la Ley Orgánica, siempre que tal y como se establece en el mismo los requerimientos de información sean delimitados de forma concreta en cada caso por la autoridad competente en materia de control y permanencia de extranjeros en España", siempre y cuando la limitación de los supuestos contemplados en la norma no suponga la adopción de un posterior desarrollo reglamentario que supusiera una habilitación genérica del tratamiento de los datos procedentes, bien en general de fuera del espacio Schengen, bien de una lista determinada de terceros estados.

## XXVI. DISPOSICIONES ADICIONALES

Treinta. Se introduce una nueva disposición adicional tercera, que queda redactada de la siguiente forma:

"Disposición adicional tercera. Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal.

1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajos se presentarán en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

2. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la Misión diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la pobla-

ción en que tenga su sede la Misión diplomática u Oficina Consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la Misión u Oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse de que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado.

En cualquier caso, la Misión diplomática u Oficina Consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal.

3. Asimismo, no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un Convenio o Acuerdo internacional, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo."

## Notas

La disposición adicional tercera, obliga a presentar en el registro del órgano competente para tramitar las solicitudes si el extranjero se encuentra en el territorio nacional, suponiendo una excepción inaceptable e injustificable al artículo 38.4 de la Ley 30/1992, que permite la presentación en otros registros. Esto supone un quebranto de las garantías de los ciudadanos que la Ley 30/1992 pretende proteger desde ahora, excepto para los extranjeros.

También el apartado 2º acaba con la actuación mediante representación prevista en el artículo 32 de la LPA, cuando el extranjero se encuentre en el extranjero, no sin embargo cuando se encuentre en España, que podrá pedir el visado mediante representación procesal, ya que no sería de aplicación este apartado 2º que exige la presencia personal para solicitar y recoger el visado, todo ello sin perjuicio de poder exigirse la presencia personal, como *de facto* se hace.

Esta redacción consigue precisamente el efecto contrario que se pretendía, ya que habilita a pedir e incluso a recoger el visado por representante si el extranjero se encuentra en España. La petición por representante ya se preveía en el reglamento, artículo 12, pero la recogida debía ser personal, artículo 21, situación que terminará si la ley se aprueba con este tenor, pues como ya dijimos, el apartado 2º de esta disposición adicional solo es aplicable si el extranjero se encuentra fuera de España, no cuando se encuentra en España, que es lo habitual. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de ser requerido el solicitante de visado a comparecer personalmente ante la Misión Diplomática o Consular.

En los supuestos de visados para menores, cualquiera que éste sea, se habilita que pueda ser solicitado y recogido a través de representante, incluso en el caso en que se encuentre en el extranjero.

No se exige la presencia personal, suponemos que del extranjero, en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, o en el caso de convenio o acuerdo internacional, debiendo estarse a lo que éste prevea.

Treinta y uno. Se introduce una nueva disposición adicional cuarta, quedando redactada de la siguiente forma:

"Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes.

La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley, en los siguientes supuestos:

1. Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación.

2. Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido.

3. Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado.

4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.

5. Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España.

6. Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento.

7. Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3.

8. Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley."

## Notas

La disposición adicional cuarta supone otra excepción a la tramitación prevista en la Ley 30/1992, vaciando de contenido las previsiones en defensa de los intereses de los ciudadanos como son la subsanación y mejora de la solicitud prevista en el artículo 71 de la Ley 30/1992, claro está en su redacción por Ley 4/1999.

Esta norma permite inadmitir por el simple hecho de olvidar aportar el poder que acredite la representación, o cuando sea una reiteración de otra solicitud, o cuando el extranjero tenga incoado un expediente sancionador de expulsión, incluso antes de haberse resuelto éste, o cuando se encuentre irregular en España, salvo los supuestos de arraigo del artículo 31.3, o cuando la solicitud no sea presentada personalmente, debiendo serlo según la ley, que no establece supuesto alguno donde se establezca tal exigencia.

Treinta y dos. Se introduce una nueva disposición adicional quinta, quedando redactada de la siguiente forma:

"Nueva disposición adicional quinta. Acceso a la información y colaboración entre Administraciones públicas.

1. En el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas, y con pleno respeto a la legalidad vigente, las Administraciones Públicas, dentro de su ámbito competencial, colaborarán en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo.

2. Para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último en lo relativo al

> Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos."
>
> *(Ver artículo tercero: Modificación Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.)*

El contenido de este precepto se complementa con el artículo tercero de la Ley de Reforma que reza: Modificación Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Nos parece razonable el que el padrón se actualice cada dos años, y que deba procederse a la baja si éste no se actualiza, pero sería deseable una advertencia individual al extranjero, antes de acordar su baja, por si hubiese olvido, por ello no compartimos el que se pueda producir sin previa audiencia.

Respecto al documento con el que puede accederse al padrón, nos parece una marcha atrás sin precedentes el que personas carentes de pasaporte no puedan acceder al mismo si provienen de terceros estados. Me parece razonable el que se exija una documentación personal expedida por su país, pero podría ser cualquier otra que acredite su identidad. Con esta medida conseguimos convertir el padrón en una oficina fiscalizadora de la situación documental del extranjero en el país, sin que sea éste su cometido.

Respecto al acceso a los datos del padrón por parte de las fuerzas de seguridad, no se adecua a los términos del informe de la Agencia de Protección de Datos. Entendemos que como se recoge en el informe de la Agencia, el tratamiento de estos datos sólo se podrá encontrar habilitado normativamente en los supuestos en que la cesión y tratamiento quedase circunscrita al cumplimiento de las finalidades previstas en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 15/1999: "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".

> Treinta y tres. Se introduce una nueva disposición adicional sexta, que queda redactada de la siguiente forma:
>
> "Disposición adicional sexta. Acuerdos de readmisión.
>
> A los extranjeros que, en virtud de los Acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación lo dispuesto en los citados Acuerdos y la presente Ley, así como su normativa de desarrollo."

Disposición adicional sexta. Afortunadamente se aclaran los supuestos de aplicación de los acuerdos de readmisión en el procedimiento de retorno, que el RD 864/2001 parecía permitir aplicar aun cuando el supuesto no fuese el allí previsto. Siempre será de aplicación lo previsto en el acuerdo, además de lo previsto en la ley, en especial el procedimiento previsto para la infracción cometida, retorno, devolución o expulsión. Es llamativo que en la disposición derogatoria expresamente se plantee la derogación de ese apartado 4º que era una sinrazón.

Treinta y cuatro. Se introduce una nueva disposición adicional séptima, que queda redactada de la siguiente forma:

"Disposición adicional séptima. Delimitación del Espacio Schengen.

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por Espacio Schengen el conjunto de los territorios de los Estados a los que se apliquen plenamente las disposiciones relativas a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas, previstas en el título II del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990."

Treinta y cinco (nuevo). Se introduce una nueva disposición adicional octava, que queda redactada de la siguiente forma:

"Disposición adicional octava. Ayudas al retorno voluntario.

El Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad."

**Disposición adicional única. Sustitución del término permiso por el de autorización.**

Todas las referencias al término "permiso" incluidas en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, serán sustituidas por el término "autorización".

## XXVII. DISPOSICIONES TRANSITORIAS, DEROGATORIA Y FINALES

**Disposición transitoria primera. Validez de los permisos vigentes.**

Los distintos permisos o tarjetas que habilitan para entrar, residir y trabajar en España a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley que tengan validez a la entrada en vigor de la misma, la conservarán por el tiempo para el que hubieren sido expedidos.

**Disposición transitoria segunda. Normativa aplicable a los procedimientos en vigor.**

Los procedimientos administrativos en curso se tramitarán y resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la iniciación.

**Disposición derogatoria única. Derogación normativa.**

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la presente Ley.

**Disposición final primera. Rango de ley orgánica.**

Tendrán carácter orgánico los artículos primero y segundo, en cuanto afecten a preceptos calificados como tales en la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2000, así como la disposición derogatoria única de esta Ley.

**Disposición final segunda. Adecuación de la Administración General del Estado en el Exterior.**

El Gobierno aprobará las disposiciones oportunas para adecuar la Administración General del Estado en el Exterior a las nuevas funciones que se le encomiendan en cuanto a contratación y documentación de trabajadores extranjeros.

**Disposición final tercera. Adaptación reglamentaria.**

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley Orgánica, adaptará a sus previsiones 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, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

**Disposición final cuarta. Entrada en vigor.**

Esta Ley Orgánica entrará en vigor al mes de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado.

**Artículo 2. Modificación del apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.**

"1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la presente Ley y, en especial, el apartado 4 del artículo único del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre."

## XXVIII. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE BASES DEL RÉGIMEN LOCAL. EL PADRÓN MUNICIPAL

**Artículo 3. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.**

Se modifican los artículos 16 y 17 y se incorpora una nueva disposición adicional.

Uno. Se introducen dos nuevos párrafos en el apartado 1 del artículo 16, a continuación del ya existente, que quedan redactados de la siguinte forma:

"La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la presente Ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente.

El transcurso del plazo señalado en el párrafo anterior será causa para acordar la caducidad de las inscripciones que deban ser objeto de renovación periódica, siempre que el interesado no hubiese procedido a tal renovación. En este caso, la caducidad podrá declararse sin necesidad de audiencia previa del interesado."

Dos. Se modifica la letra f) del apartado del artículo 16, que queda redactado de la forma siguiente:

"f) Número de documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros:

— Número de la tarjeta de residencia en vigor, expedida por las autoridades españolas o, en su defecto, número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de Estados a los que, en virtud de un Convenio internacional se extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados.

— Número de identificación de extranjero que conste en documento, en vigor, expedido por las autoridades españolas o, en su defecto, por no ser titulares de éstos, el número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, tratándose de ciudadanos nacionales de Estados no comprendidos en el inciso anterior de esta letra."

Dos bis. Se modifica el artículo 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que queda redactada de la siguiente forma:

"3. Los datos del Padrón Municipal se cederán a otras Administraciones Públicas que lo soliciten sin consentimiento previo al afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. También pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, y en las Leyes de Estadística de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia."

Tres. Se añade un párrafo segundo al apartado 2 y se modifica el último párrafo del apartado 3 al artículo 17, que queda redactado de la siguiente forma:

«2. (...) Si un Ayuntamiento no llevara a cabo dichas actuaciones, el Instituto Nacional de Estadística, previo informe del Consejo de Empadronamiento, podrá requerirle previamente concretando la inactividad, y si fuere rechazado, sin perjuicio de los recursos jurisdiccionales que procedan, podrá acudir a la ejecución sustitutoria prevista en el artículo 60 de la presente Ley.

3. (...) El Instituto Nacional de Estadística remitirá trimestralmente a los Institutos estadísticos de las Comunidades Autónomas u órganos competentes en la materia, y, en su caso, a otras Administraciones Públicas los datos relativos a los Padrones en los municipios de su ámbito territorial en los que se produzcan altas o bajas de extranjeros en las mismas condiciones señaladas en el artículo 16.3 de esta Ley."

Cuatro. Se introduce una nueva disposición adicional séptima, que queda redactada de la siguiente forma:

"Disposición adicional séptima. Acceso a los datos del Padrón.

Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos consultados.

Con el fin de mantener actualizados los datos de inscripción padronal de extranjeros en los padrones municipales, la Dirección General de la Policía comunicará mensualmente al Instituto Nacional de Estadística, para el ejercicio de sus competencias, los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros.

Se habilita a los Ministros de Economía y del Interior para dictar las disposiciones que regulen las comunicaciones de los datos de los extranjeros anotados en el Registro Central de Extranjeros por medios electrónicos, informáticos o telemáticos al Instituto Nacional de Estadística."

## XXIX. MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

**Artículo 4. Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

Se introduce una nueva disposición adicional decimonovena en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que queda redactada de la siguiente forma:

"Disposición adicional decimonovena. Procedimientos administrativos regulados en 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.

Los procedimientos regulados en 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, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente Ley."

### Notas

Se consuma la contrarreforma en el ámbito del derecho administrativo de extranjería. Frente a la voluntad del legislador expresada en la Ley Orgánica 4/2000 original de "normalizar" los procedimientos administrativos en materia de extranjería, la reforma da un giro radical y conforma expresamente la relación entre administración y extranjero como relación de sujeción especial en la que las garantías procedimentales y derechos de los administrados extranjeros se precarizan y restringen dejando la puerta abierta a limitaciones ulteriores. Todo ello exigirá pasar rigurosamente por el tamiz constitucional la legislación de extranjería y su desarrollo reglamentario.

## XXX. COMPETENCIA DESLEAL

**Artículo 5 (nuevo). Se introduce un número 3 en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.**

"3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar, obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería."

II

# Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros

Pilar Charro Baena
Profesora Titular (EU) de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos
(pilarcharro@jazzfree.com)

SUMARIO

I. Nuevo carácter del visado y desaparición formal del permiso de trabajo.

II. El contingente de trabajadores.

III. Efectos sobre el contrato de trabajo de la falta de la autorización para trabajar.

IV. Algunas modificaciones puntuales.

V. Tasas.

El pasado día 13 de junio, y una vez recabado el preceptivo informe del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Se solicitaba al Parlamento su tramitación por el procedimiento de urgencia. El *BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley nº 161-1, publicó el 20 de junio 2003 el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma. Lógicamente, estando todavía en curso su proceso de tramitación[1], las siguientes líneas solo pretenden reflejar, a *vuela pluma*, alguna de las reflexiones –en muchas ocasiones más bien inquietudes– que suscita la lectura del referido texto.

(1) Hasta la fecha, la tramitación seguida por el mismo ha sido la siguiente:

– Comisión Constitucional *Publicación* desde 17/06/2003 hasta 20/06/2003.
– Comisión Constitucional *Enmiendas* desde 20/06/2003 hasta 09/09/2003.
– Comisión Constitucional *Mesa – Calificación* desde 05/07/2003 hasta 07/07/2003.
– Comisión Constitucional *Debate de totalidad* desde 07/07/2003 hasta 08/07/2003.
– Comisión Constitucional *Informe* desde 09/09/2003 hasta 11/09/2003.
– Comisión Constitucional *Dictamen* desde 11/09/2003 hasta 23/09/2003.

Antes de ello, ya se adelanta una valoración final. La incidencia de esta reforma en materia de trabajo de los extranjeros es considerable, por mucho que se hayan presentado como objetivos fundamentales de la misma la agilización y simplificación de la tramitación administrativa y la adecuación de la Ley a la normativa comunitaria, ajenos a la modificación del diseño de la inmigración laboral[2].

## I. NUEVO CARÁCTER DEL VISADO Y DESAPARICIÓN FORMAL DEL PERMISO DE TRABAJO

Una de las grandes novedades que introduce el Proyecto de Reforma, y que responde al primero de los objetivos declarados en la Exposición de Motivos –esto es, la mejora de la gestión, mediante la simplificación de los trámites administrativos y la del régimen jurídico de las situaciones de residencia y estancia en España–, es la de otorgar al visado un nuevo carácter. Como se sabe, el visado juega un papel decisivo como instrumento de la política migratoria de los Estados, ya que sitúa el control de la entrada de extranjeros ya no en la frontera misma, sino en el país de origen y permite conocer a las autoridades el motivo o la finalidad pretendida por el extranjero al solicitar la entrada. Sin embargo, hasta el momento, el visado carece de efecto alguno una vez que el extranjero ha entrado en España, debiendo solicitar entonces la correspondiente autorización para residir y/o trabajar. El Proyecto introduce modificaciones en los artículos 25 bis.d) y 27.2 de la vigente Ley de Extranjería, reglando el visado de trabajo y residencia, que habilitará para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir, y "habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero".

Los Boletines Oficiales del Congreso y Diarios de Sesiones donde aparecen recogidas todas y cada una de las fases de tramitación, así como los textos del Proyecto, Enmiendas e Informe y Dictamen de la Comisión son los siguientes:

– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A–160-1 de 20/06/2003, p. 1. Iniciativa.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160–2 de 01/07/2003, p. 13. Ampliación plazo de enmiendas.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160-3 de 25/07/2003, p. 15. Ampliación plazo de enmiendas.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160-4 de 03/09/2003, p. 17. Ampliación plazo de enmiendas.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160-5 de 17/09/2003, p. 19. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160-6 de 19/09/2003, p. 115. Enmiendas.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160-7 de 22/09/2003, p. 119. Informe de la Ponencia.
– *BOCG*. Congreso de los Diputados nº A-160-8 de 29/09/2003, p. 135. Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno.
– *DS*. Congreso de los Diputados nº 267 de 08/07/2003, p. 13969. Pleno. Debate de totalidad.
– *BOCG*. Senado VII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley, Congreso de los Diputados, Serie A nº 160 (a), de 10 de octubre de 2003.

(2) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de reforma declara cuatro objetivos que, en apretada síntesis, persiguen: a) La mejora de la gestión, del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros, así como la determinación de los tipos de visados y sus efectos; b) El reforzamiento y mejora de los medios e instrumentos sancionadores; c) La incorporación de las disposiciones aprobadas por la UE sobre la exigibilidad de tasas, sanciones a transportistas y reconocimiento mutuo de resoluciones de expulsión; y d) La incorporación de cuestiones derivadas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003.

Con ello se trata de evitar la doble tramitación policial y laboral antes de la venida y después de la llegada y eliminar el desfase temporal entre la obtención de la residencia y la de la autorización para trabajar. El legislador, de esta forma, pretende pasar de tres documentos: visado, permiso de residencia y permiso de trabajo, a uno solo, el visado de trabajo y residencia, que, como decíamos, habilitará para ejercer actividad laboral o profesional por cuenta propia o ajena y para residir.

El anterior régimen ha de ponerse en relación con la previsión contenida en el artículo 36.1 del Proyecto de Reforma, que dispone que "Los mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar". A continuación, expresa que "Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma, no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado".

De esta manera, el otorgamiento de visado procederá a quien previamente obtenga una autorización para trabajar. Ésta se concede al trabajador, a solicitud del empresario, en los casos en que no se encuentre en España, previamente a la del visado, pero no desplegará sus efectos hasta que éste sea concedido. El inciso segundo del párrafo 1 del artículo 36 propuesto señala que aquella autorización "habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia". Tal previsión nos genera inquietud ¿cuál será su vigencia? ¿la de un año, como viene siendo habitual en las iniciales autorizaciones para trabajo y residencia? ¿hasta que el extranjero obtenga el visado de trabajo y residencia, que cuenta con un mes desde que al empresario se le comunica la concesión de la autorización previa para trabajar? El tenor literal del texto del Proyecto de Reforma, induce a pensar que el trabajador extranjero se encontraría habilitado para trabajar y residir en España por dos documentos distintos, el visado y la autorización previa para trabajar, conclusión absurda si lo que se pretende con la modificación es la simplificación administrativa.

Pero además, ¿cuál será la tramitación que ha de seguirse cuando el extranjero residente no laboral en España se proponga iniciar una actividad laboral? Lo cierto es que de la lectura del texto del Proyecto de Reforma se observa que este supuesto no aparece contemplado. En el afán de procurar que el que llegue lo haga legalmente y que la contratación se haga en origen, el legislador parece haber olvidado que el llamado Régimen general canaliza, también, el trabajo de aquellos que se encuentren legalmente en España (piénsese en el cónyuge o hijo reagrupado o en el extranjero residente no laboral). En estos casos ¿tendrán que regresar a su país de origen en el supuesto de que solicitada por el empresario la autorización previa para trabajar sea concedida? Cabría una posible solución: la aplicación del artículo 31.1 del Proyecto de Reforma, en cuya virtud la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal "por circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente". En estos casos no será exigible el visado.

Por otra parte, ha de advertirse, como ya lo hiciera la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en su Dictamen de 12 de junio de 2003[3], que si el nuevo modelo pretende que toda la trami-

(3) http://www.extranjeria.info.

tación se unifique y que el visado incorpore la autorización para residir o trabajar, de forma que no sea ya necesario tener que solicitar inmediatamente después de la llegada a España un permiso de trabajo y otro de residencia, "ello debería quedar claro en la norma". Lo anterior exigiría la modificación de todos los preceptos de la vigente Ley de Extranjería que contengan referencias al permiso de trabajo. Sorprendentemente estas modificaciones no se contienen, en particular, las del artículo 38, artículo 41, párrafos 1 y 2 del artículo 42, párrafo 2 del artículo 43, apartado b) del artículo 53, apartado d) del artículo 54.

## II. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES

No parece necesario incidir en este momento, pues de todos es conocido, en el fracaso que supuso la articulación del contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 2002, primero de la vigente Ley de Extranjería. Tanto es así, que el propio Gobierno ha declarado que con la regulación del contingente para el año en curso ha pretendido rectificar fallos y disfunciones anteriores. Por ello no es extraño que en el Proyecto de Reforma se intente de nuevo diseñar las coordenadas legales que ha de respetar la articulación de los contingentes de trabajadores a fin de dotarles de funcionalidad y eficacia.

Son muchas las novedades que, de mantenerse el tenor literal de la modificación que se presenta el texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado al artículo 39 de la vigente Ley de Extranjería, se incorporarían al sistema de cupos.

a) El nuevo texto del precepto insiste de manera rotunda que al procedimiento de contingentes "sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España".

b) Exige para la determinación del número y características de las ofertas de empleo que el Gobierno tenga en cuenta las propuestas elevadas por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, además, de las emitidas por las Comunidades Autónomas, y el informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes que al efecto elaborará el Consejo Superior de Política de Inmigración. La exigencia de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas mediante la elevación de propuestas, y no su mera audiencia, como prevé el vigente artículo 39 de la Ley de Extranjería, es bienvenida, pues gran parte del fracaso de la puesta en marcha de los dos últimos contingentes se debe a la errónea previsión de las necesidades reales de mano de obra por la ausente participación de los interlocutores sociales implicados en la materia.

c) La gran novedad es la previsión de visados para búsqueda de empleo. En efecto, merced a la Enmienda nº 141 del Grupo Parlamentario Socialista, se introduce la posibilidad de que el contingente establezca un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a "hijos y nietos de españoles de origen" y a "determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen". La inclusión de este tipo de visado se justifica como medida comple-

mentaria a la contratación en origen, extendido el procedimiento ya contemplado en los dos últimos contingentes para las ofertas genéricas de puestos de trabajo estables en el servicio doméstico a otras actividades, no determinadas legalmente. En este sentido, resulta positiva la nueva previsión, pues no cabe duda que en determinadas actividades la selección, y consiguiente contratación, en origen no resulta adecuada.

Ahora bien, respecto a los visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos de españoles, debemos hacer una advertencia. Si consultamos la justificación que el Grupo Parlamentario Socialista acompaña a aquella enmienda de modificación[4], se comparte su loable intención "esta preferencia está justificada para quienes son descendientes de los españoles que no hace mucho tiempo fueron también emigrantes: ofrece la posibilidad de satisfacer una demanda de empleo más difícil de detectar pero igualmente necesaria, al tiempo que garantiza una mayor facilidad de integración por su vinculación previa con nuestro país". Sin embargo, en nuestra opinión, una reserva de este tipo *mal casa* con la finalidad y fundamento del sistema de contingentes, que ha de basarse en la capacidad de absorción del país de acogida, en este caso España, y las concretas ofertas de empleo. Otras necesidades de orden subjetivo o cualesquiera otras derivadas de la cooperación y solidaridad internacional deberían incardinarse a través del sistema de acceso directo al mercado de trabajo; de hecho, la vigente Ley de Extranjería contempla como supuesto específico en el que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo a "los hijos o nietos de españoles de origen" [artículo 40, letra i)]. Bien es cierto que para poder aplicar dicho régimen preferencial el extranjero debe contar con una oferta de colocación o un contrato de trabajo, mientras que para solicitar el visado de búsqueda de trabajo, no; pero en lógica jurídica, tal beneficio excede de la funcionalidad de la que se pretende dotar a los cupos.

Para finalizar, hay que señalar que el texto del Proyecto de reforma anuda ciertos efectos a tal visado, pues autorizará a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante un período de tres meses, en los que el extranjero podrá inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo correspondientes. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, quedará obligado a salir del territorio, incurriendo en caso contrario, en la infracción contenida en el artículo 53.a) de la Ley de Extranjería. Y además, no podrá obtener "una nueva autorización para trabajar en el plazo de 2 años". Respecto a este último efecto, debe advertirse su falta de coherencia, pues se refiere a la prohibición de la obtención de una "nueva" autorización para trabajar, cuando lo cierto es que hasta ese momento no ha obtenido ninguna: ¿es que no podrá solicitar durante ese plazo otro visado de búsqueda de empleo? o, ¿ningún empresario podrá solicitar la autorización previa para trabajar que refiere el párrafo 1 del artículo 36 del Proyecto de Reforma, durante el mismo lapso temporal, si desea contratarle? Resulta imprescindible que se clarifique en la tramitación parlamentaria tal extremo.

d) Incorpora al texto de la Ley la previsión hasta ahora contenida en el Reglamento de Extranjería (artículo 65.6 Reglamento de Extranjería) en el sentido de que las ofertas de empleo realizadas a través del contingente se orienten preferentemente hacia los países con los que España

(4) Veáse, *BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie A. Proyectos de Ley, nº 160-5, de 17 de septiembre de 2003, p. 85.

haya firmado Acuerdos sobre regulación de flujos. Dichas ofertas, parece que serán genéricas, pues deja a salvo de dicha exigencia la posibilidad de que se realicen ofertas nominativas a través de este procedimiento.

Esa orientación, supuestamente preferente, dará lugar, como viene ocurriendo con los cupos 2002 y 2003, a que la gestión del contingente mediante ofertas genéricas sólo pueda desarrollarse con países con los que exista firmado el correspondiente Convenio de regulación de flujos migratorios; y aun de éstos, exclusivamente con aquellos que cuenten con un órgano de preselección adecuado[5]. Como ya dijimos en otro momento[6], esta limitación deja en *letra muerta* el contenido de los Tratados de Amistad y Cooperación y otros, que anunciaban políticas migratorias no exclusivamente dependientes de las estrechas leyes de mercado de empleo. Esperemos que al menos en vía reglamentaria se otorgue el alcance adecuado al término "preferentemente" y posibilite otras vías de incardinación del contingente, a fin de abrir la puerta a los nacionales de otros países que, aunque no hayan suscrito Acuerdo alguno sobre flujos migratorios con España, cuentan también con tradición migratoria hacia nuestro país.

En fin, la reserva a las ofertas de trabajo nominativas a través del contingente se remite a las condiciones que se determinen –en el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se regule el correspondiente contingente, se sobreentiende–. Confiemos en que dichas condiciones no sean excesivamente restrictivas y que la vía para la contratación nominativa sea eficaz y esperanzadora[7].

El cierre del Régimen General de solicitudes de permiso de trabajo y residencia ha eliminado las escasas posibilidades de acceder a la regularidad de miles de inmigrantes. Con la articulación del sistema de contingentes dirigido preferentemente hacia países con los que España ha suscrito Acuerdos de regulación de flujos migratorios, se está seleccionando la nacionalidad de la inmigración, y la nacionalidad de los trabajadores se ha convertido en una característica más del puesto de trabajo a cubrir.

(5) Servicio Nacional de Aprendizaje, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Colombia; Dirección General de Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior, Ministerio de Trabajo y Política Social de Ecuador; Dirección de Empleo del Ministerio de Empleo, Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad de Marruecos; Departamento de Cooperación internacional con el Extranjero del Ministerio de Trabajo y Política Social de Polonia; Oficina para la Migración de la Fuerza de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de la Solidaridad Social de Rumania y Secretaría de Estado de Trabajo de la República Dominicana.

(6) AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P.: Dossier "El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* nº 2, 2003, p. 80.

(7) En la Resolución de 14 de enero de 2003 de la Subsecretaría, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobaba el contingente 2003, las ofertas nominativas de carácter estable sólo podían dirigirse hacia extranjeros retornados con permisos de trabajo previos o en supuestos preferenciales de carácter excepcional; en el servicio doméstico se reservaban a favor de los trabajadores retornados (que no se hallasen ni residiesen en España) y que hubieran sido titulares de un permiso en España y a los trabajadores que hubieran mantenido una previa relación laboral con el empleador en el país de origen. Estas condiciones restringían, *de facto,* la posibilidad de ofertar nominativamente puestos de trabajo.

## III. EFECTOS SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO DE LA FALTA DE LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

La LO 4/2000, en su versión originaria, ya contenía una referencia a los efectos sobre el contrato de trabajo de la falta de autorización para trabajar. Así en el párrafo 3 de su artículo 33 (tras la modificación operada por la LO 8/2000, artículo 36), disponía que "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". En su momento, ya advertimos que esta redacción permitiría dar un giro radical en el tratamiento del tema de la ineficacia/eficacia del contrato de trabajo concertado sin la correspondiente autorización y reconocer al extranjero en situación irregular todos los derechos que asisten al trabajador derivados de una relación de trabajo.

Sin embargo, dados los términos tan generales del precepto trascrito, no existía una interpretación doctrinal unívoca: ¿Se reconocen "todos" los derechos? ¿También los de Seguridad Social? ¿Los básicos del artículo 4 del ET? En consonancia con esta diversa exégesis, la doctrina judicial estaba resultando vacilante, aunque no faltan pronunciamientos en los que se declaran que la referida previsión legal reformaba profundamente la anterior regulación sobre la materia.

Muy significativa, por su claridad y contundencia, es la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002 (su reseña puede consultarse en la crónica de jurisprudencia, voz *derecho al trabajo*, del nº 2 de esta Revista), en la que se afirma que tal aserto "solo 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 ha querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimento 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".

En suma, esta nueva línea judicial interpretativa, iniciada por la mentada STSJ de Cataluña, venía a desterrar la consolidada postura jurisprudencial que declaraba nulo el contrato de trabajo suscrito por el extranjero no autorizado para trabajar, declaración que inexorablemente conducía a la aplicación del artículo 9 del ET, que permitía tan solo la reclamación de posibles salarios adeudados para evitar el enriquecimiento injusto del empresario infractor.

Recientemente, la STS de 9 de junio de 2003, unificación de doctrina, ha sentado que "el contrato de trabajo del trabajador extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo" (véase, un comentario sobre la misma en la crónica de jurisprudencia, voz *derecho al trabajo*, de esta Revista). Sin embargo, ha de advertirse que tal manifestación se vierte en referencia a un accidente de trabajo, y en estos casos, es de aplicación la doctrina sobre la automaticidad de las prestaciones, por lo que la protección frente al accidente de trabajo también se alcan-

zaba desde la posición de la nulidad del contrato de trabajo del extranjero no autorizado para trabajar (la primera, y más completa, sentencia que así lo estableció fue la STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999).

Respecto a otras prestaciones de Seguridad Social, la jurisprudencia mantenía su no reconocimiento sobre la base de no haberse formalizado el alta en el Sistema.

Pues bien, el Proyecto de Reforma incorpora una nueva redacción del párrafo 3 del artículo 36 de la vigente Ley de Extranjería, que obedece a una enmienda de modificación, en concreto, la nº 140, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, con el siguiente tenor: "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

La redacción contenida en el Proyecto de Reforma no sólo asume aquella doctrina judicial y jurisprudencial sino que declara, en primer lugar, que el incumplimiento empresarial de solicitar la autorización previa para trabajar acarrea responsabilidades también en materia de Seguridad Social respecto del Estado y del trabajador. En segundo lugar, que aquella infracción "no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". La trascendencia de estas previsiones es evidente, y en particular por novedosa, la relativa a la garantía del reconocimiento a las prestaciones de Seguridad Social, que ya no habrán de limitarse a las derivadas de un accidente de trabajo. Resta sólo apuntar que tal previsión tendrá también incidencia en la aplicación de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social en orden a la exportabilidad de las prestaciones.

## IV. ALGUNAS MODIFICACIONES PUNTUALES

De forma casi esquemática, reseñaremos a continuación, algunas modificaciones introducidas en el trámite de enmiendas al texto del Proyecto de Reforma presentado por el Gobierno que inciden directamente en la materia del trabajo de los extranjeros.

– Régimen de trabajadores de temporada: Consecuencia de la Enmienda de adición nº 142 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, se incorporan dos nuevos párrafos al vigente artículo 42 de la Ley de Extranjería, que sin alterar este régimen especial, mejoran y completan su diseño legal. El número 4, asumiría lo que es un hecho en la realidad (fomentado por la articulación que de las ofertas de temporada ha venido realizando el sistema de contingentes en los dos últimos años), advirtiendo la orientación preferente de dichas ofertas hacia los países con los que España ha firmado Acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. El nuevo número 5 pedirá la colaboración a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos en la programación estatal de las campañas de temporada.

– Supuestos específicos. Como se sabe, el artículo 40 de la vigente Ley de Extranjería regula los supuestos, también denominados preferenciales, en los que para la concesión de la autorización

para trabajar no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. La Enmienda de adición nº 132, presentada por el Grupo Parlamentario Popular propone la rectificación de uno de las circunstancias por aquel precepto y la inclusión de otra de ellas.

En primer lugar, la letra d) del artículo 40 quedaría redactada de la siguiente manera: "El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario. Con ello se procura llenar una laguna legal "que supone dar un trato menos favorable al hijo de un español nacionalizado o de un nacional comunitario que al hijo de un extranjero residente legal en España con permiso renovado"[8]. Lo razonable de su justificación exime de mayor comentario.

En según lugar, y con la letra l), se incluye a los extranjeros que hubiesen sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país. Esta circunstancia ya estaba contemplada, si bien como "elemento que se tendrá en consideración" para la concesión de la autorización inicial para trabajar por cuenta ajena, en el artículo 78 del Reglamento de Extranjería (adviértase que de aprobarse definitivamente, se habrá de modificar el precepto reglamentario). La valoración positiva de la adición propuesta es incuestionable, pues resulta coherente primar el cumplimiento de las reglas de *juego* de la política migratoria basada en la llamada *cultura de la legalidad*.

– Autorización de trabajo por cuenta propia. El siempre limitado régimen jurídico del trabajo por cuenta propia en la normativa de extranjería es ahora objeto de propuesta de modificación (Enmienda nº 131 del Grupo Parlamentario Popular), incorporando al artículo 37 de la vigente Ley de Extranjería la exigencia de acreditación de diversos extremos –"los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo"– que, por otra parte, ya estaban contemplados en el actual Reglamento de Extranjería como criterios a valorar para la concesión de la correspondiente autorización [letras a) y b) del número 2 del artículo 70].

## V. TASAS

Se modifica la rúbrica del capítulo IV del título II, que quedaría redactada de la siguiente forma: "De las tasas por autorizaciones administrativas y por tramitación de las solicitudes de visados", el apartado 2 del vigente artículo 44 (al mismo se introduce un nuevo apartado 3), el artículo 45, el apartado 1 del artículo 46 y el artículo 47. De todo el contenido de la reforma, es la única cuestión que no ha suscitado controversias. Tanto es así, que el texto aprobado por el Congreso de los Diputados y remitido al Senado es prácticamente idéntico al que en su día fue presentado por el Gobierno[9], a salvo de la incorporación de la Enmienda nº 128 del Grupo Parlamentario Popular

(8) Véase, *BOCG*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, nº 160-5, de 17 de septiembre de 2003, p. 81.

(9) Véase, *BOCG*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, nº 160-1, de 20 de junio de 2003.

en el Congreso, referida a la exceptuación, como hecho imponible, de las autorizaciones de trabajo por un período inferior a seis meses (que afectan especialmente a los trabajadores de temporada) con el fin de agilizar la tramitación administrativa[10]. Las reformas en esta materia se justifican por la incorporación de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2001; la normativa comunitaria declara que el hecho imponible lo constituye la tramitación de la solicitud de visado, y por tanto las tasas se devengarán en el momento de la presentación de la solicitud y no en el de la expedición.

Aunque muchas cuestiones quedan en el tintero, ni el espacio ni el tiempo permiten abordarlas en este momento, sí quisiéramos finalizar estas breves líneas haciendo una valoración de conjunto. El alcance de la reforma de la Ley de Extranjería es mayor que el que formalmente se ha pretendido presentar. Si bien los objetivos perseguidos resultan loables, mucho nos tememos que la pretendida simplificación de trámites burocráticos no se consiga, entre otros motivos, porque se sigue utilizando la técnica del "parcheo", modificando algunos preceptos referidos a las autorizaciones para trabajar, pero olvidando otros muchos que también hacen referencia a ellas, lo que se traduce en una inseguridad jurídica y social no hace sino acrecentar la sensación de desorientación que viene presidiendo la política de inmigración de los últimos años.

(10) La nueva redacción que el Gobierno presentaba a los artículos 46 y 47 no fue objeto de enmienda alguna.

III

# La irregularidad que "genera" la Ley de Extranjería: Un factor a tener en cuenta en una futura reforma

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Grupo de Estudios sobre Ciudadanía, Inmigración y Minorías
Universitat de Valencia (http://www.uv.es/immigracio)
(Angeles. Solanes@uv.es)

SUMARIO

I. Introducción.

II. La proliferación de los procesos extraordinarios de regularización.

III. Algunas alternativas a la irregularidad que genera la Ley de Extranjería y a las continuas regularizaciones. A) Alternativas previas a la entrada en territorio nacional. B) Alternativas posteriores a la entrada en territorio nacional.

IV. Recapitulando

V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Ahora que parece que otra reforma de la actual ley de extranjería está cada vez más cerca, y comienza a debatirse cuáles serán los aspectos a modificar en esa, "casi inevitable", nueva regulación[1], merece la pena mirar hacia atrás y prestar atención a un "fenómeno" que se ha repetido de forma casi cíclica en los últimos años y al que una legislación con una mínima voluntad de permanencia debería hacer frente. Me refiero a los procesos extraordinarios de regularización de los inmigrantes consecuencia, en mi opinión, de la poca flexibilidad de la ley (no sólo de la española) que genera situaciones de irregularidad y no ofrece ninguna vía para entrar en la legalidad más que el proceso extraordinario.

Las importantes disfunciones que la vigente normativa de extranjería genera suponen en la práctica, como intentaré evidenciar brevemente en este trabajo, que un número importante de extranjeros se ve abocado a vivir en la irregularidad esperando como única alternativa la regularización extraordinaria. Así mientras la legalidad parece centrarse en la negación (a nivel jurí-

(1) El hecho de que el gobierno y el grupo parlamentario socialista hayan alcanzado un acuerdo "definitivo" sobre la modificación de la ley de extranjería, hace pensar que ésta se producirá en breve, aunque en estos momentos aún no haya finalizado el trámite parlamentario.

dico, privándole de derechos) sistemática del extranjero en situación administrativa irregular, la realidad presenta situaciones como la del inmigrante, irregular, trabajador (no en el mercado formal de trabajo), empadronado (o no), con o sin orden de expulsión (SAGARRA I TRÍAS 2002, 89-97)[2], que quedando al margen de toda cobertura (protección) legal, se convierte en el blanco perfecto de cualquier explotación.

Obviamente en la anunciada reforma de la normativa de extranjería española, como ocurrió con las anteriores, se han sacado a relucir las directrices europeas como un elemento a tener en cuenta en la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España, insistiendo en una interpretación a la "baja" de las pautas comunitarias y olvidando buena parte de las alternativas que desde distintas Comunicaciones de la Unión se han propuesto para conseguir la gestión (no sólo el control) de los flujos migratorios[3].

En nuestro país, el tránsito al que hemos asistido en los últimos años hacia legislaciones de extranjería cada vez más minuciosas y represivas, se ha producido en el marco de un proceso de convergencia europeo especialmente preocupado por armonizar las normativas de los Estados miembros. El intento de coordinación en el ámbito europeo se asienta, básicamente, en tres principios: el control de los flujos migratorios, la lucha contra las redes de tráfico de inmigrantes y contra la inmigración clandestina, y la integración[4].

Aunque éstos sean algunos de los parámetros europeos, la eficacia de los mismos, depende en buena medida de las disposiciones nacionales aplicables a los extranjeros extracomunitarios.

(2) Como señala el mencionado autor la aplicación de la actual normativa de extranjería tiene como resultado que "junto a las categoría o *status* previstos en la Ley y en el Reglamento de Extranjería de: transeúntes, extranjeros residentes, extranjeros regulares y extranjeros irregulares, se añade esta curiosa forma legal de «extranjero-inmigrante-irregular-empadronado-residente *de facto*-trabajando y con orden de expulsión firme»" (SAGARRA I TRÍAS 2002, 97).

(3) Vid. Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el pleno. 121/000160 Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 47/2000, 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local, y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Serie A: Proyectos de Ley, 29 de septiembre de 2003, nº 160-8, *Boletín Oficial de las Cortes Generales,* Congreso de los Diputados, VII Legislatura.

(4) Desde el Consejo de Tampere de 1999, que subrayó la necesidad de una regulación más eficaz de los flujos migratorios, puede hablarse del intento de poner en marcha un "método abierto de coordinación" en materia de inmigración consistente en dos fases sucesivas: una primera, en que la Comisión propone al Consejo unas directrices plurianuales y un calendario en el que se establecen los objetivos a corto, medio y largo plazo; y una segunda fase, en la que los Estados miembros incorporan, según sus particularidades, las directrices europeas a su política nacional (LA CALLE 2002, 95). Esta coordinación en el ámbito europeo se intenta conseguir teniendo en cuenta la primacía de los tres principios mencionados. Vid. Conclusiones de la Presidencia, Tampere 15 y 16 de octubre de 1999; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración, COM (2000) 757 final; Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración COM (2001) 387 final y Comunicaciones de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea, COM (2000) 167 y COM (2001) 278 final y COM (2003) 49 final Propuesta de decisión del consejo por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva del Consejo 2001/40/CE, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países.

## La irregularidad que "genera" la Ley de Extranjería

### III

Precisamente en la eficacia de buena parte de las disposiciones de la normativa española sobre extranjería podríamos fijarnos para demostrar hasta qué punto no sólo no se consigue el objetivo deseado (la inmigración regular), sino que se genera el contrario (la inmigración irregular) como consecuencia de la normativa vigente. Si en países como España, Italia[5], Grecia o Portugal[6] en los últimos años y, anteriormente también en otros como Francia o Bélgica[7], con una tradición migratoria mayor que la nuestra, se han producido continuas regularizaciones extraordinarias, no es por una mera casualidad.

Los sucesivos procesos de regularización son, en realidad, la prueba más clara del fracaso del sistema de cuotas (DE LUCAS 2000, 7). Asimismo los *remiendos* a través de instrumentos inferiores a la ley (reglamentos, circulares, etc.) indican el mediocre funcionamiento de los mecanismos de control y la inestabilidad manifiesta que la regulación legal genera entre los inmigrantes. El recurso a medidas extraordinarias ha sido ineludible porque las bolsas de inmigrantes clandestinos e irregulares no han dejado de crecer en los últimos años confirmando la política de "la entrada principal y la puerta de servicio" (WIHTOL DE WENDEN 2000, 51-60).

El motivo principal de esta dinámica, de esta repetición cíclica de un mismo tipo de proceso en países distintos, se encuentra, en mi opinión, en el hecho de que las leyes de extranjería nacionales, paradójicamente *fomentan* la clandestinidad y *crean* irregulares. Para demostrar esta hipótesis basta con exponer cómo las legislaciones de extranjería e inmigración, en concreto en el caso español, contribuyen, aunque parezca un contrasentido, a desestabilizar la situación jurídica del inmigrante impidiendo (a través de la exigencia de requisitos de *imposible* cumplimiento práctico) que éste acceda o permanezca dentro del ámbito de la legalidad.

La búsqueda de instrumentos y mecanismos jurídicos para flexibilizar dichas legislaciones, algunos de los cuales se expondrán en este trabajo, parece la mejor alternativa para evitar futuras regularizaciones, o al menos para intentar que éstas no alcancen las dimensiones de las que han tenido lugar más recientemente, y por tanto es un punto que no debe obviar la nueva reforma si lo que quiere es generar una norma que no tenga que ser modificada al poco tiempo de su entrada en vigor.

(5) En España en 1986, 1991, 1996 y 2000-2001, y en Italia en 1986, 1990, 1995-96, 1998-99 y 2002 se llevaron a cabo procesos extraordinarios de regularización. En uno y otro país se ha pasado de un modelo "improvisado" en materia de extranjería e inmigración a otro de estricto control (cfr. BONIFAZI 1998, 83-104 y BOLAFFI 2001, 49-60).

(6) En Grecia el primer proceso de regularización se inició en 1997 culminando en 1998 y afectó a los extranjeros que se encontraban en el país antes de la entrada en vigor de los decretos presidenciales 358 y 359 publicados en el Boletín Oficial griego el 28 de noviembre de 1997, (SKORDAS 2000, 343- 387; FAKIOLAS 2000, 57-78 y MAFFIOLETTI 2002, 142-143). En Portugal, se han llevado a cabo dos procesos de regularización en 1992-1993 y en 1996 que han afectado en buena medida a extranjeros procedentes de antiguas colonias portuguesas, (DIAS URBANO DE SOUSA 2000, 389-396 y GUIDOTTI 2002, 136).

(7) En Francia se realizaron regularizaciones extraordinarias de inmigrantes en 1973, 1981, 1991, 1997-98, (POELEMANS ET DE SÈZE 2000, 161-194 y THIERRY 2000, 196-210) y en Bélgica en 1974, 1997, 1999, (BERNARD 2000, 97-160), y así sucesivamente.

## II. LA PROLIFERACIÓN DE LOS PROCESOS EXTRAORDINARIOS DE REGULARIZACIÓN

Según BOLAFFI (1996, 37) el continuo recurso a procesos extraordinarios de regularización muestra una dinámica preocupante que puede influir negativamente en la imagen de *seriedad y confianza* de países como Italia o España. La repetición en poco tiempo de regularizaciones *extraordinarias* (que al final no lo son tanto) supone, según el mencionado autor, un potente incentivo de la inmigración clandestina pues los inmigrantes saben que el crecimiento continuado de las bolsas de irregularidad traerá, tarde o temprano, medidas extraordinarias de regularización.

En mi opinión, como veremos más adelante, ese incentivo a la inmigración clandestina se encuentra más en la seguridad de un empleo en la economía sumergida que en la repetición de procesos de regularización. En cualquier caso se trata de un mecanismo que, como parece desprenderse de los hechos de los últimos años, tiende a reproducirse hasta el infinito y, por tanto, resulta preocupante, puesto que, evidencia el mal funcionamiento de las legislaciones de extranjería e inmigración.

La clave de la cuestión reside en encontrar la causa que genera la repetición en el tiempo y en países distintos de esos procesos extraordinarios de regularización. Así en lugar de optar por actuar sobre los síntomas externos del fenómeno migratorio, como ocurre cuando se recurre a los procesos coyunturales de regularización, podrá conseguirse su tratamiento global (DE LUCAS 1999, 24). La reforma legal que ahora se propone no parece, sin embargo, apostar por ese tratamiento global.

En la génesis de buena parte de los procesos extraordinarios de regularización que se han producido en los últimos años especialmente en los países de la Europa del Sur, encontramos, a mi juicio, un factor desencadenante, una causa común: la legislación represiva (TERRAY 1999, 21):

1. El primer requisito para que acabe siendo necesario adoptar una medida extraordinaria de regularización es fomentar la vulnerabilidad administrativa, especialmente de los extranjeros sin papeles (clandestinos o irregulares), lo cual se consigue rápidamente con una norma represiva que primero impida o restrinja (con la exigencia del visado, el contingente, etc.[8]), la entrada en territorio nacional por la vía legal, y después dificulte la permanencia en esa legalidad de los que consiguieron salvar los primeros obstáculos en el momento de la entrada.

Eso es lo que ocurre exactamente, por ejemplo, con leyes como la española 8/2000[9] y la Ley Bossi-Fini italiana[10]. La fragilidad administrativa, fruto en buena medida del vínculo indisoluble

(8) Como señala COSTA-LASCOUX (1999, 49-50) las políticas migratorias basadas en elecciones cuantitativas en el intento de querer encerrar en categorías y cifras la realidad que regulan, se ven atrapadas en una inmensa burocracia. La ilusión de conseguir el control cae en el cálculo arbitrario.

(9) Para un análisis minucioso y cuidado de la actual normativa de extranjería y de los cambios que ésta ha sufrido en los últimos años vid. AGUELO NAVARRO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 2001.

(10) Ley nº 189/2002, relativa a la normativa en materia de inmigración y asilo, aprobada definitivamente el 11 de julio de 2002 y que entró en vigor el 10 de septiembre de 2002, vid. PEPINO, 2002 y SOLANES 2002, 58-64.

entre permiso de trabajo y de residencia, convierte al inmigrante en el blanco perfecto de la explotación empresarial, del arrendador de su vivienda o de cualquiera que con él se relacione. La exigencia de un puesto de trabajo para ser residente acaba creando un círculo vicioso entre ocupación laboral y acceso a derechos (incluso a los fundamentales), o lo que es lo mismo una peligrosa identificación entre ciudadanía laboral o económica y social o política que con relación al inmigrante funciona de forma automática[11]. Ese doble nivel de ciudadanía fruto de la política utilitarista de normativas de extranjería como la española conlleva, al menos, dos graves consecuencias:

A) La inestabilidad del estatuto jurídico del extranjero inmigrante que se encuentre en territorio español, puesto que, en función de su consideración como trabajador se moverá intermitentemente de la regularidad a la irregularidad cayendo a veces, irremediablemente, en la ilegalidad. Incluso para los residentes permanentes existe una inestabilidad implícita fruto del fantasma, siempre presente, de la expulsión.

B) La relación con la Administración en condiciones de desigualdad. Al ser considerado un ciudadano de *clase b,* las obligaciones de comunicación de cambio de domicilio, de exhibición de documentos de identidad, etc., acabarán teniendo para el inmigrante, consecuencias muy distintas a las que, en su caso, se aplicarían a los nacionales[12]. Esta desigualdad es mucho más flagrante cuando se consiente, por la comisión de infracciones de carácter estrictamente administrativo, la imposición de sanciones (como la privación de la libertad) tradicionalmente vinculadas al ámbito penal[13].

Ese proceso de vulnerabilidad del inmigrante no podría alcanzarse sin la voluntad, implícita o explícita, del Estado en el que éste se encuentra y la plasmación de la misma en las leyes de extranjería e inmigración. La gradación de esa vulnerabilidad es otra de las *virtudes* que al Derecho corresponde. La mayoría de las legislaciones europeas de extranjería, la española como la italiana son una buena muestra de ello, de forma implícita o explícita establecen una jerarquía

(11) Como advierte DE LUCAS los inmigrantes aparecen configurados "como infrasujetos... supeditando su reconocimiento jurídico y político a un modelo de trabajo, el trabajo formal y para toda la vida, que ni siquiera es válido para nosotros. El vínculo entre nacionalidad, trabajo y ciudadanía aparece así como la auténtica jaula de hierro de la democracia en el próximo siglo", DE LUCAS, 1999, 17.

(12) Vid. ZAPATA-BARRERO, 2000 y GARCÍA AÑÓN, 2003, 349-392.

(13) Este preocupante acercamiento entre el ámbito administrativo y penal que se pone en evidencia en el caso de la extranjería, ha tenido como resultados más recientes, por ejemplo, la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social, que, desde el principio, llama la atención por las cuestiones tan dispares (aunque el legislador no lo crea así) que en ella se tratan. Entre las reformas que introduce la mencionada ley, aunque en su título hable de integración social, se encuentra la agilización de la expulsión de los extranjeros. Así prevé que la autoridad gubernativa puede solicitar la autorización judicial para proceder a la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dicha resolución no puede pasar de los tres días. En realidad, con esta nueva disposición el legislador ha puesto de manifiesto, una vez más, su tendencia a arbitrar medidas exclusivamente policiales en materia de extranjería y su idea de que existe un indisoluble nexo entre delincuencia e inmigración (no sólo en el caso de las mafias) que debe ser legalmente perseguido.

en los sujetos a los cuales se dirigen, concluyendo la gradación con la negación a efectos jurídicos del inmigrante irregular. De este modo se completa la jerarquía legal de la exclusión en la que el extranjero, por el mero hecho de serlo, ocupa un nivel inferior al ciudadano y a partir de ahí se sitúa en un lugar más o menos privilegiado en virtud de su situación administrativa. En el último lugar de este universo de precariedad, donde se encuentra el inmigrante irregular, el ocupar un puesto de trabajo en el mercado informal es el mal menor y posiblemente la única alternativa para escapar a la delincuencia[14].

2. Un segundo requisito, dentro del marco de la legislación represiva, contribuirá a hacer necesario un proceso de regularización extraordinaria: la aplicación selectiva de la ley. Así, la norma al mismo tiempo que propicia la situación de vulnerabilidad de determinados colectivos de extranjeros, *debe* permitir que los empresarios les empleen y cubran con ellos sus necesidades[15]. Como acertadamente señala TERRAY (1999, 23) sin legislación represiva no tiene sentido hablar de fragilidad administrativa que permita la explotación de los inmigrantes en situación irregular, pero sin aplicación débil de esta legislación, tampoco habría trabajadores que sufrieran esa explotación.

El hecho es que en las normativas de extranjería como la española o la italiana, existen preceptos (aunque sean menores en cantidad) dedicados a la sanción de los empresarios que aprovechan la situación de necesidad de los inmigrantes, artículos que intentan restablecer la simetría entre los distintos sujetos a los que la ley se dirige. El problema es que no se aplican de igual forma: por cada detención o sanción de un empresario por explotación de inmigrantes en situa-

(14) Esa vulnerabilidad está también presente en aquellos que se encuentran dentro de los límites legales. Lo que se aprecia en realidad es una voluntad de perpetuación de la inestabilidad del inmigrante que sólo es posible con grandes dosis de inseguridad jurídica, convirtiéndolo así en el sujeto excluido por excelencia. Legitimada e institucionalizada esa selección del extranjero pobre como candidato al trato arbitrario y discriminatorio su exclusión del ámbito de disfrute de los derechos no se cuestiona porque se considera como *natural*, (DE LUCAS 1994, 117-130; 1996, 28-29 y 2003, 48-54). Tal como señala WALZER (1993, 70) a propósito del mantenimiento del sistema de los trabajadores huéspedes "el poder del Estado desempeña un papel de máxima importancia en su creación y posteriormente en el cumplimiento de sus reglas. Sin la denegación de los derechos políticos y las libertades cívicas y la amenaza siempre presente de la deportación, el sistema no funcionaría".

(15) Acontecimientos como los de El Ejido, por ejemplo, son una muestra de la práctica de una política represiva estricta para los inmigrantes y débil para los autóctonos. La situación social de los inmigrantes desde el principio fue durísima: los empresarios no se preocuparon de las necesidades más elementales como procurarles una condiciones de vida digna (vivienda, etc.), sino que los trataron como simple mano de obra barata. Mientras aumentaron las ganancias y los fraudes: empresariales, de los bancos, de las empresas agrícolas etc., se generaron situaciones difícilmente sostenibles a largo plazo: hacinamiento de los inmigrantes en chabolas y cortijos abandonados, explotación aberrante a nivel laboral, etc. Además la incapacidad de los propios autóctonos almerienses para asumir su nuevo estatus social también influyó en buena medida en la situación de explotación: el inmigrante que era necesario dentro de los invernaderos, se convertía en indeseable fuera. Dos hechos actuaron como desencadenantes de esta tensión social "contenida": el homicidio de dos dueños de invernaderos por el jornalero de uno de ellos y el de la joven Encarna López a manos de un perturbado marroquí. Comenzó así una cadena de hechos violentos que enfrentaron a la población autóctona de El Ejido y a la inmigrante: el saqueo de los pequeños negocios de los inmigrantes, los incendios de chabolas y oratorios por encapuchados, el intento de linchamiento del subdelegado del Gobierno, etc. Finalmente se alcanzaron una serie de acuerdos entre ATIME, distintas organizaciones de representantes del colectivo magrebí y la Administración, que con el tiempo se ha visto que se han incumplido de forma sistemática. Vid. GOYTISOLO y NAÏR (2000, 181-186 y 207-226).

ción irregular ¿cuántas expulsiones (de inmigrantes que *trabajaban* para él) se han producido sin que el empresario se haya visto afectado? En estos casos, no basta con señalar que existe una aplicación débil y modulada de la ley, sino que es necesario destacar que nos encontramos ante una tolerancia de hecho, en virtud de la cual, las sanciones a los empresarios son sólo excepcionales y no afectan casi nunca a los verdaderos responsables.

En la reforma que en la actualidad se debate, se plantea sancionar la contratación de inmigrantes en situación administrativa irregular, por competencia desleal con las empresas que los contratan con un salario adecuado y les da de alta en la Seguridad social. Siendo positiva la persecución de este tipo de actividades empresariales al margen de la ley, que tanto han proliferado en los últimos años, no puede perderse de vista que sólo tienen sentido en la medida en que se pongan en marcha los mecanismos necesarios para hacerlas efectivas[16].

La economía sumergida en la que se insertan los inmigrantes se sostiene con la complicidad, aunque sea implícita, de las instituciones desde el ámbito local hasta el nacional, olvidando que precisamente la represión de la misma es uno de los puntos focales de las políticas reguladoras de los flujos migratorios. Es aquí donde, en mi opinión, se produce el verdadero *efecto llamada,* que tantas veces se ha asociado a las posibilidades de regularización. Así SCIORTINO (1997, 70 y 1999, 21-40) llega a afirmar que los controles en las fronteras para evitar la entrada de clandestinos tienen menor importancia que las inspecciones en los lugares de trabajo y que las sanciones aplicables a los empresarios que infringen la ley, al explotar a inmigrantes en situación irregular, son más importantes que las expulsiones en sí.

Parece evidente, por tanto, la necesidad de potenciar la estricta aplicación de la ley para quienes se benefician de la vulnerabilidad que ésta genera, y al mismo tiempo conseguir la flexibilización de las legislaciones de extranjería e inmigración para favorecer el acceso a la legalidad. En las más recientes legislaciones de extranjería europeas de los países del Sur se han propuesto algunos mecanismos que pueden contribuir a evitar la clandestinidad reduciendo así la probabilidad de futuros procesos de regularización.

(16) La inexplicable ausencia de suficientes inspecciones de trabajo que acaben con la explotación de los inmigrantes irregulares alimenta el que los empresarios se animen a aprovecharse de ellos. La Comisión Europea en sus estimaciones de 1998 situaba a Grecia en el primer lugar de la clasificación de países con más economía sumergida, seguida de Italia y España, en segundo y tercer lugar respectivamente, puesto que la economía oculta representa en estos Estados "entre el 10% y el 23% del producto interior bruto" (Colectivo IOÉ 1999, 103). Es como si existiera una indulgencia global de la Administración y la justicia de la que se benefician los empresarios transgrediendo sin problemas las disposiciones del derecho laboral relativas a la protección de los trabajadores (TERRAY 1999, 25 y PAJARES 1998, 217-222). No puede olvidarse que también cuando los empresarios desean emplear a extranjeros en situación regular o colaborar en la regularización de inmigrantes ofreciéndoles la oferta de empleo que éstos necesitan, existen tantas trabas que la contratación legal acaba llegando demasiado tarde.

## III. ALGUNAS ALTERNATIVAS A LA IRREGULARIDAD QUE GENERA LA LEY DE EXTRANJERÍA Y A LAS CONTINUAS REGULARIZACIONES

Aunque, sin duda, existen más propuestas que las que trataré a continuación, me limitaré a analizar las que se han perfilado en las recientes leyes de inmigración y extranjería en Italia y España para concretar cuáles considero que son sus virtudes y defectos de cara a cumplir con el objetivo de evitar la inmigración fuera del ámbito legal. Para ello, siguiendo la diferenciación entre clandestinidad e irregularidad[17], distinguiré entre las medidas previas a la entrada en el territorio nacional destinadas a combatir la clandestinidad, y los mecanismos posteriores a dicha entrada que pueden utilizarse en los casos de irregularidad.

### A) Alternativas previas a la entrada en territorio nacional

Una de las medidas más interesantes para permitir la entrada *legal* del inmigrante en territorio nacional es la de facilitarle el acceso a un permiso para la búsqueda de empleo. La posibilidad de entrar en el país con la finalidad de conseguir la inserción en el mercado laboral, sin tener previamente una oferta de empleo, facilita, a mi juicio, la lucha contra las redes de tráfico de inmigrantes que se alimentan de las entradas clandestinas (de los precios desorbitados que los inmigrantes están dispuestos a pagar)[18] al tiempo que permite superar el estricto vínculo de inmigrante = trabajador. Ciertamente esa superación es sólo temporal, pues con este permiso lo único que se hace es aplazar en el tiempo la exigencia de demostrar que se tiene un trabajo como requisito ineludible para acceder a un permiso de residencia.

Dicha posibilidad de permiso para la búsqueda de empleo, no se encuentra recogida como tal en la legislación española, ni tampoco en la reciente Ley italiana Bossi-Fini, pero sí en su predecesora la Ley 40/98[19]. En esta ley, ya modificada, la introducción de este permiso en la normativa italiana no implicaba una revisión del vínculo entre inmigración, trabajo formal y ciudadanía

(17) Hasta aquí he utilizado como sinónimos los términos de clandestinidad e irregularidad aunque en puridad hagan referencia a realidades distintas. Sin entrar en la diferenciación existente entre uno y otro concepto, que excede el ámbito de este trabajo, quisiera señalar que los utilizaré únicamente para distinguir entre aquellos inmigrantes que nunca han estado en los límites de la legalidad (clandestinos) y los que habiendo tenido en algún momento un permiso lo han perdido por una u otra razón (irregulares), esta diferenciación sumamente simplista me servirá únicamente para distinguir las alternativas que en uno y otro caso pueden darse para evitar la situación al margen de la ley. Vid. IZQUIERDO (1992, 151-152) y Colectivo IOÉ (1999, 92-95).

(18) Sobre el sistema normativo vigente en España para la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos vid. DE PRADA SOLAESA 2002, 76-81. Vid. también las modificaciones introducidas por la ya mencionada Ley 11/2003.

(19) Este permiso básicamente consistía en que el extranjero podía entrar en Italia si tenía un garante que respondiera por él, es decir, alguien que pudiera asegurarle un alojamiento, el sustento y la asistencia sanitaria durante la duración del permiso (que era como máximo de un año). El problema de este permiso en la regulación que realizaba la Ley italiana 40/98 era que se vinculaba directamente con el contingente. Además el reglamento especificaba que no se podía garantir a favor de más de dos extranjeros por año. Si transcurrido el plazo máximo de un año, el extranjero no había conseguido su inserción en el mercado laboral, debía abandonar el país. Si transcurrido el año había encontrado un empleo estaría incluido dentro del régimen común de los trabajadores extranjeros entrando en las renovaciones periódicas en las que el cumplimiento de las exigencias legales dependía ya estrictamente de él. (vid. FRONDIZI 2000, 56-59 y SOLANES 2001, 110-112).

en los términos que propone DE LUCAS (2000, 7). Ese aplazamiento tan sólo suponía la superación por un período de la dependencia del contrato de trabajo como vínculo del inmigrante con la sociedad de acogida, aun así el legislador italiano lo suprime en la Ley de 2002.

La actual ley Bossi-Fini prescinde del permiso de entrada en Italia para la búsqueda de empleo. En su lugar se establece la posibilidad de realizar actividades de instrucción y formación profesional en los países de origen. Los extranjeros que participen en dichas actividades tendrán una preferencia en la contratación en los sectores a los cuales dichas actividades se refieren. Estos "títulos de prelación" vienen a sustituir a la prestación de garantía que acompañaba al permiso de entrada para la búsqueda de empleo. Eliminando este tipo de permiso desaparece uno de los instrumentos más transparentes de oferta de trabajo flexible (ZINCONE, 2001). El retroceso al sistema anterior al de la Ley 40/98, en el que se presupone (porque en realidad no siempre es así) que el extranjero busca y encuentra un empleo desde su país de origen es un grave error que potenciará la desvirtuación de los contingentes y el aumento de la clandestinidad e irregularidad, como ha ocurrido y está ocurriendo también en España.

En el caso español, la actual normativa no contempla la posibilidad de entrar en territorio nacional para buscar empleo. En la reforma que ahora se debate, y tras el acuerdo (que antes mencionaba) alcanzado por los dos grupos parlamentarios mayoritarios, se plantea la concesión de visados a extranjeros para la búsqueda de empleo en España con una duración de tres meses. Con ello lo que se pretende, en principio y tal como se puso en evidencia ya con el contingente de 2002, es facilitar la contratación en determinados sectores (por ejemplo, el servicio doméstico) en los cuales la contratación directa en el país de origen, por la ausencia del empleador, es especialmente compleja.

Sin entrar de forma pormenorizada en las múltiples dificultades (y deficiencias) que puede llevar aparejado el sistema de visados que ahora se propone (la brevedad de los tres meses, su estricta vinculación a sectores laborales que hasta ahora han formado parte del contingente y no su concepción de forma más amplia, etc.) y que ya veremos cómo queda finalmente perfilado, quisiera salir al paso de alguna de las críticas que a propósito de esta medida "pactada" se ha realizado al sistema, en general, de visado para la búsqueda de empleo.

Desde sectores sindicalistas especialmente, pero no sólo, se ha puesto de manifiesto la razonable preocupación de que este sistema de visados para buscar empleo en España durante tres meses "dinamite" el contingente en su dimensión garantista de las condiciones laborales de los extranjeros. Se teme que el extranjero, durante ese breve período de tiempo, acabe aceptando cualquier condición laboral con tal de acceder a un contrato de trabajo. Obviamente tal hecho "puede" suceder, lo que se pierde de vista, en mi opinión, es que eso "ya sucede" sólo que en el ámbito de la irregularidad. Dicho de una forma más simple: en la práctica actual el extranjero, desgraciadamente, acepta cualquier condición "laboral" que en ocasiones ni siquiera le permite entrar en el ámbito de la legalidad y disfrutar de los "beneficios"que ello supone. Por tanto, estos visados por sí mismos no serán los que desvirtúen el contingente (suficientemente "dinamitado" por su incapacidad de previsión y respuesta a la realidad económica y social en la que se aplica), ni generarán el temido *efecto llamada* , en la medida en que tan sólo, y como mucho, conse-

guirán que determinadas contrataciones laborales se realicen dentro de la legalidad cuando ahora se están produciendo en la cotidiana irregularidad. Otra cuestión, en mi opinión fundamental y que no puede desconectarse de lo anterior, es que sea necesario garantizar las condiciones laborales dignas de los extranjeros en España , tanto en el caso del contingente como en el de los visados para la búsqueda de empleo, lo cual nos lleva a la necesidad de exigir la implementación de recursos desde la Administración (en todos sus niveles) para controlar dichas condiciones, no a criticar la puesta en marcha de estos visados.

En realidad, la escasa potenciación de este tipo de permisos (pues, la reforma que se propone es mínima) evidencia que la normativa española de extranjería sigue manteniendo la pretensión irreal de que el extranjero puede encontrar un trabajo desde el país de origen (aunque en algunos sectores laborales, más que en otros, ya es evidente que no). Como ha señalado, entre otros, DE LUCAS (2002 a, 35), esta pretensión raramente se cumple pues para ello sería necesario, por ejemplo, obligar a las oficinas consulares a convertirse en una especie de agencias de empleo[20].

Poner en marcha un sistema de visados y permisos que permitiera la entrada para la búsqueda de empleo no sería, en principio, contrario (como se ha dicho) a la "política" europea (más bien a las directrices) relativa a la inmigración. En la ya mencionada comunicación 757 de la Comisión Europea, en la que se perfilan los elementos de una política de inmigración europea, se señala que la inmigración es un fenómeno necesario que necesita gestionarse teniendo en cuenta que el proceso de integración debe ser doble: tanto para el inmigrante como para la población autóctona (proceso bidireccional), aunque no se reconozca una simetría de situaciones. En esta línea mantiene la posibilidad de arbitrar visados para la búsqueda de empleo, levantando aunque fuera mínimamente la íntima conexión entre permiso de trabajo y de residencia. Junto a esta propuesta contempla la posibilidad de que el extranjero pueda acceder a un estatuto de residente europeo, de forma que los inmigrantes si cumplen determinados requisitos pueden ser equiparados en términos de igualdad de derechos a los ciudadanos europeos[21].

Estas propuestas parece que se acercarían más a la idea, apuntada por autores como DE LUCAS (2001, 48), de reformular la actual categoría de ciudadanía (exclusiva y excluyente) entendiendo que el ciudadano es el que habita la ciudad y no ese ser privilegiado que disfruta de un estatuto inaccesible para otros[22].

(20) Esa fue, precisamente, la intención del legislador italiano, en la Ley de 2002, al señalar que las embajadas y consulados italianos tratarán de satisfacer las solicitudes de empleadores y potenciales trabajadores que se realicen, en principio, anualmente. Siendo consciente del esfuerzo que dicha exigencia supondría para estos organismos, el legislador estableció medidas de potenciación de las representaciones diplomáticas y las oficinas consulares, permitiendo el aumento del personal con contratos temporales de seis meses y con funcionarios.

(21) En esta línea de conseguir la igualdad de derechos se sitúa, por ejemplo, la directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, que debería tenerse en cuenta en esta reforma que ahora se plantea. Vid. Consejo de la Unión Europea. Expediente interinstitucional 1999/0258(CNS). Actos legislativos y otros instrumentos. Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, Bruselas, 29 de julio de 2003.

(22) Como mantiene el mencionado autor "el debate sobre la inmigración, como se viene insistiendo desde un sector todavía minoritario, no puede ser minimizado, pero no porque constituya el gran riesgo, la gran amenaza para la subsistencia

## B) Alternativas posteriores a la entrada en territorio nacional

Una vez en territorio nacional si la entrada se ha efectuado de forma clandestina, o si se ha caído en la irregularidad ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos legales, me parece que la mejor forma de evitar el recurso a los procesos extraordinarios de regularización es prever en la ley un mecanismo de regularización permanente que permita acceder a distintos tipos de permisos[23]. Este instrumento debería tener en cuenta aspectos tan fundamentales como el arraigo, valorando el hecho de que el extranjero lleva tiempo en el territorio nacional, tiene un trabajo aunque sea en el ámbito informal, un lugar donde residir, se ha integrado socialmente, etc.

El ordenamiento español con la Ley 4/2000 arbitró un mecanismo de regularización permanente que permitía acceder a un permiso de residencia temporal. Con la reforma introducida por la Ley 8/2000 se producen algunas variaciones (PICO LORENZO 2002, 69-71):

1. Tan sólo pueden acceder a un permiso de residencia temporal los extranjeros en situación irregular que acrediten su permanencia de forma continuada en el territorio español por un período determinado de tiempo.

2. Los plazos varían dependiendo de si se ha tenido permiso anteriormente y no se ha podido renovar o no[24].

El primer temor que suscita este mecanismo es el denominado *efecto llamada*, se utiliza el número de extranjeros como "un mensaje envenenado dirigido a la opinión pública" (IZQUIERDO 1996, 156). Se teme que la regularización permanente se utilice de forma automática y sea un elemento que atraiga y potencie la entrada ilegal (con regularización posterior) como forma más factible que el ingreso legal directamente. Se pierde a menudo la perspectiva, a mi juicio incuestionable como señalaba anteriormente, de que el verdadero efecto llamada de los candidatos a la inmigración clandestina o irregular es la seguridad de que van a encontrar rápidamente un

del modelo de democracias acomodadas del norte, sino porque es el «escenario» más claro en el que se dirime hoy la vieja cuestión de la democracia, del acceso y la distribución del poder, sobre todo por parte de quienes aparecen como diferentes o, para ser más exactos, para aquellos cuya presencia entre nosotros nos hace comprender que no hemos tomado en serio la condición de la diferencia, que es constitutiva de nuestra propia realidad social a la que aún queremos seguir viendo como homogénea"(DE LUCAS, 2002 b, 78).

(23) Con una medida de este tipo se arbitraría la posibilidad de regularizar en cualquier momento. La regularización permanente supone una forma de prevenir la creación de bolsas de inmigrantes irregulares en un contexto que hace de la tolerancia cero un principio irrenunciable (PEPINO 1999, 20-21). Se daría así una oportunidad legal a quienes tras haber tenido un permiso de residencia y trabajo por diversos motivos (como el transcurso de los plazos legales para solicitar la renovación o la imposibilidad de acreditar los medios de subsistencia en el momento que se les exige), se ven abocados a vivir al margen de la legalidad generando beneficios en la economía sumergida, (AMBROSINI 1998, 124-131).

(24) Si se ha tenido permiso anteriormente y no se ha podido renovar, habrá que demostrar la permanencia continuada durante los 2 años anteriores; si no se ha tenido nunca permiso es necesario evidenciar como mínimo 5 años de permanencia continuada en España; o si concurre una situación excepcional y acreditada de arraigo (entendiendo por tal la incorporación "real" al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o españoles) será necesario probar la permanencia continuada durante 3 años (artículo 41 del reglamento de desarrollo).

empleo en la economía sumergida, y eso sólo es posible con una legislación que lo consienta, que no les deje otra alternativa.

Como han señalado diversos autores, entre ellos TERRAY, los inmigrantes clandestinos o irregulares saben que su salario será inferior al de los extranjeros en situación regular y al de los nacionales, saben también que deberán afrontar condiciones de vida y de trabajo muy duras, pero tienen la certeza de que serán empleados y pagados, y esa certeza es la que les anima. Una certeza de empleo en la economía sumergida que se alimenta con la complicidad de la ley que no se decide a combatir la actuación ilegal de los empresarios y que no ofrece ninguna salida a la explotación. La perspectiva de una regularización se presenta, casi siempre, como una posibilidad lejana y, en todo caso, aleatoria y no el motivo principal que alimenta la partida del país de origen, (TERRAY 1999, 33).

Con este instrumento lo que debería intentarse es romper, mínimamente, el actual esquema legal de irregularidad = expulsión, para proponer una valoración del caso concreto que en muchos supuestos podría permitir la "reconversión", en lugar de la expulsión, de la situación administrativa del extranjero, sobre todo si se tiene en cuenta que es ilusorio pensar que con la expulsión de un determinado número de extranjeros se solucionan los problemas de las bolsas de irregulares.

En mi opinión, tienen razón autores como PEPINO (1999, 20) cuando señala que el instrumento fundamental de un gobierno dúctil y pragmático es, precisamente, la posibilidad de regularización permanente. El hecho de que un extranjero haya alcanzado, en el país de acogida, una situación social estable debería reconocerse ofreciéndole la posibilidad de formar parte del sistema y no castigarle porque en un momento determinado, por ejemplo, haya incumplido determinados plazos legales.

## IV. RECAPITULANDO

De todo lo expuesto parece deducirse que el primer paso para evitar la proliferación de los procesos extraordinarios de regularización es conseguir una normativa que no *generando* clandestinos e irregulares haga que el recurso a medidas extraordinarias sea innecesario (o al menos que sea realmente "extra ordinario"). Sin embargo, este cambio de rumbo necesario en leyes como la española fuertemente restrictiva en los procedimientos de entrada de extranjeros en territorio nacional, es sumamente difícil en un contexto marcado por una política, la europea, básicamente defensiva. El contingente anual, la exigencia de visado, la preferencia por la concesión de permisos de corta duración obligando a las continuas renovaciones, etc., son instrumentos para la defensa frente al inmigrante que desembocan en inevitables procesos extraordinarios de regularización.

Esa política defensiva va unida a previsiones de carácter asistencial que se preocupan por incluir medidas de protección humanitaria que tienen como simple objetivo la ayuda primaria y tem-

poral a extranjeros que se encuentran en situaciones especialmente difíciles. Se trata de casos puntuales a los que el legislador está obligado por los tratados internacionales y que, en realidad, responden a una solidaridad entendida en términos muy cercanos a la caridad. A su vez la política defensiva se compagina con previsiones de carácter promocional entre las que se incluyen las medidas de integración que en unos casos por insuficiencia de financiación, como ha ocurrido en España, y en otros por dilación en su aplicación, como ha sucedido en Italia, todavía no han dado los resultados deseados. La conjunción de estas tres respuestas (defensiva, asistencial y promocional), ante el fenómeno de la inmigración, no ha sido capaz de evitar el aumento de las bolsas de inmigrantes irregulares o clandestinos en nuestro país, porque no han dado lugar a una verdadera política de inmigración.

A menudo se obvian los dos principios que deben tenerse presentes al establecer medidas relacionadas con la extranjería (BOLAFFI 2001, 10-12):

1. La inmigración no puede y no debe ser considerada como un arma impropia de los partidos políticos para saldar sus cuentas pendientes en el mercado de votos y de la lucha por el liderazgo político, no debe reducirse a una mera cuestión política[25].

2. Además, es necesario tener presente que la inmigración puede contribuir al futuro social, económico, político y cultural de los países de acogida.

Una solución a las cíclicas situaciones de emergencia que provocan regularizaciones pasa por tener el valor de abrir un debate que cuestione la orientación de los mecanismos de control de las actuales normativas de extranjería, y ponga el énfasis en los instrumentos que pueden constituir alternativas a las estrictas medidas vigentes.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AGUELO, P. y ÁLVAREZ, A., 2001: *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Valladolid, Lex Nova.

AMBROSINI, M., 1998: "Intereses ocultos: La incorporación de los inmigrantes a la economía informal", *Migraciones,* 4, 11-151.

BERNARD, F., 2000: "La régularisation des éstrangers illegaux en Belgique" (97-160), DE BRUYCKER, Ph. (direc.): *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant.

BOLAFFI, G., 1996: *Una politica per gli immigrati*, Bologna, Il Mulino.

– 2001: *I confini del patto. Il governo dell'immigrazione in Italia*, Torino, Einaudi.

(25) Ciertamente parece un tanto preocupante que las últimas reformas en la legislación de extranjería española hayan coincidido, "casualmente", con la cercanía de las elecciones y que la cuestión de la inmigración (no para su gestión, sino para su control) haya tenido un apartado específico en los programas de los distintos partidos.

BONETTI, P., 1999: "Anomalie costituzionali delle deleghe legislative e dei decreti legislativi previsti dalla legge sull'immigrazione straniera", Parte II. I decreti legislativi correttivi del testo unico delle leggi sull'immigrazione, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 3, 52-83.

BONIFAZI, C., 1998: *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, Il Mulino.

COLECTIVO IOÉ, 1999: *Inmigrantes, Trabajadores y Ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España,* Valencia: Universitat de València. Patronat Sud-Nord.

COSTA-LASCOUX, J., 1999: "L'illusion de la maîtrise, la politique migratoire en trompe-l'oeil" (35-62), BALIBAR, E. et al.: *Sans papiers: l'archaïsme fatal*, Paris, Éditions La Découverte.

DE LUCAS, J., 1994: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural,* Madrid, Temas de Hoy.

–1996: *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria. Antrazyt.

– 1999: "¿Qué políticas de inmigración? (Reflexiones al hilo de la reforma de la Ley de Extranjería en España)", *Tiempo de Paz* 55, 5-31.

– 2000: "El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000", *Jueces para la Democracia* 38, 3-11.

– 2002: "Política de inmigración: 30 propuestas", *Claves de razón práctica* 121, 32-36.

– "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración", *Isegoría* 26,59-84.

– *Globalització i identitats. Claus politiques i jurídiques,* Barcelona, Temes Contemporanis, Pòrtic.

DE LUCAS, J.; PEÑA, S. y SOLANES, A., 2001: *Trabajadores migrantes. Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Valencia, Germania.

DE PRADA SOLAESA, J.R., 2002: "A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos", *Jueces para la Democracia* 43, 72-81.

DIAS URBANO SE SOUSA, C., 2000: "La régularisation des étrangers illégaux au Portugal" (389-396), DE BRUYCKER, Ph. (direc.): *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant.

FAKIOLAS, R., 2000: "Immigration and Unregistered Labour in Greek Labour Market" (57-78), KING, R.; LAZARIDIS, G. y TSARDANIDIS, C. (Eds.): *Eldorado or fortress? Migration in Southern Europe*, London, Macmillan Publisher.

FRONDIZI, C., 2000: *Nuovi diritti di cittadinanza. Immigrati*, Roma, Ediesse.

GARCÍA AÑÓN, J., 2003: "Inmigración y derechos de ciudadanía: la integración de los inmigrantes en las políticas públicas locales y autonómicas" (349-392), AUBARELL, G.: *Perspectivas de la inmigración en España. Una aproximación desde el territorio*, Barcelona, Icacria, Antrazyt.

GIAMMARINARO, M.G., 1999: "Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 T.U. sull'immigrazione", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 4, 34-52.

GUIDOTTI, M., 2002: "L'immigration au Portugal", *Migrations Société* 79, 131-137.

GOYTISOLO, J. y NAÏR, S., 2000: *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, Aguilar.

IZQUIERDO, A., 1992: *La inmigración en España 1980-1990*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

– 1996: *La inmigración inesperada. La población extranjera en España (1991-1995*), Madrid, Trotta.

– 2002: "Panorama de la inmigración en España al alba del siglo XXI" (247-264), PIMENTEL, M. (coord.): *Procesos migratorios, economía y personas*, Almería, Instituto de Estudios Cajamar.

LA CALLE, A., 2002: "La construcción de la política comunitaria de inmigración" (87-104), PIMENTEL, M. (coord.): *Procesos migratorios, economía y personas*, Almería, Instituto de Estudios Cajamar.

MAFFIOLETTI, G., 2002: "L'immigration en Grèce", *Migrations Société* 79, 139-146.

MIELE, R., 1999: *La nuova legislazione sugli stranieri*, Italia, Union Printing Edizioni.

PAJARES, M., 1998: *La inmigración en España. Retos y Propuestas*, Barcelona, Icaria. Antrazyt.

PEPINO, L. 1999: "Immigrazione, politica, diritto (note a margine delle legge n. 40/1998)", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 1, 11-27.

– 2002: "La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 3.

PICCIOLINI, A., 2000: "Il quadro normativo italiano sul problema del traffico internazionale finalizzato alla prostituzione e allo sfruttamento sessuale delle donne" (79-89), VV. AA.: *I colori della notte. Migrazioni, sfruttamento sessuale, esperienze di intervento sociale*, Milano, FrancoAngeli.

PICO LORENZO, C., 2002: "Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo", *Jueces para la Democracia* 43, 62-71.

POELEMANS, M. et DE SÈZE, S., 2000: "La régularisation des immigrés illegaux en France" (161-194), DE BRUYCKER, Ph. (direc.): *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant.

SAGARRA I TRÍAS, E., 2002: "Un nuevo «status» de extranjero en España (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 1, 89-97.

SCIORTINO, G., 1997: "La politica migratoria tra controlli alle frontiere e mercato del lavoro", *Sociologia del lavoro* 64, 50-84.

SCIORTINO, G., 1999: "Le politiche di controllo migratorio nel contesto europeo", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 3, 21-40.

SKORDAS, A., 2000: "The Regularisation of Illegal Immigrants in Greece", (343-387), DE BRUYCKER, Ph. (direc.): *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant.

SOLANES, A., 2001: *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*, Madrid, Dykinson.

– 2002: "Inmigración y extranjería en Italia", *Claves de Razón Práctica* 124, 58-64.

TERRAY, E., 1999: "Le travail des étrangers en situation irrégulière ou la délocalisation sur place" (9-34), BALIBAR, E. et al.: *Sans papiers: l'archaïsme fatal*, Paris, Éditions La Découverte.

THIERRY, X., 2000: "Statistical Report on the 1997 Regularisation for Illegal Immigrants in France" (196-120), DE BRUYCKER, Ph. (direc.): *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant.

VV. AA., 2001: "La tratta di esseri umani. Esperienza italiana e strumenti internazionali" (621-685), ZINCONE, G. (a cura di): *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Bologna, Il Mulino.

WALZER, M., 1993: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica.

WIHTOL DE WENDEN, C., 2000: *¿Hay que abrir las fronteras?,* Barcelona, Bellaterra.

ZAPATA-BARRERO, R., 2000: *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*, Barcelona: Proyecto A Ediciones/Biblioteca Episteme.

ZINCONE, G., 2001: "Se il governo stimola la xenofobia. Una norma che colpisce i deboli, l'analisi", *La Repubblica*, 16 de septiembre.

Mª Luisa Trinidad García
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Almería
(MLuisa.Trinidad@ual.es)

IV

# La reforma del artículo 107 del Código civil

SUMARIO

I. Presentación.

II. Antecedentes legislativos del precepto objeto de reforma.

III. La iniciativa del Defensor del Pueblo.

IV. Competencia judicial internacional en las crisis matrimoniales internacionales.

V. El acceso al divorcio como vía de integración social: consideraciones sobre la reforma del artículo 107 del Código civil y las enmiendas rechazadas.

## I. PRESENTACIÓN

En el último día del mes de septiembre se publicaba en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros[1], que sólo seis meses antes se daba a conocer como proyecto[2]. Las medidas afectan al orden penal, civil, administrativo, procesal..., con el objetivo, dice la Exposición de Motivos, de completar el Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002. Fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros exige adoptar una serie de reformas con las que lograr un "perfeccionamiento del ordenamiento jurídico".

(1) *BOE*, nº 234 de 30 de septiembre de 2003.

(2) *BOCG*, nº 136-1 de 21 de marzo de 2003. Se abrió un plazo de enmiendas que finalizó el 31 de marzo de 2003 y fue solicitado Dictamen por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Justicia e Interior.

## IV

Con independencia de la valoración que merezcan cada una de dichas medidas, lo cierto es que tratar a un mismo tiempo y en una misma norma cuestiones tan diversas, delicadas y complejas produce cuando menos un motivo de preocupación en la medida en que, de un lado, puede inducir a que se haga una asociación –odiosa– entre inmigración y delincuencia, y, de otro, porque al incluir entre las medidas las relativas a la integración social de los extranjeros, se generan unas expectativas que probablemente se puedan frustrar en tanto que las mismas se circunscriben a la modificación del artículo 107 del Código civil que determina el Derecho aplicable a las crisis matrimoniales internacionales.

La explicación que se da para reformar este precepto del ordenamiento civil, a propósito de una ley que alude a la integración social de los extranjeros, la encontramos en el fundamento IV, 4º de dicha Exposición de Motivos al señalar que "con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutan de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración". La reforma, en concreto, –continúa– responde a los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación "para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio".

Varias consideraciones nos sugiere la argumentación. De una parte, que no deja de ser llamativo que nosotros advirtamos a la mujer de origen musulmán respecto a las "nuevas realidades aparecidas con el fenómeno de la inmigración". La mujer musulmana que llega a España con un proyecto migratorio propio o mediante reagrupación familiar conoce perfectamente el fenómeno en tanto que es protagonista del mismo y, en principio, la mayoría debe tener una idea aproximada de los principales elementos que conforman el Derecho de familia del Estado islámico del que sean originarias, precisamente, porque los presupuestos más llamativos para nosotros –como occidentales– tienen su base en la *sharía*, y ésta es aprendida por todos los que abrazan la religión islámica[3]. Otra cosa será el conocimiento o información que pueda adquirir la mujer musulmana, una vez que reside en nuestro territorio, sobre nuestro régimen jurídico igualitario entre el hombre y la mujer en cualquier ámbito jurídico y, por tanto, también cuando se pretende resolver judicialmente una crisis matrimonial.

Desde esa realidad es de donde puede surgir el deseo o la necesidad de acogerse a una fórmula no discriminatoria, o bien, a la figura de la separación, desconocida, en concreto, para el Derecho marroquí. Es, entonces, cuando la mujer inmigrante de origen musulmán debe recibir el oportuno asesoramiento legal y considerar, en prospectiva, las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de nuestras normas de Derecho internacional privado para fijar la com-

(3) Vid, entre otros, COMBALÍA, Z.: *El Derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001.

petencia judicial internacional, determinar la ley aplicable y, en su caso, los efectos extraterritoriales que la resolución puede tener en el país de origen de la persona interesada[4].

Pero, como veremos, la reforma no se limita a ampliar los supuestos en los que puede ser aplicada la ley española a un supuesto de crisis matrimonial internacional cuando se pretende una separación judicial o un divorcio, sino que también determina la ley aplicable a la nulidad matrimonial –lo que ya se propuso cuando se gestaba la redacción originaria del artículo que ahora se reforma, con la Enmienda nº 187 presentada por el Grupo Parlamentario de la minoría catalana[5]–, y elimina toda referencia a los efectos que tendrán en España las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros (contemplado en el antiguo párrafo segundo del artículo 107).

Dicho esto, parece llegado el momento oportuno de conocer cuál es la solución que otorgaba el artículo 107 del Código civil a la determinación de la ley aplicable a la separación y al divorcio con el fin de entender por qué han surgido esos problemas a los que alude el legislador en la Exposición de Motivos, y, en su caso, valorar si han sido las insuficiencias del sistema las que no han podido solventarlos, o bien, no se han tenido en cuenta sus previsiones, pues hay que recordar que la excepción de orden público a la que se refiere el artículo 12.3 del Código civil, sostiene que, "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". En este sentido, en una impecable sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 28 de septiembre de 2000[6], encontramos un excelente ejemplo de cómo con una acertada intervención de la autoridad judicial que aplica el sistema en su integridad[7], procede a

(4) En particular con Marruecos habrá que tener en cuenta el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, *BOE*, nº 151, de 25 de junio de 1997, así como el existente sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, *BOE*, nº 150, de 24 de junio de 1997. Sobre este último convenio puede verse SABIDO RODRÍGUEZ, M.: "Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997" en *Mundialización y Familia*, CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ÁNGEL, J.L. (Eds.), COLEX, Madrid, 2001, pp. 347-356; MOYA ESCUDERO, M.: "Sustracción internacional de menores y derecho de relaciones transfronterizo", Rev. Jur. Esp., *La Ley*, D.-17, 1998-1, pp. 1779 y ss.

(5) De hecho, la ausencia de mención en el supuesto de hecho de la norma a la nulidad matrimonial, cuando sí se contemplaba en las normas sobre la competencia judicial internacional, llevó a la doctrina a buscar una solución analógica en el caso del profesor J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, para quien la ley aplicable a la nulidad matrimonial debía ser la misma, por extensión, que la aplicable a la separación y al divorcio, mientras que la doctrina mayoritaria, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; ABARCA JUNCO, P. y TRINIDAD GARCÍA, M.L. entre otros, entendimos que no era posible deducir analogía entre las tres instituciones preconizando que la ley aplicable a la nulidad matrimonial debía ser aquella conforme a la cual se hubiera establecido su validez (celebración del matrimonio). Por su parte, otros autores afirman que la falta de tratamiento se estima lógica dado que la nulidad o declaración de inexistencia del matrimonio es una sanción judicial que implica desconocimiento de alguno de los requisitos legales de validez. La ley rectora de la nulidad no puede ser otra, por tanto, que la ley que rige la validez del matrimonio, a saber, la ley rectora de la forma de celebración (artículos 49 y 50 del Cc), y del consentimiento o capacidad de cada contrayente (ley nacional de conformidad con el artículo 9.1 del Cc). Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 468.

(6) *AC* 2000/1656. Recogida en ESPLUGUES MOTA, C.: Op. cit., pp. 138-141.

(7) Vid., el interesante comentario que hace PALAO MORENO, G. en *Revista española de Derecho internacional*, vol. LII (2001), 1 y 2, pp. 531-536.

divorciar a dos nacionales iraníes residentes en España de conformidad con la ley española, tras sopesar cuidadosamente los aspectos del Derecho matrimonial iraní que no son conciliables con nuestro principio constitucional de igualdad, y haciendo operativa la segunda conexión basada en la ley de la residencia habitual común.

Con ésta y las subsiguientes consideraciones previas, tal vez podremos valorar mejor la oportunidad y alcance de la propia reforma que se ha llevado a cabo.

## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL PRECEPTO OBJETO DE REFORMA

Cuando era aprobada la Constitución española de 1978, su artículo 32.2 contenía la vía, no exenta de interpretaciones encontradas en su momento[8], para fijar por ley ordinaria la regulación de las causas de separación y divorcio y sus efectos:

> "La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos."

La encargada de introducir las modificaciones correspondientes en el Código civil español para adecuar las principales instituciones de nuestro Derecho de familia al nuevo marco constitucional fue la Ley 30/1981, de 7 de julio[9]. Y lo hizo también estableciendo en el artículo 107 la solución del derecho aplicable a las crisis matrimoniales internacionales. El legislador optó por la técnica normativa que denominamos norma de conflicto bilateral[10], característica y mayoritaria dentro de la variedad de normas que se diseñan en el Derecho internacional privado español para dar solución a las situaciones privadas internacionales, esto es, a aquellas situaciones o relaciones jurídicas en las que está presente un elemento extranjero.

En la redacción de 1981, los puntos de conexión actuaban de manera subordinada siendo la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda, la conexión prioritaria que señalaba al juez cuál era la ley aplicable. Sólo en ausencia de una ley nacional común[11], se aplicaría la ley de su residencia habitual. Y si los cónyuges tampoco tienen una

(8) Mientras que la generalidad de los autores entendía que la referencia del citado artículo era, sin lugar a dudas, al divorcio vincular, otras versiones sostenían que el precepto indicaba las varias causas de separación y una única causa de disolución que era, se "sobreentendía", la de la muerte de uno de los cónyuges. Recogido en FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de familia. La Constitución de 1978 y el derecho de familia*, tomo I, Barcelona, 1981, p. 351.

(9) Ley 30/1981, de 7 de julio, modificando el Código civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio. *BOE*, de 20-07-1981.

(10) Puede verse, entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 163-168.

(11) No podemos entrar ahora en las otras hipótesis que impedirán la aplicación de esa ley como en el caso de que se produzca falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, por excepción de orden público... Puede verse, en general, entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: op. cit., pp. 196-265; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 3ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 268 y ss. Para consideraciones particulares en el sector del Derecho matrimonial sobre el punto de conexión basado en la nacionalidad resulta de interés OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 65-71.

misma residencia habitual en el momento de presentarse la demanda[12], se aplica la ley española si nuestros tribunales tienen competencia judicial internacional para conocer de la demanda[13].

El trámite parlamentario del artículo 107 del Código civil apenas suscitó polémica –aunque, en todo caso, algo más que en la presente ocasión[14]–, resultando rechazadas las dos únicas enmiendas presentadas[15]. Curiosamente, de haberse aceptado la del Grupo Parlamentario comunista que contemplaba la posibilidad de acudir a la ley española en los casos en que la ley aplicable no admitiera el divorcio, –y, por analogía, sería posible hacer extensible esta solución a los casos en los que no se admitiera la separación– la reforma no hubiera sido necesaria o, al menos, por el motivo urgente que lo ha sido. El profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS[16], quiso encontrar una explicación al rechazo de ambas enmiendas en la relación de equilibrio entre confesionalidad y laicidad en la que se inspiraba la nueva ordenación del Derecho internacional privado dentro del renovado Derecho de familia.

Desde luego, lo que no era imaginable a comienzos de la década de los años 80 es que las instituciones de nuestro Derecho de familia se iban a tener que desenvolver en una sociedad multicultural con una presencia destacada de extranjeros entre los que por razones obvias de proximidad geográfica, destacan los trabajadores inmigrantes de confesión musulmana. El legislador entiende que hay que adecuar las respuestas entre ordenamientos jurídicos que parten de culturas y concepciones diferentes[17], y por ello se modifica el artículo 107 del Cc. ¿Pero cuáles son, en concreto, los acontecimientos que lo han propiciado?

(12) Somos partidarios de hacer esta extrapolación en coherencia con la fijación temporal que se realiza para tomar en consideración la ley nacional común.

(13) Sobre el alcance de las conexiones pueden verse, entre otros, AMORES CONRADI, M.A.: "Artículo 107 del Cc", *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 424-427; TRINIDAD GARCÍA, M.L.: *Nulidad, separación y divorcio en Derecho internacional privado español: la reforma de 1981*, Tesis doctoral, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada; íd.: "Nulidad, separación y disolución del matrimonio" en MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª ed., Granada, 1994, pp. 169-188; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y ABARCA JUNCO, P.: "Artículo 107", *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 1331-1338.

(14) Para muestra, además, valga la lectura del Dictamen del Consejo General del Poder Judicial que limita a seis líneas el comentario que le sugiere la reforma del último inciso del artículo 9.2 del Cc y del artículo 107 del mismo cuerpo legal.

(15) Dichas enmiendas fueron la nº 187 del Grupo Parlamentario de la minoría catalana, a la que ya hemos hecho referencia, que advertía de la necesidad de incluir también la nulidad matrimonial y la nº 135 del Grupo Parlamentario comunista, que pretendía aplicar la ley española cuando la resultante no admitiera el divorcio.

(16) Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros.: *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 148-150.

(17) En particular en relación con el mundo islámico, puede verse, COMBALÍA, Z.: op. cit.; CHARFI, M.: "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *Recueil des Cours de l'Academie de droit international privé de La Haye*, 1987, pp. 321-454; QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Inmigrantes de países islámicos: ¿qué derecho de familia?", *III Congreso sobre la inmigración en España,* GARCÍA CASTAÑO F.J. y MURIEL LOPEZ, C. (Eds.), Granada, 2002, pp. 313-322.

## III. LA INICIATIVA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Cuando los medios de comunicación dieron noticia de la iniciativa del Defensor del Pueblo[18] para reformar el artículo 107 del Código civil, se aludía a la existencia de algunas decisiones judiciales españolas en las que, por ejemplo, sobre la base de la imperativa aplicación de la ley nacional común, se había denegado la separación solicitada por una mujer marroquí, porque la separación es una institución desconocida en el Derecho de ese Estado. Así resuelve, en concreto, la Sentencia de la Aud. Prov. de Barcelona de 6 de abril de 2000[19]. Igualmente, se toma en consideración el que conforme a dicho ordenamiento, se obliga a la mujer a litigar al menos durante cinco años si el marido se niega a concederle el divorcio mientras que éste, a través del repudio, puede obtenerlo en 12 días. La discriminación también es patente en el caso de alegar malos tratos como causa del divorcio, pues se exige la aportación de certificados médicos y la declaración de doce testigos.

Teniendo en cuenta las diferencias que en algunas parcelas de estas materias existe con nuestro Derecho, y la importante presencia en España de inmigrantes de origen musulmán, –la prensa publicó en el año 2000 que la inmigración magrebí había disparado el censo de musulmanes entre nosotros hasta el medio millón de personas incluyendo los que carecen de documentación–[20], se explica que en el momento presente se haya *sentido* de manera más acuciante la necesidad de que nuestra norma de conflicto incorpore mecanismos que se adapten de mejor manera a la actual realidad. Permitir el acceso al divorcio de aquellas personas que, conforme a su ley nacional, no lo pueden obtener o lo hacen en condiciones de desigualdad respecto del otro cónyuge, se ha entendido como un objetivo favorecedor de la integración, principalmente, de la mujer musulmana. Aunque, de hecho, queremos llamar la atención sobre la importante declaración que hace el legislador, de alcance general para el Derecho internacional privado de la familia, cuando dentro de la propia Exposición de Motivos afirma que "El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional"[21].

(18) Entre otros, *El País*, 15 de octubre de 2002.

(19) *AC* 2000/1088.

(20) Datos obtenidos en información publicada en *El País* el domingo 1 de octubre de 2000 bajo el título "Musulmanes moderados y fundamentalistas se enfrentan por el control del Islam en España". Para una actualización y referencia más detallada, puede verse, MARTÍN MUÑOZ, G. (dir.) y otros: *Marroquíes en España (Estudio sobre su integración)*, Fundación REPSOL YPF, Madrid, 2003, pp. 62-68.

(21) Declaración que supone otorgar a la autonomía personal en materia matrimonial un protagonismo que puede servir para contribuir al interesante debate doctrinal que nos propone el Profesor J.M. ESPINAR VICENTE en su artículo "Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio", *Actualidad Civil*, nº 19, semana del 5 al 11 de mayo de 2003. Valorando las posiciones favorables a permitir el juego de la autonomía entre los esposos para elegir entre la ley nacional o la ley de la residencia habitual como en el caso de J.Y. CARLIER GANNAGÉ, JESSURUM D'OLIVEIRA o SÁNCHEZ LORENZO, la profesora A. QUIÑONES ESCÁMEZ nos recuerda que "esta solución no se aviene con los parámetros que inspiran a los ordenamientos de corte confesional. En derecho musulmán la autonomía privada de los esposos les permite negociar, en el contrato de matrimonio, algunas de las consecuencias de su unión (cláusula anti-poligamia, repudio khol), pero no les permite negociar la ley rectora de su estatuto personal de musulmán.", art. cit., p. 317.

Pero antes de entrar en las valoraciones sobre la determinación del Derecho aplicable, consideramos conveniente presentar el panorama actual sobre una cuestión previa clave en Derecho internacional privado: la determinación de la competencia judicial internacional en las crisis matrimoniales internacionales.

## IV. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES

En efecto, en Derecho Internacional privado con carácter previo a resolver el fondo de la cuestión que se plantee –determinación del Derecho aplicable–, hay que fundamentar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales para conocer del asunto calificado como situación privada internacional. De hecho, con la promulgación de la Ley 30/1981, antes referida, se crearon también los primeros criterios de competencia judicial internacional para conocer de las demandas sobre nulidad matrimonial, separación y divorcio. Su disposición adicional primera hacía competentes a nuestros jueces y tribunales para conocer en los litigios matrimoniales de naturaleza internacional: 1. Cuando ambos cónyuges tuvieran la nacionalidad española. 2. Cuando fueran residentes en España. 3. Cuando el demandante fuera español y tuviera su residencia habitual en España, cualquiera que fuera la nacionalidad y la residencia del demandado. 4. Cuando el demandado, cualquiera que fuera su nacionalidad, fuera residente en España.

En 1985, la importante reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial sustituiría dichos criterios por los foros generales contenidos en su artículo 22.2 (sumisión expresa o tácita de las partes[22] y domicilio del demandado) y los especiales por razón de la materia de su apartado 3: a) Cuando los cónyuges tengan su residencia habitual común en España al tiempo de la demanda. b) Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España. c) Si ambos cónyuges son españoles, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que presenten la demanda de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro[23].

Pero estos foros de competencia judicial internacional en materia de nulidad, separación y divorcio han vuelto a ser objeto de modificación tras la entrada en vigor, desde el 1 de marzo de

(22) Una exposición sucinta sobre los diferentes criterios doctrinales en cuanto a admitir o no la sumisión en la materia matrimonial puede verse en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 4ª ed., pp. 112-113.

(23) Al respecto, vid., AMORES CONRADI, M.: "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 de la LOPJ", *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156; TRINIDAD GARCÍA, M.L.: "Cuestiones de divorcio en Derecho internacional privado francés y español: Algunas precisiones de un análisis comparado", *Las relaciones de vecindad*, IX Jornadas, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1985, pp. 499-524; íd.: "La competencia judicial internacional y los procesos matrimoniales: reflexión sobre alguno de los principales problemas que se suscitan", *Rev. Fac. Der. Gr.*, nº 11, 3er cuatrimestre 1986, pp. 319-334.

2001, del Reglamento comunitario 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000[24]. Como ha señalado la doctrina[25], la amplitud de los distintos foros recogidos y su naturaleza alternativa, hace que la LOPJ adquiera un marcado carácter residual. Así, hoy por hoy, los tribunales españoles –léase, respectivamente, los de cualquier Estado miembro de la Unión Europea excepción hecha de Dinamarca–, tienen que conocer de las demandas en litigios matrimoniales si:

1) es el lugar en el que se encuentra la residencia habitual de los cónyuges, o

2) donde ha radicado la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida en él, o

3) es el lugar de residencia habitual del demandado, o

4) está (en España), en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

5) es el demandante el que tiene (en España) la residencia habitual, si ésta se tiene desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o inclusive

6) si el actor o demandante tiene su residencia habitual (en España) al menos en los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, o bien se trata de un nacional español, y

7) finalmente, conocerán los tribunales españoles en el caso de que ambos cónyuges fueran españoles.

Esta amplitud de posibilidades, facilita sin duda la obtención de tutela de los tribunales españoles a la mujer inmigrante que desee obtener su divorcio en España. Pero si recordamos que, una vez establecida la competencia judicial internacional, la ley aplicable al fondo depende del *punto de conexión* retenido en la norma de conflicto, al ser aplicable de forma prioritaria la ley nacional común, las mujeres originarias de países cuyo ordenamiento no conoce la institución de la separación o discrimina a la mujer en su obtención, pueden encontrarse con una resolución judicial que no ha podido *sortear* las consecuencias del propio mandato imperativo de la norma de conflicto española.

(24) El Consejo de la UE ha alcanzado un acuerdo político sobre la totalidad del Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) nº 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) nº 44/2001 en materia de alimentos. El Reglamento extiende las normas relativas a la competencia y la ejecución del Reglamento (CE) del Consejo nº 1347/2000 a todas las decisiones sobre la responsabilidad parental basadas en normas comunes relativas a la jurisdicción y la cooperación reforzada entre las autoridades. La norma básica en materia de competencia es la residencia habitual del niño. El Reglamento aborda específicamente el problema de la sustracción de menores a través de disposiciones sobre competencia y sobre la restitución del niño. Noticia obtenida en, en consulta efectuada el 12-10-2003.

(25) ESPLUGUES MOTA, C.: *El divorcio internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 49.

No obstante, es importante al respecto distinguir entre la realidad de instituciones desconocidas o inadmitidas por la ley nacional común, y que deben ser respetadas desde la autoridad judicial española por el mandato imperativo que la norma de conflicto española le otorga a la conexión ley nacional común, y el hecho de que ésta contenga disposiciones contrarias al orden público internacional. Nuestro sistema de Derecho internacional privado, contempla en sus normas de aplicación un instrumento de salvaguarda de los valores constitucionales para aquellos casos en los que una ley extranjera resulte contraria a los mismos: la excepción de orden público (artículo 12.3 del Código civil). De este modo, la ley extranjera reclamada competente para resolver el fondo de la cuestión que contenga disposiciones contrarias al orden público internacional, puede ser rechazada aplicándose en sustitución la ley material española[26], a título de *lex fori qua fori*[27], pues, en efecto, aunque el artículo 12.3 del Cc no indica que necesariamente deba ser aplicada la ley española, esa es la práctica judicial que se sigue[28].

El ejemplo reciente de una aplicación integral del sistema de Derecho internacional privado lo encontramos en el caso antes aludido resuelto por la Aud. Prov. de Madrid por sentencia de 28 de septiembre de 2000, si bien aquí se llega al Derecho español mediante la consideración de la conexión subsidiaria. El tribunal razona "que la legislación iraní en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad. Y aunque se estiman las reformas introducidas en Irán en la Ley de Protección de la Familia, que exigen preceptivamente la incorporación al contrato matrimonial de unas estipulaciones por las que se conceda a la mujer el derecho a divorciarse, "no acaba, sin embargo, por superarse la inadmisible discriminación en perjuicio de la mujer..., todo lo cual aboca necesariamente a excluir la proyección al caso de la legislación sustantiva en principio aplicable, debiendo darse respuesta judicial al mismo a tenor de la legislación de nuestro país en los términos habilitados, analógicamente, por el artículo 107 del Código civil, al tener ambos cónyuges su residencia habitual en España".

Volviendo al aspecto de la competencia judicial internacional, otra cuestión de interés es determinar cuándo se considera que un inmigrante tiene su residencia en España, y si a tal fin la misma ha de ser *legal*, esto es, documentada por la correspondiente autorización para residir[29]. Al respecto hay que señalar, de un lado, que la residencia como criterio de competencia judicial

(26) Puede verse, entre otros, RUILOBA SANTANA, E.: "Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho internacional privado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXVIII, 1974, pp. 655-694; TRINIDAD GARCÍA, M.L.: "Las excepciones de orden público y fraude de ley en las recientes codificaciones europeas de Derecho internacional privado", *Revista General de Derecho*, año LII, nº 613-614, 1995, pp. 11289-11310.

(27) Esta opción no puede entenderse que descarte el tomar en consideración, cuando exista, una conexión subsidiaria.

(28) Por otro lado, la aplicación del Derecho del foro cuando se produce la evicción de la ley extranjera por motivo de orden público aparece recogida en la mayoría de las disposiciones que recogen el juego de la excepción de orden público en las codificaciones europeas. Puede verse, íd.: "Las excepciones...", cit., pp. 11289-11310. Asimismo, MASEDA RODRÍGUEZ, J.: *El control de la constitucionalidad de la Ley extranjera*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 193-194.

(29) Artículo 31 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, *BOE*, nº 307 de 23 de diciembre de 2000. Vid., asimismo, su reglamento de desarrollo en Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, *BOE*, nº 174 de 21 de julio de 2001.

internacional nunca es un elemento que haya de valorarse conforme a la Ley de Extranjería. Lo que está en juego es el derecho a la tutela judicial efectiva[30], que es lo que se ve implicado en el marco de la competencia. El legislador ha de prever los criterios de competencia judicial internacional que reflejando una proximidad suficiente con el foro, permitan salvaguardar que quien tenga un interés legítimo pueda acudir a los tribunales españoles y plantear su acción. La proximidad o vinculación del asunto con el foro, no implica que la residencia tenga que ser legal.

De otro lado, el concepto de residencia en el Reglamento 1347/2000 deberá entenderse como el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, para lo que han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos[31]: alquiler de una vivienda, empadronamiento, escolarización de los hijos, trabajo, pago de impuestos, etcétera.

Finalmente, no podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que, frente a este panorama de facilidades para que, fundamentalmente, la mujer inmigrante musulmana pueda obtener su divorcio en España, se dibuja una sombra preocupante en el caso de que se trate de una inmigrante irregular. Así, si bien hemos visto que la situación de irregularidad no afecta al derecho a obtener la tutela judicial efectiva, no podemos olvidar que la estancia irregular es una de las causas que justifica la apertura de un expediente de expulsión [artículo 53.a)] en relación con el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería, lo que se compadece mal, en términos generales, con la pretensión de integración social que se le quiere brindar a la mujer inmigrante si ésta es residente de hecho. El legislador sólo contempla, por ahora, en el proyecto de reforma de aquélla que, "En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma"[32], esto es, sólo protege a la mujer inmigrante reagrupada víctima de malos tratos. Suponemos que las autoridades (administrativas y, en su caso, judiciales) considerarán la inclusión de esos otros supuestos en la regularización temporal por razones humanitarias a las que alude el inminente nuevo artículo 31 de la Ley de Extranjería.

(30) La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que la Constitución contempla sin distinguir por razón de nacionalidad y que el Tribunal Constitucional en Sentencias 99/1985, de 30 de septiembre y 9 de mayo de 1988, lo extiende a los extranjeros con independencia de su situación administrativa. Puede verse, LARA AGUADO, M.A.: "Derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 20, 21, 22 y 65)" en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, coord. M. MOYA ESCUDERO, Comares, Granada, 2001, pp. 709-737.

(31)Así se desprende del Informe Explicativo elaborado por A. BORRÁS RODRÍGUEZ en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Recogido en ESPLUGUES MOTA, C.: Op. cit. p. 31.

(32) Artículo cuatro por el que se modifica el artículo 19 de la vigente Ley de Extranjería. De conformidad con el Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *BOCG*, Serie A, nº 160-7 de 22 de septiembre de 2003.

## V. EL ACCESO AL DIVORCIO COMO VÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL: CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL Y LAS ENMIENDAS RECHAZADAS

Cuando la respuesta jurídica que se debe ofrecer a las situaciones privadas internacionales se hace al hilo de reformas que, como en el presente caso, abordan principalmente aspectos de Derecho público, no favorecen que se plantee el necesario debate sobre cuál puede ser la mejor técnica legislativa para establecer la ley aplicable a las crisis matrimoniales internacionales. Así, al menos, ha sucedido en el caso presente con las escasas pero interesantes enmiendas presentadas al texto de la ponencia[33], y que, simplemente, fueron rechazadas.

Como hemos dicho, la iniciativa gubernamental se había hecho eco, a su vez, de la llevada a cabo por el Defensor del Pueblo para adecuar las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país. Así, recordemos, se llega a afirmar que "el interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España" [34].

Para evitar esas consecuencias se propone la reforma del artículo 107 del Código civil que ha quedado redactado del siguiente modo:

> "1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.
>
> 2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.
>
> En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:
>
> a) Si no resultare 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."

(33) En el Congreso las Enmiendas nº 160 y 161 de CiU y la nº 189 del PSOE y en el Senado la nº 122 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana del Progrés, la 159 del GP Socialista y la 180 de CiU. *BOCG*, Serie A, nº 136-8, de 13 de mayo de 2003.

(34) El recurso a ley nacional para regir las cuestiones del denominado estatuto personal se encuentra muy extendido, si bien, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado ha optado por el criterio de la ley de la residencia habitual. Vid. FRANCESCAKIS, PH.: "La prudente élaboration par la Conférence de la Haye d'une convention sur le divorce", *Journal du Droit international*, 92 année, nº 1, 1965, pp. 24-40.

La propuesta, pues, presenta diversas novedades sobre las que haremos algunas reflexiones que se completarán con las que nos merece la lectura de las enmiendas presentadas.

La redacción alternativa defendida tanto por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso a través de la Enmienda nº 189[35], como por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana del Progrés con la nº 122 en el Senado, proponía la siguiente redacción:

> "1. La nulidad del matrimonio se determinará de conformidad con el ordenamiento de la autoridad que haya intervenido en la celebración.
>
> En los supuestos de matrimonios celebrados sin intervención de autoridad, la nulidad se regirá por el ordenamiento del lugar de la primera residencia común del matrimonio."

El ámbito de aplicación de la ley tanto para la nulidad como para la separación y el divorcio se contiene en un apartado tercero con el siguiente tenor:

> "3. El derecho designado por los apartados 1 y 2 (este segundo contiene la ley aplicable a la separación y al divorcio que reproducimos más adelante) determinará:
>
> a) La admisibilidad de la separación o el divorcio.
>
> b) Las causas de nulidad, separación o divorcio.
>
> c) Las relaciones entre los cónyuges a partir de la presentación de la demanda, a salvo las medidas provisionales que puedan solicitarse de acuerdo con el derecho español.
>
> d) El régimen de guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos."

Asimismo, como apartado 4 preveía la solución de Derecho interregional estableciendo que:

> "4. El derecho español aplicable a la nulidad, separación y divorcio será:
>
> a) El de la vecindad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda.
>
> b) A falta de vecindad civil común, el de la última residencia común de los cónyuges en España. El (sic) defecto de los criterios anteriores, el del territorio en el que tenga su sede el Tribunal."

La motivación para la inclusión y tratamiento de estos temas ha sido, en síntesis, la siguiente:

a) Establecer qué aspectos y efectos quedan regidos por la ley designada en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica, con la ventaja de referirse tanto a la nulidad como a la separación y el divorcio.

b) Señalar la ley aplicable al ámbito interregional, sustituyendo la nacionalidad común por la vecindad civil común, fijando la conexión en el tiempo para evitar un conflicto móvil y en cuanto a la conexión subsidiaria residencia habitual común, se precisa que debe ser la última habida en España, con idéntica finalidad preventiva del conflicto móvil. La apelación a la ley de la última residencia habitual común en España se hace necesario en la medida que el matrimonio ya no comporta un cambio en la vecindad civil de la mujer y, en consecuencia, los cónyuges pueden ostentar distinta vecindad civil. Como cláusula de cierre, será aplicable el derecho del terri-

(35) *BOCG*, Serie A, nº 136-8, Proyectos de Ley, de 13 de mayo de 2003.

torio en el que tenga su sede el Tribunal, lo que garantiza no sólo la previsibilidad del derecho aplicable y, por tanto, la seguridad jurídica, sino también la igualdad entre todos los ordenamientos civiles coexistentes.

La enmienda para el establecimiento de ley aplicable a la separación y al divorcio, se contenía como apartado segundo con la siguiente redacción:

> "2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.
>
> En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en el momento de la presentación de la demanda si:
>
> a) No resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
>
> b) Lo solicitan ambos cónyuges en la demanda presentada de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.
>
> c) Lo solicita el demandante que haya residido en España al menos durante seis meses con anterioridad a la presentación de la demanda.
>
> d) El hecho aplicable conforme al primer párrafo de este apartado no reconociere la separación o el divorcio solicitados en la demanda o el contenido de tal derecho fuese contrario al orden público español."

De la motivación para esta propuesta vamos a seleccionar aquellos argumentos que nos parecen de mayor interés en cuanto a la solución desde el Derecho internacional privado a las crisis matrimoniales internacionales:

Para mantener las conexiones que responden al criterio habitual de nuestro sistema y los inconvenientes que plantea su carácter rígido, se flexibilizan los criterios en los apartados a), b), c) y d). El inciso "en el momento de presentar la demanda" tiene por objeto evitar un conflicto móvil, y además es congruente con la determinación que acompaña a las conexiones que anteceden.

Las enmiendas mejoran el Proyecto de ley en dos sentidos, uno, porque introducen supuestos no previstos en él [tales como el apartado c)] y dos, porque eliminan de la reforma un enfoque innecesariamente cargado de prejuicios sobre el derecho (musulmán) extranjero. El derecho español resulta así aplicable no sólo en defecto de las conexiones nacionalidad común y residencia habitual común, sino también por voluntad de la(s) parte(s) bajo determinadas circunstancias, lo que resulta importante no sólo desde la perspectiva de poder aplicar la ley del medio social y favorecer las expectativas de las partes mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino también evitar los costes procesales –tanto económicos como en dilación del proceso– que supone la necesaria prueba del derecho extranjero traído al proceso. La letra b) del apartado 2 del texto del Proyecto lleva en realidad al absurdo de que a los cónyuges extranjeros que presenten solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo se les imponga el derecho español, lo que no tiene sentido ni se justifica ni es congruente con el apartado 2 del artículo. En cambio la enmienda que proponemos acoge la autonomía de la voluntad, son las

partes quienes de mutuo acuerdo pueden, facultativamente, optar por que se aplique el derecho español.

El apartado 2.c) es un apartado totalmente nuevo que introduce un supuesto no previsto en el Proyecto y sin el cual no se daría satisfacción plena a la petición del Defensor del Pueblo. El supuesto quiere dar cobertura a la posibilidad de que la parte actora (generalmente la mujer y generalmente parte débil –pensando siempre en la actora musulmana–, aunque no sólo ella sea beneficiaria) pueda invocar el derecho español. Se ha introducido la cautela de exigir una residencia mínima de 6 meses para evitar la utilización de la facultad que abre el supuesto en fraude de ley y no se ha considerado un plazo más largo en garantía de los muy sensibles intereses involucrados en los procesos matrimoniales. En el apartado 2.d), lo más relevante de la enmienda responde a criterios técnicos, cambiar "leyes" por "derecho" así como, en relación al último inciso, eliminar la calificación "discriminatorios" por innecesaria y estigmatizadora. De serlo, ya quedaría cubierto por la excepción de orden público. De hecho, incluso el último inciso podría ser perfectamente suprimido puesto que de producirse una incompatibilidad con nuestro orden público, el artículo 12.3 del Cc sería aplicable.

Después de todo lo expuesto, se comprenderá que no es posible en esta sede tratar de una forma pormenorizada los múltiples e importantes aspectos que se tocan. Pero de lo que no nos cabe duda, sin embargo, es de que precisamente por la enjundia de los argumentos expuestos en la motivación, la materia hubiera requerido de un diferente proceso parlamentario. Es más, podía haber sido un tema estrella para ser discutido dentro del intento de llevar a cabo una reforma integral del sistema de Derecho Internacional privado español[36].

Intentaremos, no obstante, hacer una primera valoración comparando el nuevo texto ya vigente con las soluciones alternativas presentadas y su motivación, y, en su caso, aportando nuestra propia posición sobre algunos de los temas que se tratan. Comenzando por el instituto de la nulidad matrimonial, nos parece en todo caso oportuna la inclusión de un supuesto de hecho específico con lo que se crea una norma de conflicto propia. Precisamente por ser conscientes de la radical diferencia entre la naturaleza jurídica de la nulidad o inexistencia y la separación y el divorcio, es correcto diseñar normas de conflicto independientes pero dentro del mismo artículo que contiene la regulación de las crisis matrimoniales internacionales. Para el operador jurídico, sin duda, representa una ventaja porque se le facilita la identificación del Derecho aplicable en cada caso.

En las dos redacciones que estudiamos, se cuidan de establecer el ámbito de aplicación de la ley, si bien, en el caso de la que está en vigor sólo se precisa para la nulidad matrimonial. Las enmiendas, en cambio, se ocupan con detenimiento de fijar el ámbito de los principales elementos enjuiciables en una demanda sobre crisis matrimonial. Por ahora, dado el tenor del presente tra-

(36) Los Profesores J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y E. PÉREZ VERA están propiciando encuentros y recabando la opinión de todos los especialistas en Derecho Internacional privado sobre la mejor manera de actualizar las respuestas del sistema español de Derecho Internacional privado. El que aparezcan reformas aisladas de nuestras normas, aun cuando se tenga la mejor de las voluntades, no contribuye a que el resultado sea el que se podía haber obtenido.

bajo, sólo podemos llamar la atención sobre la opción de incluir bajo la misma ley que determina la nulidad, la separación o el divorcio el régimen de guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos, dejando el resto de cuestiones paterno-filiales a la ley aplicable señalada por la específica norma de conflicto[37], solución que puede ser perfectamente acogida con tal de que tenga en cuenta el interés del menor y se concilie, cuando sea necesario, con la ley del lugar de residencia habitual del menor[38].

Otras diferencias surgen en cuanto a la elección del *punto de conexión* para fijar la ley aplicable. La "ley de la celebración" es el criterio de localización que ha sido establecido para determinar la nulidad matrimonial, y frente a él, se nos proponía una solución bastante más elaborada –la nulidad se rige por el ordenamiento de la autoridad que haya intervenido en la celebración y en los supuestos de matrimonios celebrados sin intervención de autoridad, la nulidad se regirá por el ordenamiento del lugar de la primera residencia común del matrimonio–, y que era justificada en los siguientes términos[39] que, en general, compartimos:

> "La redacción que figura en el proyecto de ley establece que la nulidad se regirá por la ley aplicable a su celebración. Esta conexión (ley de la celebración) no se encuentra concretada en nuestro Derecho, por lo que su introducción implicaría una cierta inseguridad jurídica en la determinación de la ley rectora de la nulidad matrimonial y de sus efectos. Por ello entendemos preferible que se concrete el Derecho rector de la nulidad en el ordenamiento de la autoridad que ha intervenido en la celebración. De esta forma no existirá ninguna duda sobre cuál es el Derecho que determinará la nulidad matrimonial, ya que la concreción de tal autoridad no plantea ninguna dificultad.
>
> (...) se sustituye la expresión «ley aplicable» por ordenamiento con el fin de permitir la aplicación integral de este ordenamiento, incluidas las remisiones que realice a otros Derechos. Esta aclaración es necesaria, pues en la celebración del matrimonio es usual que cuestiones como la capacidad de los cónyuges no se regulen por el Derecho interno de la autoridad que interviene en la celebración, sino por la ley personal de los cónyuges, sin que en todos los Estados esta identificación de la ley personal se haga de acuerdo con los mismos criterios (en unos casos es la nacionalidad la que determina la ley personal y en otros es el domicilio o la residencia las conexiones que se tienen en cuenta para determinar la capacidad de la persona). Con la solución que se presenta en la enmienda se evi-

(37) Sabemos que que esta concreta cuestión exije un tratamiento más detenido y por ello remitimos al lector, entre otros, a los siguientes trabajos RIGAUX, F.: "La loi applicable aux effets du mariage aprés sa dissolution", (Seizième Commission), Rapport provisoire, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Seccion d'Helsinski, vol. 61-I, París, 1985; WAAIJER, J.M.A.: "Pensions and divorce: A comparative study of the legal position in various european countries", *Netherland International Law Review*, vol. XXXI, 1984-2, pp. 199-213; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: Op. cit. pp. 469-472. Sobre el alcance de la norma de conflicto española que establece el carácter y contenido de la filiación y las realciones paterno-filiales, puede verse, CARRILLO POZO, L.F.: "La filiation dans le Droit international privé espagnol: quelques profils critiques", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, anno XXXI, nº 3, Lugilo-Settembre, 1995, pp. 585-606.

(38) Al respecto, ABARCA JUNCO, P. en la obra colectiva *Derecho internacional privado*, PÉREZ VERA, E. (dir.), 2, 10ª ed., Madrid, 2000, pp. 122-123; en general, ARROYO MONTERO, R. y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: "El Derecho aplicable al divorcio en las relaciones de tráfico externo de España con Portugal, Francia y Marruecos", *IX Jornadas de Profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, Las relaciones de vecindad*, Servicio editorial, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1987, pp. 525-533.

(39) Las enmiendas y motivación de los Grupos Parlamentarios Socialista y Grupo Parlamentario Entesa Catalana del Progrés nºs 189 y 122, respectivamente, son idénticos.

> ta que un matrimonio pueda ser considerado nulo en España cuando en el Estado que lo ha autorizado es considerado como válido.
>
> Hemos de tener en cuenta que existen ordenamientos en los que el matrimonio puede surgir sin necesidad de formalidad alguna. En estos supuestos la conexión «autoridad que interviene en la celebración» se sustituye por la de la primera residencia común del matrimonio; conexión también fácilmente identificable y que responde a la naturaleza del supuesto, puesto que en los supuestos de matrimonio informal lo usual será que la convivencia entre los cónyuges sea un elemento necesario para que pueda surgir el matrimonio (...)."

Vistos ambos textos en orden a establecer la ley rectora de la nulidad matrimonial, nos parece que la solución contemplada en las enmiendas daban un tratamiento más completo y otorgan mayor certeza jurídica, aunque en la incorporación del segundo inciso del apartado 1 del artículo 107 cuando se refiere a:

> "en los supuestos de matrimonios celebrados sin intervención de autoridad, la nulidad se regirá por el ordenamiento del lugar de la primera residencia común del matrimonio",

creemos que hubiera sido preferible recurrir a "el ordenamiento del lugar de celebración", pues, aunque el matrimonio se haya celebrado sin intervención de autoridad, se habrá regido por las normas del ordenamiento jurídico del lugar elegido para su celebración[40].

Menos diferencias –las que hay son de carácter técnico–, se advierten en cuanto a la ordenación de la ley aplicable a la separación y al divorcio. En uno y otro caso se pretenden remediar resultados que frustren la pretensión de obtener la pretendida resolución ante una crisis matrimonial, debido a la rigidez de las conexiones que otorga carácter prioritario a la ley nacional común.

Entre los aspectos más llamativos cabe destacar la entrada a la autonomía de la voluntad aunque lo sea con un diferente alcance en la redacción vigente y en la propuesta de modificación. Es una apuesta novedosa que, al menos, permitirá a la doctrina enriquecer el debate que a buen seguro tendrá como objeto el nuevo artículo 107 del Código civil. Curiosamente, sin embargo, nadie ha querido renunciar a que la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda siga siendo la primera ley que el juez deberá tomar en consideración. Cuando no exista, será aplicable, sucesivamente, la ley de la residencia habitual correspondiente con el momento de presentación de la demanda, y, en su defecto, la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

La garantía de que se produzca una resolución de conformidad con la ley española para las demandas de separación y divorcio, se obtiene contemplando su aplicación residual *siempre que uno de los cónyuges sea español o se tenga la residencia habitual en España* (las enmiendas concretan esa residencia al tiempo de presentar la demanda):

(40) Vid. ampliamente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio" *en Derecho internacional privado español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 284-286.

a) Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

Aquí la intervención de la ley española se prevé con independencia de cuál sea el resultado de aplicar las leyes anteriores. Actúa para pronunciarse sobre el petitum de demandas en las que los cónyuges no tienen una nacionalidad común, ni la residencia habitual es coincidente al tiempo de presentar la demanda, ni ninguno reside ya en el lugar en donde tuvieron su última residencia común, pero uno de los cónyuges es nacional español o posee o mantiene su residencia habitual en España. De otra parte, es posible que pueda ser utilizado como argumento por los jueces para aplicar la ley española si ninguna de la leyes anteriores resulta aplicable inclusive por motivos tales como la falta de alegación o prueba del Derecho extranjero[41].

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.

Nos parece más adecuada gramaticalmente la redacción de las enmiendas "Lo solicitan ambos cónyuges en la demanda presentada de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro". Lo más destacado aquí es la apertura al juego de la autonomía de la voluntad.

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.

En las enmiendas, una propuesta semejante aparece como un cuarto supuesto. La hipótesis encierra situaciones distintas (no reconocer una institución y hacerlo de forma contraria al orden público). Sólo respecto de la primera hipótesis, la previsión colma la falta de respuesta por parte de las normas de aplicación del sistema de Derecho internacional privado. Sorprende, en cambio, la innecesaria inclusión de la referencia al orden público puesto que éste, tanto en su versión positiva (artículo 8.1 del Código civil) como negativa (artículo 12.3 del Código civil) se contemplan en nuestro sistema[42]. Posiblemente, el afán del legislador por dar esa respuesta satisfactoria a la sociedad multicultural en la que se va a medir, sobre todo, nuestro Derecho de familia, ha provocado la innecesaria inclusión. Además, es preciso leer con detenimiento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2000, para comprobar que, en realidad, el principal problema con el que se encuentra la peticionaria es que fundamenta su demanda en una separación matrimonial, institución desconocida para el Derecho marroquí, y que para acogerse al Derecho español apeló –incorrectamente– a la excepción de orden público. Es por ello que la Aud. Prov. de Barcelona responde así en su fundamento de derecho segundo:

(41) Un destacado sector de nuestra doctrina estima que la falta de prueba por la parte interesada debe conducir a la desestimación de la demanda, entre otros, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia* 2000, nº 11, p. 1160; GARAU SOBRINO, F.: "La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil", *RGD* 2001, nº 678/679, p. 2358.

(42) La referencia a las dimensiones positiva y negativa del orden público puede verse, en general, en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Artículo 12, apartado 3", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2ª ed., tomo I, vol. 2, pp. 894-926, en especial, p. 913.

> "Confunde la recurrente la esencia misma de lo que es la norma de conflicto de derecho internacional privado, recogida en los artículos 107, y el 12 apartado 3º del Cc, en cuanto excepción de orden público, dando por supuesto que la regulación del Derecho del Reino de Marruecos, en materia de matrimonio y sus efectos, es contraria al orden social actual del que existe en territorio español, y con tal afirmación pide aplicar el Código civil.
>
> Tercero.–El argumento no puede ser acogido por cuanto la actora recurrente identifica y confunde la conducta del demandado Ab Dellah, con el Derecho matrimonial vigente en el Reino de Marruecos cuando es obvio no ser así, como se induce del texto de la legislación aportada por el Consulado General de ese país en Barcelona, debidamente traducida, (...); regulación que si bien es distinta a la seguida por nuestro Código civil y Ley 30/1981, de 7 de julio, no por eso puede ser tildada sin más, como contraria al orden público constitucional, ni contraria al orden público del artículo 12.3º del Cc, entendido según STS de 5 de abril de 1966 (análoga a *RJ* 1979/4499), como principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada; principio que como dijo la Sentencia 1 de julio de 1994 de la Audiencia Provincial de Madrid debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados o dar eficacia a sentencias no dictadas por nuestros Tribunales, lo cual supondría evidente infracción del artículo 107 del Cc, donde predomina la aplicación del Derecho material propio de los cónyuges cuando siendo extranjeros tienen la misma nacionalidad. Por tanto, como la ley marroquí no ha sido actuada en el presente procedimiento, según la norma de conflicto o conexión, es claro no cabe dar entrada al Derecho Español (según regla subsidiaria artículo 107 del Cc), y aplicar a súbditos marroquíes una institución, como la separación legal, desconocida por su propio país, por tal razón el fallo desestimatorio de la pretensión de la actora ha de ser conformado, sin perjuicio de hacer valer el derecho propio aplicable por razón de la nacionalidad común de Nadia y de Ab Dellah ante los Órganos Jurisdiccionales Españoles como autorizan los artículos 21.3 y 22 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio."

Desde luego, con la combinación *forum-ius* y el juego –limitado– que se le otorga a la autonomía de la voluntad, no es imaginable una hipótesis en la que la actora que lo desee no pueda obtener la suspensión o la disolución de su vínculo matrimonial de conformidad con el Derecho español. Sin duda, en algunos casos, facilitará la emancipación de la esposa musulmana residente en España. Pero no todo, sin embargo, es o puede ser un camino de rosas. Previsiblemente, si la demanda no se presenta de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, la parte que se sabe favorecida por la ley de su nacionalidad común, utilizará todas las vías posibles para dificultar que la sentencia obtenida en España pueda tener efectos en el país de origen de ambos. Por esto es muy importante tener en cuenta, como nos dice QUIÑONES ESCAMEZ, A. que "debe ser la propia mujer (según tenga sus expectativas puestas en permanecer en el territorio o en retornar a su país) el árbitro entre la extraterritorialidad de la ley nacional y la *lex fori*".

La misma autora, a modo de conclusión, señala que "los afectados deben conocer que la sentencia que va a dictar el juez español es (o puede ser) claudicante (tener sólo efectos en el país que se dicta), y sólo deben asumir y cargar con ese riesgo si no cabe una decisión justa que facilite la armonía internacional de soluciones. Porque si cabe una sentencia satisfactoria sobre la base del derecho extranjero competente, ésa es la solución que debe ser retenida por el juez –de acuerdo

con la norma de conflicto– para evitar la indefensión, si es posible, en ambas orillas del Mediterráneo"[43].

Desde esta otra realidad, si toda reforma es bienvenida porque su objetivo es la mejora de la respuesta del ordenamiento jurídico, en la presente ocasión creo que hemos perdido una magnífica ocasión de debatir soluciones con la necesaria serenidad y perspectiva que pueden dar la práctica judicial y otras relaciones convivenciales que también entran en crisis (uniones de hecho) y sobre las que no se dice nada.

Los casos que en el supuesto presente han puesto en el disparadero al legislador, parece que han estado motivados más por intervenciones inadecuadas de los letrados que han asesorado a esas mujeres inmigrantes musulmanas que a las insuficiencias del sistema. Lo dicho no impide reconocer los aciertos de la mejora, pero no evita que creamos que ni el momento ni el contexto legislativo han sido los más adecuados para redactar la norma de conflicto que debe determinar la ley aplicable a las crisis matrimoniales internacionales en un nuevo siglo[44].

(43) QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Inmigrantes de países islámicos: ¿qué derecho de familia?, *III Congreso sobre la inmigración en España*. Ed. GARCÍA CASTAÑO F.J. y MURIEL LÓPEZ, C. Granada, 2002, p. 319. De la misma autora, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Premio Dr. Rogeli Duocastella, Barcelona, 2000, p. 188.

(44) Al menos no si tenemos en cuenta las interesantes reflexiones y soluciones que han sido elaboradas por el Profesor J.M. ESPINAR VICENTE sobre el conjunto de nuestro Derecho matrimonial y, en particular, respecto de las crisis en las que dice que "Aquellas parejas que hubiesen decidido iniciar su singladura conyugal a través de una unión prematrimonial no requerirán divorcio por cuanto su relación no produce efecto vincular. Sin embargo la parte que decida interrumpir la convivencia deberá solicitar la anotación del cese de la misma en el Registro civil. A partir de ese momento comenzarán a operar automáticamente las condiciones previstas en el convenio regulador prematrimonial, el cual operará con el carácter ejecutivo que le confirió en su momento la pertinente aprobación judicial a la que se hizo mención. Si en razón de los cambios que se hubieren producido con respecto a las circunstancias originales, cualquiera de las partes quisiera modificar el contenido del acuerdo durante su vigencia, deberá comunicar sus pretensiones al Juez, mediante escrito razonado en el que se acreditarán debidamente las causas en las que se fundamentare la petición. Recibida la solicitud se dará traslado de la misma a la otra parte para que manifieste su aquiescencia o para que formule las alegaciones que estimare pertinentes. En caso de disconformidad resolverá el Magistrado procurando que los términos del nuevo convenio reproduzcan fielmente el espíritu y finalidad del primitivo. Cuando se hubiese consolidado la relación matrimonial quien decidiere interrumpir la convivencia lo comunicará al Juez de familia del domicilio conyugal, el cual procederá a instar la anotación de dicha solicitud al margen de la inscripción del matrimonio para que a partir de ese momento comiencen a operar las previsiones establecidas en el contrato matrimonial. Cualquier solicitud de transformación de sus términos habrá de tramitarse por los cauces ya expuestos. Transcurridos seis meses a partir de la petición, el Juez citará a los cónyuges y, una vez ratificado el peticionario en su intención de poner fin a la convivencia, dictará resolución disolviendo el vínculo matrimonial. En ningún caso el convenio regulador de la convivencia ni la decisión de divorcio harán mención alguna a los derechos y obligaciones con respecto a los hijos (...)" ESPINAR VICENTE, J.M.: "Sobre la urgente...", cit., final.

# Crónicas de jurisprudencia

# ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

## ASILO

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
*Fecha:* 11 de abril de 2003.
*Recurso de Casación:* 1270/2000.
*Ponente:* D. Fernando Martín González.
*Voz:* Asilo. Ciudadano argelino.
*Resumen:* El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don B. contra la sentencia de la Audiencia Nacional dictada contra resolución que denegaba el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

"En el escrito de interposición del recurso de casación dicha parte recurrente solicita que se conceda el derecho de asilo solicitado y subsidiariamente se anule todo lo actuado desde el momento en que esta parte solicitó el informe preceptivo de la Administración sobre las circunstancias alegadas y que, en tanto no se aporte el informe solicitado se autorice al interesado para residir legalmente en España por razones humanitarias en tanto se mantenga la situación política en su país (Argelia), (...) por entender que el recurrente cumple con los requisitos establecidos en dichos preceptos por las persecuciones de que es objeto y por la situación política de su país, a cuyas alegaciones y pretensiones se ha opuesto el Abogado del Estado, que solicita la desestimación del recurso de casación.

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo, seguido por tal vía de la Ley 62/1978, invocando, en esencia, que no existe un derecho fundamental a la concesión del asilo (artículo 13.4 de la Constitución), que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, que no concurren en el peticionario del asilo los supuestos determinados en la Ley, (...), que de todo lo actuado no se desprende que se haya aportado el menor elemento de convicción probatorio, o, al menos, con valor de indicios suficientes (...) para deducir que el solicitante se encuentra injustamente perseguido en su país por profesar ideas o creencias determinadas, de forma que su vida correría grave peligro si regresara de nuevo, y que la supuesta persecución procede de grupos políticos o guerrilleros, no de las autoridades del país o producto de un determinado régimen político, lo que excluye la procedencia del asilo, según dicha sentencia.

(...) en el caso de autos, no puede derivarse que concurran las circunstancias, y que determinarían la posibilidad de reconocer al recurrente la condición de refugiado, lo que implica una expresión de hechos intangible en casación por no poder valorarse de nuevo la prueba aportada ni revisarse la valoración que de ella verificó la sentencia recurrida en el marco de la casación, de modo que las alegadas infracciones dejan de serlo cuando, en casación, se invocan sobre la base de unos presupuestos de hecho bien diferentes de aquellos de que parte aquella sentencia y de que, por tanto, ha de partir también esta Sala, en la consideración de que la sentencia recurrida no dejó de aplicar ni desconoció los preceptos y la jurisprudencia que se dicen infringidos, sino que los tuvo en cuenta, justamente, para rechazar las pretensiones de la recurrente, con apoyo en dichos hechos que han de reputarse probados, sin que a ello obste la jurisprudencia de esta Sala cuando se limita a expresar la suficiencia de una prueba indiciaria o *prima facie* sobre las circunstancias que se invocan como determinantes del «temor», sin establecer criterios generales, circunstancias que en la sentencia recurrida se considera que no concurren en el caso que se examina a efectos de aplicar tales preceptos o dicha jurisprudencia

ni siquiera en orden a las razones humanitarias que también esgrime la parte recurrente, por lo que ha de ser desestimado el motivo de la casación, e incluso la petición subsidiaria de que se anule lo actuado desde que la parte recurrente solicitó informe a la Administración, pues consta que, en la instancia se rechazó este medio probatorio sin que se recurriera la providencia de 12 de mayo de 1999 de la Sala de Instancia en que se inadmitía, máxime cuando lo que sí consta es un informe desfavorable de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 14 de abril de 2003.
*Recurso de Casación:* 10441/1998.
*Ponente:* D. Francisco González Navarro.
*Voz:* Condición de refugiado y derecho de asilo. Ciudadanos cubanos.
*Resumen:* El Tribunal declara no haber lugar al recurso formalizado por don L.G.F. y doña A.R. de A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se impugna la resolución del Ministro del Interior que denegó su solicitud para la concesión de la condición de refugiado y el derecho de asilo.

"La sentencia impugnada, (...) declara probados los siguientes hechos: «(...) aprecia el Tribunal que queda acreditada su vinculación a la Fundación Liberal José Martí y la realización de actividades políticas críticas al Gobierno de Cuba. Ahora bien no queda probada la persecución por parte del mismo hacia el recurrente que alega con datos al respecto; consta un informe de la Fundación Liberal José Martí destacando que por pertenecer al partido de oposición 'Unión Liberal Cubana' y la ayuda que le prestan serían castigados por las autoridades de Cuba de regresar a su país. Pero ello no deja de constituir una persecución hipotética y no real, pues el actor y su esposa vinieron a España con pasaporte cubano en viaje oficial, no está acreditada la persecución alegada, aunque existen referencias a la censura por la actitud crítica del actor hacia el Gobierno». (...).

La incongruencia que invocan pretenden basarla en que la sentencia no ha tratado el problema, por ellos planteado en la instancia, de los «fundados temores» de ser perseguidos políticamente. Y puesto que es una de las cinco alegaciones que formula en el motivo segundo, en el que se esgrimen una serie de razones por las que, según nos dice, «no es injustificado pensar en los reales temores de persecución», y porque también en ese motivo segundo se alude varias veces al ACNUR, aunque no para argumentar sobre el informe que en relación con su solicitud emitió este organismo, sino para hacer una serie de consideraciones sobre el Manual que dicho Organismo tiene publicado, bueno será reproducir aquí las razones por las que ACNUR, en el informe que emitió sobre el caso debatido en la instancia, llegaba a la conclusión de que no debía accederse a lo solicitado por el matrimonio cubano.

He aquí lo que se dice en ese informe: «En primer lugar, una vez analizadas las alegaciones disponibles en el expediente de los interesados, esta Delegación estima que las mismas resultan excesivamente genéricas para considerar que los Sres. L.G.F. han sufrido o han podido sufrir persecución en su país de origen. En lo referente a la existencia de indicios de que puedan ser perseguidos, cabe mencionar ciertos aspectos que en su día llamaron la atención de esta Delegación a la hora de valorar la petición administrativa. El solicitante, de profesión diseñador gráfico, caricaturista, fotógrafo y periodista, así como la de su esposa, diseñadora gráfica y artesana, alegan haber realizado una salida legal del país, mediante un permiso 'oficial', lo que evidentemente contrasta con sus afirmaciones de discriminación, acoso y persecución que han venido soportando desde 1968. En este sentido y sin desmerecer las alegaciones de los interesados, resulta demasiado extraño que las autoridades cubanas mediante ese permiso oficial hubiesen otorgado cierta representatividad a personas que por su dilatada oposición y reivindicación, fuesen consideradas no gratas y contrarias al régimen,

máxime si éstas se encontrasen en la mencionada 'lista negra' a la que se refieren los interesados. De hecho, en su pasaporte figura el referido permiso de salida, constando esa autorización en calidad de 'Asunto Oficial'. De la misma forma, su hijo B.G.R. que, para ser becado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para Iberoamérica tuvo que contar con la aprobación de las autoridades cubanas, ha venido realizando estudios para finalizar su Doctorado en Ciencias Biológicas en la Universidad de Alcalá de Henares, lo que hace constrastar flexibilidad y permisividad de las autoridades cubanas, con una familia discriminada y perseguida en su país de origen, desde hace mucho tiempo. Evidentemente, habría que tener en cuenta, que el acoso referido por los interesados, por la cantidad de años transcurridos desde que se inició hasta el momento de su país, debió haber sufrido cambios sustanciales, puesto que si se inició en 1968 los interesados no salieron del país hasta el 28 de febrero de 1996, lo que unido al hecho concreto de no haber solicitado asilo al entrar en territorio español, y formularlo seis meses después, debido a las exposiciones que realizaron por distintas ciudades de este país, no permiten deducir que la prioridad de los Sres. L.G.F. fuese precisamente salir de Cuba para solicitar la protección del Estado español, sino contrariamente, que es su actividad profesional la que motivó salir de Cuba, decidiendo posteriormente la conveniencia de formular tal petición de asilo».

Lo que no está probado, ni siquiera indiciariamente es que hubieran sufrido persecución en Cuba y que, por ello, se vieron obligados a salir de su patria.

Cosa distinta —y esto lo apunta muy bien el ACNUR— es que, si ahora regresaran a su país, su situación sería distinta. Pero lo que no cabe admitir es que, porque aquí hayan adoptado —y esto no puede negarse— una actitud de clara y abierta oposición política al régimen, haya que otorgarles el asilo.

(...) leyendo las actuaciones, la conclusión a la que se llega es que bajo el ropaje de una solicitud de concesión de refugiado y reconocimiento del derecho de asilo, lo que late —es decir, se esconde, se oculta— es una motivación distinta: el deseo de los peticionarios de mejorar sus condiciones básicas de vida en muy diversos aspectos, posiblemente hasta en el económico. Ello es perfectamente entendible, no censurable y hasta respetable. Pero lo que no hay es un «temor fundado de ser perseguido por motivos políticos» determinante de la salida de su país de los solicitantes.

Por todo ello, los dos motivos del recurso deben ser rechazados. Con lo que el recurso mismo decae."

---

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.
*Fecha:* 24 de abril de 2003.
*Recurso de Casación:* 10859/1998.
*Ponente:* D. Agustín Puente Prieto.
*Voz:* Solicitud de asilo. Petición de reexamen. Súbdito iraní.
*Resumen:* El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don S.B.A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se resuelve el recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo.

"La sentencia objeto del recurso expone en su fundamento de derecho primero que el objeto del mismo es la impugnación de la denegación de petición de reexamen acordada por el Ministerio del Interior el 4 de octubre de 1996 de la anterior resolución de 3 de octubre del mismo año por la que a su vez se inadmitía a trámite la solicitud de asilo del súbdito iraní aquí recurrente. Aclara la sentencia recurrida que en el presente caso lo resuelto es la impugnación de la resolución administrativa sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo fundada en lo dispuesto en el artículo 5.6 apartado d) de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de Derecho de Asilo y Condición de Refugiado (...).

Aclara la sentencia en su último fundamento que el actor manifestó que era perseguido en Irán por ser cristiano armenio, y tuvo que vender su taller de automóviles y huir, haciéndolo antes su familia a la

que igualmente se había inadmitido la petición de asilo. Llegó en vuelo de líneas regulares iraníes y rusas y con billete de vuelo Teherán, Moscú, Madrid, Teherán portando pasaporte ordinario renovado en Teherán en 1995. Conforme indica la sentencia recurrida la policía de frontera emitió un informe detallado explicando que al solicitante, al llegar a Barajas el 25 de septiembre de 1996, se le preguntó si su intención era pedir asilo, manifestando que sólo quería ver a su familia exhibiendo un visado con evidencias de manipulación; días después, el 30 de septiembre, pidió formalmente asilo con parecer desfavorable en un principio del ACNUR quien luego emitió otro favorable no a la concesión sino al reexamen y por eso se le permitió la entrada; solicitado informe a la representación diplomática española en Teherán, ésta lo emitió en el sentido de que los cristianos armenios no son perseguidos sin más y no sufren mayores restricciones que los demás ciudadanos, sin que se conozca un solo caso de expulsión del puesto de trabajo por tales motivos. Advierte la sentencia que en la demanda la representación procesal del recurrente alega que se planteaban estrictamente cuestiones desde un punto de vista exclusivamente jurídico, manifestando, expresamente, que no es necesario el recibimiento a prueba, ante lo que la Sala de instancia manifiesta su extrañeza puesto que primordialmente en el proceso se debían cuestionar y valorar hechos, concluyendo en la desestimación del recurso.

Nuevamente olvida el recurrente que en el presente caso (...), no se trata de examinar el fondo de la cuestión relativo a la solicitud de la concesión de asilo, (...) por el contrario y en el presente caso el único precepto en base al cual la Administración deniega la admisión a trámite de la solicitud de asilo es el artículo 5 apartado 6.d) de dicha Ley, conforme al cual no procede la admisión a trámite de la solicitud cuando ésta se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual no fundamentan una necesidad de protección."

# EXENCIÓN DE VISADO

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

***Fecha:*** 28 de febrero de 2003.

***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 1499/2002.

***Ponente:*** Dña. Margarita Díaz Pérez.

***Voz:*** Exención de visado. Permiso de residencia temporal inicial. Menor de edad.

***Resumen:*** El Tribunal estima el recurso interpuesto por don M. contra las Resoluciones por las que se acuerda denegar el permiso de residencia temporal inicial y la exención de visado.

"Para la correcta resolución de la litis deviene dato esencial la existencia de la Orden Foral 7376/2001, de 21 de agosto, de la Diputación Foral de Bizkaia, por la que 1.º se declara la situación legal de desamparo de M. por tratarse de un menor no acompañado, indocumentado e indomiciliado; 2.º en base a esa declaración, se asume, por Ministerio de la Ley, su tutela; 3.º se modifica el acogimiento residencial, trasladándolo con fecha 15 de mayo de 2001 al Centro Gabriel M.ª Ibarra de Orduña; y 4.º se solicita, (...) conforme al principio de reagrupación familiar del menor, de la Subdelegación del Gobierno en Bilbao, la repatriación del citado menor a su país de origen.

(...) el supuesto enjuiciado se incardina plenamente en las previsiones del artículo 35.4 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, en cuya virtud «se considera 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 un permiso de residencia cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores». Repárese en

cómo el Jefe Superior de Policía en informe elaborado el 27 de diciembre de 2001 en relación con la solicitud de permiso de residencia inicial con exención de visado de la que trae causa el presente pleito, estima de aplicación lo dispuesto en el precepto que acabamos de reproducir, que a su vez es invocado acertadamente en el recurso.

En suma, tratándose de un menor tutelado por la Diputación Foral de Bizkaia, resultaba obligado, de darse las circunstancias previstas en el artículo 35.4, otorgarle un permiso de residencia con efectos desde la fecha indicada. La Administración demandada, a sabiendas de la situación del actor, menor indocumentado, acogido y tutelado (...) opta por denegar la exención de visado y el permiso de residencia, la primera por no estar incluido en los supuestos establecidos en el artículo 49.6 del RD 864/2001, de 20 de julio, en relación con el artículo 31.7 de la LO 8/2000, y el segundo por no aportar la documentación prevista en el artículo 46.a) y 51.2 del mismo texto legal, y en ambos casos con expresa referencia a las actividades delictivas en las que supuestamente se hallaba implicado el menor, detenido en seis ocasiones por robo con violencia e intimidación, en las que utilizó distintas filiaciones. Decisión administrativa manifiestamente inválida en la medida en que obvia la norma aplicable —artículo 35.4 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/000— y resuelve la solicitud conforme el régimen ordinario.

Ahora bien, la concesión de ese permiso se produce, como ordena el repetido artículo, a instancia del organismo que ejerce la tutela, y en el caso que nos ocupa la solicitud la cursa el menor el 23 de julio de 2001. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su artículo 30, reconoce capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas a los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, mas en la cuestión sometida a debate existe norma especial que impide el ejercicio por el menor de ese derecho, faltando así un requisito de capacidad.

Ello no empece a que la residencia del menor tutelado se considere regular a todos los efectos, conforme previene la Ley, y a la obligación de la Administración de encauzar su petición de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.4 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, es por ello que resulta obligado, con estimación parcial del recurso, anular los actos impugnados, con retroacción de actuaciones, para que la Administración tramite esa petición de acuerdo con las previsiones del precepto citado."

---

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

***Fecha:*** 3 de marzo de 2003.

***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 4912/1997.

***Ponente:*** D. Juan Manuel Civico García.

***Voz:*** Exención de visado. Denegación.

***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don J.M.ª contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Jaén de denegación de visado.

"Constituye objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación por don J.M. de la resolución de 3 de septiembre de 1997, de la Subdelegación del Gobierno en Jaén, por la que se acordaba denegar la exención de visado solicitada por el recurrente; el interesado basó su disconformidad con la resolución de que se trata, de un lado, en la circunstancia de que «lleva residiendo en España desde 1991, de manera más o menos estable», estando a la espera de regularizar su situación, para lo que tiene interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid; de otro, explicó que le ha sido ofrecido un contrato de trabajo de parte de una determinada empresa dedicada a la actividad del transporte, aparte de exponer que hallándose fuera de España

quedaría limitado grandemente su derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales.

(...).

Pues bien, sobre la base de lo así establecido, fue, finalmente, la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996, la que vino a fijar los términos en que las autoridades competentes pueden conceder la exención de visado, a los solicitantes de permisos o tarjetas que autoricen a residir en España, señalando en el punto segundo.2 de la misma los supuestos de excepción bajo los que podrá concederse la exención, y siempre bajo la presunción de la buena fe del solicitante.

En aplicación de tal doctrina, y teniendo en cuenta lo actuado en el recurso, la Sala entiende procedente dictar sentencia desestimatoria del recurso, para disponer la conformidad a derecho de la resolución impugnada; y es que de la sola lectura de los preceptos transcritos, se puede deducir que la regla general es la sujeción por parte del ciudadano extranjero a la obligación de solicitar el correspondiente visado de estancia o de residencia en territorio español, (Sentencia de la Sala de 7 de octubre de 1996) y que sólo excepcionalmente podrá la Administración eximir al interesado de tal obligación; no pudiendo calificarse, al fin, de excepcionalidad a atender en el caso, la circunstancia alegada por el recurrente de residir en España desde 1991 de «forma más o menos estable» —como se dice—, ni de contar con una oferta de trabajo de determinada empresa de nuestro país, ni tan siquiera la circunstancia alegada de tener incoado proceso contencioso-administrativo ante determinada Sala de la Jurisdicción, lo que no puede significar sino que le ha sido denegado ya el permiso de residencia, habiendo de contar en los autos con las pertinentes representación y defensa —artículo 33 de la LJ—; no concurriendo, en resumidas cuentas, ninguna de las explicadas causas de exclusión de la necesidad del visado de entrada en nuestra nación, pues ni tan siquiera puede entenderse como concurrente en el caso, la circunstancia excepcional del previo arraigo del recurrente en nuestro país (sentencia del TS de 14 de marzo de 2000), derivada ora del hecho de haber seguido estudios en nuestro país con asiduidad y aprovechamiento, ora de la invocación de reagrupamiento o integración familiar, ora del disfrute de permiso de trabajo o de haber sido previamente titular de permiso de residencia."

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.
***Fecha:*** 7 de marzo de 2003.
***Recurso de Casación:*** 9826/1998.
***Ponente:*** D. Agustín Puente Prieto.
***Voz:*** Exención de visado de ciudadano cubano casado con hija de español.
***Resumen:*** El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don J.A.N.P. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia declarando en su lugar que procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la resolución del Gobierno Civil de La Coruña denegatoria de la concesión de visado, cuya resolución anulamos por su disconformidad a derecho, declarando en su lugar que procede reconocer el derecho del recurrente a la obtención de la exención de visado.

"La Sala de instancia denegó la pretensión anulatoria del acuerdo recurrido por entender que no cabía apreciar la inexistencia de motivación en la resolución impugnada toda vez que la escasa fundamentación de la misma no supone una merma del derecho de defensa del recurrente y que, por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 5 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, no concurrían los requisitos necesarios para exención de visado al no apreciarse las razones excepcionales que justifiquen tal dispensa. La sentencia no cuestiona la afirmación del recurrente de su condición de descendientes de españoles y que pretendía obtener la nacionalidad española al igual

que su esposa, hija de ciudadano español, así como en el hecho de haber recibido oferta de trabajo en La Coruña. La Sala afirma que aun admitiendo como probadas las circunstancias expuestas no resulta posible la estimación del recurso, pues ninguna de ellas, aislada o conjuntamente consideradas, merece la consideración del supuesto de excepción que contempla la Ley.

(...).

Consta en el expediente administrativo que la resolución denegatoria de la exención del visado se acordó teniendo en cuenta como circunstancia fundamental que a la esposa del recurrente, ciudadana cubana, que solicitó también la exención de visado, ésta le fue denegada el 23 de agosto de 1995; ha de hacerse constar que el recurrente acompañó al escrito interpositorio de esta casación copia de la sentencia relacionada con el recurso interpuesto contra la denegación de la exención de visado de su esposa, habiendo acordado la Sala la incorporación de testimonio de la misma en el que se expresa su firmeza.

De ello resulta que carece de toda justificación mantener la denegación de la exención del visado con respecto al recurrente cuando análoga pretensión ha sido estimada por la propia Sala sentenciadora para su esposa y, precisamente, la denegación misma para el actor se fundamentó esencialmente en haberse denegado por la autoridad gubernativa con respecto a su esposa. La lógica consecuencia de todo lo expuesto conduce a la procedencia de estimar que en el presente caso concurre el motivo casacional alegado en primer lugar por el recurrente y que efectivamente la Sala de instancia al apreciar la no concurrencia en las circunstancias excepcionales que justifican la exención de visado ha incurrido en infracción de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 5 del Reglamento de 26 de mayo de 1986 puesto que no cabe mantener la interpretación contraria dada por la Sala de instancia cuando precisamente la denegación de la exención de visado se concedió en congruencia con la denegación acordada respecto a la esposa del recurrente, que fue posteriormente amparada por la propia Sala de instancia que, en sentencia firme, reconoció el derecho de la misma a la concesión de exención de visado, solución que ha de arbitrarse también en beneficio del recurrente. Y ello no solamente por cuanto que con ese pronunciamiento jurisdiccional posterior para su cónyuge decae la motivación única que se contiene en la resolución gubernativa sino porque así lo imponen razones y exigencias de reagrupación familiar en interpretación acorde con los principios que sustentan la obligación de protección de la familia que establece el artículo 39 de la Constitución como en otro supuesto ya apreció esta Sala en Sentencia de 5 de junio de 2002 (recurso nº 531/98) aplicando el criterio a que se refiere la Sentencia de 14 de junio del mismo año (recurso nº 2.081/98) que entiende que la calificación de las razones excepcionales que justifican la dispensa del visado está reservada normalmente a situaciones de arraigo personal, familiar o económico, lo que conduce a entender procedente en el presente caso, al concurrir dichas circunstancias excepcionales, la concesión de exención de visado y por ello, la estimación del recurso de casación."

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
***Fecha:*** 28 de abril de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 87/2001.
***Ponente:*** D. Daniel Ruiz Ballesteros.
***Voz:*** Exención de visado y permiso de residencia. Silencio administrativo.
***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña F. contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución denegatoria de la exención de visado y permiso de residencia.

"En el expediente administrativo consta que la actora presentó solicitud de exención de visado y de

permiso de residencia inicial con fecha 30 de marzo de 2000, así lo reconoce la Resolución denegatoria de la Subdelegación del Gobierno en Badajoz, por ello, considera la demandante que transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud, la misma fue estimada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, reformada por Ley 4/1999, de 13 de enero, que establece el silencio positivo como regla general, salvo en los supuestos contemplados en el propio apartado o que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario disponga lo contrario. En este precepto se basa la recurrente para declarar que su solicitud fue estimada por silencio, no pudiendo la Administración dictar fuera de plazo una Resolución contraria a los efectos estimatorios que el silencio ya ha producido, (...), salvo que procediese a instar un procedimiento de revisión de oficio de actos nulos o anulables. La tesis de la demandante no puede prosperar, puesto que si bien es cierto que cuando presenta la solicitud ha entrado en vigor la reforma de la Ley 30/1992, efectuada por Ley 4/1999, esta última establecía en su disposición transitoria primera que hasta tanto no se llevasen a efecto las previsiones de adecuación de los procedimientos administrativos a las nuevas previsiones legales, continuarían en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes; específicamente señalaba que el Gobierno disponía del plazo de dos años para adaptar las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la Ley 4/1999, y hasta que se lleve a efecto esta adaptación, conservará validez el sentido del silencio administrativo establecido en las citadas normas reglamentarias (...). Y cuando la norma se refiere al sentido del silencio ello versa sobre su carácter estimatorio o desestimatorio de la solicitud del interesado, por ello, en este caso, continuaba siendo aplicable lo dispuesto en las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que establecían el plazo de tres meses para resolver y los efectos desestimatorios de las solicitudes, norma reglamentaria que era aplicable en lo que no se opusiera a los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Es más, como acertadamente pone de manifiesto la Resolución impugnada, la Ley solo ha contemplado el silencio positivo para los casos de prórroga del permiso de residencia y renovación del permiso de trabajo, lo que permite interpretar que en el resto de procedimientos los efectos del silencio son negativos, en coincidencia con lo dispuesto en el Real Decreto 155/1996 y la posterior reforma de la Ley Orgánica 4/2000, efectuada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre."

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

***Fecha:*** 30 de abril de 2003.

***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 405/2002.

***Ponente:*** D. Agustín Hernández Hernández.

***Voz:*** Exención de visado y permiso de residencia inicial. Nacional marroquí.

***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la representación de don F. frente a las resoluciones de la subdelegación del gobierno en Vizcaya desestimatorias de las solicitudes de exención de visado para permiso de residencia inicial y del permiso de residencia inicial.

"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 (...), 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».

(...).

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos procede la íntegra desestimación del recurso jurisdiccional interpuesto por cuanto el actor no sólo no acredita las concurrencia de las circunstancias excepcionales para la exención de visado que invoca sino que ni tan siquiera invoca 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 este último hallarse en posesión del pertinente visado por mor de lo dispuesto en el artículo 56.2.b) del RD 155/1996, de 2 de febrero, vigente al dictado de la resolución recurrida."

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
***Fecha:*** 30 de abril de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 2259/2001.
***Ponente:*** Dña. Margarita Díaz Pérez.

***Voz:*** Exención de visado para permiso de residencia inicial. Enfermedad grave. Nacional checo.
***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.M.ª contra resolución por la que se acuerda denegar la exención de visado para permiso de residencia inicial.

"Don L.M., sufre una enfermedad extremadamente grave que requiere una vigilancia sanitaria constante y adecuada, (...):

El hecho de salir de nuestro país supondría para él un perjuicio irreparable para su salud y quizás desafortunadamente para su vida, el VIH es una enfermedad que requiere un alto coste farmacéutico que en nuestro país está cubierto socialmente, pero que no tiene igual cobertura en países como Chequia. Además sufre depresiones y está sometido a tratamiento (...) al haber cometido un intento de suicidio por sobredosis. Está llevando a cabo un programa educativo terapéutico en Proyecto Hombre desde el día 20 de noviembre de 2000 (...), en la actualidad se halla en la primera fase del tratamiento, con resultados más que satisfactorios. A todo ello se añade el hecho de que su condición de transexual le hace ser rechazado por la sociedad y la familia, ya que pertenece a la etnia gitana que no admite la transexualidad.

Asimismo el artículo 49 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en su apartado primero, permite solicitar la exención de visado, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.7 de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000: en la persona del Sr. L.M. concurren las circunstancias excepcionales que obligan a eximir del visado como son padecer una enfermedad grave que requiere asistencia sanitaria, su arraigo continuado en Bilbao, la asistencia social reconocida de los Servicios Sociales y encontrarse sin familia, ni hogar en Chequia, al haber salido muy joven de allí.

Su situación debe considerarse excepcional además por las siguientes circunstancias: se trata de una persona de acreditada formación cultural, habla varios idiomas, ha estudiado en academia de hoste-

lería y ha realizado cursos de recepcionista, guía turístico, monitor de aerobic y gimnasia deportiva e informática, algunos de estos cursos los ha seguido en España (...). Carece de antecedentes penales y está acreditada su subsistencia económica ya que está instalado en un piso de acogida, a todo ello se añade el hecho de residir habitualmente en España desde hace años y su adaptación a la vida española.

(...).

En el caso presente, no discutiéndose la enfermedad del actor, no ha pedido la concesión del permiso de residencia, muy al contrario, se ha acordado su expulsión del territorio nacional; difícilmente puede la Administración eximir de obtener un visado necesario para el permiso de residencia a persona respecto de la cual esa misma Administración ha acordado la expulsión del territorio nacional.

La resolución recurrida deniega la exención de visado para permiso de residencia inicial, al constar una orden de expulsión decretada el 10 de octubre de 1998 por la Subdelegación del Gobierno en Orense, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 98.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que, salvo que hubiese sido revocada y de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto.3 de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, constituye causa de denegación de la exención de visado.

La defensa de la parte actora combate dicha decisión administrativa, razonando que, según dispone el Apartado Segundo.2 letra l) de la Orden a que se ha hecho mención, podrá concederse excepcionalmente la exención denegada a quien, como el Sr. L.M., acredite sufrir una enfermedad que requiera asistencia sanitaria y le imposibilite el retorno a su país para obtener el visado, precepto de contenido idéntico al artículo 49.2.h) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. Entiende de aplicación ese mismo artículo 49 en su número 1, que prevé que «excepcionalmente, cuando el extranjero que pretenda solicitar la concesión inicial de un permiso de residencia, carezca del preceptivo visado, podrá solicitar conjuntamente que se le exima del mismo, conforme a lo establecido en el artículo 31.7 de la LO 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000», arguyendo que concurren en él las circunstancias excepcionales que le hacen merecedor de la exención.

Planteado así el debate, es preciso, en primer lugar, determinar la norma aplicable, a tal efecto hemos de tomar en consideración la fecha de la solicitud cursada por el extranjero recurrente en petición de exención de visado para permiso de residencia inicial, que tuvo entrada en la Jefatura Superior de Policía del País Vasco el 31 de enero de 2001.

(...).

En consecuencia, de la conjunción de los dos preceptos mencionados resulta ajustada a derecho la denegación de la exención de visado a don L.M., toda vez que, al existir orden de expulsión, de cuya revocación no hay constancia, no cumple los requisitos para obtener el permiso de residencia inicial, peticionado en su solicitud; la existencia de una orden de expulsión previa obstativa de la concesión del permiso de residencia determina la imposibilidad de acceder a la pretensión actora, sin necesidad de entrar a examinar si concurren los motivos humanitarios a los que alude el artículo 31.7 de la Ley 8/2000.

Repárese en que la recurrente, pese a la referencia expresa en el acto impugnado de la expulsión acordada por la Subdelegación del Gobierno en Orense como causa de denegación de la exención, dedica todo su esfuerzo argumental y probatorio a mostrar a la Sala que se dan en el caso analizado las circunstancias excepcionales que obligan a la exención, mediante la alegación de las enfermedades padecidas por don L.M. y su acreditación a través de diversos informes médicos, sin introducir un solo argumento dirigido a combatir el motivo de denegación.

Para dar íntegra respuesta a los alegatos de la demanda, hemos de añadir que la cita del artículo 14 de la Constitución deviene baladí en la medida en que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, es constitucionalmente lícito que las Leyes y los Tratados modulen el ejercicio de los derechos fundamentales —entre ellos el de residencia, único controvertido en este pleito— en función de la nacionalidad de las personas, lo que permite en términos de licitud constitucional, que los españoles y los extranjeros se vean sujetos a tratamiento desigual en cuanto al régimen de entrada y salida y, consecuentemente, de residencia en España. Toda vez que el recurrente, conforme la normativa de extranjería analizada, no es acreedor del permiso de residencia solicitado, y por ende, de la exención de visado, la invocación del precepto constitucional no ha de comportar pronunciamiento diverso al expuesto.

Por lo razonado, procede la desestimación del presente recurso."

# EXPULSIÓN

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

***Fecha:*** 10 de enero de 2003.

***Recurso de Apelación:*** 187/2002.

***Ponente:*** D. Ezequías Rivera Temprano.

***Voz:*** Expulsión. Suspensión de la ejecución. Arraigo familiar.

***Resumen:*** El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña T. y declara la suspensión de la ejecución de la resolución de la Delegación del Gobierno en Castilla y León en el particular relativo a la obligación de abandonar el territorio español en el plazo de quince días, durante la sustanciación del proceso que dio origen a este incidente.

"Como dice expresamente el auto recurrido en su único razonamiento jurídico, las medidas cautelares que aseguran la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse, únicamente podrán acordarse —a tenor del artículo 130 de la Ley 29/1998, reguladora de esta Jurisdicción— cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder en finalidad legítima al recurso; y, aun en esos casos, cabe denegarles cuando de su adopción pudiera derivarse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Se hace eco, también, la Juez *a quo* de la doctrina jurisprudencial que declara que se perderá la finalidad legítima del recurso si no se suspenden los actos administrativos de expulsión del territorio nacional de extranjeros con arraigo en España, arraigo que se reconoce cuando son titulares de intereses familiares, sociales o económicos dignos de protección; pese a ello, ya que la petición de la medida tenía por fundamento ser expresa de un ciudadano extranjero con permiso de residencia y madre de un niño nacido en España, la Juez de instancia denegó la medida porque esos datos acreditativos de su arraigo no fueron probados, ni indiciariamente, en el incidente tramitado al efecto.

Esa falta de prueba se ha subsanado en esta segunda instancia en la que aparece aportada una fotocopia del Libro de Familia que acredita, al menos, su maternidad de ese niño nacido en España y si bien es cierto que el recurso de apelación no es la vía procesalmente idónea para subsanar un defecto de prueba debe tenerse en cuenta: a) que las medidas cautelares puedan pedirse en cualquier estado del proceso, b) no existe una fase probatoria en esta clase de incidentes; y c) no se pueden soslayar las circunstancias singulares que concurren en este caso y que se reflejan en el escrito de recurso —designación de oficio de su Abogada, dificultad de comunicaciones, penuria económica de la solicitante—. Por todo ello estimamos el presente recurso."

## Expulsión

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.
*Fecha:* 28 de enero de 2003.
*Recurso de Apelación:* 387/2002.
*Ponente:* Dña. Ana Martínez Olalla.
*Voz:* Suspensión del acuerdo de expulsión. Arraigo familiar o económico.
*Resumen:* El Tribunal estima el presente recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid nº 2 de 25 de octubre de 2002, declarando que no procede acceder a la suspensión de la resolución del Subdelegado de Gobierno de Valladolid por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional.

"(...) es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en materia de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que determinen la salida obligatoria de ciudadanos extranjeros del territorio nacional, la de que queda condicionada la suspensión a la acreditación de la existencia de arraigo previo del ciudadano extranjero en el territorio español, por lo que, al no haber apreciado arraigo, el Juzgador *a quo* debió denegar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, en lugar de acordar la suspensión cautelar por la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte demandante en el recurso contencioso-administrativo fundada en que el acto impugnado no motiva la razón de acordar la expulsión, frente a la posibilidad de imponer sanción pecuniaria —motivo que sirvió para estimar el recurso contencioso-administrativo seguido en ese mismo Juzgado (...) sustituyéndose en la sentencia la sanción de expulsión por la multa—, habiendo, a su juicio, incurrido en vulneración legal porque se estaría exigiendo una motivación excesiva cuando el legislador en el artículo 57 de la LO 4/2000 establece una alternativa en pie de igualdad entre la sanción de expulsión y la sanción pecuniaria, constituyendo la elección entre una u otra alternativa una potestad discrecional que el referido precepto legal confiere a la Administración, (...) apreciando cuál es el interés público en el caso concreto, optando por una solución distinta de la decidida por la Administración, lo que implicaría sustituir la discrecionalidad administrativa por la judicial.

(...).

Por tanto, no habiendo apreciado el Juzgador de instancia el arraigo por razones familiares o económicas en la recurrente —conclusión a la que también ha llegado esta Sala— debió denegar la medida cautelar solicitada, pues no se comparte –lo que se dice a efectos de resolver este recurso de apelación dentro de la pieza separada de medidas cautelares— el criterio que para apreciar —en este momento— la apariencia de buen derecho de la pretensión de la recurrente utiliza el Juzgador de instancia, teniendo en cuenta que el Legislador, en el artículo 57.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no establece circunstancia alguna que condicione la elección entre la sanción de multa y la expulsión cuando los infractores sean extranjeros y realicen alguna de las conductas que en dicho precepto especifica, constituyendo cuestión de fondo el resolver si, en el caso concreto de que se trata, la opción de expulsión se adopta con desviación de poder, lo que debe acreditar, quien lo alegue, pues, en caso contrario, la elección de la opción que satisface en cada caso el interés público corresponde a la Administración."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 1 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 921/2002.
*Ponente:* Dña. Margarita Díaz Pérez.
*Voz:* Expulsión. Estancia irregular. Principio de proporcionalidad.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.F. contra resolución por la que se acuerda la expulsión del

recurrente del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo durante un período de tres años declarándola conforme a derecho.

"La resolución recurrida es conforme a derecho ya que, como ha sido probado y no negado de contrario, la Policía francesa controló de entrada al ciudadano extranjero impidiéndole la entrada en territorio francés por carecer de visado, por lo que fue devuelto a España en virtud del Acuerdo de Readmisión Franco-Español, es decir, habían transcurrido más de tres meses desde que entró en España y carecía de cualquier tipo de autorización o documento que le habilitara para permanecer en territorio español, conducta que se encuentra subsumida en el tipo legal previsto en el artículo 53.a) de la LO 8/2000 y que es sancionable, según dispone el artículo 57.1 del mismo texto legal, con la expulsión.

(...).

Los hechos que la Administración actuante imputa a don L.F., conforme se recogen en el acto impugnado, son los siguientes: «don L.F. fue controlado poseyendo un pasaporte sin visado, habiendo transcurrido más de tres meses desde que entró en España, careciendo de cualquier tipo de autorización o permiso que le habilite para permanecer legalmente en España», obrando en el expediente administrativo informe del Sr. Inspector Jefe Accidental de la Comisaría de Irún que pone en conocimiento que «la Policía francesa (P.A.F.) ha controlado de entrada en Francia, a un ciudadano de Rumania, el cual viajaba en bus de la empresa Internorte, procedente de Lisboa (Portugal) y con destino a Bruselas, impidiéndole su entrada en territorio francés, por carecer de visado, siendo devuelto a España en virtud del Acuerdo de Readmisión Franco-Español (..) al serle requerida la documentación que acreditase tanto su identidad como el hecho de hallarse regularmente en España, sí presentó su pasaporte en vigor, sin visado, motivo por el cual se procedió a su detención...».

Los hechos relatados se estiman constitutivos de la infracción prevista en el apartado a) del artículo 53 de la LO 8/2000, (...).

Como quiera que el supuesto sancionable previsto en dicho apartado, consiste en «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente», resulta incuestionable la comisión por don L.F. de dicha infracción, que no niega esos hechos en la demanda, limitándose a invocar el principio de proporcionalidad, que dice vulnerado, al entender improcedente la sanción de expulsión y adecuada la de multa, alegato que efectúa sin invocación de precepto alguno que ampare su pretensión.

(...).

En el supuesto presente, el extranjero efectuó su entrada en el Espacio Schengen presentando un pasaporte que carecía de visado; consistiendo las obligaciones legales en materia de extranjería: 1.º) conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España (artículo 4.1 LO 4/2000), 2.º) realizar su entrada en territorio español por los puestos habilitados al efecto, 3.º) acreditar documentalmente el objeto y condiciones de estancia y 4.º) poseer el oportuno visado (salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España), es obligado concluir que desde el análisis de la culpabilidad, no cabe sino calificar la actuación del recurrente como de intencionada visto el incumplimiento en que ha incurrido. 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 proporcio-

nada y conforme a derecho, sin que la consideración de los demás criterios de proporcionalidad permitan conclusión distinta.

Por todo lo expuesto el presente recurso debe ser desestimado."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 7 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 2150/2001.
*Ponente:* Dña. María Abelleira Rodríguez.
*Voz:* Expulsión. Estancia irregular. Libre circulación y residencia. Principio de proporcionalidad.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don I., en relación con la Resolución que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español así como la adicional de prohibición de entrada en el territorio del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen por tres años.

"La resolución recurrida aprecia la comisión por el recurrente de la infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Organica 8/2000, de 22 de diciembre: (...).

La defensa de la parte actora solicita la nulidad de la Resolución sancionadora en base a dos presuntos defectos:

1—No aportación al expediente del acuse de recibo de la información del hecho de su detención al Consulado o Embajada del País de Origen. Del examen del expediente administrativo se deduce que no ocurre tal situación pues en la Diligencia de información de derechos al detenido se observa la diligencia por la cual se informa a la Embajada del País de Origen vía telefónica, (...),aparte del hecho de que posteriormente se comunica mediante Oficio (...) que se ha detenido y puesto en libertad al recurrente al Consulado de Argelia. Por tanto, ningún defecto podemos apreciar aquí.

2—No aparece en el expediente la Decisión o Resolución de la Gendarmería Francesa por la cual no se admite al recurrente en territorio francés. Si bien es cierto que no consta en el expediente administrativo tal Resolución, ello no obsta a la acreditación y realidad del hecho cierto de la estancia ilegal del recurrente en territorio español sin título habilitante ni tampoco desvirtúa o enerva el hecho en sí. Máxime todo lo anterior, debemos tener en cuenta que tal defecto no lo denunció anteriormente el recurrente durante la tramitación del procedimiento administrativo ni solicitó prueba sobre ese hecho, sino más bien todo lo contrario, aceptando la inadmisión de las autoridades francesas a entrar en su territorio y centrando su oposición en la carencia de prueba de cargo para sancionar su conducta. Por todo ello, tal defecto formal no puede implicar la nulidad de la Resolución española, atendiendo a que en su caso, pudiera motivar un recurso por actuaciones administrativas francesas pero en ningun caso por el hecho constatado en territorio español de carencia de visado o permiso de residencia.

(...).

La afirmación actora de que la medida sancionadora de expulsión aplicada al recurrente vulnera el derecho a la libre circulación y residencia reconocido por el artículo 19 de la Constitución, no puede compartirse, a la luz de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 94/1993, de 22 de marzo.

(...) la parte recurrente no puede obtener la tutela del derecho a la residencia y a la libre circulación en España en una situación en la que no dispone de autorización administrativa de estancia ni de permiso de residencia que habilite su permanencia en territorio español. Sólo se predica el derecho respecto de los que se encuentran legalmente en España, que no es el caso.

(...).

Frente a lo sostenido en el escrito de demanda, la sanción de expulsión del territorio español no implica privación de libertad. Dicha sanción, (...) es respetuosa con el contenido del derecho a la libre circulación de las personas garantizado por el artículo 19 de la Constitución siempre que la medida de expulsión se funde en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería u otro texto legal de igual valor y queden acreditados en el procedimiento administrativo o en el proceso jurisdiccional los hechos determinantes de la misma, así como la concurrencia de las razones que justifiquen que deba imponerse dicha sanción y no la sanción de multa. Ambos requisitos se cumplen en el presente caso, ya que, por una parte el artículo 57.1, en relación con el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, prevé la sanción de expulsión del territorio español para los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español, entre otros supuestos, 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.

(...).

La aplicación de los anteriores 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 extranjero recurrente, el hecho constitutivo de la infracción grave (estancia irregular en España sin contar con autorización administrativa de tránsito, estancia o residencia en España) denota una actuación, al menos imprudente, con un grado de antijuridicidad en la acción superior a la mera inobservancia de los deberes administrativos impuestos a los extranjeros en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000.

b) Atendiendo a la perspectiva de la finalidad perseguida por la regulación de la entrada, tránsito y estancia y en el territorio español de las personas extranjeras, la acción cometida por la recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que, en el caso de autos, impide hacer efectiva la exigencia legal de que el extranjero que pretenda residir y trabajar en España deberá entrar en el territorio nacional por los puestos habilitados al efecto y obtener previamente el permiso de trabajo y residencia. En el presente caso, no ocurrió así sino que ni tan siquiera portaba documentación alguna relativa a su identidad."

***(Véase en este sentido la Sentencia del TSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2003; Rec. Contencioso-Administrativo 2272/2001.)***

---

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
***Fecha:*** 7 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 1014/2001.
***Ponente:*** Dña. Begoña Orue Bascones.
***Voz:*** Expulsión. Estancia irregular. Principio de igualdad. Principio de proporcionalidad.
***Resumen:*** Se estima parcialmente el recurso interpuesto por doña M.ª T. contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia que acuerda la expulsión de la recurrente del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de cinco años.

"El primer motivo de impugnación sostiene la nulidad de la resolución impugnada al haber sido dictada con vulneración del principio de igualdad a que se refiere el artículo 14 de la Constitución, infracción que se hace derivar del trato desigual que se le ha procurado a la actora en relación con otros extranjeros toda vez que, según esgrime, la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia está regularizando desde el mes de abril de 2001 a todos aquellos extranjeros que acrediten la estancia continuada en Bizkaia antes del 23 de enero de 2001 y hayan solicitado o soliciten, antes de la entrada en vigor del Reglamen-

to de Extranjería permiso de trabajo y residencia o un permiso de residencia temporal, en aplicación del artículo 31.4 de la Orgánica 4/2000 e interpretando la acreditación de arraigo con arreglo a las dos condiciones anteriormente mencionadas, siendo así que la recurrente tiene un contrato de arrendamiento firmado en Barakaldo el 15 de enero de 2001, disponiendo asimismo de una oferta de trabajo con lo que se la debería haber documentado. Motivo éste que no puede prosperar habida consideración que, como es sabido, el principio de igualdad requiere, no sólo una identidad absoluta de presupuestos fácticos sino, principalmente, que el derecho que se invoque resulte amparado por la legalidad y no que venga a infringirla, siendo el caso que la actora se limita a hacer una alegación genérica, pero sin aportar dato alguno que acredite la identidad de situaciones en orden a que, pudiera apreciarse si, efectivamente, se dio o no una vulneración del principio de igualdad.

Por otro lado, se ha de tener presente que el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, establece los requisitos para la regularización (...) como resulta de la documentación del expediente y de la propia demanda de la recurrente, ésta no ha realizado trámite alguno que permita regularizar su situación no pudiendo, en consecuencia, acogerse a lo establecido en el Real Decreto 142/2001, de ahí que no le sea dable a la actora argüir la infracción del principio de igualdad respecto de aquellos extranjeros que, a diferencia de la recurrente, reunían los requisitos y solicitaron su regularización, extremo este último que, siendo fundamental, no se acredita haya realizado la actora pues no puede servir a tal fin la solicitud de permiso de trabajo y residencia de fecha 26 de marzo de 2001 que aporta la recurrente junto con el escrito de demanda (...) al no aparecer en la misma sello alguno que justifique su presentación; por otra parte, la recurrente en las alegaciones efectuadas en vía administrativa el día 8 de marzo de 2001 únicamente refiere que iba a solicitar un permiso de trabajo y residencia porque tenía una oferta de trabajo con el empresario don P.M., pero sin que conste que tal solicitud llegara a materializarse. Todo ello obliga a desestimar este motivo de impugnación.

Por lo demás, consta en las actuaciones documentadas en el expediente que la actora entró en territorio Schengen por el puesto fronterizo de Forts de Alemania, en fecha 22 de diciembre de 2000, contando para ello con un visado para los Estados Schengen expedido en Kiev para ser utilizado desde el 21 de diciembre de 2001 hasta el 30 del mismo mes y año, sin que desde entonces conste que haya realizado declaración de entrada en España, ni que haya solicitado la regularización, habiendo superado ampliamente el período de estancia que le habilitaba el visado que figuraba en su pasaporte tratándose, en consecuencia, de una conducta plenamente subsumible en el supuesto infractor del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 8/2000.

(...).

La aplicación de los anteriores factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada en cuanto acuerda la expulsión de la actora no infringe el principio de proporcionalidad, toda vez que: a) el hecho constitutivo de la infracción grave (estancia irregular en España) denota una actuación cuando menos imprudente, con un grado de antijuricidad en la acción superior a la mera inobservancia de los deberes impuestos a los extranjeros en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 y 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 actora tiene una notable trascendencia en la medida en la que frustra o, en el caso de autos, pone en riesgos la finalidad de la exigencia legal de que el extranjero que pretenda la estancia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días; o, en su caso, que pretenda residir en territorio español debe estar provisto de la pertinente autorización.

Ahora bien, entiende este Tribunal que la resolución sancionadora impugnada infringe el principio de proporcionalidad en el concreto extremo por el que se impone a la recurrente la prohibición de entrada por un período de cinco años de manera inmotivada y sin justificar el por qué de dicho período, entendiendo más ajustado, atendidas las circunstancias concurrentes, imponer dicha prohibición de entrada por un período de tres años, acogiendo así la última de las pretensiones ejercitadas en el escrito de demanda."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

*Fecha:* 7 de febrero de 2003.

*Recurso Contencioso-Administrativo:* 752/2001.

*Ponente:* Dña. María Abelleira Rodríguez.

*Voz:* Expulsión. Participación en actividades ilegales. Principio de presunción de inocencia.

*Resumen:* Se estima el recurso interpuesto por don C.D. contra la resolución por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución por la que se acuerda su expulsión del territorio nacional.

"Que con fecha de 30 de octubre de 2000 fue detenido don C.D. por funcionarios del Grupo de Fronteras marítimas adscritos a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Bilbao, cuando realizaban el control de documentación en el embarque del Ferry que une las localidades de Santurce (Vizcaya) y Portsmouth (Inglaterra), al presentar el interesado para su identificación un pasaporte francés con evidentes signos de haber sido manipulado, lo que fue confirmado por las autoridades francesas comprobándose que dicho pasaporte estaba falsificado y había sido sustraído a su legítimo propietario don C.D. fue puesto a disposición del Juzgado nº 3 de los de Baracaldo a raíz de la solicitud de internamiento efectuado por los funcionarios policiales y, verificada la comparecencia correspondiente , se acordó por el citado Juzgado no acceder a la pretensión de internamiento, dejándose sin efecto la detención y acordándose la inmediata libertad. En fecha de 31 de octubre de 2000, las Diligencias Previas (...) fueron sobreseídas provisionalmente al no quedar acreditada la perpretación del delito de falsificación de pasaporte. Por consecuencia de esos hechos, la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa acordó su expulsión del territorio nacional en resolución de 12 de febrero de 2001, invocando el artículo 49.g) de la LO 4/2000, de 22 de enero, con prohibición de entrada en nuestro territorio durante un período de 3 años, extensible a los territorios de Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Italia, Grecia y Austria en cumplimiento del artículo 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Tal resolución fue recurrida en reposición por el hoy recurrente alegando que las Diligencias abiertas por falsificación de pasaporte habían sido archivadas y por ello procedía el archivo del expediente sancionador. Por Resolución de 20 de marzo de 2001 se desestima el recurso de reposición y se confirma la Resolución de 12 de febrero de 2001.

(...).

Pues bien, tras la Ley Orgánica 4/2000, (...) se erige en causa de expulsión del territorio nacional «La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales», concepto este, el de «actividades ilegales», si bien es más amplio que el anteriormente previsto por la LO 7/1985 de «actividades contrarias al orden público», no implica que esta Sala haya de variar su criterio en tanto que el marco constitucional no ha variado, exigiendo necesariamente la existencia de una resolución judicial o administrativa firme para salvaguardar el respeto del Principio de Presunción de Inocencia y poderse acordar la expulsión del ciudadano extranjero en virtud de su participación en «actividades ilegales», pues sin aquella resolución no puede entenderse que han sido válidamente determinados los hechos en virtud de los cuales se aplica la sanción prevista por el elemento jurídico.

Aplicando lo más arriba indicado al caso que nos ocupa, se aprecia que la administración demandada incoó el procedimiento sancionador de expulsión con base únicamente en el hecho de hallarse el recurrente implicado en un delito de falsificación y en el hecho de que había sido anteriormente detenido en Calvia (Baleares) el 13 de septiembre de 2000. Pues bien; este dato, obviamente no desvirtúa el principio de presunción de inocencia (...).

La administración demandada no ha aportado ninguna resolución judicial al procedimiento que acredita una mayor implicación o prueba de lo reprochado al recurrente, como tampoco ha practicado prueba en este recurso contencioso dirigida a aclarar la situación procesal de aquellas diligencias previas abiertas en Baleares, ya que las abiertas en Baracaldo constan archivadas por sobreseimiento provisional."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

*Fecha:* 14 de febrero de 2003.

*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1699/2001.

*Ponente:* Dña. Margarita Díaz Pérez.

*Voz:* Expulsión. Estancia irregular. Arraigo. Falta de motivación. Principio de proporcionalidad.

*Resumen:* Se desestima el recurso interpuesto por doña C., contra la resolución por la que se acuerda la expulsión de la recurrente del territorio nacional con prohibición de entrar nuevamente en el mismo durante un período de cinco años.

"Efectivamente doña C. se encontraba irregularmente en España al no haber obtenido la autorización de residencia; no obstante, con fecha 4 de julio de 2001, esto es, 2 días antes del dictado de la resolución por la que se decreta la expulsión, inició ante la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa los trámites necesarios para la concesión del permiso de trabajo y residencia en nuestro país (se acompaña oferta de trabajo para trabajadores extranjeros presentada y sellada por la Subdelegación con fecha 4 de julio de 2001). Asimismo con fecha 1 de agosto de 2001, al amparo de la LO 8/2000, solicitó su regularización en nuestro territorio (...). A mayor abundamiento, posee arraigo en España, tal y como queda probado con los contratos de arrendamiento de vivienda y certificación acreditativa de poseer cuenta bancaria.

La expulsión combatida fue acordada por la Administración en base a (...) que la extranjera recurrente carece de cualquier tipo de autorización o permiso que la habilite para permanecer legalmente en España,(...).

Reconoce la actora esa imputación, manifestando que efectivamente se encontraba irregularmente en España pues no había obtenido la autorización de residencia, mas traslada que con anterioridad al dictado de la orden de expulsión, el 4 de julio de 2001, inició los trámites necesarios para la concesión del permiso de trabajo y residencia y que asimismo el 1 de agosto de 2001 cursó solicitud de regularización, añade que posee arraigo en nuestro país.

El último de los alegatos deviene manifiestamente improcedente, invoca la actora un arraigo que deriva precisamente de la estancia ilegal determinante de la expulsión. Merece mayor consideración, por el contrario, la primera de las afirmaciones debidamente sustentada en la documentación que acompaña a la demanda. Ciertamente según doctrina sentada por el Tribunal Supremo «estando pendiente una solicitud de tales permisos —trabajo y residencia—, lo primero que tiene que hacer la Administración es resolver la solicitud, para después (cuando se sepa si la estancia es o no legal, según se hayan concedido o no tales permisos) decidir en consecuencia sobre la expulsión o no expulsión, pero no tramitar un expediente de expulsión con olvido de las peticiones pendientes (STS 17 de diciembre de 1987)».

(...) En primer lugar debe significarse que en el procedimiento sancionador se motivó la elección de la

sanción de expulsión: en la propuesta de resolución, y dando respuesta a las alegaciones de la actora formuladas al acuerdo de iniciación de fecha 2 de junio de 2001, con cita del artículo 57.1 de la LO 8/2000, se hacen constar las circunstancias concurrentes en doña C. que, a juicio de la Administración, no permiten calificar como desproporcionada esa sanción, a saber, «desde la fecha de llegada de la interesada a territorio español, 23 de julio de 1998, han transcurrido prácticamente tres años sin que haya siquiera intentado regularizar su situación como ella misma reconoce en su alegación primera y como se recoge estudiando los archivos de la D.G.P., manteniendo continuamente una situación de estancia ilegal según la legislación en materia de extranjería».

(...) en el caso que nos ocupa, la supuesta falta de motivación no ha impedido a la recurrente el ejercicio del derecho a la defensa en el procedimiento administrativo, en el que efectuó alegaciones, ni en este proceso jurisdiccional, por tanto, no concurriendo indefensión, la irregularidad formal denunciada, de existir, habría de calificarse como no invalidante.

Tampoco pueden admitirse las argumentaciones de la recurrente dirigidas a entender vulnerado el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas."

***(Véanse en este sentido las Sentencias del TSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2003; Rec. Contencioso-Administrativo 530/2002 y 1588/2001.)***

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 21 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 908/2002.
*Ponente:* D. Juan Luis Ibarra Robles.
*Voz:* Expulsión. Estancia irregular. Sanción arbitraria. Arraigo social y laboral. Solicitud de permiso de trabajo y residencia previa al expediente de expulsión. Principio de proporcionalidad.

*Resumen:* Se estima parcialmente el recurso interpuesto por don P., en relación con la resolución de la delegación del gobierno en Castilla y León que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español así como la adicional de prohibición de entrada por diez años en el territorio del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

"La resolución recurrida impone la sanción de expulsión y la medida accesoria de prohibición de entrada en el territorio español por el tiempo máximo de diez años. Y adopta ambas decisiones sin consignar en sus fundamentos ningún elemento de juicio que explique, en términos de razonabilidad, la relación entre la gravedad de la infracción administrativa y la extensión en el grado máximo de la sanción impuesta.

La determinación de la sanción que se impone al recurrente ha de calificarse, por ello, de netamente arbitraria (artículo 9.3 de la CE).

En efecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 51.3 de la Ley Orgánica 4/2000, antes de su reforma, no contenía normas específicas para la determinación, en estos casos, de la sanción aplicable distintas del criterio establecido en su apartado 3 para la determinación de la cuantía de la sanción de multa. Razón por la cual la autoridad gubernativa en la imposición de la sanción estaba obligada a garantizar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, siguiendo los criterios de graduación establecidos supletoriamente en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al que le remitía el artículo 46 de la Ley Orgánica 4/2000.

(...).

Este margen de afección antijurídica se encuentra, aún, achicado en el caso del recurrente al haberse apreciado por este Tribunal, como fundamento para la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la sanción que el recurrente cuenta con un serio proyecto inmigratorio

que le ha llevado a consolidar una situación de arraigo social y de inserción laboral en Bilbao, donde se encuentra empadronado desde el mes de abril de 2001. Y, por otra parte, la Administración Foral y el Ayuntamiento de Bilbao han otorgado al recurrente prestaciones públicas de carácter económico de apoyo a su proyecto inmigratorio para el período comprendido entre los años 2001 y 2005.

Finalmente, no puede dejar de hacerse constar la circunstancia de que el recurrente solicita permiso de trabajo y autorización de residencia con fundamento en oferta nominativa formulada por la asociación Zubietxe el 4 de octubre de 2001, cuando aún no era ejecutoria la sanción de expulsión impuesta que alcanza estado en la vía administrativa mediante la notificación de la resolución de 8 de mayo de 2002. Siendo así que el procedimiento administrativo sancionador se incoa el 31 de octubre de 2000, en un tiempo en que el recurrente se encontraba regularmente en territorio español ingresado en el Centro Penitenciario La Moraleja de Dueñas, Palencia, del que salió al ser puesto en libertad definitiva el 11 de diciembre de 2000.

La aplicación de los anteriores factores al supuesto de autos, lleva a este Tribunal a apreciar que la resolución sancionadora impugnada, al imponer la sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada por el tiempo máximo de diez años infringió el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción de expulsión, con el resultado de la anulabilidad de la resolución recurrida (artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, (...), en relación con el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)."

---

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

***Fecha:*** 21 de febrero de 2003.

***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 495/2001.

***Ponente:*** D. Agustín Hernández Hernández.

***Voz:*** Tarjeta familiar de residente comunitario. Existencia de orden de expulsión. Revocación. Cónyuge de español.

***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña Mª R. contra la Resolución denegatoria de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

"Invoca la recurrente que cumple los requisitos para ser regularizada conforme previene el artículo 1.4 del RD 239/2000, de 18 de febrero, al ser cónyuge no separada de derecho de ciudadano español, en relación con el artículo 15 del RD 766/1992. Reconoce que pesa sobre la misma una orden de expulsión pero considera que de las diligencias penales incoadas, cuyo número la resolución recurrida no cita, no se desprende la existencia de responsabilidad criminal.

(...).

Resulta un dato incontrovertido en las presentes actuaciones jurisdiccionales que sobre la actora pesa una orden de expulsión del territorio español y prohibición de entrada en el espacio Schengen, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Vizcaya, con fecha 4 de marzo de 1999, que es firme y consentida al no haber sido recurrida en tiempo y forma, por encontrarse incursa la actora en las causas a) y c) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Ahora bien, como la actora es familiar, cónyuge de español, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas cuyo artículo 2 dispone que el presente Real Decreto se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que a continuación se relacionan: A su cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho es de aplicación, como bien señala la actora, el artículo 15.2.b) del RD 766/1992

citado, en relación con el artículo 105 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común, que permite instar la revocación de la orden de expulsión al haber desaparecido o cambiado las circunstancias que determinaron la adopción de la medida de expulsión.

Ahora bien, resulta que la actora lo que no ha solicitado en vía administrativa es, precisamente, la revocación de la indicada Orden de 4 de marzo de 1999, razón por la cual podrá instar, en cualquier momento, su revocación y posterior concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario, tal como establecen los preceptos legales invocados y tiene declarado este Tribunal (...), en supuesto similar."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 21 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 601/2002.
*Ponente:* Dña. Margarita Díaz Pérez.
*Voz:* Expulsión. Estancia irregular. Situación de arraigo.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña C. contra la resolución de 20 de febrero de 2002 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, por la que se acuerda la expulsión del territorio español de la recurrente.

"Aduce en apoyo de su pretensión que la resolución de expulsión se ha dictado por considerar la conducta de doña C. constitutiva de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la LO 8/2000, (...). No obstante, y dada la especial situación de la extranjera y la situación de arraigo tanto a nivel afectivo como económico y social, se invoca el artículo 18.1 de la Constitución que garantiza el derecho a la protección de la vida familiar.

El arraigo referido deriva del hecho de que doña C. entró en territorio español el 28 de febrero de 2000 e inició desde el comienzo de su estancia en España una relación sentimental con don E., con quien lleva más de dos años de convivencia, adjuntándose los siguientes documentos en prueba de lo alegado: volantes de empadronamiento y certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento de Avilés. Asimismo se hace constar que la persona con la que convive tiene medios económicos suficientes para la subsistencia de ambos, aportándose documentos acreditativos de su situación laboral.

El Abogado del Estado se ha opuesto al recurso en base a las siguientes consideraciones:

La resolución se ajusta plenamente a la legalidad vigente, siendo evidente que la situación de la recurrente se encuentra plenamente incardinada en el tipo definido en el artículo 53.a) de la LO 4/2000.

Se aduce un presunto arraigo radicante en la convivencia con ciudadano español, más los volantes de empadronamiento que se adjuntan como prueba, no pueden sino calificarse como prueba preconstituida; de otro lado, la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho del Ayuntamiento de Avilés no obsta a que siga siendo necesario demostrar una convivencia estable y duradera, dado que el Principado de Asturias no había legislado sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho a la fecha de la orden de expulsión, existiendo únicamente con efectos administrativos un registro municipal; sigue además sin aportarse certificación que acredite la efectiva inscripción; la prolija exposición de la situación laboral del presunto compañero sentimental resulta innecesaria.

Los hechos imputados a la recurrente, según se consignan en el acto impugnado, son los siguientes: con fecha 7 de enero 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 C., y en dicho acto se comprobó que la misma se hallaba en situación de estancia ilegal en España, ya que según consta en el pasaporte de su nacionalidad, (...) le figura un sello de entrada en

el Espacio Schengen de fecha 28 de febrero de 2000, a través del Aeropuerto de París (Francia), sin que exista constancia de que haya abandonado el país una vez concluido el período máximo de estancia turística autorizada (tres meses), ni de haber obtenido permiso alguno que le autorice a permanecer en España, por lo que su situación de estancia es ilegal.

(...) la calificación de la situación de doña C. como de estancia ilegal es plenamente ajustada a derecho, habida cuenta que habiendo superado el plazo máximo de noventa días previsto en la norma, no se halla provista de la pertinente autorización administrativa que le habilite para la estancia más allá de ese plazo (prórroga de estancia) o en su caso para residir en territorio español (permiso de residencia).

(...).

Se limita la defensa de la actora a reiterar los argumentos esgrimidos en la pieza de medidas cautelares como fundamento de la suspensión de la resolución aquí impugnada, ya analizados entonces y rechazados por la Sala para acreditar el arraigo alegado, y que, en cualquier caso, no resultan relevantes para el enjuiciamiento de la cuestión sometida a debate, constreñida a resolver si el hecho imputado es constitutivo de la infracción sancionada, que por lo razonado, no ofrece dudas a la Sala, sin que a ello obste la relación sentimental que la recurrente mantiene con ciudadano español, que, como bien apunta la Administración, no le exime de la obligación de regularizar su situación en territorio español.

Procede, por consiguiente, la desestimación íntegra del recurso."

---

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
***Fecha:*** 28 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 1319/2002.
***Ponente:*** Dña. Margarita Díaz Pérez.
***Voz:*** Expulsión. Estancia irregular.
***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don S. contra la resolución de 15 de abril de 2002 por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo durante un período de tres años.

"En el presente caso los hechos que recoge la resolución sancionadora son los siguientes: «don S. efectuó su entrada en el Espacio Schengen sin pasaporte, habiendo permanecido, pues, de manera irregular en dicho Espacio, careciendo de cualquier tipo de autorización o permiso que le habilite para permanecer legalmente en España» y vienen fundados en la denuncia formulada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (...), quienes durante los servicios de vigilancia y control del régimen de extranjería llevados a cabo el día 3 de marzo de 2002 en la Comisaría común hispanofrancesa de Biriatou, a las 12,00 horas, comprobaron los siguientes hechos: «la Policía Francesa (PAF) ha controlado de entrada en Francia a un ciudadano de Pakistán, el cual viajaba en tren (Topo), procedente de Irún, con destino a Hendaya, impidiéndole su entrada en territorio francés, por carecer de pasaporte, siendo devuelto a España en virtud del Acuerdo de Readmisión Franco-Español.(...) al serle requerida la documentación que acreditase tanto su identidad como el hecho de hallarse regularmente en España, no presentó documento alguno...».

Como quiera que el supuesto sancionable previsto en dicho apartado, consiste en «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente», a la vista de los hechos consignados en la resolución objeto de recurso, resulta

incuestionable la comisión por don S. de dicha infracción, por cuanto se encontraba en territorio español de forma irregular al haber efectuado su entrada en España sin cumplir con los requisitos legales, incurriendo en manifiesta vulneración del artículo 25 de la de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000.

Para dar íntegra respuesta a los alegatos de la actora, ha de significarse que, de hallarse en tránsito, la estancia en España del extranjero que atraviesa el territorio español en viaje de duración superior a cinco días desde un Estado tercero a otro que admita a dicho extranjero, requiere verse habilitada mediante un visado de tránsito territorial, actualmente regulado por el artículo 6 del 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, (...), del que carecía el Sr. S.

Lo razonado conduce necesariamente a la desestimación del recurso, con la consiguiente confirmación del acto impugnado."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 22 de mayo de 2003.
*Recurso de Casación:* 2236/1999.
*Ponente:* D. Nicolás Maurandi Guillén.
*Voz:* Expulsión. Derechos fundamentales. Arraigo familiar. Ineficacia sobrevenida de la orden de expulsión.
*Resumen:* El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional por la que se acordaba la expulsión de España de don A., ciudadano chino.

"Ese fallo de instancia señala que la resolución de expulsión manifestó que el actor ostentaba pasaporte de la República Popular China sin sello alguno ni diligencias de las autoridades españolas que le facultaran para seguir residiendo en el país; que consideró que el interesado carecía de arraigo en España y que la expulsión no lesionaba ningún derecho familiar; y que también indicó que le había sido denegado el 24 de marzo de 1992 el permiso de trabajo y residencia.

Luego el tribunal *a quo* hace constar que esa resolución de expulsión de 1 de diciembre de 1992 no le fue notificada al actor hasta el día 3 de octubre de 1995, fecha en la que fue detenido por la Policía.

Asimismo declara que se ha acreditado documentalmente que:

«Al día de hoy el actor goza de una posición estable y de arraigo en la sociedad española». Y añade: «Cuenta con libro de familia expedido por el Ministerio de Justicia, en el que figuran inscritos dos hijos nacidos en España, tiene también en vigor el permiso de residencia y trabajo tanto él como su esposa y realiza una actividad profesional estable».

Basándose en las anteriores apreciaciones fácticas, lo que la sentencia recurrida viene a razonar para apoyar esa vulneración del artículo 24 de la CE que aprecia es que la Administración demandada ha pretendido ejecutar la expulsión a pesar de su invalidez sobrevenida.

Esta idea principal la completa declarando que, tratándose de medidas restrictivas de libertades públicas, las circunstancias de lugar y tiempo son relevantes en la interpretación de la norma. Y precisa igualmente que la resolución impugnada, en su contenido específico, quedó desvirtuada por los actos propios de la Administración demandada que, pese a la anterior orden de expulsión, concedió el permiso de residencia al actor.

El presente recurso de casación, interpuesto por la Administración General del Estado, intenta apoyarse en un solo motivo, amparado en el ordinal cuarto del artículo 95.1 de la Ley jurisdiccional aquí aplicable (el texto de 1956 según la redacción dada por la

reforma de 1992), que denuncia como infringido el artículo 24.1 de la CE.

Esa infracción que se denuncia no resulta justificada, al ser de compartir los razonamientos que la sentencia de instancia utilizó para apoyar su pronunciamiento estimatorio.

Dicha sentencia, como ya antes se ha expresado, parte de la especial virtualidad que corresponde a los derechos fundamentales, y con esa base declara que la ignorancia por la Administración de la invalidez sobrevenida de la orden de expulsión, y derivada de su propia actuación, es contraria al derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Esa argumentación es acertada, porque efectivamente la trascendencia que corresponde a los derechos fundamentales impone en la práctica administrativa y judicial la adopción de aquellas soluciones que mejor conduzcan a su real efectividad (artículos 9.2 y 53 de la CE); y el pronunciamiento del fallo aquí recurrido era la mejor manera de otorgar tutela judicial al derecho del recurrente a que operara en su favor la ineficacia sobrevenida de la expulsión, derivada de su implícita revocación por la Administración a través de los permisos de trabajo y residencia que posteriormente concedió."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

*Fecha:* 16 de julio de 2003.

*Recurso Contencioso-Administrativo:* 2049/2001.

*Ponente:* D. Francisco Javier Sancho Cuesta.

*Voz:* Denegación de entrada en territorio español. Tour turístico. Retorno al lugar de procedencia. Nacional de Ecuador.

*Resumen:* El Tribunal estima el recurso interpuesto en representación del nacional de Ecuador, frente a la resolución del Director General de la Policía de 20 de abril de 2001 que desestima el recurso de alzada intrerpuesto frente a la resolución de 12 de febrero de 2001, que denegó la entrada en territorio español y acordó el retorno al lugar de procedencia.

"En el presente supuesto, según consta en el expediente, la recurrente alegó que venía por turismo con la empresa turística H.T., habiendo pagado 1.700 dólares por el paquete completo, aportando tour turístico acreditativo, por tiempo de estancia previsto de 7 días, deseando conocer las ciudades de Madrid, Córdoba, Sevilla, Granada y el palacio real y la puerta del sol de Madrid.

Viajaba en un grupo de ocho personas y acompañaba un guía al grupo. Tenía reserva para un día en un hotel de Madrid, constando en el expediente que en los hoteles de Sevilla y Granada no existía reserva alguna, pero a instancia de la Abogacía del Estado se ha practicado prueba en el procedimiento, recibiéndose Informe del hotel de Granada que mencionó la pasajera en su declaración y que consta también en el itinerario previsto en el tour, acreditativo de que efectivamente existía reserva en firme, sorprendiéndose en el hotel porque a la llegada del grupo varios de los clientes no se personaron, por lo que cancelaron la reserva.

La pasajera portaba además 1.400 dólares en efectivo.

Se ha de recordar que a efectos de justificar el objeto y las condiciones de la estancia, lo básico es establecer la verosimilitud del motivo de entrada invocado, y en el presente caso, la viajera presentó un tour turístico detallado con los itinerarios previstos, habiéndose confirmado reservas hoteleras en Madrid y Granada, no así en Sevilla, pero como sostiene la parte actora bien pudo deberse a un error de la propia agencia, y en todo caso, se deduce de la prueba practicada que varios de los integrantes del grupo accedieron y llegaron al hotel de Granada, hotel en el que tenía también reserva la recurrente, por lo que ha sido precisamente la citada prueba la que permite al Tribunal llegar a la convicción de que en el caso concreto de la recurrente, que portaba

además para sus gastos 1.400 dólares, resulta verosímil el motivo de entrada invocado y se justifican el objeto y condiciones de entrada."

# PERMISO DE RESIDENCIA

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
*Fecha:* 10 de enero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 3785/1997.
*Ponente:* D. Santos Honorio de Castro García.
*Voz:* Permiso de residencia solicitado de forma conjunta con el de trabajo. Salida obligatoria del territorio español. Principio de igualdad.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don M. contra la resolución por la que se deniega el permiso de residencia solicitado de forma conjunta con el de trabajo y se dispone su salida obligatoria del territorio español.

"La parte recurrente en apoyo de su pretensión aduce en esencia que la Resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y de Asuntos Sociales de Valladolid de fecha 19 de junio de 1997, que justifica la no concesión del permiso de trabajo solicitado en un informe emitido por la Jefatura Superior de Policía de dicha ciudad, del que resulta la existencia de un expediente de expulsión del territorio nacional resuelto el 7 de marzo de 1996, y que dicha orden de expulsión que entiende debió ser revocada, al igual que sucede en otras comunidades autónomas para supuestos semejantes, invocando al respecto el principio de igualdad; señalando que en este recurso «indirectamente» también impugna la citada resolución de la Dirección Provincial de trabajo. Cita también el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros, añadiendo al respecto que las normas que regulan la materia que nos ocupa deben ser interpretadas con criterios flexibles.

Las citadas alegaciones de la parte recurrente no pueden llevar a la estimación del presente recurso contencioso, y ello por cuanto dicha parte pretende atacar mediante la impugnación de la resolución que deniega el permiso de residencia otras resoluciones anteriores, algunas de las cuales resultaron consentidas, lo que no cabe. Ello se dice sin perjuicio de advertir que si en el recurso promovido contra la resolución denegatoria del permiso de trabajo se hubiera anulado la citada resolución, la consecuencia lógica es que la Administración habría de revocar entonces el acto aquí impugnado, denegatorio del permiso de residencia, al desaparecer el presupuesto de hecho en el que se sustentaba. Pero como quiera que no consta que aquella resolución haya sido anulada, las alegaciones del recurrente se desvanecen. Esto es, la estimación del presente recurso habría de pasar necesariamente por la revocación o anulación de la resolución denegatoria del permiso de trabajo, pues recuérdese que el fundamento de la resolución aquí impugnada radica precisamente en la denegación de dicho permiso de trabajo, y como quiera que ello no consta, la resultante es que el acto impugnado es conforme a derecho.

(...).

También se invoca por el recurrente la vulneración del principio de igualdad, aduciendo al respecto que en algunos supuestos semejantes la Administración ha dado la razón a otros extranjeros que se hallaban en la misma situación, señalando que en los mismos, en una primera resolución, se había ordenado por la Administración la expulsión por la causa de los apartados a) y f) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, lo que impedía que se otorgara el permiso de trabajo, pero que al revocarse después la orden de la expulsión se provocaba una nueva resolución de la Dirección General de Migraciones que concedía ya el citado permiso de trabajo.

Tampoco puede estimarse la pretensión del actor con apoyo en tal principio, ya que las resoluciones que invoca como término válido de comparación, aluden a supuestos en los que se revocó la resolución que ordenaba la expulsión de un extranjero por causa de haberse acogido a un determinado contingente, lo que no se acredita en el caso que nos ocupa. Pero, en cualquier caso, las alegaciones que efectúa la recurrente tienen más que ver con la denegación del permiso de trabajo que con la del permiso de residencia, que es la que aquí se impugna, cuya causa de denegación viene constituida precisamente por la ausencia de aquel permiso de trabajo. Con ello tales consideraciones tendrían su sede adecuada de alegación la de la impugnación de la resolución denegatoria del permiso de trabajo."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
*Fecha:* 14 de enero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 80/2002.
*Ponente:* D. José Luis Díaz Roldán.
*Voz:* Permiso de residencia temporal por arraigo. Falta de presentación de oferta de trabajo e inexistencia de vínculos familiares.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don E. denegatoria de permiso de residencia.

"Por el actor se impugna la resolución del Delegado del Gobierno de La Rioja, de fecha 29 de octubre de 2001, que deniega el permiso de residencia temporal solicitado, advirtiéndole de la obligación de abandonar el territorio nacional. La razón por la que la Administración no concede el expresado permiso es la falta de presentación de oferta de trabajo y la inexistencia de vínculos familiares con españoles o con extranjeros residentes legales.

El actor, ciudadano de nacionalidad paquistaní, solicitó el día 20 de junio de 2001 la concesión del permiso de residencia temporal por arraigo (...).

Al aprobarse por el Gobierno el proceso de regularización al que se acogió el actor aún no se había aprobado el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica, dictándose en su lugar Instrucciones que regulaban los requisitos que debían seguirse.

Únicamente debe puntualizarse que con posterioridad a la presentación de la solicitud se dictó el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que aprobaba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (...), cuya disposición transitoria segunda prevé la posibilidad de aplicación a las solicitudes presentadas con anterioridad a su entrada en vigor si así lo solicita el interesado, pero lo cierto es que el expresado Reglamento establece unas condiciones más restrictivas en cuanto a la permanencia continuada en España a la solicitud.

(...).

En segundo lugar, sostiene el recurrente que lleva en España con anterioridad a junio de 2000, tiene familiares en España, en concreto un primo suyo, y entiende que con el cumplimiento del requisito de estancia en España con anterioridad al 23 de enero de 2001, cumple con los criterios establecidos por la Delegación del Gobierno para la concesión del permiso de residencia solicitado.

No puede prosperar el motivo opuesto por el demandante porque para la regularización del actor era necesario el cumplimiento de los tres criterios establecidos por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, que aparecen recogidos en el hecho 1 de la resolución recurrida, y no sólo el primero de ellos, como pretende el interesado.

En un examen del expediente administrativo incorporado a los autos no se acredita en modo alguno que el actor tenga una situación de arraigo en nuestro país, al no presentar oferta alguna de trabajo ni tampoco la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes en España o con españoles.

En consecuencia, al incumplir el criterio de arraigo no puede concederse al actor el permiso de residencia solicitado."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
*Fecha:* 6 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 64/2002.
*Ponente:* D. Jesús Miguel Escanilla Pallas.
*Voz:* Solicitud de permiso de residencia temporal. Falta de arraigo.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra Resolución de 21 de noviembre por la que se deniega la solicitud de permiso de residencia.

"El demandante sostiene que ha quedado acreditado por la documentación aportada en autos que se encontraba en España antes del 23 de enero de 2001 y que no presentó la oferta de trabajo porque se le ofreció una información defectuosa.

La razón por la que la Administración deniega la autorización peticionada es la no acreditación de la estancia en España antes del 21 de enero de 2003 y la no presentación de oferta de trabajo ni la acreditación de vínculos familiares.

El artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, (...) en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre dispone «Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurran razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredita una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente».

Al aprobarse por el Gobierno el proceso de regularización al que se acogió el actor aún no se había aprobado el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica, dictándose en su lugar Instrucciones que regulaban los requisitos que debían seguirse.

(...).

En un examen de las pruebas practicadas en el proceso y del expediente administrativo incorporado a los autos, resultan acreditados los siguientes hechos relevantes:

1—El actor ha acreditado su estancia en España antes del 21 de enero de 2001 a través del documento de médicos sin fronteras que le asiste el día 1 de diciembre de 2000 y del certificado médico de fecha 7 de diciembre extendido en Almería, y tales datos quedan corroborados por la prueba testifical.
2—No ha quedado acreditado ni lo ha aportado en esta instancia la oferta de trabajo a la fecha de los hechos.

No habiendo acreditado el recurrente el cumplimiento del requisito de arraigo, entendiendo como tal, como exige la Administración en los criterios fijados por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes con españoles, procede rechazar el motivo esgrimido en su demanda para combatir el acto recurrido."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.
*Fecha:* 10 de marzo de 2003.
*Recurso de Apelación:* 308/2002.
*Ponente:* D. Mariano Montero Martínez.
*Voz:* Permiso de residencia temporal. Ausencia de arraigo.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso de apelación entablado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Cuenca por la que se declara no haber lugar al reconocimiento del derecho de la parte actora a la obtención del permiso de residencia temporal solicitado.

"Entiende básicamente la defensa técnica del apelante que nos hallaríamos en presencia de un pro-

ceso especial de regularización, que no se regiría por la normativa de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, sino por el Reglamento de ejecución del anterior grupo normativo, Ley Orgánica 7/1985 y sobre todo el Real Decreto 155/1996, con lo cual, se nos dice, podrían coexistir la necesidad de acreditar el arraigo en nuestro país con la ausencia de su exigibilidad, en función de la norma que escogiéramos. Por último, se denuncia la incongruencia en que habría incurrido la sentencia de instancia, al resolver sobre pretensiones no exactamente articuladas por el apelante.

En efecto, entrando desde luego en el fondo del asunto (...) por la fecha de presentación de la solicitud de permiso de residencia temporal, 2 de agosto de 2001, sí que resultaba de aplicación el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por Ley Orgánica 8/2000; pero es que, en cualquier caso, acojamos la tesis de la Administración o la del actor, no ha acreditado el apelante el arraigo en nuestro país al tiempo de la solicitud del permiso interesado.

Tampoco se puede aceptar la debida probanza del requisito de arraigo en nuestro país que imponen los artículos 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción posterior a la Ley Orgánica 8/2000, y 41 del Reglamento de ejecución de la ley orgánica antecitada, Real Decreto 864/2001. Así, consta un certificado de empadronamiento en la localidad de Las Pedroñeras, Cuenca, de 5 de octubre del mismo año, sin que conste fecha de entrada en la Administración; un parte de asistencia en un Centro del Insalud de 10 de julio de 2000, pero que no se certifica hasta 2 de julio de 2001; y, por último, un informe, porque así se autodenomina, en el que un Letrado del Centro Integrado de Empleo e Igualdad de Oportunidades para la Mujer —que, con todos los respetos, no sabemos qué vínculo puede presentar con el Sr. J.L.—, hace saber que el hoy apelante se personó en las dependencias del citado Centro en junio de 2000 para solicitar información «sobre derechos y deberes de los extranjeros en España, así como en lo relativo al proceso de regularización abierto para extranjeros»; sobre estos documentos habrá que decir, cuando menos, que podían haberse presentado mucho antes, con la solicitud inicial, ya que de ser cierto su contenido podría contribuir —que no probar por sí mismos, como ahora veremos— al posible triunfo de la tesis apelante; que, en segundo lugar, se trata de fotocopias en la mayoría de los casos, y desde luego documentos sin adverar ni ratificar; y que, por último, aunque fuera literalmente cierto su contenido, no podrían sino proporcionar un simples datos de estancia sincrónica en España, pero sin más elementos que coadyuvaran a entender más o menos continuada la estancia en nuestro país; en estas circunstancias, evidentemente, no podremos dar por acreditado el arraigo, porque o se trata de documentos muy posteriores a la solicitud del recurrente, o hacen referencia a momentos posteriores a la misma, o aunque se vinculen a épocas anteriores son insuficientes para fundamentar la pretendida continuidad de la presencia en España del hoy apelante."

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
***Fecha:*** 11 de marzo de 2003.
***Recurso de Apelación:*** 309/2002.
***Ponente:*** D. Miguel Ángel Pérez Yuste.
***Voz:*** Permiso de residencia temporal. Falta de arraigo.
***Resumen:*** El Tribunal desestima el recurso de apelación formulado por don C. contra la sentencia dictada que desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de la Subdelegación del Gobierno en Cuenca y declara no haber lugar al reconocimiento del derecho de la parte actora a la obtención del permiso de residencia temporal.

"Se fundamenta el recurso de apelación en que la policía no le requirió que acreditara su permanencia en España un mínimo de tres años, sino «antes del 23 de enero de 2001»; que de la documentación aportada, singularmente la solicitud de asignación de número de identificación de extranjeros y billete

de viaje desde Rumania a Castellón se desprende su estancia en España antes de la indicada fecha, que cumple los requisitos para la obtención de la residencia en España al amparo del proceso de regularización de extranjeros anunciado por el Gobierno en junio de 2001; es decir, la estancia en España antes del 23 de enero de 2001, la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, poseyendo y habiendo aportado al expediente una oferta de trabajo, y carecer de antecedentes que determinaran estar incurso en causa de expulsión; por último, la no aplicabilidad del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 8/2000 (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio) por entrar en vigor el 1 de agosto de 2001, después de la solicitud formulada el 18 de julio de 2001.

No obstante, a mayor abundamiento y a riesgo de lo anterior, decir que es esencial aclarar, como se hace en la instancia, que el recurrente hizo una «solicitud de permiso de residencia temporal al amparo del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000»; es decir, no se trata de examinar si el apelante o la situación en la que se encontraba y sus circunstancias particulares podían incardinarse o no en el proceso de regularización de extranjeros que inició el Gobierno a mediados del año 2001; no se está valorando si procedía o no su regularización; únicamente si en él concurrían las circunstancias para la obtención del permiso de residencia temporal en los términos del artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000; y así examinada la cuestión, teniendo en cuenta la remisión reglamentaria que impone dicho precepto, se ha de acudir a lo dispuesto en el artículo 41.2.d) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (...), que nos da las pautas interpretativas para determinar qué es o en qué consiste la «situación de arraigo», conectándolo a una permanencia en España durante un período mínimo de tres años, la incorporación real al mercado de trabajo y vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles; y de la documentación aportada no se desprende el cumplimento de estos requisitos (ninguno de ellos). El último párrafo de la Sentencia apelada no veda la posibilidad de obtención del permiso de residencia por otras vías, pero lo que no cabe es utilizar en vía de recurso esas otras vías, cuando la resolución impugnada partía de una solicitud concreta regida bajo unos presupuestos legales determinados.

A mayor abundamiento e interpretando la «situación de arraigo» fuera de los cánones establecidos en el artículo 41.2.d) del Real Decreto 864/2001, desde luego mucho más exigentes que los presupuestos establecidos en el propio modelo de solicitud en relación con la permanencia en España antes del 23 de enero de 2001 o la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, a la vista de la documentación aportada y la escasa o nula prueba llevada a cabo, en modo alguno puede concluirse que el recurrente haya acreditado la citada situación de arraigo, ya que los citados documentos son meras fotocopias no ratificadas o adveradas por los organismos expedidores, sin que el propio interesado haya pretendido su autentificación; pero incluso aunque se hubiere realizado, no sería suficiente a los efectos pretendidos a fin de obtener la residencia temporal por arraigo."

***(Véanse las Sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha de 11 y 13 de marzo de 2003; Rec. de Apelación 318/2002 y 349/2002.)***

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
*Fecha:* 27 de mayo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 543/2002.
*Ponente:* D. Eusebio Revilla Revilla.
*Voz:* Renovación de permiso de residencia y trabajo. Silencio positivo.
*Resumen:* El Tribunal estima el recurso interpuesto por don F. contra la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos que denegaba el permiso de residencia en régimen general por ser la misma contraria a derecho,

concediendo en su lugar al recurrente la renovación del permiso de trabajo por cuenta propia y del permiso de residencia en régimen general laboral.

"Frente a la resolución recurrida el actor opone que dicha resolución desconoce el silencio administrativo positivo que opera desde el momento en que presentándose la solicitud de renovación del permiso de trabajo y residencia el día 16 de enero de 2002, al solicitante no le fue notificado la denegación del permiso de trabajo dentro de los tres meses siguientes, por cuanto que la resolución denegatoria se dictó el día 17 de abril de 2002 y fue notificada el día 15 de mayo de 2002; y a continuación añade que la denegación del permiso de residencia tuvo lugar por resolución de fecha 24 de julio de 2002, notificada el día 31 de julio siguiente, motivándose la misma en la carencia de permiso de trabajo.

(...) teniendo en cuenta que la solicitud de renovación de permiso de trabajo y residencia temporal tuvo entrada en el órgano competente el día 16 de enero de 2002 y que transcurrido el plazo de tres meses legal y reglamentariamente previstos para que se notificara la resolución del expediente al interesado, tal notificación no se produjo, toda vez que la resolución se adoptó el día 17 de abril de 2002 y no se notificó hasta el día 15 de mayo siguiente, es por lo que inexorablemente hemos de interpretar que opera la institución del silencio positivo respecto de la renovación del permiso de trabajo solicitado. Por tanto en virtud de mencionado silencio debe considerarse concedido mencionada renovación del permiso de trabajo. Y la operación del citado silencio, no puede venir impedida, como pretende el Abogado del Estado, por el contenido de la resolución de fecha 17 de abril de 2002, notificada el día 15 de mayo de 2002, en la que, transcurridos más de tres meses se deniega al recurrente la renovación del permiso de trabajo solicitado, toda vez que esta resolución no debería nunca haberse dictado por cuanto que la facultad de la Administración para resolver ya se había extinguido como nos recuerda el TS en Sentencia de 25 de marzo de 2002; (...) y mencionadas consideraciones hacen innecesario analizar el argumento esgrimido por el Abogado del Estado cuando postula que el acto administrativo en que consiste la resolución de fecha 17 de abril de 2002 es un acto consentido y firme, por no haber sido recurrido por la parte demandante. Ninguna necesidad jurídica tenía la actora de recurrir mencionada resolución, cuando válida y legítimamente había ganado por silencio administrativo la renovación del permiso de trabajo solicitado [en este mismo sentido se expresa el TSJ Castilla y León (Valladolid) en Sentencia de 22 de septiembre de 2000].

Y entrando a enjuiciar si la resolución recurrida de fecha 24 de julio de 2003 es o no ajustada a derecho, en primer lugar no podemos estimar la alegación formulada por la recurrente de que también respecto de la renovación del permiso de residencia opera la institución del silencio positiva. Es verdad que tal resolución se dictó y notificó, transcurridos más de tres meses, desde la fecha inicial y primera —16 de enero de 2002— de presentación de la solicitud de renovación del permiso de trabajo y residencia, sin embargo en la tramitación de tal solicitud hemos de distinguir dos fases, una primera fase relativa a la tramitación de la renovación del permiso de trabajo respecto de la que hemos resuelto que sí opera el silencio positivo por cuanto que no se dictó resolución ni se notificó en el plazo de los tres meses siguientes al día 16 de enero de 2002, y una fase relativa a la tramitación de la renovación del permiso de residencia que comienza a partir del momento en que en la Subdelegación de Gobierno se recibe la resolución denegatoria del permiso de trabajo, que no es antes del día 6 de mayo de 2002 (...). Por tanto como quiera que en esta segunda fase se dicta resolución denegatoria de la renovación del permiso de residencia el día 24 de julio de 2002 y se notifica el día 31 de julio siguiente, no ha transcurrido el plazo de los tres meses para que opere el silencio administrativo positivo.

No obstante lo anterior, también el recurrente esgrime contra la resolución de fecha 24 de julio de 2002

(que él llama de 25 de julio de 2002) que la misma no es ajustada a derecho por cuanto que la denegación de la renovación del permiso de residencia se motiva en la denegación de la renovación del permiso de trabajo, cuando esta denegación no era válida por contravenir un silencio administrativo positivo que había permitido ganar tal renovación del permiso de trabajo. Examinando la resolución recurrida, se aprecia claramente que sólo se utiliza un motivo por la Administración para denegar la renovación del permiso de residencia en régimen general laboral, que no es otro que el no haber obtenido la autorización administrativa para trabajar, de la que dependía los medios de vida del solicitante; y como quiera que tal motivo no puede ser considerado como un argumento válido y bastante desde el momento que el recurrente ganó por silencio administrativo positivo la renovación del permiso de trabajo es por lo que hemos de considerar que la resolución recurrida no es válida ni ajustada a derecho por no ser cierta la causa que motiva la denegación. Procede por todo lo expuesto, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de fecha 24 de julio de 2002, anulando la misma, concediendo al recurrente la renovación del permiso de trabajo por cuenta propia y de residencia en régimen general laboral."

# DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

***Tribunal:*** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
***Fecha:*** 8 de mayo de 2003.
***Asunto:*** C-171/01.
***Ponente:*** D. Romain Schintgen.
***Voz:*** Libre circulación de trabajadores no comunitarios. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía: prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.

"45. Por una parte, es preciso decidir si una disposición nacional como la recogida en el artículo 21, apartado 3, de la AKG, que excluye, en concreto, la elegibilidad a la asamblea general de una Cámara de trabajadores de los trabajadores emigrantes de nacionalidad turca que pertenezcan al mercado legal de trabajo del Estado miembro de acogida, es contraria al artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980, en particular por lo que respecta a las «demás condiciones de trabajo» en el sentido de esta última disposición.

46. En este contexto, de los artículos 48 del Tratado y 8, párrafo primero, del Reglamento nº 1612/68, así como de las Sentencias de 4 de julio de 1991, ASTI (C-213/1990, Rec. p. I-3507; en lo sucesivo, «sentencia ASTI I»), y de 18 de mayo de 1994, Comisión/Luxemburgo (C-118/92, Rec. p. I-1891; en lo sucesivo, «sentencia ASTI II»), se desprende que los trabajadores nacionales de otro Estado miembro serán elegibles en el marco de las elecciones a la asamblea general de un organismo como las Cámaras de trabajadores de Austria.

47. En efecto, todos los criterios que el Tribunal de Justicia estimó pertinentes en el caso de las Cámaras profesionales luxemburguesas a que se refieren las sentencias ASTI I y ASTI II, a saber, la creación mediante Ley del organismo en cuestión, la afiliación obligatoria del conjunto de trabajadores por cuenta ajena del sector de que se trate, la función general de dicho organismo consistente en representar los intereses de sus miembros, el derecho de éste a hacer propuestas al Gobierno y al Parlamento y a facilitarles informes, así como la obligación de todos los afiliados de abonar una cuota, parece que son de aplicación también a las Cámaras de trabajadores de Austria.

48. Para saber si es posible extrapolar esta interpretación a los trabajadores turcos de referencia, pro-

cede determinar si el concepto de «demás condiciones de trabajo» mencionado en el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980 engloba el derecho a participar en las elecciones de los órganos legales de representación de los trabajadores.

49. A este respecto, las Sentencias de 6 de junio de 1995, Bozkurt (C-434/93, Rec. p. I-1475), y de 13 de julio de 1995, Meyers (C-116/94, Rec. p. I-2131), abogan por una interpretación amplia de dicho concepto.

50. En cambio, puede derivarse la conclusión contraria del hecho de que, a diferencia de la traducción concreta que el concepto de «condiciones de trabajo», recogido en el artículo 48, apartado 2, del Tratado, encontró en particular en el artículo 8 del Reglamento nº 1612/68, el derecho resultante del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía no previó expresamente tal extrapolación concreta de dicho concepto.

51. Por otra parte, en el supuesto de que el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980 se oponga a una normativa nacional en virtud de la cual los trabajadores que no tienen la nacionalidad austriaca no son elegibles a la asamblea general de una Cámara de trabajadores, resulta asimismo pertinente determinar si dicha disposición es incondicional y suficientemente precisa para ser directamente aplicable, de forma que se oponga a la aplicación de una normativa nacional incompatible con ella.

[...]

*Sobre las cuestiones prejudiciales*

53. Para responder de manera útil a la cuestión de si una disposición, recogida en un acuerdo celebrado entre la Comunidad y un tercer país que establece una norma de no discriminación por razón de la nacionalidad, se opone a que un Estado miembro deniegue la concesión de un beneficio a un nacional del tercer país de que se trate, en el ámbito de aplicación de dicho acuerdo, debido únicamente a que el interesado tiene la nacionalidad de ese tercer país, debe examinarse, en primer lugar, si la disposición en cuestión puede conferir directamente a un particular derechos que éste puede ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y, de ser así, procede determinar, en segundo lugar, el alcance del principio de no discriminación enunciado en dicha disposición (véanse, en este sentido, las Sentencias de 31 de enero de 1991, Kziber, C-18/90, Rec. p. I-199, apartado 14; de 2 de marzo de 1999, Eddline El-Yassini, C-416/96, Rec. p. I-1209, apartado 24; de 4 de mayo de 1999, Sürül, C-262/96, Rec. p. I-2685, apartado 47, y de 29 de enero de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Rec. p. I-1049, apartado 18).

*Sobre el efecto directo del artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980*

54. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (véanse, en particular, la Sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/1986, Rec. p. 3719, apartado 14, y las sentencias antes citadas Kziber, apartado 15; Eddline El-Yassini, apartado 25; Sürül, apartado 60, y Pokrzeptowicz-Meyer, apartado 19).

55. En la Sentencia de 20 de septiembre de 1990, Sevince (C-192/89, Rec. p. I-3461, apartados 14 y 15), el Tribunal de Justicia precisó que los mismos requisitos cuando se trata de determinar si las disposiciones de una decisión del Consejo de Asociación CEE-Turquía pueden tener efecto directo.

56. Para determinar si el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980 responde a dichos criterios,

debe abordarse, en primer lugar, el examen de su texto.

57. A este respecto, procede señalar que dicha disposición consagra, en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición impuesta a los Estados miembros de discriminar por razón de la nacionalidad, en perjuicio de los trabajadores emigrantes turcos que pertenezcan al mercado legal de trabajo de dichos Estados, en lo que se refiere a la retribución y a las demás condiciones de trabajo.

58. Dicha norma de igualdad de trato establece una obligación de resultado precisa y, por definición, puede ser invocada por un justiciable ante un órgano jurisdiccional nacional para pedir a este último que excluya las disposiciones discriminatorias de la normativa de un Estado miembro que supedita la concesión de un derecho a un requisito que no se impone a los nacionales de ese Estado, sin que se exija a tal fin la adopción de medidas de aplicación complementarias (véase, por analogía, la sentencia Sürül, antes citada, apartado 63).

59. Corrobora esta afirmación la circunstancia de que el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980 no constituye sino la aplicación y concreción, en el ámbito específico de la retribución y las condiciones de trabajo, del principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad enunciado en el artículo 9 del Acuerdo de Asociación, disposición que se remite al artículo 7 del Tratado CEE, posteriormente artículo 6 del Tratado CE (véase, por analogía, la sentencia Sürül, antes citada, apartado 64).

[...]

*Sobre el alcance del artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980*

[...]

71. Procede, pues, determinar si tal requisito de nacionalidad, al que se supedita el derecho a ser elegible a la asamblea general de las Cámaras de trabajadores en el Estado miembro de acogida, es compatible con el principio, enunciado en el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980, de la ausencia de toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de las condiciones de trabajo.

72. A este respecto, debe destacarse que una jurisprudencia reiterada desde la sentencia Bozkurt, antes citada, apartados 14, 19 y 20, ha deducido del tenor de los artículos 12 del Acuerdo de Asociación y 36 del Protocolo Adicional, así como del objetivo de la Decisión nº 1/1980 que pretende llevar a cabo progresivamente la libre circulación de trabajadores basándose en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado, que los principios admitidos en el marco de estos últimos artículos deben aplicarse, en la medida de lo posible, a los nacionales turcos que gozan de los derechos reconocidos por dicha decisión (véase, en particular, la Sentencia de 10 de febrero de 2000, Nazli, C-340/97, Rec. p. I-19957, apartados 50 a 55, y las referencias allí citadas).

73. De lo anterior se deduce que, para determinar el alcance del principio de no discriminación en lo que se refiere a las condiciones de trabajo previsto en el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980, procede remitirse a la interpretación que de este mismo principio se ha dado en materia de libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Comunidad.

74. Tal interpretación está tanto más justificada cuanto que dicha disposición está redactada en términos casi idénticos a los del artículo 48, apartado 2, del Tratado.

75. Pues bien, en el marco del Derecho comunitario y, en particular, de dicha disposición del Tratado, es jurisprudencia reiterada que una normativa nacional que niegue a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros el derecho de voto y/o el derecho de elegibilidad con ocasión de las eleccio-

nes convocadas por organismos como las Cámaras profesionales a los que los interesados están obligatoriamente afiliados y han de cotizar y que están encargados de la defensa y de la representación de los intereses de los trabajadores, realizando una función consultiva en el ámbito legislativo, es contraria al principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse las sentencias ASTI I y ASTI II).

[...]

93. De todo ello se deduce que, por lo que respecta a los trabajadores extranjeros que disfrutan de la igualdad de trato en lo que se refiere a la retribución y a las demás condiciones de trabajo, la exclusión del derecho de elegibilidad a un organismo de representación y defensa de los intereses de los trabajadores como las Cámaras de trabajadores de Austria no puede justificarse ni por la naturaleza jurídica del organismo en cuestión con arreglo al Derecho nacional ni por la circunstancia de que algunas de las funciones de este organismo puedan suponer una participación en el ejercicio de una función de Derecho público (véase la sentencia ASTI I, apartado 20).

94. Teniendo en cuenta el conjunto de consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales que el artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980 ha de interpretarse en el sentido de que:

–esta disposición tiene efecto directo en los Estados miembros, y

–se opone a la aplicación de una normativa nacional que niegue a los trabajadores turcos que pertenecen al mercado legal de trabajo del Estado miembro de acogida el derecho de elegibilidad a la asamblea general de un organismo de representación y de defensa de los intereses de los trabajadores como las Cámaras de trabajadores de Austria."

* * *

**NOTA:** El llamado "efecto directo" no es exclusivo de las normas comunitarias originarias o derivadas, pues reiteradamente el Tribunal de Justicia lo ha manifestado sobre ciertos acuerdos celebrados con la Comunidad con países terceros. Así "debe considerarse que es de aplicación directa cuando, habida cuenta de su redacción y del objeto y naturaleza del Acuerdo, implica una obligación clara y precisa que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a que se produzca un acto posterior" (SSTSJCE de 30 de septiembre de 1987, Asunto 12/86 y 31 de enero de 1991 (Asunto C-18/1990, entre otras). También se ha pronunciado en este sentido respecto al artículo 6 de la Decisión nº 1/1980, de 19 de diciembre de 1980, sobre el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía; en concreto, en relación al artículo 6 de dicha Decisión (entre otras, STJCE de 23 de enero de 1997, Asunto C-71/97) y el artículo 7.1 (STJCE de 30 de septiembre de 1997, Asunto C-98/97).

En el asunto que ahora nos ocupa, se plantean dos cuestiones prejudiciales por parte del Tribunal Constitucional austriaco sobre el artículo 10, apartado 1 de la Decisión nº 1/1980 que dispone que: "Los Estados miembros de la Comunidad concederán a los trabajadores turcos que pertenezcan a su mercado legal de trabajo un régimen caracterizado por la inexistencia de toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores comunitarios en lo que se refiere a la retribución y a las demás condiciones de trabajo". Y es que, en Austria, la Arbeiterkammergesetz (Ley relativa a las Cámaras de trabajadores, BGB1, 1991/626, regula la Cámara de trabajadores y empleados así como la Cámara Federal de trabajadores y empleados, que tienen como objetivo representar y promover los intereses sociales, económicos y culturales de los trabajadores de ambos sexos. Entre los requisitos que se establecen para ser elegible en un Cámara de trabajadores, se exige que se ostente la nacionalidad austriaca.

Así las cosas, con motivo de las elecciones a la asamblea general de la Cámara de trabajadores del Land de Vorarlberg, se incluyó una lista en la que figura-

ban veintiséis candidatos, entre los que figuraban cinco nacionales turcos. Éstos respondían a todos los criterios de elegibilidad fijados en la normativa nacional, a excepción del relativo a la posesión de la nacionalidad austriaca, por lo que la Comisión Electoral Principal dedició excluirlos de la lista de candidatos.

El centro del debate se encuentra en decidir si una disposición nacional como aquélla, que excluye la elegibilidad a la asamblea general de una Cámara de trabajadores de los trabajadores emigrantes de nacionalidad turca que pertenezca al mercado legal de trabajo del Estado de acogida, es contraria al artículo 10, apartado 1, de la Decisión nº 1/1980, en particular por lo que respecta a las "demás condiciones de trabajo" en el sentido de esta última disposición.

Concluye el Tribunal que dicha norma tiene efecto directo y, por tanto, contiene un mandato de igualdad de trabajo que establece una obligación de resultado precisa. Asimismo, aquélla no constituye sino la aplicación y concreción, en el ámbito específico de las condiciones de trabajo, del principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad contenido en el artículo 9 del Acuerdo de Asociación, disposición que se remite al artículo 7 del Tratado CEE (hoy artículo 6 del Tratado CE). En consecuencia, el apartado 1 del artículo 10 de la Decisión nº 1/1980 ha de interpretarse en el sentido de que "se opone a la aplicación de una normativa nacional que niegue a los trabajadores turcos que pertenecen al mercado legal de trabajo del Estado miembro de acogida el derecho de elegibilidad a la asamblea general de un organismo de representación y de defensa de los intereses de los trabajadores como las Cámaras de trabajadores de Austria".

*Tribunal:* Tribunal Supremo. Sala de lo Social.
*Fecha:* 21 de enero de 2003.
*Recurso de Casación para Unificación de Doctrina:* 8/152/2002.
*Ponente:* D. Mariano Sampedro Corral.
*Voz:* Prestación no contributiva de hijos a cargo de súbdito marroquí, cuyos hijos viven en Marruecos.

"La cuestión litigiosa –sustancialmente igual en la sentencia impugnada y en la litigiosa– se limita a determinar si un trabajador marroquí, residente en España y afiliado en el régimen General de la Seguridad Social, cuyos hijos residen en Marruecos, tiene o no derecho a la prestación no contributiva pretendida por hijos a cargo.

(...)

Respecto del requisito de convivencia de los hijos a cargo con el beneficiario, la sentencia recurrida lo interpreta flexiblemente y aprecia que aquellos están a cargo del trabajador aunque no exista efectiva convivencia efectiva [sic], una vez que existe dependencia económica y responsabilidades familiares.

Por el contrario, la sentencia de contraste, –pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 1998– deniega la prestación solicitada por no concurrir el requisito de convivencia de los hijos con el beneficiario de la prestación en territorio de la Unión Europea.

La cuestión controvertida guarda analogía con la resuelta por Sentencia de esta Sala de 11 de abril y 3 de mayo de 2000 (recursos, respectivamente, 2779/1999 y 331/1999), que reconoció el derecho al desempleo asistencial al trabajador marroquí, cuya familia reside en Marruecos, al considerar que el hecho de que la esposa del beneficiario, que carece de ingresos de toda clase, viva en el extranjero y por lo tanto, no conviva con el marido en España, no afecta al requisito de que el cónyuge «está a cargo del beneficiario». *Mutatis mutandi* se debe aplicar esta doctrina al supuesto litigioso. Y ello, porque, también, los hijos del beneficiario, aun residentes en Marruecos, de los que no se ha acreditado tener bienes de cualquier clase, constituyen «cargas» o carga para el beneficiario.

Son, pues, de aplicar los argumentos contenidos en las sentencias citadas, que justifican que la resolución impugnada no ha infringido, como el recurrente pretende el artículo 18.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante LGSS) en relación con el artículo 7.3 y 5 de la misma, ni el artículo 41, apartados 1 y 3, del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, firmado el 27 de abril de 1976 y adaptado por el Reglamento 2211/1978 del Consejo de 26 de septiembre de 1978; normas que, en la tesis del recurrente, exigen que para el reconocimiento de la prestación no contributiva litigiosa es necesario que «los miembros de la familia residan dentro de la Comunidad Europea». En efecto: La dicción legal «asignación económica por hijo a cargo», a que se refiere el artículo 183 de la LGSS a falta de interpretación auténtica, debe entenderse en su sentido gramatical como «expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla», tal como la define el Diccionario de Uso del Español. Se trata simplemente de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación que, por lo demás, es harto frecuente en el caso de los trabajadores migrantes, lo que supone una carga adicional a su condición de tales. Y no es pensable que el legislador haya simplemente olvidado consignar el requisito de la convivencia, en el apartado b) de dicho artículo 183, –que establece el requisito de «tener» hijos a cargo de quienes concurran las condiciones establecidas en el artículo anterior– sino que su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos.

Es cierto que el artículo 183.a) concede el derecho debatido para quienes «residan legalmente en territorio español», pero a falta de norma más expresa, ha de entenderse que el requisito de residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia con éstos en el territorio español. La eliminación de la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de la que aquí se trata resulta también del artículo 1.g) del Convenio nº 157 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el «Establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social» de fecha 21 de junio de 1982, que forma ya parte de nuestro ordenamiento interno (artículo 96.1 de la Constitución Española), por cuanto fue ratificado por España el día 26 de julio de 1985. Establece el precepto citado que «la expresión 'miembros de la familia' designa a las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, *cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado*».

En el presente caso nadie ha puesto en duda que la causa de rechazo administrativo de la prestación es que los hijos del beneficiario viven con su progenitora en la provincia de Nadar (Marruecos); y por ello, conforme a los razonamientos anteriores, debe desestimarse el recurso en cuanto la sentencia recurrida no infringe la ley, ni quebranta la unidad de doctrina. Sin costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.1 de la LPL."

* * *

NOTA: En los números precedentes de esta Revista se han venido reseñado y comentado Sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia en las que se resolvían asuntos relativos al reco-

nocimiento de prestaciones no contributivas a extranjeros extracomunitarios residentes en España (véanse, en el número 1 la STSJ Madrid de 19 de junio de 2001, rec. 494/2001, sobre pensión de jubilación no contributiva; en el número 2 las SSTSJ Cataluña de 1 de julio de 2002, rec. 6982/2001, sobre prestación de jubilación no contributiva y rec. 6909/2001, sobre prestación no contributiva por hijo a cargo).

A nadie se le escapa la trascendencia que supone la extensión de las prestaciones no contributivas a los extranjeros extracomunitarios. Sin embargo, la posición de la doctrina judicial no ha sido siempre uniforme; si, además, se tiene en cuenta que muchos asuntos (los conocidos en la instancia por los Juzgados de lo Social) presentados ante la jurisdicción social agotan esta vía dentro del ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma, es fácil comprender la dispersión interpretativa que conlleva la existencia de los diversos Tribunales Superiores de Justicia. Precisamente para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia se configura el denominado recurso de casación para la unificación de doctrina.

Pues bien, traemos de nuevo en este número la STS de 21 de enero de 2003, aunque en el número 2 de esta Revista (pp. 187-188), ya cerrada la edición, se extractó parte de su texto, para resaltar el criterio unificador de la misma respecto al sentido y alcance de uno de los requisitos exigidos para causar la prestación por hijo a cargo en su modalidad no contributiva.

La doctrina del TS a este respecto podría compendiarse así: La expresión "hijo a cargo" a que se refiere el artículo 183 de la LGSS debe entenderse en su sentido gramatical como expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla, por lo que simplemente se exige que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste. El TS, en suma, ha eliminado la convivencia como requisito necesario para lucrar la prestación de la que aquí se trata.

*Tribunal:* Tribunal Supremo. Sala de lo Social.
*Fecha:* 9 junio 2003.
*Recurso de Casación para Unificación de Doctrina:* 4217/2002.
*Ponente:* D. Luis Ramón Martínez Garrido.
*Voz:* Extranjeros: extensión del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social en supuestos de accidente de trabajo: falta de afiliación o alta en el momento del hecho causante.

"PRIMERO: 1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esta resolución desestimó recurso de suplicación interpuesto por la misma entidad gestora y la Tesorería frente a sentencia del Juzgado de lo Social de Huesca.

2. La cuestión litigiosa se plantea con motivo de accidente de trabajo –calificación no discutida– sufrido, el 5 de mayo de 2000, por el actor, don X.S., súbdito ecuatoriano que, sin permiso de trabajo ni residencia, venía prestando servicios para la empresa «E.P.E., SL».

3. La sentencia de instancia, confirmada en suplicación, estimó la demanda y declaró el derecho del actor a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo a cargo de dicha empresa, sin perjuicio de que la Mutua Patronal Fremap anticipe las prestaciones y con derecho a repetir contra la empresa demandada, y sin perjuicio de la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

4. Empresa y Mutua patronal no han recurrido y la Tesorería que lo preparó conjuntamente con el

INSS, no lo ha formalizado, habiéndose dictado auto poniendo fin al trámite.

SEGUNDO: La sentencia que el INSS ofrece de contraste, de la Sala de la Rioja de 27 de noviembre de 2001, cumple el requisito establecido en el artículo 217 de la Ley procesal para la admisión a trámite del recurso, pues, en supuesto idéntico de extranjero sin permiso de trabajo ni de residencia que sufrió accidente de trabajo, acabó desestimando la pretensión ejercitada y absolviendo a todos los demandados. Existe pues una doctrina contradictoria que debemos unificar en la presente resolución.

TERCERO: 1. Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por trabajador que no se hallaba en situación de alta. Las Sentencias de 27 diciembre de 1994 (Recurso 1224/1994), 18 de mayo de 1995 (Recurso 2479/1994), 11 de diciembre de 1995 (Recurso 1608/1995) y 24 de mayo de 1996 (Recurso 2448/1995), partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones, del actual artículo 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 95.3 del Texto de 1974) declararon la responsabilidad directa de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias de Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería. El precepto de referencia establece que «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo (...) aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones».

2. Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su artículo 33.3 que «los empleadores que contraten aún trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Por otra parte, el artículo 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no pude verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sida siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1990.

3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la redacción dada por la Ley 8/2000, y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a... «d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente en el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo». Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo."

* * *

**NOTA:** La presente sentencia versa sobre la controvertida cuestión de si en los supuestos de responsabilidad empresarial por falta de afiliación del trabajador extranjero no autorizado para trabajar es de

aplicación el principio de automaticidad de las prestaciones que, con carácter general, aparece recogido en el artículo 125.3 de la LGSS en relación con las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, las prestaciones de asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral y las prestaciones por desempleo. Dicho principio supone imponer a las correspondientes Entidades Gestoras de la Seguridad Social o, en su caso, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo el anticipo de prestaciones a los hipotéticos beneficiarios con independencia de que posteriormente se reintegren de las mismas con cargo al empresario infractor.

Los antecedentes de hecho del presente recurso no ofrecen singularidades especiales respecto de los que habitualmente recogen los litigios de este tipo. Un súbdito ecuatoriano, sin permiso de trabajo en España y contratado por un establecimiento hotelero para prestar servicios varios (ayudante de cocina, camarero, conductor y comprador de efectos) sufre un accidente de trabajo. Por descontado, no había sido dado de alta. Presentada demanda, el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid dictó sentencia estimándola, y declarando el derecho del súbdito ecuatoriano a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas de dicho accidente de trabajo, a cargo de la empresa, "sin perjuicio de que la Mutua Patronal Fremap, anticipe las prestaciones y con derecho a repetir contra la empresa demandada, y sin perjuicio de la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social". La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS ante la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, que desestimó el recurso en Sentencia de 9 de septiembre de 2002 (rec. 132/2002).

La referida STSJ de Aragón ya fue reseñada y comentada en el número 2 de esta Revista (pp. 182-184), donde se advertía precisamente de la urgente necesidad de que se unificara la doctrina judicial en orden al reconocimiento de los beneficios de Seguridad Social a los extranjeros sin permiso de trabajo, en particular, los derivados del accidente de trabajo. Pues bien, la presente sentencia del TS acomete tal labor uniformadora en el sentido de extender el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social en los supuestos de accidente de trabajo para los extranjeros que se encuentran ilegalmente en territorio español.

*Tribunal:* Tribunal Supremo. Sala de lo Social.
*Fecha:* 12 de junio de 2003.
*Recurso de Casación para Unificación de Doctrina:* 4231/2002.
*Ponente:* D. Joaquín Samper Juan.
*Voz:* Contrato suscrito en España con cláusula de sumisión a tribunales extranjeros. Competencia de tribunales españoles.

"La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la jurisdicción española es o no competente para conocer de la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por actores de nacionalidad extranjera, que son contratados en España por un determinado Ministerio para prestar su actividad en una dependencia del mismo sita en el país donde residen aquéllos.

(...)

El recurso denuncia como supuestamente infringidos los artículos 2, 16 y 17 de Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, 21.1 y 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. La censura jurídica es acertada y, por ende, el recurso debe ser estimado, en atención a las siguientes consideraciones:

I. Planteada la excepción de incompetencia de jurisdicción internacional de los tribunales españoles por el Ministerio demandado, debe resolverse, según previene el artículo 36.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por lo dispuesto en la Ley Orgánica

del Poder Judicial y los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte»; teniendo en cuenta, además, que estos últimos en cuanto son publicados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y prevalecen sobre las normas de origen interno, *ex* artículos 96.1 de la Constitución y 21.1 de la LOPJ.

II. La cuestión de fondo controvertida atañe a los contratos de trabajo suscritos entre los actores y el Ministerio de Educación y Cultura y se refiere a un supuesto incumplimiento del régimen de cesantía que establece la legislación colombiana para los contratos de trabajo. Entra pues de lleno en el ámbito material del Convenio de Bruselas –que forma parte de nuestro ordenamiento interno al haber sido firmado por España en San Sebastián el 26 de mayo de 1989 y ratificado por Instrumento de 29 octubre 1990 (*BOE* de 28 de enero de 1991)– pues según dispone su artículo 1, «el Convenio se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional» salvo en las materias que a continuación enumera, entre las que no se encuentra la que es objeto de examen. La posible duda sobre si la expresión «materia civil y mercantil» abarca también la laboral, la disipa el propio Convenio al regular en sus artículos 5.1 y 17, párrafo último, la competencia «en materia de contratos individuales de trabajo».

No cabe ignorar que el Convenio de Bruselas, de obligada aceptación en su tiempo por todos los Estados que se convertían en miembros de la Comunidad Europea (artículo 63 del Convenio), ha sido sustituido por el Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas-I) «relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil» (*DOCE* de 16 de enero de 2001). Con ello las previsiones del Convenio han pasado a integrarse formalmente en el acervo comunitario, en el que ya lo estaban *de facto,* dado el contenido de sus disposiciones finales, que regulan su vinculación y reconocen que el Convenio tiene como base jurídica el artículo 220 del Tratado de Roma, y la decisión de sus signatarios, manifestada a través del Protocolo de 29 de noviembre de 1997 (*DOCE* de 26-1-1998), de establecer que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fuera competente para interpretarlo. Pero es evidente que dicho Reglamento no es de aplicación al caso por meras razones temporales, puesto que la demanda de origen de estos autos se presentó el día 23 de marzo de 2001 y aquél no entró en vigor (artículo 76) hasta el 1 de marzo de 2002.

III. El Convenio de Bruselas establece un fuero general, único y excluyente: el del domicilio del demandado sito en el territorio de la Comunidad Europea, al que se circunscribe su ámbito espacial. A tal efecto, su artículo 2 dispone que: «salvo lo dispuesto en el presente Convenio, las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Dicha previsión se corresponde con la preocupación manifestada por los países signatarios en su preámbulo de «fortalecer en la Comunidad la protección jurídica de las personas establecida en la misma» (así lo recuerda el TJCE en sentencia de 13-7-1993 y con la creencia de que es en el Estado de su domicilio donde mejor podrá defenderse el demandado. El fuero del domicilio del demandado es pues vinculante, salvo en los supuestos excepcionales previstos en los artículos 5.1 (competencias especiales, con fueros electivos para el demandante) y 16 (competencias exclusivas con diversos fueros obligatorios) que no son de interés para el debate.

IV. Además, el citado fuero general se impone necesariamente en su ámbito, cualquiera que sean los elementos de extranjería que confluyan en la controversia. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea lo ha interpretado ya así en relación con la nacionalidad y el domicilio del demandante en un país no comunitario, en sus sentencias de 27-1-2000, nº C-8/1998 (apartado 19) y 13-7-2000, nº C-412/1998 (apartados 43, 54 y 55). Y otro tanto cabe afirmar respecto del lugar de celebración del contrato o de prestación de servicios.

Consiguientemente el Convenio de Bruselas resulta aplicable al presente caso, aunque los demandantes sean de nacionalidad colombiana y residan en Colombia. Debe significarse que con la doctrina unificada que se sienta en este punto, se modifica la de distinto signo que establecieron las Sentencias de 29 de septiembre y 20 de noviembre de 1998 (recs. 4796/1997 y 940/1998).

V. De lo expuesto se sigue que el artículo 25.1 de la LOPJ cede ante el Convenio Bruselas. Y que los fueros alternativos que dicho precepto establece (lugar de prestación de servicios, lugar de celebración del contrato y nacionalidad española de ambas partes contratantes) sólo son válidos fuera del ámbito material y espacial de dicho Convenio. La ya citada Sentencia del TJCE de 13-7-2000 recuerda (apartado 50) que «el artículo 3, párrafo segundo, del Convenio prohíbe al demandante invocar frente al demandado domiciliado en un Estado contratante las reglas de competencia nacionales basadas principalmente en el domicilio o la residencia del demandante».

Es cierto que el artículo 25.1 de la LOPJ, que como señala la doctrina está inspirado en dicho Convenio, incluye también el fuero del domicilio del demandado, de modo que se habría alcanzado la misma solución para el caso, en el supuesto de que hubiera podido ser aplicado; y eso es, en definitiva lo que advierte la sentencia referencial, sin perjuicio de resolver, como era obligado, de acuerdo con el Convenio de Bruselas.

VI. De otro lado la sentencia referencial recuerda, que «el artículo 17 del Convenio restringe los pactos de fuero o convenios atributivos de competencia en materia de contratos individuales de trabajo, exigiendo para su validez o bien que tales pactos o convenios 'sean posteriores al nacimiento de litigio', o bien que los mismos sean invocados 'ante otros tribunales del domicilio del demandado o del que se indica en el punto 1 del artículo 5' (lugar de prestación de servicio o aquel en que hubiera estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador, siempre uno u otro estén 'en otro Estado contratante', que no es el caso). Y también que las reclamaciones derivadas del contrato de trabajo no se encuentran en la lista del art. 16 de 'competencias exclusivas' que se rigen por otros fueros».

La cláusula expresa de sumisión a los Tribunales de Colombia opuesta por el Ministerio demandado, carece pues de eficacia ya que no se pactó en las condiciones que el Convenio autoriza, sino que se incluyó inicialmente en los contratos de trabajo de los demandantes.

CUARTO: Conclusión obligada de cuanto queda dicho es la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda planteada, puesto que el demandado Ministerio español de Educación y Ciencia tiene su domicilio en Madrid.

Así lo declaró la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid con argumentos similares a los expuestos. Y así lo reconoce también, expresamente, la sentencia ahora recurrida en casación unificadora, bien que con apoyo en el artículo 25 de la LOPJ, cuando la cuestión competencial debió resolverse a la luz del Convenio de Bruselas, que es el aplicable. Sin embargo, la sentencia no concluye ahí su razonamiento, sino que a continuación señala que la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente su artículo 58 en relación con el 55 y con el 10.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, permite afirmar la validez de la cláusula expresa de sumisión a los Tribunales de Colombia, aunque sea previa al conflicto y coetánea con la contratación.

Incurre con ello en el error de integrar en uno solo, dos pasos o momentos en la delimitación del fuero, que son sucesivos y claramente diferenciados. En primer lugar, procede decidir si los tribunales españoles tienen competencia internacional para conocer del asunto; en el segundo, subsidiario del primero, precisar, si es que se plantea ese tema, qué

concreto tribunal español es el competente por razón del territorio para conocer de la cuestión planteada. Los artículos 50 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.1 de la de Procedimiento Laboral, carecen de toda virtualidad y eficacia para resolver el primero, esto es para determinar la competencia judicial internacional; y son sólo válidos para, una vez declarado que los tribunales españoles la tienen, identificar el tribunal competente para resolver. Cuestión esta última que, por cierto, no hubiera podido abordar la Sala de Suplicación, pese a citar los preceptos que la resuelven. Ni de oficio, porque la demanda fue planteada ante los Tribunales de Madrid, donde tiene su domicilio el Ministerio demandado (artículo 51 de la LECiv), y no era aplicable, por lo ya dicho, el artículo 55 que limita su eficacia a los pactos de sumisión territorial interna (artículos 55 y 57). Ni de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 59, porque el Ministerio no planteó en ningún momento que los Tribunales de Madrid carecieran de competencia territorial interna para resolver.

Procede por tanto, oído el Ministerio Fiscal, resolver según las previsiones del artículo 226.2 de la LPL. Lo que implica estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto; casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Madrid; resolver el recurso de suplicación planteado en su día por el Ministerio de Educación y Cultura declarando la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda; y anular y retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia recurrida, para que por dicha Sala se dicte una nueva entrando a conocer de la pretensión litigiosa. Sin costas (artículo 233.1 de la LPL).

* * *

**NOTA:** El presente recurso de casación para la unificación de doctrina aborda de nuevo la competencia de los Tribunales españoles cuando se trata de prestación de servicios en organismos públicos españoles en el extranjero.

La fundamentación jurídica que el Tribunal Supremo lleva a cabo en esta Sentencia, en estas líneas extractada, es suficientemente expresiva y clara, por lo que resulta innecesario realizar comentario detallado de la misma. Sí conviene dejar sentado que la sentencia viene a sumarse a una línea jurisprudencial contraria a la habitual negativa de la jurisprudencia española a reconocer validez a los pactos de sumisión sobre la base del artículo 25 de la LOPJ.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
***Fecha:*** 14 de enero de 2003.
***Recurso de Suplicación:*** 4220/2003.
***Ponente:*** D. José Hersilio Ruiz Lanzuela.
***Voz:*** Extranjeros: falta de permiso de residencia y trabajo. Reclamación de cantidad. Excepción de incompetencia de jurisdicción: Desestimación.

"ÚNICO: Contra la sentencia de instancia que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, recurre la demandante y al amparo del artículo 191.c) de la LPL denuncia infracción de los artículos 9.2 y 9.5 de la LOPJ y artículo 1 y 2 de la LPL.

La cuestión debatida se reduce a determinar si al carecer la recurrente de permiso de residencia y trabajo es competente esta jurisdicción laboral para conocer de la reclamación de cantidad planteada. La cuestión planteada fue ya resuelta por esta Sala en Sentencia de 30/9/2002 al señalar que «el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 8/20 [sic] de 22 de diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social señala que 'Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberá obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero'.

De manera que la carencia de permiso de trabajo por el actor no invalida el contrato de trabajo habido entre las partes de la litis ni puede limitar los derechos del trabajador».

El Ministerio Fiscal, en su informe recoge esta sentencia y al igual que la Sala, entiende que la competencia para conocer de la presente litis corresponde a la jurisdicción laboral, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la LPL.

Por ello procede estimar el recurso, revocar la sentencia y declarar que la competencia para conocer de la presente litis corresponde a la jurisdicción laboral."

* * *

**NOTA:** Los hechos de los que trae su causa la presente sentencia son, sumariamente, los siguientes: la actora, que carecía de permiso de residencia y de trabajo, había venido prestando servicios en el hogar familiar desde el 1 de junio de 2000 y presenta demanda en reclamación de cantidad por partidas salariales adeudadas. La parte demandada excepciona incompetencia de la jurisdicción social sobre la base de la carencia de las correspondientes autorizaciones administrativas para trabajar; la excepción fue estimada en instancia, contra cuya sentencia recurre la demandante al amparo del artículo 191.c) de la LPL denunciando la infracción de los artículos 9.2 y 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 de la LPL.

Durante tiempo, la cuestión debatida ha sido determinar si en el contrato de trabajo suscrito por el extranjero sin el preceptivo permiso de trabajo se estaba en presencia de una relación social, es decir, ante una relación que, en caso de devenir patológica, daría lugar a acciones que debiera conocer el orden jurisdiccional social. Aunque con alguna discrepancia –por ejemplo, la STSJ Castilla y León de 30 de enero de 1992, en la que se declara que la "jurisdicción [social] no es competente para conocer de la reclamación objeto de este juicio pues la demandante no ostenta el carácter de trabajadora a los efectos prevenidos en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores" por carecer del preceptivo permiso de trabajo–, mayoritariamente la doctrina judicial venía declarando que era al orden jurisdiccional social al que le correspondía conocer aquellas acciones porque con independencia de la validez, o en su caso ineficacia del contrato de trabajo, la relación jurídica surgida por la prestación de servicios era de carácter laboral si reunía los requisitos configurados en el artículo 1 del ET (SSTS Madrid de 3 de noviembre de 1989 y Cataluña de 20 de enero de 1995, entre otros).

La relevancia de la sentencia que ahora se reseña estriba en que a igual conclusión se llega fundamentándose en el artículo 36.3 de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000, en cuya virtud "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Y es que como hemos insistido en varias ocasiones, esta opción legislativa abre la puerta a una interpretación que no conduzca necesariamente a la nulidad del contrato suscrito por el extranjero sin la autorización administrativa para trabajar correspondiente pero necesita del complemento de la doctrina judicial y jurisprudencial para determinar el verdadero sentido y alcance de tan amplia previsión.

# PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

***Tribunal:*** Tribunal Supremo.
***Fecha:*** 18 de junio de 2003.
**Recurso de Casación:** 1561/1999.

*Ponente:* D. Rodolfo Soto Vázquez.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"El segundo y tercer motivos se limitan a discurrir sobre hipótesis hasta cierto punto contradictorias. Efectivamente: se pretende en el primero de ambos que la decisión de la Administración es correcta desde el momento en que se señalaba en el INEM que existían 5.140 solicitudes de empleo para cocineros en la provincia de Valencia y que ningún indicio podía apuntar a que se necesitase precisamente un cocinero que estuviese especializado en cocina china, que es precisamente el motivo que indujo a la revocación de la decisión administrativa.

Desde el momento en que ya ha quedado indicado que sí se especificaba en la demanda las características especiales del puesto ofrecido, ello basaría para desestimar el motivo de casación, que se basa precisamente en esa afirmación errónea. A ello añadiremos, no obstante, que tampoco el resto de los razonamientos en que se apoya el motivo puede estimarse suficiente para invalidar los de la sentencia de instancia, negando que pudiese sobreentenderse que se solicitaba un cocinero con conocimientos y experiencia en comida china, ya que el restaurante estaba situado en España. No hemos de referirnos aquí solamente a la proliferación en nuestro país de restaurantes de esta clase; si tanto el solicitante como el designado cocinero tienen la nacionalidad china, no puede considerarse aventurada la suposición de que ese será el tipo de comida para el que se busca el empleo.

La sentencia ha estimado la demanda basándose en que no es suficiente para denegar un permiso de trabajo como cocinero especialista en menús chinos, la circunstancia de que la Administración argumente que existe un gran número de solicitantes de un puesto de trabajo como cocinero, sin mayores precisiones. Y al hacerlo así coincide con la doctrina ciertamente sentada por esta Sala, no solamente en las Sentencias de 7 de diciembre de 1990 (sic) sino también en las de 30 de octubre y 4 de diciembre de 2002, 27 de enero, 11 de febrero y 20 de marzo de 2003, que representan un criterio consolidado en la materia.

En cuanto al tercer motivo se limita, por una parte, a reiterar lo ya expresado en anteriores alegaciones sobre la falta de constancia en el proceso de la especialidad culinaria mencionada, y por la otra a apuntar la posibilidad de que entre los 5.140 solicitantes pudiese haber algún otro asimismo especializado en comida china. Ya ha quedado desvirtuado el primer argumento; en cuanto al segundo, no es una mera hipótesis teórica argumento suficiente para invalidar la sentencia recurrida."

*Tribunal:* Tribunal Supremo.
*Fecha:* 10 de junio de 2003.
*Recurso de Casación:* 883/1999.
*Ponente:* D. Juan Antonio Xiol Ríos.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"TERCERO: De la jurisprudencia se desprende –por todas, además de las citadas en el escrito de oposición al recurso de casación, la más reciente de 30 de abril de 2003 y, con referencia a un caso de conocimiento de idiomas para desempeñar funciones de mozo de almacén en una empresa de importación y exportación, la de 27 de enero de 2003– la necesidad –bajo el régimen de la Ley Orgánica 7/1985 y su Reglamento– de contemplar las circunstancias de cada caso, según la prueba practicada, que puedan privar a la existencia de trabajadores españoles demandantes del empleo de virtualidad como circunstancia obstativa de la concesión de un permiso de trabajo a un extranjero.

Así ocurre cuando el peticionario o interesado ostenta cualidades laborales, especiales conocimientos u otras condiciones de particular adecuación al puesto de trabajo solicitado en virtud de

especialización laboral o relación de confianza con el empleador en puesto de trabajo que la exija.

CUARTO: La sentencia impugnada no infringe esta interpretación cuando recoge que la empresa recurrente solicitó el permiso para un ciudadano checo con el objeto de contratarlo como auxiliar administrativo en una empresa de consignaciones, en la cual, debido a las múltiples relaciones mercantiles que mantiene con empresas y particulares con la entonces Checoslovaquia, era necesario contar con un auxiliar administrativo que conociera de forma hablada y escrita el idioma checo; que, solicitado el permiso, la Dirección Provincial recabó informe del INEM y este organismo informó que no existían demandantes de empleo inscritos con conocimiento del idioma checo; de donde concluye que parece plenamente justificado el perfil buscado por la empresa recurrente que incluía la referencia al idioma checo, acreditada documentalmente en autos, y que en tal situación no había demandantes de empleo inscritos que impidiesen el otorgamiento del permiso de trabajo solicitado.

QUINTO: No puede aceptarse la alegación de que en el INEM las profesiones se determinan por categoría profesional y no por especialidades, por lo que no se cuenta con datos sobre conocimiento de idiomas.

La Abogacía del Estado cita el artículo 51.1.a) del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, según el cual no será necesario el informe del INEM cuando la autoridad laboral disponga, directamente o a través de los organismos competentes, de la pertinente información sobre la situación de empleo, detallada por áreas geográficas, actividades económicas y grupos de ocupaciones. La norma citada sobre la elaboración del informe que puede solicitarse del INEM tiene un carácter instrumental y descriptivo y es insuficiente para justificar la irrelevancia de los datos necesarios para concretar el perfil de un trabajador que puedan ser significativos para caracterizar la actividad desempeñada desde el punto de vista ocupacional.

La necesidad de tener en cuenta estos datos viene impuesta por las normas citadas como infringidas, que, al determinar los requisitos para el otorgamiento o la denegación de permisos de trabajo a extranjeros, se refieren de manera sustantiva e irrestricta, como causas impedientes del otorgamiento del permiso de trabajo a favor de un ciudadano extranjero, a «la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante» [artículo 18.1.a) de la Ley Orgánica 7/1985 o al hecho de que «lo desaconseje la situación nacional del empleo» [artículo 37.4 a) del Reglamento].

Estas normas, interpretadas en su conjunto, como ha venido declarando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, imponen la necesidad de tener en cuenta cualesquiera datos relevantes para la debida caracterización del perfil del puesto de trabajo desde el punto de vista ocupacional. Por otra parte, resulta evidente que la función propia de los organismos públicos de empleo de atender las ofertas y demandas de trabajo impone su consideración y tratamiento administrativo y estadístico en la forma que se estime más adecuada.

SEXTO: Tampoco puede aceptarse que los especiales conocimientos lingüísticos del trabajador en cuyo favor se solicita el permiso no hayan quedado suficientemente demostrados.

La apreciación en tal sentido de la sentencia de instancia pertenece al terreno de la valoración de la prueba a ella reservada, y la conclusión obtenida no aparece como arbitraria o inverosímil, por lo que no puede ser revisada en casación.

SÉPTIMO: En virtud de lo hasta aquí razonado procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto y condenar en costas a la parte recurrente. Así lo impone el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, hoy derogada. Esta Ley es aplicable al caso en virtud de lo ordenado por la

disposición transitoria novena de la Ley 29/1998, de 13 de julio."

*Tribunal:* Tribunal Supremo.
*Fecha:* 1 de abril de 2003.
*Recurso de Casación:* 2478/1998.
*Ponente:* D. Juan Antonio Xiol Ríos.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"TERCERO: La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, aplicable a este proceso por razones temporales, prevé en el artículo 18.1.a) como una de las circunstancias que se apreciarán para la concesión y renovación del permiso de trabajo a extranjeros «La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante».

El Reglamento de ejecución de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, a su vez, establece en el artículo 76.I.1.a) que para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta ajena se tomarán en consideración, entre otros elementos, la insuficiencia o escasez de mano de obra en la profesión, actividad y zona geográfica para las que se solicite el permiso.

Añade en el artículo 76.I.2 que la autoridad competente podrá exigir al empleador que solicite un permiso para un trabajador extranjero la justificación de que ha solicitado demandantes de empleo a los servicios públicos de colocación, así como que ha dado publicidad a su oferta.

CUARTO: Estos preceptos deben ser interpretados en el sentido de que, salvo que concurran especiales razones dignas de ser tenidas en cuenta –como las preferencias que la propia Ley establece o circunstancias de especialización en el trabajo o arraigo del trabajador para el que se solicita el permiso– la existencia de trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad para el que se solicita aquél en la zona geográfica correspondiente dispuestos a aceptar la ocupación ofrecida faculta a la Administración para denegar el permiso de trabajo solicitado a favor de un extranjero.

QUINTO: Para comprobar dicha circunstancia la Administración laboral, si carece de los datos necesarios, debe solicitar los informes oportunos de los organismos oficiales encargados de gestionar la oferta de empleo y dispone de la facultad de exigir del empleador solicitante justificación de que acudió a ellos o realizó su oferta con publicidad si resulta necesario para demostrar la inexistencia de trabajadores en paro que, aun cuando puedan no estar obligados a aceptarla, estén dispuestos a cubrir el puesto de trabajo ofrecido.

Esta facultad de la Administración supone implícitamente el deber del empleador de asegurarse de que los trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad y zona geográfica afectada aptos para desempeñar el trabajo ofrecido no están dispuestos a aceptar su oferta.

Por zona geográfica no debe entenderse solamente el municipio en que radique la ocupación ofrecida, puesto que los habitantes de otros municipios, aun no estrictamente obligados a aceptar la oferta de empleo, pueden estar dispuestos a cubrirla, por lo que es menester asegurarse de que esta circunstancia no concurre respecto de los trabajadores desocupados en la zona geográfica a la que se refiera su inscripción.

SEXTO: La Sala de instancia no se atiene a esta interpretación cuando afirma que debe entenderse por zona geográfica no la provincia en su totalidad, sino el municipio o municipios colindantes –mientras que los trabajadores desocupados potencialmente aptos para cubrir el puesto de trabajo figuran inscritos en la provincia de Segovia–; y que, al no haber exigido con anterioridad que se realizase la petición de trabajadores a los órganos públicos de

contratación, la autoridad laboral no puede fundamentar la resolución denegatoria en el incumplimiento de este requisito –cuando la norma permite exigir esta justificación *a posteriori*, si resulta necesaria en los términos que se han expuesto–.

SÉPTIMO: Procede por ello casar la sentencia recurrida. Esta conclusión hace innecesario examinar el segundo motivo de casación.

OCTAVO: El artículo 102.1.3º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, aplicable a este proceso por razones temporales, dispone que en determinados casos, entre los que se encuentra el de estimación del recurso de casación por alguno de los motivos deducidos al amparo del artículo 95.1.4º de la citada Ley, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

En el caso examinado se observa la existencia, acreditada por el INEM, de numerosos trabajadores en paro en el sector agrícola-ganadero en la provincia de Segovia, que deben estimarse en principio como aptos para desempeñar la actividad de cuidado de ganado, para la que no se especifica exigencia alguna de especialidad –incluso se solicita el permiso para un trabajador del que figuran antecedentes como electricista–.

No consta que aquéllos no estén dispuestos a aceptar la oferta de empleo formulada por la empresa solicitante, pues ésta no ha acreditado que haya acudido a los servicios públicos de ocupación en solicitud de trabajadores dispuestos a cubrirla, ni que haya formulado su oferta con publicidad.

NOVENO: Los argumentos utilizados por la parte recurrente en su defensa son insuficientes para demostrar la improcedencia del actuar administrativo.

Por una parte, el cómputo del número de trabajadores inscritos en el ámbito de la provincia parece adecuado al hecho de que los desocupados puedan estar interesados en desempeñar su trabajo en un municipio distinto del de su residencia, y nada dicen en contra de ello las circunstancias propias de la actividad de cuidado de ganado ovino y bovino.

Por otra parte, la actividad de cuidador de ganado no exige en principio especialización alguna y, aun cuando así fuera, la parte recurrente reconoce la existencia de cuatro pastores en la provincia de Segovia inscritos en el paro, a los cuales no se ha ofrecido el empleo, suponiendo que no les interesará en el municipio afectado, pero sin comprobación alguna de esta circunstancia.

DÉCIMO: Procede, en consonancia con lo razonado hasta aquí, desestimar el recurso interpuesto por don A.E.H. representado y defendido por el letrado don D.P.I. contra resolución de 19 de septiembre de 1996 de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo en Segovia por la que se desestima solicitud de permiso de trabajo tipo «b» formulada por la empresa «H.A.A.SL» a favor del recurrente."

***Tribunal:*** Tribunal Supremo.
***Fecha:*** 20 de marzo de 2003.
***Recurso de Casación:*** 11351/1998.
***Ponente:*** D. Mariano Baena del Alcázar.
***Voz:*** Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"PRIMERO: Se refiere la materia de este proceso de casación a la conformidad a derecho de una Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que se pronuncia sobre un acto administrativo de denegación de permiso de trabajo y residencia a un ciudadano extranjero. Pues por una determinada señora, en nombre y representación de un restaurante indio, se realizó oferta nominativa de trabajo a favor de un cocinero indio, el cual había solicitado permiso de residencia en nuestro país. La oferta se llevó a cabo dentro del marco del Acuerdo del Consejo de Minis-

tros aplicable, dictado para regularizar la situación de los trabajadores extranjeros en España. Por resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma se denegó el permiso de residencia, y por otra resolución de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se denegó el permiso de trabajo. Ante ello, tanto la señora que había realizado, oferta nominativa de trabajo como el ciudadano indio, interpusieron separadamente recurso contencioso-administrativo.

Tras recordar la acumulación de ambos recursos el Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia con fallo estimatorio de uno y otro, declarando el derecho del ciudadano indio a obtener los permisos de trabajo y residencia.

Para ello el Tribunal *a quo* sigue fielmente la doctrina de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990, en la que se resolvía sobre un problema análogo a propósito del permiso de trabajo de un cocinero chino. Esta sentencia [...] se pronunciaba por tanto en el sentido de valorar la especialidad del puesto, no considerando motivo bastante para la denegación del permiso de trabajo la existencia de españoles en paro en el sector. Por ello, siempre según la sentencia citada, debe otorgarse permiso de trabajo cuando no se ha probado que un español en paro tenga conocimientos suficientes para elaborar una cocina china con una perfección aceptable.

A más de recoger y seguir esta doctrina el Tribunal Superior de Justicia declara que, si bien se ha acreditado la existencia de españoles en paro en el sector y en la provincia, no se ha especificado si alguno de los cocineros en desempleo era especialista en cocina india. En consecuencia se estiman los recursos acumulados interpuestos.

SEGUNDO: Contra esta Sentencia recurre el Abogado del Estado en la representación que le es propia, invocando un solo motivo al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional en su redacción aplicable. Comparecen como recurridos los actores demandantes ante el Tribunal Superior de Justicia que obtuvieron Sentencia favorable al mismo.

En el único motivo que se invoca se alega infracción del ordenamiento jurídico, y en concreto de los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, aplicables por regular la materia de extranjería.

La argumentación que se mantiene es que desde luego debe valorarse la existencia de españoles en paro en la actividad de que se trate, y que la autoridad que deba resolver solicitará informe del Instituto Nacional de Empleo. Entiende el representante procesal de la Administración que la normativa que regula los extremos citados se ha infringido por la sentencia, pues la Administración no está obligada a averiguar cuál es la especialidad de todos y cada uno de los españoles en desempleo en el sector. Se argumenta que según el artículo 51 del reglamento aplicable la información ha de referirse sólo a los españoles en paro según las distintas áreas geográficas, la actividad económica, y los grupos de ocupación. En el caso estudiado el informe de los Servicios de Empleo podía acreditar únicamente estos datos, y lo cierto es que existían sobradamente en la provincia desempleados en el sector aunque no se hubieran especificado los respectivos puestos de trabajo en la actividad de cocina como elemento de restauración.

Según el Abogado del Estado ello es bastante para que fuera ajustado a derecho denegar el permiso en su día, pues de lo contrario sería suficiente alegar unos conocimientos que supusieran cierta especialización aunque no se hubieran probado, lo que supondría frustrar o vulnerar la finalidad de los preceptos aplicables.

No obstante, la Sala no puede acoger esta argumentación y ha de seguir la doctrina contenida en nues-

tra reciente Sentencia de 13 de febrero de 2003, por lo que procede no acoger el motivo y desestimar el recurso. Pues, según declaramos en la sentencia que acaba de citarse, por reiterada jurisprudencia que se contiene, no sólo en la Sentencia de 7 de diciembre de 1990 sino en otras posteriores de las que son muestra las de 30 de octubre y 4 de diciembre de 2002 y 27 de enero de 2003, se viene declarando que no es motivación suficiente para denegar un permiso de trabajo que existan españoles en paro en el sector, sino que debe demostrarse que estos españoles pueden ocupar o desempeñar el puesto de trabajo concreto, bien por estar cualificados para ello, bien por no ser necesaria una cualificación especial.

En el supuesto estudiado la sentencia que se impugna se fundamenta en la anterior doctrina y entiende que no ha sido probado que existan españoles desempleados especialistas en cocina india. El Abogado del Estado no desvirtúa esta argumentación, pues las alegaciones que realiza se refieren a criterios de organización interna y pautas de trabajo del Instituto Nacional de Empleo, que no constituyen de por sí razonamientos jurídicos en virtud de los cuales debamos modificar nuestra doctrina jurisprudencial."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León/Burgos.
*Fecha:* 30 de mayo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 340/2002.
*Ponente:* Dña. Begoña González García.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia Castilla y León/Burgos.
*Fecha:* 30 de mayo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 373/2002.
*Ponente:* Dña. Begoña González García.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"QUINTO: Llegado a este punto, hemos de valorar la siguiente cuestión, que la empresa rechaza los 19 candidatos enviados por la oficina, para aceptar el candidato extranjero basándose en una comunicación de falta de idoneidad respecto de los candidatos nacionales. Así las cosas, no se puede aceptar la mera consideración sin más de falta de idoneidad, cuando no viene justificada por una explicación y otros elementos con los que valorar si la decisión es o no arbitraria; prueba de la que carecemos por completo en este juicio; pues de esta manera se deja al arbitrio unilateral de empresario la oferta de trabajo nacional, y pierden su objeto los artículos antes citados, que tratan de defender preferentemente a los trabajadores españoles; porque de lo que no nos cabe duda es que la colocación de pladur es una técnica sencilla al alcance de cualquier trabajador dentro de los parámetros medios del oficio de la albañilería, y por tanto si el empresario sólo consideraba idóneo al extranjero tendría que haber probado por qué. Y es que, en el presente caso, tampoco se ha demostrado que el extranjero solicitante ostentara mejores cualidades profesionales demostrativas de una cualificación especial para el puesto de trabajo desempeñado, para cuyo desempeño existían trabajadores españoles con la cualificación profesional exigida."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia Murcia.
*Fecha:* 30 de mayo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 353/2001.
*Ponente:* D. José Abellán Murcia.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"PRIMERO: Procede desestimar el recurso, pues de cuanto obra en el expediente administrativo, así como de la prueba practicada en estos autos, resulta que la parte recurrente no ha podido desvirtuar los hechos que determinaron la denegación del per-

miso de trabajo por él solicitado, cual el de hallarse inscritos en las Oficinas de Empleo del INEM demandantes de empleo para la actividad en la que sería empleado el trabajador migrante, ahora recurrente.

En efecto, la actividad laboral que desarrollaría el actor en la empresa que le ofrece trabajo no es otra que la propia de peón agrícola o trabajadora agrícola, que comprende todos aquellos trabajos relacionados con la agricultura que no precisen de una cualificación especial. No existiendo la denominación de "recolector" en el sector agrícola, por lo que las tareas propias de este oficio lo son también de las de peón o trabajador agrícola.

Y como al tiempo de la solicitud de permiso de trabajo había inscritos en las Oficinas del INEM como demandantes de empleo para trabajos de peón agrícola 789 personas en la provincia y 8 en la pedanía en EL Real, que es donde se encuentra la finca en que han de realizarse los trabajos ofertados, es indudable que la resolución que le deniega el permiso de trabajo es ajustada a Derecho, al aplicar correctamente lo dispuesto en el artículo 82.1.1º del entonces vigente Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 (R.D. 155/1996, de 2 de febrero)."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia Andalucía/Granada
*Fecha:* 14 de abril de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1567/1997.
*Ponente:* D. José Antonio Santandreu Montero.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"OCTAVO: No mejor suerte va a merecer su alegato contra la denegación del permiso de trabajo porque existían trabajadores españoles inscritos como demandantes de empleo en condiciones de cubrir el puesto de trabajo interesado. En efecto, el artículo 18.1 de la LO 7/1985, preceptúa para conceder y renovar los permisos de trabajo que se aprecie la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante, así como la insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en la que se pretenda trabajar, en similar sentido el artículo 76 de su Reglamento. No apreciamos ninguna tendenciosidad en el actuar de la Dirección Provincial cuando solicitó al INEM primero el informe sobre el puesto de «casero de finca rústica», y más tarde otro sobre «tareas agrícolas». Y ello porque según refleja el informe del INEM «en la clasificación nacional de ocupaciones no figura la denominación de casero de finca rústica por lo que no es posible determinar si existen demandantes de empleo inscritos que puedan desempeñar un puesto de trabajo de las características de casero de finca rústica». A la vista de este primer informe, del que no se cuestiona la veracidad de su contenido, se emite un segundo, en el que se indica la existencia de trabajadores españoles desempleados inscritos como demandantes de empleo para cubrir un puesto de casero. En el proceder descrito no detectamos ningún vicio que lastre su legalidad, de ahí la procedencia de desestimar también este motivo, y, en consecuencia el recurso origen del presente procedimiento."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
*Fecha:* 4 de abril de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 718/2001.
*Ponente:* D. Juan Luis Ibarra Robles.
*Voz:* Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: Situación nacional de empleo.

"En el momento de la incoación del procedimiento administrativo 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 permiso inicial de trabajo por cuenta ajena, venía desarrollado en los tres elementos de toma en consideración descritos en el artículo 76.I.1 del Real

Decreto 155/1996, de 2 de febrero. En cuya virtud, los elementos a considerar, en los supuestos del régimen general no afectados por excepciones, eran los de: a) Insuficiencia o escasez de mano de obra en la profesión, actividad y zona geográfica para la que se solicite el permiso; b) Inexistencia de trabajadores españoles, comunitarios o extranjeros residentes legalmente en España, inscritos como demandantes del empleo en la zona geográfica correspondiente y en la actividad solicitada; c) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

La resolución recurrida deniega la solicitud del permiso inicial de trabajo por cuenta ajena a favor de la recurrente, con fundamento en la existencia en el territorio Histórico de Guipúzcoa de un número importante de personas inscritas como demandantes de empleo en la actividad de empleados domésticos.

La prueba practicada en el proceso ha confirmado la apreciación fáctica sobre la que se sustenta la resolución administrativa recurrida. En concreto, por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo se informa que, al 31 de diciembre de 2000, el total de demandantes en la ocupación de empleados de hogar en el territorio Histórico de Guipúzcoa era de 579 personas y de 26 personas en la ocupación de asistencia en servicio doméstico; siendo el origen de la demanda mayoritariamente de personas de nacionalidad española.

Frente a ello, se sostiene por la parte recurrente que la información no se refiere a ofertas de empleo condicionadas por la exigencia de pernoctar en el domicilio del empleador. Siendo ello cierto, no lo es menos que en la oferta de trabajo nominativa presentada a favor de la recurrente el 11 de mayo de 2000, aportada a este proceso, no se incluyó este extremo, sino que, por el contrario, se consignó que la jornada de trabajo será de veinte horas semanales, con los descansos que establece la Ley.

Sin perjuicio de lo cual, a mayor abundamiento, la afirmación de la parte actora no se compadece con el contenido del informe emitido en este proceso por la Dirección Provincial del INEM. En el mismo, se manifiesta que, de acuerdo con la información estadística referida a las condiciones de trabajo de doscientas cincuenta ofertas de empleo presentadas en el INEM, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, entre agosto de 2001 y enero de 2002, como trámite previo a la solicitud de permiso de trabajo a favor de persona extranjera, las ofertas de trabajo para personas internas con obligación de pernoctar en el domicilio del empleador fueron ciento noventa y una; en tanto que cincuenta y cuatro fueron ofertas de horario a jornada completa y cinco lo fueron para jornada a tiempo parcial. Por lo que, no habiéndose probado el error de la autoridad administrativa en la apreciación del presupuesto de hecho de la resolución recurrida, procede la desestimación del recurso interpuesto."

* * *

**NOTA:** Todas las sentencias antes reseñadas tienen como denominador común la aplicación e interpretación de la situación nacional de empleo, columna vertebral del sistema de acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios. En los números precedentes al presente de esta Revista hemos ido señalando la principal jurisprudencia que sobre esta cuestión han vertido nuestros Tribunales, y allí hemos ido sentando nuestra posición al respecto. No procede ahora sino insistir en que desde ya hace algún tiempo se vienen sucediendo diversas resoluciones jurisprudenciales que vuelven a fijar los límites de la actuación de la Administración a la hora de apreciar la situación nacional de empleo, recordando que no es admisible la referencia genérica a la misma, ni la constatación de excedentes de mano de obra nacional, comunitaria o no comunitaria residente legal, como base para denegar un permiso de trabajo, sino que es preciso que se demuestre la competencia precisa para el desempeño de la profesión, que se reúnan las condiciones requeridas por

la empresa ofertante y que se manifieste el deseo de ocupar el puesto de trabajo ofrecido.

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
*Fecha:* 7 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 2372/2000.
*Ponente:* Dña. María Abelleira Rodríguez.
*Voz:* Proceso de regularización extraordinaria 2000-2001.

"TERCERO: El procedimiento para la regularización de extranjeros previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, regulado en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, define un ámbito personal de aplicación que sin duda incluye a la parte recurrente y exige unos requisitos objetivos para poder acogerse al mismo: 1º.- encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación, 2º.- haber sido titular de un 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 y 3º.- no estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 49.g) y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas con base en la Ley Orgánica 7/1985, y su Reglamento de ejecución, y no tener prohibida la entrada en territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito; ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones.

Como no puede ser de otro modo, este procedimiento se sujeta a un plazo (del 1 de marzo de 2000 al 31 de julio de 2000) y a determinados requisitos formales: a) documentación a aportar (artículo 3 del RD 239/200) y b) seguimiento del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, salvo las especialidades previstas en el Real Decreto 239/2000, y siempre que no contradiga el contenido de la Ley Orgánica 4/2000 (artículo 4 RD 239/2000).

En el presente caso del examen del expediente administrativo consta acreditado que el recurrente solicitó permiso de trabajo como peón especialista rebabador para la empresa «R.A.A. SL» el 17 de mayo de 2000 ( folio 4, 5 y 6 del expediente), por lo que claramente no se cumple el específico requisito de haberlo solicitado antes del 31 de marzo de 2000, a pesar del documento mencionado por el recurrente como nº 8 del expediente, ya que éste únicamente acredita que el recurrente acudió a la sede de la empresa el mes de marzo de 1999, solicitando un puesto de trabajo, no pudiendo acceder a su petición por no disponer de documentación en regla en España.

CUARTO: En cuanto a las restantes pretensiones formuladas por el recurrente de forma subsidiaria, únicamente queda enmarcar el objeto del proceso y de control jurisdiccional en la Resolución de 25 de octubre de 2000 por la que se deniega el permiso de trabajo al no cumplir con los requisitos reglados para la regularización, por lo que las restantes alternativas no siendo materializadas en una decisión administrativa que controlar en cuanto a su forma, procedimiento, fondo y, en definitiva, legalidad, no procede análisis alguno en cuanto a su procedencia. El recurrente debe solicitar su regularización ante el Órgano competente para que una vez tramitado el procedimiento se resuelva en el sentido que proceda, en ningún caso pueden los Tribunales convertirse en Administración, pues esa no es su función."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
*Fecha:* 10 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1547/2000.

*Ponente:* D. José Manuel Pérez Clemente.
*Voz:* Proceso de regularización extraordinaria 2000-2001.

"SEGUNDO: El artículo 1º del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que se encuentren en España antes del 1 de junio de 1999 y permanezcan en forma continuada en dicha situación, los que hayan sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los tres últimos años a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado dichos permisos en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, siempre que no estén incursos en causas de expulsión o tener prohibida la entrada en territorio español. En el caso presente consta en el expediente administrativo que el recurrente, al amparo de este Real Decreto, presentó solicitud de trabajo el día 7 de abril de 2000, sin acreditar que se encontrara en España con anterioridad al día 1º de junio de 1999, ni que hubiera 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, por lo que no concurriendo en su situación ninguno de los supuestos previstos en el referido Real Decreto 239/2000 la resolución administrativa que denegó la solicitud es conforme a Derecho."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
*Fecha:* 18 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1187/2000.
*Ponente:* D. José Manuel Pérez Clemente.
*Voz:* Proceso de regularización extraordinaria 2000-2001.

"SEGUNDO: El artículo 1º del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que se encuentren en España antes del 1 de junio de 1999 y permanezcan en forma continuada en dicha situación, los que hayan sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los tres últimos años a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado dichos permisos en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, siempre que no estén incursos en causas de expulsión o tener prohibida la entrada en territorio español. La resolución inicialmente recurrida se fundamenta en que el recurrente, al amparo de este Real Decreto, presentó solicitud de permiso de trabajo el día 30 de mayo de 2000, sin acreditar que se encontrara en España con anterioridad al día 1º de junio de 1999, porque el informe de la Alcaldesa de Valle de Matamoros en el que se dice que se la había visto varias veces paseando por la localidad durante el año 1998 y que reside en Jerez de los Caballeros, no se estima suficiente para acreditar la estancia en territorio español antes de 1 de junio de 1999 y que el interesado no haya abandonado el país, por lo que no concurriendo en su situación los supuestos previstos en el referido Real Decreto 239/2000 la resolución administrativa que denegó la solicitud es conforme a la normativa entonces vigente. Todo ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder y ejercitar el recurrente por aplicación del Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que modifica los requisitos exigidos en el citado Real Decreto 239/2000, al establecer que podrán ser documentados con un permiso de traba-

jo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que hubieren presentado solicitud de regularización en virtud del procedimiento establecido mediante el Real Decreto 239/2000, hubieran sido objeto, en el procedimiento incoado en virtud de dicha solicitud, de denegación por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999, y encontrarse en España a la entrada en vigor del Real Decreto 142/2001, y que en estos casos se reexaminarán las solicitudes y si fuera preciso se requerirá al interesado para la aportación de la documentación que acredite los requisitos ahora establecidos y se resolverán favorablementes los expedientes o el recurso administrativo interpuesto."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
*Fecha:* 18 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1394/2000.
*Ponente:* D. José Manuel Pérez Clemente.
*Voz:* Proceso de regularización extraordinaria 2000-2001.

"SEGUNDO: El artículo 1 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se estableció el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que se encuentren en España antes del 1 de junio de 1999 y permanezcan en forma continuada en dicha situación, los que hayan sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los tres últimos años a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado dichos permisos en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, siempre que no estén incursos en causas de expulsión o tener prohibida la entrada en territorio español. En el caso presente consta en el expediente administrativo que el recurrente, al amparo de este Real Decreto, presentó solicitud de trabajo el día 3 de septiembre de 1999, a través de la cual se pudo constatar el hecho de haber solicitado la inscripción en el Padrón Municipal de Madrid el día 9 de marzo de 1999 pero sin acreditar de manera fehaciente que se encontrara en España con anterioridad al día 1º de junio de 1999 y haber permanecido en el país de forma continuada en dicha situación, por lo que no concurriendo en su situación los supuestos previstos en el referido Real Decreto 239/2000 la resolución administrativa que denegó la solicitud es conforme a la normativa aplicable en el momento en que se dedujo al petición. Todo ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder y ejercitar el recurrente por aplicación del Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que modifica los requisitos exigidos en el citado Real Decreto 239/2000, al establecer que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que hubieren presentado solicitud de regularización en virtud del procedimiento establecido mediante el Real Decreto 239/2000, hubieran sido objeto, en el procedimiento incoado en virtud de dicha solicitud, de denegación por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999, y encontrarse en España a la entrada en vigor del Real Decreto 142/2001, y que en estos casos se reexaminarán las solicitudes y si fuera preciso se requerirá al interesado para la aportación de la documentación que acredite los requisitos ahora establecidos y se resolverán favorablemente los expedientes o el recurso administrativo interpuesto."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
*Fecha:* 20 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1428/2000.

*Ponente:* D. José Manuel Pérez Clemente.
*Voz:* Proceso de regularización extraordinaria 2000-2001.

"SEGUNDO: El artículo 1 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que se encuentren en España antes del 1 de junio de 1999 y permanezcan en forma continuada en dicha situación, los que hayan sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los tres últimos años a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado dichos permisos en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, siempre que no estén incursos en causas de expulsión o tener prohibida la entrada en territorio español. En el caso presente consta en el expediente administrativo que el recurrente, al amparo de este Real Decreto, presentó solicitud de trabajo el día 7 de abril de 2000, sin acreditar que se encontrara en España con anterioridad al día 1º de junio de 1999, ni que hubiera 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, ya que lo único que acredita en expediente es que se encontraba empadronado en el municipio de Badajoz desde el día 4 de abril de 2000, por lo que no concurriendo en su situación ninguno de los supuestos previstos en el referido Real Decreto 239/2000 la resolución administrativa que denegó la solicitud es conforme a la normativa entonces vigente. Todo ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder y ejercitar el recurrente por aplicación del Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que modifica los requisitos exigidos en el citado Real Decreto 239/2000, al establecer que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que hubieren presentado solicitud de regularización en virtud del procedimiento establecido mediante el Real Decreto 239/2000, hubieran sido objeto, en el procedimiento incoado en virtud de dicha solicitud, de denegación por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999, y encontrarse en España a la entrada en vigor del Real Decreto 142/2001, y que en estos casos se reexaminarán las solicitudes y si fuera preciso se requerirá al interesado para la aportación de la documentación que acredite los requisitos ahora establecidos y se resolverán favorablemente los expedientes o el recurso administrativo interpuesto."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
*Fecha:* 26 de febrero de 2003
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1306/2000.
*Ponente:* D. José Manuel Pérez Clemente.
*Voz:* Proceso de regularización extraordinaria 2000-2001.

"SEGUNDO: Resulta del expediente administrativo y de la documentación incorporada a los autos que con fecha 3 de noviembre de 1998 el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales concedió al recurrente Permiso de Trabajo y Residencia con validez de un año a partir de la fecha de concesión y que antes de terminar la vigencia solicitó la renovación, que le fue denegada por resolución de 8 de octubre de 1999, interponiendo frente a la misma recurso de alzada en el que recayó resolución desestimatoria con fecha 4 de febrero de 2000. El día 1 de febrero de 2000 solicitó de nuevo permiso de trabajo y residencia pero una vez publicado el Real Decreto 239/2000, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, formuló, con fecha 24 de

marzo de 2000, solicitud de permiso de trabajo y residencia al amparo de lo establecido en este Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, que establece el procedimiento para la regularización de extranjeros, previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que practicadas las actuaciones establecidas en esta norma así como las recogidas en la Resolución del Ministerio de Presidencia y Trabajo de 20 de marzo de 2000, la Dirección del Área de Trabajo y Asuntos Sociales de Badajoz, dictó la Resolución de 5 de mayo de 2000 en la que teniendo en cuenta los medios de prueba aportados acreditaban el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa de aplicación, concedió al ciudadano don O. Permiso de Trabajo tipo b), de un año de duración, para trabajar por cuenta ajena, sin limitaciones geográficas o de sector, actividad y ocupación, condicionado a la obtención del Permiso de Residencia. Disconforme con esta resolución por entender que, conforme a la normativa vigente, debió concedérsele un permiso de trabajo y residencia más favorable, interpuso el presente recurso jurisdiccional en cuya demanda solicita que se anule la anterior resolución y se conceda el permiso tipo C) de tres años de duración o, subsidiariamente o el del tipo B) (renovado) de dos años con efectos de 1 de junio de 2000.

TERCERO: El artículo 1 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia los extranjeros que se encuentren en España antes del 1 de junio de 1999 y permanezcan en forma continuada en dicha situación, los que hayan sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los tres últimos años a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado dichos permisos en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, siempre que no estén incursos en causas de expulsión o tener prohibida la entrada en territorio español, estableciendo al efecto que el plazo de presentación de solicitudes comenzará el 21 de marzo de 2000 y finalizará el 31 de julio de 2000. El artículo 5 de este Real Decreto establece que a los extranjeros referenciados en el citado artículo 1, se les concederá alguno de estos permisos: Permiso de trabajo y residencia de tipo b) (inicial) si se pretende desarrollar actividades por cuenta ajena, y de tipo d) (inicial) si se trata de cuenta propia, y que si acreditan haber sido titulares de un permiso de trabajo y residencia, se les concederá un permiso de tipo más favorable al que hubieran tenido. En los mismos términos se pronuncia la Resolución de 20 de marzo de 2000 por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización de extranjeros, prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, y aprobado por el Real Decreto 239/2000, al establecer (4.3.1) que se concederá un permiso más favorable al que hubiere tenido permiso de trabajo y residencia [tipo b) o d)], a los que hubieren sido titulares de un permiso anterior en los tres últimos años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, siempre que el permiso solicitado sea de la misma naturaleza que el anterior acreditado.

CUARTO: En el caso presente concurren las circunstancias precisas para conceder al recurrente un permiso de trabajo y residencia más favorable al obtenido con anterioridad, porque conforme resulta de expediente administrativo estaba empadronado en el Ayuntamiento de Medellín desde el día 2 de noviembre de 1998 y además tenía permiso de trabajo y residencia tipo b) con validez hasta el 2 de noviembre de 1999, con lo cual quedaban cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 5.1 del citado Real Decreto 239/2000 y en la Instrucción Primera de la Resolución de 20 de marzo de 2000, para la obtención de un permiso de trabajo y residencia más favorable al que hubiere obtenido, es decir, los de encon-

trarse en España antes de 1 de junio de 1999, permanecer en forma continuada en dicha situación, y el de haber sido titular de permiso de trabajo y residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 e, incluso, el de haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de trabajo en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000 según resulta de las resoluciones de 8 de octubre de 1999 y 4 de febrero de 2000 que le denegaron la renovación del permiso de trabajo que tenía concedido por entender que existían dudas razonables sobre la virtualidad de la oferta de trabajo y el contrato laboral aportado."

* * *

NOTA: Como se sabe, con la entrada en vigor de la LO 4/2000 se inició un proceso extraordinario de regularización que viene a constituir el cuarto llevado a cabo durante el período democrático. No en vano, el mayor desafío al que se enfrentan los poderes públicos es solucionar la persistente presencia de extranjeros en situación irregular que ni los instrumentos legales ni los administrativos están pudiendo evitar. El RD 239/2000, de 18 de febrero es desarrollo de la disposición transitoria primera de la LO 4/2000 que habilitaba al Gobierno a llevar a cabo un proceso de regularización dirigido a: 1) extranjeros que se encontraran en España con anterioridad al 1 de junio de 1999 y hubieran permanecido de forma continuada desde dicha fecha; 2) extranjeros que hubieran disfrutado de un permiso de trabajo y/o residencia en los tres años anteriores a la entrada en vigor de la LO 4/2000 o los que lo hubieran solicitado antes del 31 de marzo de 2000; 3) solicitantes de asilo cuya petición se hubiese presentado antes del 1 de febrero de 2000 y estuviera en trámite o hubiera sido denegada; 4) familiares de los anteriores o de extranjeros residentes legalmente en España que acreditaran encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.

Los extranjeros que se acogieran a la regularización y hubiesen solicitado un permiso de trabajo y residencia, serían documentados con un permiso b) (inicial) o d) (inicial) con las siguientes peculiaridades respecto a lo que constituía normativa común en vigor (RD 155/1996): la duración del permiso era de un año y se concedía sin limitaciones de actividad ni geográficas. Si los solicitantes hubiesen sido titulares de un permiso de trabajo y residencia –irregulares *sobrevenidos*– son documentados con un permiso de tipo más favorable al anterior.

El proceso resultó a todas luces insuficiente y desigual en el territorio español, por lo que con la aprobación de la LO 8/2000, se opta por incluir no un nuevo proceso de regularización sino disposiciones que completaran el anterior. Así, el RD 142/2001 permitió documentar –no era necesario presentar una nueva solicitud– con un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia a los extranjeros que encontrándose en España a la entrada en vigor de la norma –23 de enero de 2001–, hubieran presentado solicitud de regularización al amparo del procedimiento establecido mediante el RD 239/2000, de 18 de febrero, pero se hubiera denegado por el "motivo exclusivo" de no haber acreditado el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999. Además, se preveía resolver favorablemente los expedientes en tramitación a la fecha de entrada en vigor del referido RD 239/2000 siempre que la resolución denegatoria hubiese sido recurrida por el interesado.

Los pronunciamientos judiciales antes reseñados no hacen sino resolver sobre solicitudes presentadas al amparo de los RRDD 239/2000, de 18 de febrero, y 142/2001, de 16 de febrero, incidiendo en el requisito de la acreditación de la presencia del extranjero en territorio español con anterioridad al 1 de junio de 1999, y no probándose tal extremo confirman la resolución administrativa denegatoria, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder y ejercitar los recurrentes por aplicación de la última de las normas citadas, visto que, precisamente, la misma se refiere a supuestos de denegación por el motivo exclusivo de no haber acreditado tal permanencia.

## Permiso de trabajo

Resulta significativa la STSJ Extremadura de 26 de febrero de 2003 (rec. nº 1306/2000), que resuelve favorablemente un recurso en que al extranjero se le había concedido un permiso de trabajo b) (inicial) al amparo del RD 239/2000, cuando del estricto cumplimiento de la norma le hubiese correspondido otro más favorable –B) (renovado)–.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 7 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 410/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Tribiño.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 14 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 542/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Tribiño.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 14 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 545/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Toribio.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 21 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 411/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Toribio.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 21 de febrero de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 543/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Toribio.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 3 de marzo de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 554/2002.
***Ponente:*** D. José Luis Domínguez Garrido.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 3 de marzo de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 488/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Toribio.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 3 de marzo de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 544/2002.
***Ponente:*** D. José Luis Domínguez Garrido.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

***Tribunal:*** Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
***Fecha:*** 7 de marzo de 2003.
***Recurso Contencioso-Administrativo:*** 413/2002.
***Ponente:*** D. César Tolosa Toribio.
***Voz:*** Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
*Fecha:* 21 de marzo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 412/2002.
*Ponente:* D. César Tolosa Toribio.
*Voz:* Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
*Fecha:* 21 de marzo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 577/2002.
*Ponente:* D. José Luis Domínguez Garrido.
*Voz:* Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
*Fecha:* 21 de marzo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 669/2002.
*Ponente:* D. Cesar Tolosa Toribio.
*Voz:* Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
*Fecha:* 21 de marzo de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 711/2002.
*Ponente:* D. César Tolosa Toribio.
*Voz:* Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

"SEGUNDO: La resolución administrativa impugnada, tiene su fundamento en la Circular nº 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». En la referida circular, se afirma que «En aplicación de lo establecido en el artículo 70.1.1.a) del Reglamento, las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado 'régimen general' presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, que no puedan cubrirse a través del contingente 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, podrán ser denegadas durante su vigencia, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo, ya que el Acuerdo del contingente 2002 al fijar el número de trabajadores extranjeros ya ha tenido en cuenta tanto las necesidades de mano de obra expresadas como la situación nacional de empleo».

TERCERO: No parece necesario recordar que la citada circular no puede modificar o derogar una disposición de rango superior, ni puede vincular a los Tribunales de Justicia la interpretación contenida en la misma, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio de la Administración modificar las leyes bajo el subterfugio de introducción de criterios interpretativos que van más allá del tenor expreso y terminante de la propia Ley que se pretende interpretar.

El anterior criterio aparece corroborado por lo dispuesto en el artículo 21 párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer que el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pudiera incurrir.

CUARTO: El artículo 70.1.1 del Reglamento de la Ley de Extranjería establece que «Sin perjuicio de lo establecido en otros artículos del presente Reglamento, para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta ajena se tendrán en cuenta los elementos siguientes: a) Insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de

trabajo solicitado por la empresa. b) Que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo. A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta. No obstante, a los efectos de este párrafo b), la autoridad competente para resolver sobre el permiso de trabajo podrá sustituir la exigencia de este certificado individual por una certificación genérica del servicio público de empleo, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores. Dicha certificación tendrá validez durante dos meses. Corresponde al empleador o empresario acreditar que, previo a la solicitud de permiso de trabajo inicial, ha instado la gestión de la oferta».

QUINTO: Por su parte el artículo 39 de la Ley establece, al regular el denominado contingente que: «El Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, las propuestas que le eleven las Comunidades Autónomas y previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente, siempre que exista necesidad de mano de obra, un contingente para este fin en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales. A estos efectos, las propuestas que pueden elevar las Comunidades Autónomas incluirán el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores».

SEXTO: Citados los preceptos que resultan de aplicación al presente caso, la tesis de la Administración se sintetiza en considerar que si el contingente se elabora teniendo en cuenta la situación nacional 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 justificar la desestimación del permiso de trabajo solicitado.

SÉPTIMO: Tal razonamiento adolece sin embargo de ciertas debilidades que, a juicio de la Sala, imponen una solución diferente en el presente caso. De sostenerse la tesis de la Administración se hace difícil entender la regulación que de la gestión de las ofertas de empleo realiza el artículo 71 del Reglamento, por cuanto no sería necesaria la certificación a que la misma se refiere, bastando con examinar las previsiones del contingente, al tiempo que se certificaría si, caso de existir previsión específica, la misma ha sido ya completada. En segundo lugar, la tesis de la Administración debe rechazarse por irreal dado que no se compadece sostener la existencia de trabajadores nacionales que pudieran aceptar la oferta, con el resultado negativo de la certificación emitida por el INEM. Podría frente a tal afirmación alegarse que la certificación emitida no despliega sus efectos o examina la situación en la totalidad del territorio nacional, si bien es lo cierto que tal defecto, de existir, sólo sería achacable a la propia Administración, resultando de aplicación la doctrina jurisprudencial que ha venido considerando que la omisión de la certificación no puede servir de base a denegación del permiso, cuando la misma había sido solicitada (STS 23 de marzo de 1998). En tercer lugar tal tesis, supondría mezclar dos sistemas diferenciados de acceso al empleo, dado que los parámetros utilizados para la realización del contingente, tienen en cuenta que el mismo tiene como finalidad el regular los flujos migratorios desde el exterior a España o, en muchos casos, servir como vía de regularización de extranjeros en situación irregular, pero no contempla la existencia de extranjeros en situación regular en España, a los que se dirigen este tipo de ofertas nominativas. En efecto, la aplicación de este instrumento responde a la necesidad de regular la

llegada de inmigrantes a nuestro país de forma gradual, y tomar la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad. Dicho contingente se abre y amplía en aquellos sectores de actividad donde se encuentran las demandas que no son atendidas por el mercado de trabajo nacional a pesar de la existencia de desempleo, permitiendo la normalización de la actividad laboral desarrollada por trabajadores extranjeros en estos sectores y garantizando la preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera legalmente residente en nuestro país. Por último, la propia Circular se redacta en términos menos imperativos que los aplicados por la Administración en el presente caso, pues sólo señala que los permisos «podrán» denegarse, siendo lo cierto que la aplicación de este criterio de denegación está siendo aplicado de forma generalizada, tal y como se deduce de los diversos procedimientos pendientes de resolución ante esta Sala."

*Tribunal:* Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Zaragoza.

*Fecha:* 16 de abril de 2003.

*Voz:* Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

"SEGUNDO: Debe empezar por concretarse el tipo de permiso y lo que significa, ya que se ha argumentado que existen trabajadores en territorio nacional, al haberse aprobado el contingente por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, publicado por Resolución de 11 de enero de 2002 en el *BOE* de 12 de enero de 2002.

El contingente de trabajadores es una forma específica de control de los flujos migratorios, regulada en el artículo 39 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000 y 65 del Reglamento, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, consistente en que, con base en las previsiones de necesidad de mano de obra que se llevan a cabo por las instituciones, organismos y asociaciones previas, se aprueba, por razones geográficas y tipos de actividad un contingente anual destinado a «trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España», con lo cual claramente se está llevando a cabo una autorización de entradas con base en unas previsiones, estableciéndose unos mecanismos para canalizar tanto las ofertas como la concreta asignación de las mismas. Por el contrario, en el permiso que ahora se solicita no se está tratando de un trabajador extranjero que no se halle ni sea residente en España, propiamente, con lo que no podría haber entrado en el contingente, ni se trata de buscar una serie de extranjeros innominados para cubrir un puesto, sino que, por el contrario, se trata de obtener un permiso concreto de trabajo para una persona a la que se le hace una oferta específica. Son, pues, dos sistemas distintos, si bien no se hallan completamente al margen, sino que hay una relación, impuesta por el artículo 38 de la LO 4/2000, que regula los permisos ordinarios y exige tener en cuenta la situación nacional de empleo, y por el párrafo 11 del RD 864/2001, el cual dice que las ofertas de trabajo que puedan cubrirse por el contingente deberán de tramitarse por este procedimiento, salvo determinadas excepciones. Con mayor concreción, el apartado 9 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 que regula el contingente para el año 2002 dice «2. Las ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obra extranjera, que no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, 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, y qe no puedan cubrirse por los Servicios Públicos de Empleo por carecer de demandantes disponibles, se gestionarán a través del procedimiento fijado en el presente Acuerdo, cuando se formule propuesta a este respecto por los Servicios Públicos de Empleo, y sea aprobada por la Dirección

General de Ordenación de las migraciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.1.1.3 del Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica», de lo que debe de concluirse, como hace el recurrente, y a *contrario sensu*, que de no haberse hecho la propuesta correspondiente por los Servicios de Empleo se puede solicitar el permiso por la vía ordinaria. De ello se concluye que si se puede atender por medio del contingente, así se hará, y si no, deben los Servicios de Empleo formular la propuesta, con lo cual puede ocurrir, por ejemplo, que no habiendo trabajadores del contingente en una provincia los encuentre en otra, y así se ofrezca al empleador. Pero si, por el contrario, no se presenta tal solución por los servicios correspondientes, cabría seguir la vía ordinaria.

De todo lo anterior, se desprende que cuando, en un permiso de trabajo ordinario, se deba tener en cuenta la situación nacional de empleo, y en sectores que sean objeto de aprobación por el contingente, se debe de comprobar por la Administración, en caso de que se pida un permiso de trabajo ordinario, si hay trabajadores bien nacionales bien del contingente, que están disponibles, entendiendo por tales, según el artículo 65.2 del RD 864/2001, y el punto 8.A.1.2, que estén disponibles en las provincias, pues se hace referencia a las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM, y no que lo estén en cualquier lugar del territorio nacional. Por tanto, si en la provincia de que se trate no hay trabajadores del contingente, que está previsto que contacten con el INEM a tales efectos, para que el mismo pueda comunicarles las ofertas de empleo, ni tampoco trabajadores nacionales, habría que entender que la situación nacional de empleo no constituye obstáculo alguno y debe de darse el permiso a quien lo pida de forma ordinaria.

Cierto es que la Circular 1/2002, de 16 de enero, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones entiende que como el contingente se aprueba para sectores que precisan de empleo, al no haberlo nacional, no cabría entender que hay falta de trabajadores en el caso de que no se hubiese aprobado tal contingente. Sin embargo, tal razonamiento presenta sus debilidades, como dice la recientísima Sentencia del TSJ de Cantabria de 7 de febrero de 2002, ya que por un lado haría incomprensible la regulación que hace de las ofertas de empleo el artículo 70.1 del Reglamento, ya que no sería necesaria la certificación que menciona, pues bastaría con acudir a las previsiones del contingente y determinar si se había cubierto. Por otro lado, choca con la realidad, al ser contradictoria con el hecho de que hay certificación negativa sobre la existencia de trabajadores demandantes de empleo, siendo además, lógico, pues el contingente se prevé en función de las previsiones que cada año se hacen por cada provincia sobre los trabajadores necesarios, que a su vez se basan en la situación económica, que puede ser diferente, si crece la economía más de lo previsto, se instalan determinadas industrias en algunas zonas, hay más cosecha de la prevista, etc. de ello se concluye que la existencia de contingente o bien la falta de previsión del mismo podría suponer una presunción de que no hay necesidad de trabajadores, pero estaría sujeta a prueba en contrario.

TERCERO: En el caso presente, la Administración, sin consultar al INEM ni justificar que tuviese conocimiento directo de la situación nacional de empleo —incluyendo en la misma la existencia de trabajadores españoles o extranjeros del contingente— circunscrita a la provincia y al servicio doméstico, ya que no puede considerarse tal un informe que obra en el folio 16, de 22 de julio de 2002, en el que no se dice cuántos trabajadores extranjeros había disponibles de los pertenecientes al contingente ni tan siquiera cuántos había habido, aunque estuviesen trabajando, y sin indicar tampoco que no había trabajadores españoles, denegó el permiso laboral, que acarreó la denegación del permiso de residencia también, al cual va unido con arreglo al artículo 30 de la Ley.

Dicho lo anterior, se puede concretar dos causas de anulación del acto recurrido. La primera es que no

se justifica la motivación que se da para la causa de denegación, ya que no basta con una afirmación, carente de todo fundamento fáctico y justificación efectiva, relativa a la existencia de trabajadores en el mercado nacional debida al contingente. Al respecto, el TS, en Sentencia de 10 de junio de 2002 dice, con relación a la ausencia de informe del INEM, «Tercero.— Tiene declarado esta Sala (Sentencias, entre otras de 5 de diciembre de 1989, 30 de julio de 1995 y 15 de abril *EDJ* 1997/3398 y 27 de junio de 1997), en relación con la materia de que ahora se trata aunque con referencia al artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros en España *EDL* 1985/8753, y al artículo 51 del Reglamento de ejecución de la misma Ley aprobado por RD 1119/1986, de 26 de mayo *EDL* 1986/10578, que la Administración competente no goza en su facultad decisoria de una discrecionalidad absoluta y total, sino que ha de considerarse con ponderación y análisis del supuesto los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio reglados, motivando las causas que determinan la concesión o no, sobre todo en el caso de denegación, de los permisos de trabajo, porque sólo así, al estar ante la presencia de una potestad de intervención de un derecho fundamental de la persona amparada por la Constitución Española *EDL* 1978/3879, por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 y por la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, como es el derecho al trabajo, resulta posible con posterioridad constatar y controlar en vía judicial si el acto dictado se atempera al ordenamiento aplicable y se inspira en los límites y fines que objetivamente lo justifican. Habida cuenta de la doctrina que ha quedado expuesta, no puede considerarse que la falta del informe preceptivo del INEM pueda subsanarse por una supuesta evidencia de que el órgano administrativo decisor cuente con los datos precisos que hacen aquel innecesario. Y por ello, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala ha de acogerse el motivo de casación, ha de anularse la sentencia de instancia, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.3.º de la LJ *EDC* 1956/42, ha de resolverse lo procedente dentro de los términos en que aparece planteado el debate». Aun cuando en este caso no estamos hablando de un informe preceptivo, sí que estamos hablando de una necesidad de motivación, artículo 54.1 de la Ley 30/1992, y por ausencia de motivación debe de entenderse tanto la falta absoluta de la misma como la carencia de relación entre la motivación dada y la realidad, pues no se da razón de ciencia de lo que se afirma, lo cual es como no motivar. Sólo por ello, cabría anular el recurso, si bien eso justificaría la retroacción del procedimiento, pero la segunda causa, que ahora se dirá, lo impide, y obliga, además de a anular, a reconocer el derecho al permiso de trabajo.

Así, la razón dada no se ajusta a la realidad, ya que se ha aportado dos informes, ambos de 22 de octubre de 2003, folio 6 y 25, en los que se dice en uno que habla de dos demandantes de empleo que fueron rechazados por la empresa y que por tanto, se dice en el otro, no había demandantes disponibles para cubrir tal puesto, sin que se haya aportado por la Administración documentación al respecto que acredite que al momento de tramitarse la solicitud, de 1 de marzo de 2002, hubiese cambiado la situación. Estamos, por tanto, ante un caso similar al que examinó el TSJ de Cataluña en Sentencia de 18 de enero de 2002, con relación a una denegación de permiso en el cual se decía que había trabajadores en la misma provincia. En dicha sentencia el TSJ sostenía que «no acreditándose de manera razonable que algunos de los inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Lérida estuvieren dispuestos a trasladarse desde sus respectivos municipios al de Alcarrás y evidenciándose —merced al retardo en resolver la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que permite conocer lo acontecido en estos últimos años— la necesidad de mano de obra en el sector agrícola de la provincia de Lleida, en las fechas a que se refiere el acto impugnado, no resulta ajustada a derecho la denegación sustentada en la existencia de demandantes de empleo en el sector y área geográfica». Al respecto, es poner en

relación el concepto de zona geográfica, incluso el del mercado nacional de empleo, con el tipo de trabajo concreto, ya que puede haber trabajos en los que, por su especialidad y por los precios que se puedan cobrar sea normal que no los haya en la provincia y que no obstante se les pueda traer al lugar donde son necesarios, pagando lo que sea preciso, como por ejemplo trabajadores submarinistas de plataformas petrolíferas. Por el contrario, en trabajos como el de peón agrícola, poco seguros y escasamente remunerados, y además de cierta dificultad, al tener que trabajar en una actividad más específica como la de la granja porcina, no se puede pretender que se traiga a Zaragoza a una persona de, por ejemplo, Lugo, e incluso dentro de la zona geográfica puede no interesarle, si por sus necesidades de transporte, al vivir en un pueblo o en un barrio mal comunicado, el sueldo esperado no le compensa aceptar el trabajo.

Si la sentencia del TSJC mencionada consideró injustificada la negativa por haber trabajadores en la provincia pero no estar dispuestos al traslado, con más razón se puede considerar injustificada la denegación si además consta la inexistencia de trabajadores en el sector dentro de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De todo lo anterior, resulta obligado anular la resolución y reconocer el derecho de la recurrente al permiso de trabajo, debiendo de continuarse la tramitación respecto del permiso de residencia, que tiene un carácter gubernativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la LO 4/2000 y 87 del RD 864/2001."

*Tribunal:* Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
*Fecha:* 30 de abril de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 1395/2002.
*Ponente:* D. Agustín Hernández Hernández.
*Voz:* Denegación de permiso de trabajo. Régimen General-Contingente 2002. Situación nacional de empleo. Inadmisión a trámite: nulidad del acto administrativo.

"TERCERO: Radical nulidad de la resolución recurrida por adoptarse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido en la sección quinta del capítulo tercero del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Si bien es cierto que el recurrente no denuncia de forma clara la inexistencia de procedimiento para la denegación del permiso de trabajo y residencia , lo formula de forma indirecta al mencionar la carencia de instrucción en el expediente realizado por la Administración demandada que únicamente se remite al Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001. Por tanto, las alegaciones en este punto de recurrente cabe reconducirlas a la carencia de procedimiento administrativo para la adopción de la resolución denegatoria. (...)

El referente administrativo que dota de significado a la resolución recurrida debe situarse en la instrucción general séptima, apartado 5, así como en la Addenda XIII de la Circular 1/2002, de 16 de enero, dictada por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Respecto de esta Circular 1/2002, debe afirmarse sin controversia que no ha sido objeto de publicación en diario oficial, por lo que, en ningún caso, puede ser calificada como una disposición general.

Sin embargo, debe constatarse que: (...)

b) La instrucción general séptima de la Circular 1/2002, coincide en cuanto a su objeto, que enuncia como Concurrencia de procedimientos, con el apartado noveno, idéntico título, 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.

De lo anterior no cabe concluir, no obstante, que el acto administrativo recurrido constituya un acto de mera aplicación del señalado en el apartado noveno del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001. Por el contrario, la conclusión que obtiene este Tribunal es que el acto administrativo recurrido se dicta atendiendo a una instrucción administrativa no normativa expresada en la Circular 1/2002 que, en su apartado 5), se sitúa por completo *ultra vires* del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios. Y todo ello como ya hemos mantenido en esta Sala en recientes Sentencias dictadas en sendos recursos con nº 1397/02 y 1398/02."

* * *

NOTA: Tanto el contenido de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria –idéntico, con mínimas variaciones de redacción– como el del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, son lo suficientemente expresivas de la constante y reiterada doctrina judicial anulatoria sobre la Circular 1/2002, iniciada con las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso de Alicante y Valencia, cuyo comentario se abordó en el nº 2 de esta Revista, y a la que asimismo se hizo referencia en el citado número, al hilo de la cuestión sobre la subsistencia y virtualidad del régimen general (*Dossier* "El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003").

*Tribunal:* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.
*Fecha:* 5 de julio de 2003.
*Recurso:* 358/03.
*Voz:* Medidas cautelares. Permiso de trabajo. Situación nacional de empleo. Otorga cautelarmente el permiso de trabajo.
*Resumen:* La Sala acuerda suspender la ejecutividad de la resolución recurrida y otorgar cautelarmente el permiso de trabajo solicitado.

"Tal y como se desprende de la escasa motivación de la resolución impugnada, la Administración parte de un hecho (la suficiencia de trabajadores) cuya certeza y concreción no consta en absoluto en las actuaciones administrativas. En efecto, ningún informe técnico o dato aportado por los servicios provinciales de empleo se ha incorporado a las actuaciones que permita entender acreditada la causa obstativa aducida por el acto impugnado, esto es, la suficiencia de trabajadores de la cualificación del recurrente (tornero fresador) para atender la oferta de empleo. Y es que, a juicio de la sala, no puede denegarse el permiso de trabajo acudiendo a cláusulas estereotipadas de las que no pueda desprenderse (y, en su caso, cuestionarse) la concurrencia del hecho que impide acoger la pretensión concreta de permiso de trabajo, en una especialidad también concreta y para una empresa dedicada a una tan específica actividad como la de transformación de plásticos.

Procede, pues, acoger la petición de suspensión cautelar del acto recurrido, lo que obliga a otorgar, también cautelarmente y mientras se tramita el presente proceso, el permiso de trabajo solicitado, lo cual no supone anticipar en absoluto la decisión final que pueda recaer en el procedimiento sino, sencillamente, abordar la petición desde la perspectiva de los escasos datos y la mínima motivación que la resolución recurrida tuvo en cuenta para denegar la solicitud del demandante."

## DERECHO PENAL

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
*Fecha:* 7 de mayo de 2003.
*Recurso de Casación:* 892/2002.
*Ponente:* D. Andrés Martínez Arrieta.

*Voz:* Delito de inmigración clandestina y secuestro. Nacionalidad marroquí.

***Resumen:*** El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don P. y don E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia por delito de inmigración clandestina y secuestro.

"La sentencia impugnada condena a los dos recurrentes como autores de un delito continuado de inmigración clandestina y de ocho delitos de secuestro, al tiempo que condena a otros dos no recurrentes como cómplices de los mismos delitos. Los recurrentes oponen seis motivos en la impugnación formalizada.

(...).

Señalado el ámbito específico de la impugnación realizada comprobamos que el presente enjuiciamiento presenta una nota singular. Los sujetos pasivos de los hechos delictivos son personas que han inmigrado a España en búsqueda de un trabajo y su llegada a España lo ha sido en condiciones de clandestinidad. Son perjudicados en el delito que carecen de residencia conocida donde puedan ser citados, en ocasiones de documentación y suelen ser objeto de las medidas administrativas que la legislación de extranjería dispone, como la expulsión del territorio nacional. Su propia situación de clandestinidad les obliga a contactar con personas que se aprovechan de esa situación y para las que el aviso a la policía supone terminar con la empresa iniciada para la búsqueda de unas condiciones de trabajo y económicas fuera de su país. Desde esta perspectiva el aviso a las fuerzas de seguridad constituye una real amenaza y las condiciones de clandestinidad objeto de especial aprovechamiento en el actuar delictivo por terceras personas.

(...).

En el enjuiciamiento objeto del presente recurso, desde la instrucción de la causa se previó la imposibilidad de la incomparecencia de los perjudicados en el delito por lo que el Juez de instrucción acordó su práctica con presencia del Letrado que asistía a los imputados desarrollándose la testifical con cumplimento de la contradicción necesaria y, como documental, se incorporó al enjuiciamiento dada la imposibilidad de comparecer de los perjudicados, precisamente producido por la situación de clandestinidad en la que se encontraban con imposibilidad de señalar un lugar de residencia a efectos de citaciones.

De los siete perjudicados sólo uno pudo comparecer quien se limitó en el enjuiciamiento a manifestar que no recordaba los hechos, sin que esa manifestación supusiera, como aducen los recurrentes, una retractación de sus anteriores manifestaciones sino la expresión de un olvido quizás debida a la situación crítica vivida.

El tribunal de instancia valora las pruebas practicadas y destaca las declaraciones de los perjudicados, corroboradas por las propias declaraciones de los acusados, en orden a los coches utilizados, y la de los guardias civiles que practicaron las detenciones y realizaron las investigaciones, así como la pericial médica sobre las condiciones de higiene e insanidad que acompañaban a los perjudicados cuando tras su liberación se les presta asistencia. Del análisis racional de la prueba practicada resultan los hechos declarados probados: los perjudicados que habían llegado de forma clandestina a las inmediaciones de Algeciras localizaban a los acusados recurrentes a través de un teléfono móvil. Puestos en contacto los recogían en los vehículos que se relatan y los conducían hasta un paraje del término de Lorca donde eran recluidos hasta que los familiares de los detenidos abonaren a la familia de los recurrentes las cantidades que les exigían. Hechos que, como se ha dicho, resultan de las declaraciones de los perjudicados y de las de los guardias civiles que practicaron las detenciones y entraron en la vivienda donde alojaban a los perjudicados, así como la pericial médica sobre la situación física de los perjudicados.

Constatada la existencia de una actividad probatoria el motivo se desestima.

(...).

Denuncia en el tercer motivo el error de derecho producido en la sentencia al aplicar indebidamente el artículo 164 del Código penal y tipificar los hechos como delito de secuestro. Afirman que no concurren los presupuestos del delito pues no hubo detención, para lo que refiere las declaraciones de los perjudicados de las que resulta que de forma voluntaria y tras pactar un precio se introdujeron en el vehículo en el que fueron conducidos hasta las inmediaciones de la ciudad de Lorca donde fueron liberados.

El motivo se desestima. Las alegaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia carecen de base tras examinar las testificales de los perjudicados en el procedimiento y las de los guardias civiles que intervinieron en la liberación de los encerrados en el cortijo. Aquellos refirieron cómo eran obligados a vivir en el cortijo del que sólo salían una vez al día hasta que su familiar en Marruecos pagara la cantidad estipulada y sólo cuando estas cantidades eran satisfechas se producía la liberación. Constan las declaraciones de los perjudicados, las intervenciones de los vehículos que intervinieron en los traslados. La compulsión a la libertad deambulatoria se realiza a través de amenazas, como la denuncia a la guardia civil, conocedores de la situación de clandestinidad en la que se encontraba y aprovechando la situación de indefensión y los déficits de orientación personal de los perjudicados.

El motivo, consecuentemente, se desestima."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª.
*Fecha:* 7 de mayo de 2003.
*Recurso de Casación:* 665/2002.
*Ponente:* D. Andrés Martínez Arrieta.
*Voz:* Delito de secuestro. Ciudadanos marroquíes.
*Resumen:* El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería que condenó a los recurrentes por delito de secuestro.

"La sentencia impugnada condena a los recurrentes como autores de un delito de secuestro al declararse probado, en síntesis, que los cuatro acusados encerraron a seis ciudadanos marroquíes que habían llegado a España de forma clandestina en un cortijo cercano a la localidad Almeriense de El Ejido, solicitando a los familiares de los detenidos una cantidad de dinero para su puesta en libertad.

(...).

Como hemos tenido ocasión de señalar en algún otro recurso de contenido similar, constatamos que el delito por el que han sido condenados los recurrentes presenta una singularidad derivada de que los sujetos pasivos del delito son personas a las que la situación económica les ha obligado a emigrar de su país originario llegando a España en condiciones de clandestinidad. Se trata de personas que carecen de una residencia en España, que en el supuesto de que fueran localizados, impidiendo la continuación de la situación delictiva que sufren les será aplicada la regulación administrativa especialmente dispuesta, como la expulsión del territorio nacional. Esa condición de clandestinidad es aprovechada por organizaciones para la comisión de hechos delictivos al tratarse de personas con imposioiblidad material de ejercitar sus derechos como persona.

El recurrente, junto a los otros condenados es detenido en las inmediaciones de la casa de campo, cortijo, en el que permanecían detenidos los inmigrantes a la espera que sus familias abonaran los rescates exigidos. Previamente había estado en la estación de autobuses del El Ejido lugar en el que se había producido una discusión relativa al importe

del precio pactado y de cuyo lugar salió corriendo al sentirse perseguido por familiares de los secuestrados. El recurrente justifica su presencia en el lugar en el hecho de tratar de vender un vehículo a uno de los posteriormente detenidos como autor del hecho, sin conocimiento de las actividades que ocurrían en el lugar al que había acudido, con esa finalidad de vender el vehículo, el día anterior. Sin embargo, esa versión que proporciona aparece desvirtuada por el reconocimiento de identidad que realiza uno de los secuestrados en el Juzgado que afirma reconocer al acusado, hoy recurrente, a presencia judicial y del Letrado que asiste al detenido como uno de los secuestradores. Se da la circunstancia que éste que lo reconoce era uno de los secuestrados que había sido liberado días antes de la intervención policial cuando la familia había pagado el importe solicitado, razón que lleva a afirmar al tribunal de instancia que el recurrente había llegado con anterioridad al día de la detención y ese reconocimiento, realizado por un secuestrado previamente liberado, hace que exista prueba directa de su participación en los hechos, al tiempo que su presencia en el lugar de la liberación policial y los testimonios suministrados por los agentes de policía permitan afirmar al tribunal la realidad del tipo penal por el que ha ha sido acusado. En el mismo sentido, el testigo vecino del cortijo, que afirmó y denunció amenazas del entorno de los acusados si declaraba en sentido contrario a los mismos, reconoce a uno de los acusados como el que realizaba la vigilancia, precisamente la persona que, afirma el recurrente, le acompañó en el viaje que efectuó el día anterior.

(...).

En autos consta que los perjudicados en el delito, personas en situación de clandestinidad y contra las que no procedía la adopción de medida cautelar alguna, al ser liberados realizaron las comparecencias judiciales a las que fueron citados, entre ellas los reconocimientos de identidad de los acusados, practicados con asistencia letrada y observancia de las garantías de contradicción. Citados al juicio oral no fueron localizados, por lo que el juicio se desarrolló, sin contar con su presencia, con la lectura de sus declaraciones en el sumario en aplicación del artículo 730 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, bien que conste protesta de la defensa. La prueba propuesta era de imposible práctica toda vez que la clandestinidad en la que actuaban los perjudicados, y de la que se aprovechaban los acusados, impidió asegurar su presencia en el juicio, por lo que desde la instrucción se adoptaron las prevenciones precisas para asegurar los reconocimientos de identidad."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
*Fecha:* 14 de mayo de 2003.
*Recurso de Casación:* 1007/2002.
*Ponente:* D. Joaquín Delgado García.
*Voz:* Delito de inmigración clandestina de trabajadores y secuestro. Nacionalidad marroquí.
*Resumen:* El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don C. y anula la sentencia que le condenó por un delito de favorecimiento de inmigración clandestina y dos de secuestro, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia.

"La sentencia recurrida, dictada en trámite de conformidad, condenó a C. como autor de un delito de favorecimiento de inmigración clandestina (artículo 313.1) y otros dos de secuestro (artículo 164), ambos con referencia a dos marroquíes que habían sido hallados por la Guardia Civil junto con otros muchos en una embarcación y llevados a un hospital para ser atendidos de las graves quemaduras que sufrían.

(...).

Una lectura de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida nos pone de manifiesto cómo la actuación delictiva de C., realizada en unión de otra persona no identificada y conocida como A.,

comienza en Sevilla, cuando ya los dos inmigrantes marroquíes se encuentran hospitalizados en un centro médico para tratamiento de las quemaduras que padecen. El acusado y el mencionado A. se ofrecieron entonces a proporcionales alojamiento y trabajo y, así engañados, los dos lesionados, sin haber obtenido siquiera el alta médica, consintieron en su traslado en un coche hasta un lugar del término municipal de Lorca, donde había una escuela abandonada y en ruinas. Allí los encerraron en una habitación con un candado y quedaron bajo la vigilancia de C. que les exigió el pago de unas cantidades para su liberación bajo la amenaza de matarlos o devolverlos a Marruecos, lo que comunicó el acusado por teléfono a una hermana de uno de los dos detenidos. Afortunadamente al día siguiente uno de los dos logró escapar y pudo avisar a la Guardia Civil que liberó al otro y detuvo a C.

La intervención de este último en los hechos se inicia cuando ya se encuentran los dos en el centro médico de Sevilla. Habían llegado a la península en una embarcación junto con un grupo numerosos, entre 60 y 64 personas, nos dicen los hechos probados de la sentencia recurrida, y todos fueron interceptados por la Guardia Civil y repatriados a Marruecos, salvo estos dos que tuvieron que ser asistidos de unas lesiones, primero en Algeciras y luego en Sevilla. No aparece en tales hechos probados que dicho C. tuviera ninguna participación en esos otros hechos primeros relativos al viaje mediante el cual iban a llegar a la península.

El tipo de delito del artículo 313.1, por el que viene condenado el aquí recurrente, sanciona al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina, es decir, el hecho de facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal. Hay que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente; pero no cabe ampliarlo a otras acciones, aunque luego resultaran constitutivas de otro delito diferente, realizadas cuando ya los inmigrantes se encontraban en territorio nacional, sin ocultación ninguna, atendidos en un centro hospitalario.

Es evidente que C., según los hechos probados de la sentencia recurrida, para nada intervino en el hecho de la inmigración clandestina, con relación a ninguno de los dos marroquíes a los que tuvo secuestrados ni respecto de ninguna otra persona. Tal inmigración ya había acaecido en fechas anteriores y la posterior actuación del ahora recurrente no encaja en tal norma penal, sino sólo en la del artículo 164 (dos delitos de secuestro).

En conclusión, hubo una aplicación indebida respecto de la persona de C. de este artículo 313.2. Probablemente existiera ese delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, pero en los hechos probados de la sentencia recurrida no consta que en el mismo hubiera tenido participación alguna el aquí acusado."

---

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
***Fecha:*** 29 de mayo de 2003.
***Recurso de Casación:*** 785/2002.
***Ponente:*** D. Carlos Granados Pérez.
***Voz:*** Delitos de secuestro, robos con intimidación y de inmigración clandestina de trabajadores. Nacionalidad marroquí.
***Resumen:*** El Tribunal declara haber lugar al recurso interpuesto por don L.P. contra sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia en causa seguida por delitos de secuestro, robos con intimidación y de inmigración clandestina de trabajadores.

"El Juzgado de Instrucción nº 3 de Lorca instruyó Sumario (...), y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Murcia que, con fecha 28 de mayo de 2002, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «probado y así se

declara que los acusados J.I., de 31 años de edad (nacido el 1 de enero de 1969), con Pasaporte (...), R. de 25 años de edad (nacido el 1 de enero de 1975 con Pasaporte (...), L.P., de 29 años de edad (nacido el 1 de enero de 1971), con Pasaporte (...), devuelto a su país el 4 de junio de 1998 por entrada ilegal en España e I., de 22 años de edad (nacido el 1 de enero de 1978), con Pasaporte (...), extranjero que no es admitido el territorio Schegen (países europeos que suprimen controles en las fronteras); todos ellos de nacionalidad marroquí, sin antecedentes penales y policiales, y residiendo ilegalmente durante el verano del año 2000 en territorio nacional. Se desplazaron durante dicho verano, conforme a un plan preconcebido, R. e I., en un turismo Volkwagen Golf matrícula italiana (...) propiedad del primero de ellos, desde Lorca donde tenían su residencia a las costas de Tarifa y Cádiz, lugares donde personas no identificadas desembarcaban a compatriotas suyos que transportaban desde Marruecos en pateras o embarcaciones Zodiac con la finalidad de trabajar en nuestro país sin permiso de trabajo, residencia, ni documentación, y tras ponerse en contacto con los desembarcados que se ocultaban en los montes próximos a Algeciras, se ganaban su confianza al ser de su misma nacionalidad e indicarles que les iban a proporcionar alojamiento y alimentos, y que les gestionarían un trabajo para que se quedaran en España, consiguiendo de esta forma que voluntariamente les acompañaran a una casa abandonada en la diputación de Marchena en Lorca donde les esperaban los otros dos acusados. La casa a donde era conducidos, propiedad de C., se encontraba semiderruida y estaba abandonada por su dueño que no la visitaba desde hacía más de un año; carecía de energía eléctrica, agua, aseos y se ubicaba en un paraje solitario. En ella los inmigrantes dormían en colchones en el suelo sin mantas para abrigarse, no se podían lavar, y sólo hacían una comida al día consistente en pan, patatas, cebollas y té (tan sólo en una ocasión les dieron carne), impidiéndoles salir fuera del recinto de la casa privándoles de libertad, y vigilándolos permanentemente, esgrimiendo ostensiblemente J.I. un cuchillo. A los que tenían dinero, y aprovechándose de la situación de dependencia de los acusados, se lo quitaron en contra de su voluntad para beneficiarse, y mediante los teléfonos móviles (...) que tenía J.I., y el otro de R. cuyo número se desconoce, les obligaron a llamar a sus familiares para que entregaran a una hermana de J.I. en Marruecos 8.000 dirhams ó 140.000 pesetas (841,42 euros) a cambio de quedar en libertad, diciéndoles que si no pagaban dicha cantidad no podrían marcharse, provocando un estado de indefensión en los detenidos puesto que, habían entrado ilegalmente en territorio nacional y tenían miedo de acudir a la Policía, carecían de documentación, de dinero, no conocían el idioma castellano, y se encontraban y en un país desconocido».

(...).

En los dos motivos formalizados por el acusado L.P. se denuncia que ha sido indebidamente condenado por un delito de inmigración clandestina de trabajadores y, por consiguiente, se ha infringido el artículo 313.1 del Código Penal, con vulneración de los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.

Los dos motivos, que por su coincidencia pueden ser examinados conjuntamente, tienen el apoyo del Ministerio Fiscal y deben ser estimados.
(...).

Ciertamente, el artículo 313.1 del Código Penal castiga al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España y la conducta realizada por los acusados en modo alguno promueve o favorece dicha inmigración ya que su actuación se inicia, de acuerdo con el relato fáctico, respecto a inmigrantes ilegales una vez que tienen conocimiento de que se encuentran en España y sin que nada se diga de una posible intervención para introducirlos clandestinamente en nuestro país."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
*Fecha:* 19 de junio de 2003.
*Recurso de Casación:* 1808/2002.
*Ponente:* D. Joaquín Giménez García.
*Voz:* Revelación de secretos cometido por funcionario público. Centros de alterne.
*Resumen:* El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 24 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Logroño que absolvió al acusado E. del delito de revelación de secretos.

"ÚNICO: El acusado, E., mayor de edad, y sin antecedentes penales, ostentaba en las fechas que luego se mencionarán el cargo de Inspector Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de la Comisaría de Policía de Logroño. En aquel tiempo mantenía también amistad con J.M. y P., quienes regentaban el Club (...) , en el municipio de Tricio. En este local trabajaban ciudadanas extranjeras en situación ilegal en España. El acusado, dado el puesto que ocupaba, pero sin que haya podido determinarse por qué conducto y en qué circunstancias, tuvo conocimiento de operaciones que la Brigada de Extranjería podía efectuar en los clubes de la misma naturaleza de la provincia. Esta información era muy limitada e incompleta, lo que no impidió que en al menos dos ocasiones avisara telefónicamente a su amigo J.M. que habría alguna intervención policial. En concreto, el día 5 de febrero de 1997 le advirtió de que esa noche iba a haber una operación policial: actuación que se produjo en dos locales del municipio de Rincón de Soto. Además, el día 11 de febrero de 1997, volvió a contactar telefónicamente con J.M. para decirle que otra intervención se produciría ese mismo día o el siguiente por la tarde. El día 12 volvió a reiterar el aviso, indicando que la actuación se produciría a primerísima hora por la noche: la intervención de la Brigada de Extranjería se efectuó en un club de Calahorra. No existe constancia en la causa de que un aviso semejante se produjera con relación a una intervención de la Brigada de Extranjería, practicada en el Club (...) el día 18 de abril del mismo año, actuación en la que llegó a practicarse alguna detención. (sic) (...).

El Ministerio Fiscal partiendo del respeto a los hechos probados, discrepa de la argumentación de la sentencia que, en síntesis, estima que en el caso de autos, la incidencia de la infidelidad denunciada fue mínima sin haberse concretado las consecuencia de la deliberada violación del deber de sigilo por parte del imputado, con la conclusión de estimar que se está en presencia de una ilicitud administrativa a sancionar en ese orden de acuerdo con el artículo 27 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El argumento no es aceptable en esta sede casacional. Reafirmando la validez de los principios vertebradores de un sistema de justicia penal de una sociedad democrática, en concreto los de mínima intervención y última ratio, es lo cierto que: a) la acción enjuiciada lo fue por un Jefe policial: concretamente del Inspector Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de la Comisaría de Policía de Logroño y b) que su conducta tuvo una reiteración —hasta tres veces se quebrantó el deber de sigilo—; por otra parte la referencia a la gravedad o trascendencia de tal revelación, que viene a ser el argumento utilizado en la sentencia sometida al presente control casacional para justificar la absolución, debe ser puesta en relación no tanto con la idea de un daño tangible sino por referencia al bien jurídico protegido por este delito y en general por todos los integrados en el capítulo IV del título XIX, capítulo de nuevo cuño que viene a estar integrado por un catálogo de conductas cuyo denominador común está representado en la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la Administración en el concreto aspecto de la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la Administración, las que no puede —no deben— ser aprovechadas por los funcionarios, que son los primeros custodios de la legalidad, para ser utilizadas en fines extramuros de la función pública, y desde esta perspectiva, el daño a la causa pública está constituido

por la quiebra de la credibilidad que en el colectivo social deben tener todas las instituciones y, los funcionarios que las encarnan. Nada más desmoralizador que el custodio de la legalidad —en el concreto aspecto del sigilo profesional— se convierte en el infractor de la norma, y desde esta perspectiva hay que concluir que ha habido un daño para la causa pública relevante penalmente dada la reiteración del quebrantamiento de secreto y la cualificación profesional del sujeto activo. Es evidente que la acción analizada integra el tipo básico del artículo 417.1.º del Código Penal, se trata de una cesión de información a un tercero en tema referente a inmigración ilegal, y a trabajo clandestino en clubes de alterne de mujeres en situación ilegal en España, cuestiones ambas muy sensibles por el marco de explotación que suele acompañar tales actividades.

Los hechos encajan exactamente en las previsiones del artículo 417.1 del Código Penal, dada su relevancia, quedando todavía campo de ilicitud —ya en vía administrativa—, de acuerdo con el artículo 7.1.j) del RD 33/1986, de 10 de enero, de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado que califica como falta grave «.... no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causan perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio....», así como de acuerdo con el artículo 207 del RD 1346/84, de 11 de julio, sobre régimen disciplinario del Cuerpo Superior de Policía —que sería el aplicable dada la condición de miembro de tal cuerpo del recurrido— que califica como faltas muy graves «....5) la violación del secreto profesional....», para otras situaciones donde no existan las notas que se observan en el caso enjuiciado tanto por la condición cualificada del sujeto activo, como por la reiteración del quebranto de sigilo como, finalmente, por la materia sobre la que incidió la cesión de información; en todo caso, debe recordarse la preferencia que tiene el ordenamiento penal sobre el administrativo como consecuencia del principio de prevalencia del derecho penal, con independencia —como recuerda la Sentencia de esta Sala nº 1191/99, de 13 de julio, RC 3845/98— de que con la sanción penal pudiera coexistir respuesta de la Administración en vía disciplinaria sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, y en tal sentido debemos citar también la reciente STC 2/03 de 16 de enero de 2003."

# HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
***Fecha:*** 20 de junio de 2003.
***Recurso de Casación:*** 3488/1997.
***Ponente:*** D. Manuel Goded Miranda.
***Voz:*** Homologación de título de médico especialista en Gastroenterología. República Argentina.
***Resumen:*** El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre homologación de título de médico especialista en gastroenterología obtenido en Argentina al título español de médico especialista en aparato digestivo.

"El recurso de casación se funda en un único motivo, que se articula al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (LJ), alegando infracción por interpretación indebida del artículo 2 del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, en relación con el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. La esencia del motivo consiste en mantener que el artículo 32.2 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria establece que el Gobierno regulará las condiciones de homologación de títulos extranjeros y que, en aplicación de dicho precepto, el artículo 2 del Real Decreto 86/1987 se refiere solamente a los títulos extranjeros de educación superior, que deben ser expedidos por la autoridad académica competente. Como el título aportado

por don R. no tiene la consideración de título académico, la Administración recurrente en casación entiende que no procede su homologación, ni en base del Convenio de Cooperación Cultural Hispano-Argentino (de 23 de marzo de 1971) ni por aplicación de la normativa general aplicable a la homologación de títulos extranjeros de educación superior.

(...).

El artículo 10 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, previene que, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales, se podrá homologar en España el título de Médico Especialista obtenido en el extranjero con arreglo a lo que se establezca en las disposiciones conjuntas de los Ministerios de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo. En desarrollo de esta norma, la Orden de 14 de octubre de 1991 autorizó la homologación de los títulos de especialidades médicas obtenidos en el extranjero a los correspondientes títulos oficiales españoles previa 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, prueba que versará sobre los conocimientos teóricos y prácticos de la formación española requeridos para la obtención del título (números primero y segundo). La Sala de instancia, a la vista de los datos, informes y documentos obrantes en el expediente administrativo, ha estimado acertadamente que debía aplicar los aludidos preceptos de la Orden de 14 de octubre de 1991, sujetando la homologación del título de Médico Especialista alegado por el interesado, que la referida Orden no impone que sea un título académico, a la realización de la mencionada prueba teórico-práctica, criterio ajustado a derecho que en nada lesiona el artículo 2 del Real Decreto 86/1987, que no es el que se ha tenido en cuenta para dictar el fallo combatido en el recurso de casación.

El motivo debe ser desestimado y, con él, el recurso de casación."

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.
***Fecha:*** 23 de junio de 2003.
***Recurso de Casación:*** 7943/1997.
***Ponente:*** D. Juan José González Rivas.
***Voz:*** Homologación del título de doctor en odontología obtenido en la República Dominicana.
***Resumen:*** El Tribunal estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de la Audiencia Nacional por la que se acuerda que el título de Doctor en odontología obtenido por el codemandado don R. en la Universidad Autónoma de Santo Domingo de la República Dominicana, quede homologado al título español de licencidado en odontología.

"En el recurso se afirma que procede aplicar el artículo 2 del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, y condicionar la homologación del título dominicano con el español de Licenciado en Odontología a la superación de la prueba de conjunto que se establece en dicho artículo 2.

(...).

El Real Decreto 970/1986 estableció las directrices generales para la obtención del título, ajustándose a los requisitos de formación exigidos por las Directivas del Consejo de la Unión Europea.

Producida en 1990 la definitiva implantación en las Universidades españolas de los estudios destinados a obtener el título de Licenciado en Odontología conforme a las Directivas comunitarias, la habilitación para ejercer la profesión debe quedar sometida a las reglas y reglamentaciones del País de establecimiento, entre las que deben incluirse los conocimientos y experiencia clínica exigidos para la obtención del título de Licenciado en Odontología en España.

Habiendo dejado de impartirse en 1948 las enseñanzas del viejo título de Odontólogo, tal título no existe ya en España, y tampoco la homologación a dicho título anterior puede ser aceptada.

Por lo cual, la homologación, de ser procedente, lo habrá de ser con el título español actual de Licenciado en Odontología al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplimentan lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio,

La recta aplicación del Convenio internacional, en este caso, entre España y la República Dominicana de 27 de enero de 1953, no puede prescindir de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias, a que se ha hecho mención. Por ello, la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

(...).

Visto el planteamiento que efectúa el Abogado del Estado, su motivo de casación alegado merece prosperar por lo siguiente:

1) Porque no es ya posible la homologación con el viejo título de odontólogo cuyas enseñanzas dejaron de impartirse en España en 1948.

2) Porque, en lo que se refiere al artículo 3 del Convenio Cultural de 27 de enero de 1953, celebrado entre España y la República Dominicana, es de aplicación lo que se declara en esa doctrina jurisprudencial en el sentido que no puede ya prescindirse de la normativa interna, acorde con esas Directivas Comunitarias a que se ha hecho referencia; y que esto determina que la Administración, para decidir la homologación solicitada, tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar.

3) Porque el título de Odontólogo obtenido por el recurrente en la instancia en la República Dominicana no es equivalente al nuevo título de Odontólogo al que se refieren la Ley 10/1986, de 17 de marzo, y el Real Decreto 970/1986, de 11 de abril, que cumplimentan lo dispuesto en la Directiva 78/686/CEE, de 25 de julio, ya que los estudios españoles que permiten acceder a la obtención del título de Licenciado en Odontología para ejercer la profesión de Odontólogo son estudios superiores a los exigidos para la obtención del mencionado título de Odontólogo expedido en la Universidad Autónoma de Santo Domingo."

# NACIONALIDAD

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.
***Fecha:*** 22 de febrero de 2003.
***Recurso de Casación:*** 9541/1998.
***Ponente:*** D. Jesús Ernesto Peces Morate.
***Voz:*** Concesión de la nacionalidad española por residencia.
***Resumen:*** El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española por residencia.

"«En el supuesto de autos la Administración deniega la concesión de la nacionalidad española por residencia a la demandante al entender que 'no está documentada con autorización de residencia del 21 de marzo de 1985 al 7 de junio de 1985, 21 de marzo de 1988 al 13 de mayo de 1989, del 22 de marzo de 1989 al 15 de mayo de 1989 y del 2 de mayo de 1990 al 2 de agosto de 1990'. Es cierto, y así se deduce de los documentos obrantes en el expediente administrativo y en el ramo de prueba de la parte demandante, que ha existido algún período en el cual la interesada ha carecido del permiso de residencia legalmente habilitante, aunque existan dis-

crepancias en alguna de las fechas relacionadas en esos documentos. Ahora bien, entiende la Sección que si atendemos a las fechas que la Administración precisa como carentes de autorización de residencia, se aprecia que coinciden con la expiración de la validez de una renovación anterior y una solicitud posterior, siendo igualmente unos períodos que no se prolongan mucho en el tiempo. Esto es, que dentro de un plazo de diez años de residencia, que debemos entender largo con respecto a los plazos abreviados también previstos legalmente, existan algunos períodos relativamente cortos en los que se carece de la documentación oportuna, parece debido a cierta negligencia de la interesada, que, no obstante, ha mostrado en todo momento su intención de regularizar su situación en España, no puede servir, sin más, para rechazar la concurrencia del requisito de que se trata. Así, si jurisprudencialmente se ha venido admitiendo la concurrencia del requisito de residencia incluso en caso de ausencias temporalmente cortas del territorio nacional, parece ajustado a Derecho y a la finalidad misma que se persigue con aquel condicionante, tener por ininterrumpido o continuado el plazo de residencia legal pese a las breves carencias de documentación de la interesada, coincidentes, se insiste, con el tiempo en que se expira la validez de la anterior y se solicita una nueva. Además, nótese que el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, aunque obligada a la solicitud de la renovación del permiso con antelación a la fecha de caducidad, permitía la renovación posterior en un plazo de tres meses produciendo efectos, en caso de ser concedida, desde la caducidad —lo que se mantiene en el artículo 59.4 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero vigente—».

(...).

En el único motivo de casación alegado por el Abogado del Estado se reprocha a la Sala de instancia la inaplicación en la sentencia recurrida de lo dispuesto por el artículo 22 del Código civil por entender aquélla que concurre el requisito, exigido por dicho precepto para la concesión de la nacionalidad española, de la residencia legal en España, a pesar de declararse explícitamente en la propia sentencia que en intervalos de corta duración la solicitante de la nacionalidad no estuvo en posesión de la documentación pertinente que la acreditase como residente legal.

El motivo de casación no puede prosperar porque la sentencia recurrida realiza una interpretación finalista tanto del citado precepto como de la doctrina jurisprudencial relativa al requisito de la residencia legal para obtener la nacionalidad española.

El tiempo de doce años durante el que la solicitante de la nacionalidad española residió en nuestro territorio no puede desconocerse por la circunstancia de que el plazo de validez de algunos permisos de residencia finalizase antes de que pidiese su pertinente renovación, cuando claramente aparece demostrado, y no sólo por vía de presunción como sostiene el Abogado del Estado, que durante esos doce años estuvo en posesión de siete permisos consecutivos de residencia, de los que seis fueron por un año y uno por dos años, mientras que el último lo fue para cinco años, de modo que basta sumar el tiempo, que dichos permisos sirvieron para amparar sucesivamente la residencia en España de la ciudadana extranjera, para llegar a la lógica conclusión de que tal residencia ha sido legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de la nacionalidad, según requiere el citado artículo 22 del Código civil, aunque en cuatro casos la residente se demorase algunos meses en solicitar la renovación del permiso anterior, pues, como se declara con toda corrección en la sentencia recurrida, su voluntad de regularizar su situación resulta patente y manifiesta por hechos concluyentes, razón por la que, al considerar la Sala de instancia que concurre el requisito de la residencia legal en territorio español, no ha conculcado el invocado artículo 22 del Código civil ni tampoco el artículo 1253 del mismo Código."

# RÉGIMEN COMUNITARIO

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
*Fecha:* 21 de febrero de 2003.
*Recurso Contencioso-Administrativo:* 495/2001.
*Ponente:* D. Agustín Hernández Hernández.
*Voz:* Tarjeta familiar de residente comunitario. Existencia de orden de expulsión. Revocación. Cónyuge de español.
*Resumen:* El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña Mª R. contra la Resolución denegatoria de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

"Invoca la recurrente que cumple los requisitos para ser regularizada conforme previene el artículo 1.4 del RD 239/2000, de 18 de febrero, al ser cónyuge no separada de derecho de ciudadano español, en relación con el artículo 15 del RD 766/1992. Reconoce que pesa sobre la misma una orden de expulsión pero considera que de las diligencias penales incoadas, cuyo número la resolución recurrida no cita, no se desprende la existencia de responsabilidad criminal.

(...).

Resulta un dato incontrovertido en las presentes actuaciones jurisdiccionales que sobre la actora pesa una orden de expulsión del territorio español y prohibición de entrada en el espacio Schengen, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Vizcaya, con fecha 4 de marzo de 1999, que es firme y consentida al no haber sido recurrida en tiempo y forma, por encontrarse incursa la actora en las causas a) y c) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Ahora bien, como la actora es familiar, cónyuge de español, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas cuyo artículo 2 dispone que el presente Real Decreto se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que a continuación se relacionan: A su cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho es de aplicación, como bien señala la actora, el artículo 15.2.b) del RD 766/1992 citado, en relación con el artículo 105 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común, que permite instar la revocación de la orden de expulsión al haber desaparecido o cambiado las circunstancias que determinaron la adopción de la medida de expulsión.

Ahora bien, resulta que la actora lo que no ha solicitado en vía administrativa es, precisamente, la revocación de la indicada Orden de 4 de marzo de 1999, razón por la cual podrá instar, en cualquier momento, su revocación y posterior concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario, tal como establecen los preceptos legales invocados y tiene declarado este Tribunal (...), en supuesto similar."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
*Fecha:* 9 de septiembre de 2003.
*Asunto:* C-285/01.
*Ponente:* D. C.W.A. Timmermans.
*Voz:* Reconocimiento de títulos. Directores de hospital de la función pública. Pruebas de acceso.

"Mediante resolución de 12 de julio de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de julio siguiente, la cour administrative d'appel de Douai planteó, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) y de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un siste-

ma general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (*DO* 1989, L 19, p. 16; en lo sucesivo, «Directiva»).

Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. B. y el Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, relativo a la solicitud de la Sra. B. de incorporación al cuerpo de directores de hospital de la función pública francesa habida cuenta de las cualificaciones que adquirió en Portugal.

(...).

En 1981 la Sra. B., que tenía entonces la nacionalidad portuguesa, se licenció en Derecho en la Universidad de Lisboa (Portugal). En 1983 obtuvo el título de técnico de hospitales en la Escola Nacional de Saúde Pública de Lisboa (Escuela Nacional de Salud Pública; en lo sucesivo, «ENSL»). Del 1 de septiembre de 1983 al 20 de noviembre de 1989 ejerció las funciones de técnico de hospitales en la Administración pública portuguesa. Posteriormente se doctoró en Derecho en Francia, en el marco de una excedencia por estudios y, además, adquirió la nacionalidad francesa.

El 2 de julio de 1993 la Sra. B. solicitó al Ministro de Sanidad francés su incorporación al cuerpo de directores de hospital de la función pública francesa, alegando las cualificaciones adquiridas en Portugal.

Mediante decisión de 20 de agosto de 1993, el Ministro desestimó su solicitud, fundamentalmente porque la incorporación a dicho cuerpo exigía haber superado previamente las pruebas de acceso a la École nationale de la santé publique (Escuela Nacional de Salud Pública; en lo sucesivo, «ENSP»), con sede en Rennes (Francia).

La Sra. B. interpuso ante el tribunal administratif de Lille (Francia) un recurso de anulación contra esta decisión. Mediante Sentencia de 8 de julio de 1997, dicho órgano jurisdiccional desestimó su recurso. La Sra. B. recurrió en apelación contra la citada sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente y solicitó la anulación de la sentencia de instancia así como la anulación de la decisión de 20 de agosto de 1993.

En este contexto, la cour administrative d'appel de Douai decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Un ciclo de formación impartido en una escuela de formación de funcionarios como la ENSP, que culmina con el nombramiento definitivo del funcionario, ¿puede equipararse a un título en el sentido de lo dispuesto en la Directiva [89/48/CEE] del Consejo, de 21 de diciembre de 1988? En caso de respuesta afirmativa, ¿cómo debe apreciarse si el título de la Escola Nacional de Saúde Pública de Lisboa y el de la École nationale de la santé publique de Rennes son equiparables?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede la autoridad competente supeditar el ingreso en la función pública de funcionarios de otro Estado miembro que acrediten estar en posesión de un título equivalente a determinados requisitos, en particular, a que superen las pruebas de acceso a la École, si dichos funcionarios ya han superado un procedimiento de selección similar en su país de origen?»

(...).

El Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la cour administrative d'appel de Douai mediante resolución de 12 de julio de 2001, declara:

1) La declaración de haber superado el examen final de la formación en la École nationale de la santé publique, que culmina con el nombramiento definitivo como funcionario en un hospital público francés, debe calificarse de «título» en el sentido de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciem-

bre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a efectos de aplicar el artículo 3, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva, si un diploma obtenido en otro Estado miembro por un nacional de un Estado miembro que aspira a ejercer una profesión regulada en el Estado miembro de acogida puede calificarse de título en virtud de la norma citada y, en su caso, examinar en qué medida las formaciones sancionadas por dichos títulos son equiparables por lo que se refiere tanto a su duración como a las materias que abordan. Si de estas comprobaciones resulta que se trata en los dos casos de un título en el sentido de la Directiva y que ambos títulos sancionan formaciones equiparables, la citada Directiva se opone a que las autoridades del Estado miembro de acogida supediten el acceso de dicho nacional de un Estado miembro a la profesión de director de un hospital público al requisito de que curse la formación impartida en la École nationale de la santé publique y se someta al examen final de dicha formación.

2) Cuando un nacional de un Estado miembro está en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se opone a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la École nationale de la santé publique."

*Tribunal:* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
*Fecha:* 23 de septiembre de 2003.
*Asunto:* C-109/01.
*Ponente:* D. Colneric.

*Voz:* Libre circulación de trabajadores. Derecho de residencia del cónyuge nacional de un país tercero.
*Resumen:* El Tribunal establece que un nacional de un país tercero, casado con un ciudadano de la Unión Europea, tiene derecho a residir en el Estado de origen de éste cuando el ciudadano, tras haber ejercitado su derecho a la libre circulación, vuelve a su Estado de origen con su cónyuge para trabajar, siempre que el cónyuge haya residido legalmente en otro Estado miembro.

"1) Para poder disfrutar, en una situación como la del litigio principal, de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión.

2) El artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 no es aplicable si el nacional de un Estado miembro y el nacional de un país tercero han celebrado un matrimonio de conveniencia para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros.

3) En caso de matrimonio auténtico entre un nacional de un Estado miembro y un nacional de un país tercero, el hecho de que los cónyuges se hayan instalado en otro Estado miembro con el fin de poder ejercitar los derechos conferidos por el Derecho comunitario al regresar al Estado miembro del que es nacional el primero carece de pertinencia a efectos de la apreciación de su situación jurídica por las autoridades competentes de este Estado.

4) Si, en el momento en que un nacional de un primer Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con el que convive en un segundo Estado miembro, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, su cónyuge no disfruta de los derechos

contemplados en el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 por no haber residido legalmente en el territorio de un Estado miembro, las autoridades competentes del primer Estado miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deben tener en cuenta, no obstante, el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, toda vez que el matrimonio es auténtico."

# CONSTITUCIONAL

***Tribunal:*** Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 140/2003.
***Fecha:*** 14 de julio de 2003.
***Recurso de amparo:*** 1982/2000.
***Ponente:*** D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.
***Voz:*** Libre circulación de trabajadores. Derecho de residencia del cónyuge nacional de un país tercero.
***Resumen:*** El Tribunal declara la falta de acreditación de los elementos necesarios para el cálculo de la indemnización por pérdida de puesto de trabajo al denegar indebidamente la renovación de un permiso para extranjero. Vulneración de los derechos a la igualdad y tutela judicial.

"Del examen de las actuaciones se desprende que el recurrente había solicitado en su demanda ser indemnizado por los daños materiales y morales irrogados por su cese como consecuencia de la no renovación de su permiso laboral, en la suma de veinte millones de pesetas, más intereses legales desde el 1 de febrero de 1991. El recurrente afirmaba en su demanda y en su escrito de conclusiones que tras su cese en la Empresa (...) no consiguió otro empleo, viéndose obligado a «darse de alta como trabajador autónomo y dedicándose desde entonces a la venta ambulante por diversas ciudades de artículos de bisutería», actividad por la que afirma obtener ingresos en cuantía que «apenas alcanza las 30.000 pesetas mensuales».

Firme la sentencia, al quedar desierto el recurso de casación preparado por la Abogacía del Estado, el demandante instó la ejecución, pretendiendo que se tomara como criterio para el cálculo de la indemnización las reglas del despido improcedente, a razón de 45 días de salario por año trabajado en la empresa, partiendo del último salario percibido, 95.669 pesetas mensuales, y computando como tiempo de servicios en la empresa ocho años y ocho meses con una antigüedad de 1 de enero de 1997, más prorrata de pagas extraordinarias y salarios de tramitación desde la fecha de extinción de la relación laboral (12 de septiembre de 1984), lo que arroja según el recurrente la cantidad de 2.035.737 pesetas, a la que añade el incremento anual del índice de precios al consumo y el interés legal del dinero más dos puntos desde 1985 a 1998, de donde resultan según sus cálculos 4.702.280 pesetas, que sumadas a la cantidad anterior dan el total de 6.738.037 pesetas. En su liquidación el recurrente omite cualquier descuento por ingresos derivados de la actividad por cuenta propia a que hacía referencia en el proceso principal.

(...).

En tal sentido, lo primero que debe observarse en cuanto a la base de cálculo relativa a «los ingresos que el recurrente hubiera obtenido de la empresa de que fue despedido», es que la sentencia no establece que dicha cantidad deba ser objeto de incremento alguno por aplicación del índice de precios al consumo ni del interés legal de demora, así como tampoco determina que deban seguirse para el cálculo las reglas de indemnización del despido improcedente. Por otra parte, aunque la remisión que efectúa el Auto impugnado de 19 de enero de 2000 a la fundamentación (que transcribe) de otro Auto dictado en un asunto similar puede inducir a confusión (como se advierte que efectivamente ha suce-

dido así en las alegaciones del Ministerio Fiscal) sobre la circunstancia de si el recurrente ha aportado nóminas de su relación laboral y certificados negativos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo cierto es que el recurrente no ha aportado documentación alguna al respecto (el único documento aportado es una copia de una Resolución del Instituto Nacional de Empleo por la que se le deniega la prestación por desempleo). Por otra parte, tampoco obra en poder de la Administración demandada (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) documentación relativa a la relación laboral del demandante con la Empresa N.A., S.A., para la que éste prestaba servicios, extremo lógico si se tiene en cuenta que el Ministerio de Trabajo no era el empleador del recurrente, y sin que dicha documentación haya podido ser facilitada tampoco por el liquidador de la Empresa (...), al no conservarse dado el tiempo transcurrido, sin que sea exigible a esta empresa pública ni a su liquidador la conservación de dicha documentación más allá del plazo sexenal que establece la legislación mercantil (artículo 30 del Código de comercio). (...).No estamos, pues, ante un supuesto de deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo, que no deben repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de su propia torpeza, como viene señalando nuestra doctrina (...), sino ante un supuesto en que ni el demandante ni la empresa pública para la que prestaba servicios conservan documentación relativa a esa relación laboral, sin que la empresa venga obligada a conservar esa documentación por haber transcurrido con creces el plazo establecido al efecto en la legislación mercantil.

No resulta infundado, pues, que ante las contradicciones reveladas en la fase de ejecución y la falta de prueba sobre los extremos fijados por la sentencia para la cuantificación de la indemnización, el órgano judicial haya optado, de conformidad con el artículo 105.2 de la vigente LJCA, por fijar como indemnización una cantidad a tanto alzado de 500.000 pesetas (similar a la que se ha otorgado en asuntos similares, según se razona en el Auto impugnado). Tal decisión se fundamenta, en definitiva, en una apreciación de la prueba practicada en el incidente de ejecución que no puede tildarse de arbitraria o irrazonable, debiendo recordarse que en una doctrina reiterada este Tribunal ha declarado (...) que su enjuiciamiento en vía de recurso de amparo no puede entrañar una revisión de la valoración y ponderación del material probatorio, salvo que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad, ya que ello supondría interferir en una competencia exclusiva de los órganos judiciales (...). Los razonamientos que anteceden conducen a declarar, en definitiva, que no ha existido la vulneración del artículo 24.1 de la CE que se imputa a los Autos impugnados, lo que entraña, consiguientemente, la denegación del amparo solicitado."

# Crónica legislativa de un semestre

I

# CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

## I. FUENTES INTERNAS

– Real Decreto 1171/2003, de 12 de septiembre, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se modifican directivas sobre reconocimiento profesional, y se modifican los correspondientes reales decretos de transposición (*BOE* nº 225, de 19 de septiembre de 2003).

– Resolución de 4 de junio de 2003, 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* nº 158, de 3 de julio de 2003; c.e. *BOE* nº 185 de 4 de agosto de 2003; c.e. *BOE* nº 224 de 18 de septiembre de 2003).

– Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita (*BOE* nº 188, de 7 de agosto de 2003; c.e. *BOE* nº 230, de 25 de septiembre de 2003).

– Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características (*BOE* nº 166, de 12 de julio de 2003).

– Resolución de 30 de julio de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 223 del Reglamento del Registro Civil, se acuerda publicar la relación de concesiones y aprobaciones de nacionalidad durante el primer semestre de 2003 (*BOE* nº 194, de 14 de agosto de 2003).

– Real Decreto 1203/2003, de 19 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de convenio especial de los emigrantes e hijos de emigrantes (*BOE* nº238, de 4 de octubre de 2003).

– Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (*BOE* nº 234, de 30 de septiembre de 2003).

– Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

Crónica legislativa de un semestre

I

– Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (*BOE* nº 256, de 25 de octubre de 2003).

– Ley Orgánica 12/2003, de 24 de octubre, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Adhesión a la Unión Europea 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 (*BOE* nº 257, de 27 de octubre de 2003).

## II. FUENTES INTERNACIONALES

– Resolución de la Secretaría General Técnica por la que se dispone la publicación de la terminación de la aplicación provisional del Canje de Notas, de fechas 25 de mayo y 17 de junio de 1994, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre el régimen de circulación de personas (*BOE* nº 159, de 4 de julio de 2003).

– Corrección de errores del Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995 (*BOE* nº 233, de 29 de septiembre de 2003).

– Corrección de errores del Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y de la Declaración relativa a la adopción simultánea del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y del Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de dicho Convenio, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1996 (*BOE* nº 233, de 29 de septiembre de 2003).

– Corrección de errores del Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996 (*BOE* nº 233, de 29 de septiembre de 2003).

– Declaraciones previstas en los artículos 5.1, 20.1, 20.6, 21.1 párrafo 2 y 21.1 párrafo 5 del Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la Asistencia Mutua y a la Cooperación entre las Administraciones Aduaneras, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1997 (*BOE* nº 199, de 20 de agosto de 2002) (*BOE* nº 219, de 12 de septiembre de 2003).

– Convenio de Cooperación Transfronteriza en materia Policial y Aduanera entre el Reino de España y la República Francesa, hecho *ad referendum* en Blois el 7 de julio de 1998 (*BOE* nº 224, de 18 de septiembre de 2003).

– Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (*BOE* nº 233, de 29 de septiembre de 2003).

Crónica legislativa de un semestre

I

– Convenio entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra, relativo a la circulación y estancia en el Principado de Andorra de nacionales de terceros Estados, hecho *ad referendum* en Bruselas el 4 de diciembre de 2000 (*BOE* nº 153, de 27 de junio de 2003; c.e. *BOE* nº 224, de 18 de septiembre de 2003).

– Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, hecho en Madrid el 9 de mayo de 2001 (*BOE* nº 223, de 17 de septiembre de 2003).

– Convenio entre el Reino de España y la República Francesa en materia de protección y de seguridad civil, hecho en Perpiñán el 11 de octubre de 2001 (*BOE* nº 159, de 4 de julio de 2003).

– Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Eslovaca, hecho en Bratislava el 22 de mayo de 2002. Acuerdo administrativo para su aplicación (*BOE* nº 156, de 1 de julio de 2003).

– Denuncia del Canje de Notas de 30 de octubre de 1963 sobre supresión de visados entre España y Ecuador, hecho en Quito el 3 de junio de 2003 (*BOE* nº 159, de 4 de julio de 2003).

– Convenio de cooperación cultural y educativa entre el Reino de España y la República de Uzbekistán, hecho en Madrid el 20 de marzo de 2001 (*BOE* nº 170, de 17 de julio de 2003).

– Aplicación provisional del Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil de 16 de mayo de 1991, hecho en Valencia el 14 de mayo de 2002 (*BOE* nº 239, de 6 de octubre de 2003).

– Corrección de erratas del Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Eslovaca, hecho en Bratislava el 22 de mayo de 2002. Acuerdo administrativo para su aplicación (*BOE* nº 212, de 4 de septiembre de 2003).

– Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 (*BOE* nº 219, de 12 de septiembre de 2003).

– Convenio entre el Reino de España y la República Francesa y el Principado de Andorra, relativo a la entrada, circulación, residencia y establecimiento de sus nacionales, hecho *ad referendum,* en Bruselas el 4 de diciembre de 2002 (*BOE* nº 153, de 27 de junio de 2003; c.e. *BOE* nº 224, de 18 de septiembre de 2003).

– Aplicación provisional del Convenio complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994, hecho en Madrid el 8 de abril de 2003 (*BOE* nº 168, de 15 de julio de 2003).

– Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho en Madrid el 3 de junio de 2003 (*BOE* nº 168, de 15 de julio de 2003).

– Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Polonia, hecho en Madrid el 22 de febrero de 2001, y Acuerdo Administrativo para

Crónica legislativa de un semestre

la aplicación del Convenio, hecho en Varsovia el 17 de junio de 2003 (*BOE* nº 234, de 30 de septiembre de 2003).

– Resolución de 20 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica, relativa a la adhesión de Japón al Convenio sobre el traslado de personas condenadas (número 112 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 (publicado en el *BOE* de 10 de junio de 1985) (BOE nº 185, de 4 de agosto de 2003).

– Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 (*BOE* nº 185, de 4 de agosto de 2003).

– Aplicación provisional del Canje de Notas, de fechas 30 y 31 de julio de 2003, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia sobre el reconocimiento y el canje de los permisos de conducción nacionales.

– Orden AEX/2458/2003, de 27 de agosto, por la que se crea la Oficina Técnica de Cooperación de la Agencia Española de Cooperación Internacional de la Misión Diplomática Permanente de España en la República del Iraq (*BOE* nº 217, de 10 de septiembre de 2003).

– Reglamento (CE) nº 1560/2003 de la Comisión de 2 de septiembre de 2003 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo 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.

– Resolución de 18 de septiembre de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone la publicación de la Declaración elaborada por el Ministerio del Interior en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio de cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera entre el Reino de España y la República Francesa, hecho *ad referendum* en Blois el 7 de julio de 1998 (*BOE* nº 233, de 29 de septiembre de 2003).

– Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE* 3 de octubre de 2003 L 251/12).



# EUROPA EN BREVE

## INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

### Espacio de libertad, seguridad y justicia. Últimos avances

La Comisión Europea ha presentado su Comunicación sobre la actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea (primer semestre 2003). El informe señala que bajo la Presidencia griega se han acordado finalmente varias propuestas clave y parece probable que, tras los resultados del Consejo de Ministros de junio de Justicia e Interior, se respeten la mayoría de los plazos de Sevilla en el campo de la inmigración y el asilo. En el campo de la gestión de las fronteras exteriores todas las acciones programadas están en curso y el Consejo Europeo de Salónica será una oportunidad importante para evaluar los primeros resultados y los objetivos futuros fijados.
*(26 de mayo de 2003).*

### Reconocimiento de decisiones sobre expulsión de inmigrantes

La Comisión de Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo ha aprobado un informe relativo a la propuesta de decisión del Consejo 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. Los parlamentarios han rechazado la propuesta del Consejo, en el marco del procedimiento de consulta, por carecer de una base jurídica adecuada. La propuesta define las compensaciones financieras derivadas del reconocimiento de las decisiones de expulsión de nacionales de terceros países adoptadas por otro Estado miembro.
*(26 de mayo de 2003).*

### Compensación de costes por expulsión de inmigrantes

El Parlamento Europeo ha rechazado una propuesta de decisión 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. La razón del rechazo ha sido la falta de fundamento jurídico en el Tratado de esta decisión.
*(2 de junio de 2003).*

(*) 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.*

## Acogida e integración de inmigrantes

La Comisión ha invitado a los Estados miembros a intensificar sus esfuerzos para la integración de los inmigrantes. En un nuevo documento orientativo sobre inmigración, integración y empleo, señala que será necesario cada vez más recurrir a la inmigración para cubrir ciertas categorías de mano de obra, pero que sin políticas de acogida más eficaces, los inmigrantes que la UE necesita, no estarán en condiciones de aportar todo su potencial ni de contribuir plenamente al desarrollo económico.
*(2 de junio de 2003).*

## Política común sobre inmigración ilegal

La Comisión ha adoptado una Comunicación sobre el desarrollo de una política común relativa a la inmigración ilegal, el contrabando y el tráfico de seres humanos, las fronteras exteriores y el retorno de inmigrantes ilegales. La Comunicación será enviada al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas a la Cumbre Europea de Tesalónica.
*(2 de junio de 2003).*

## Estatuto de los residentes de larga duración

Los ministros de la UE han alcanzado, dentro del plazo fijado en la Cumbre de Sevilla (junio de 2003), un acuerdo político sobre el Proyecto de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. El objetivo de la Directiva es garantizar un estatuto europeo de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente en el territorio de un Estado miembro durante un período mínimo de 5 años. Este estatuto permitirá a estas personas, bajo ciertas condiciones, desplazarse de un Estado miembro a otro, manteniendo los derechos y beneficios adquiridos en el primer Estado miembro.
*(9 de junio de 2003).*

## Concesión o retirada de la condición de refugiado

El Consejo de Justicia e Interior de la UE ha alcanzado un acuerdo sobre determinadas disposiciones de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, en particular sobre las relativas a la detención de los solicitantes de asilo y al procedimiento a seguir en caso de renuncia implícita o abandono de una solicitud de asilo. Las negociaciones continuarán en los próximos meses con vistas a alcanzar un acuerdo global antes de finales de 2003, según el plazo previsto en la Cumbre de Sevilla.
*(9 de junio de 2003).*

## Sistemas de asilo mejor gestionados

La Comisión Europea ha adoptado una Comunicación titulada "Hacia sistemas de asilo mejor gestionados, más accesibles y equitativos", resultado de la carta del 10 de marzo de 2003 del Pri-

mer Ministro del Reino Unido a la Presidencia de la UE, pidiendo que la Presidencia incluyera el tema de la "mejor gestión del sistema de asilo" en el orden del día del Consejo Europeo de primavera de 2003. En el documento se señala que, no obstante, los nuevos planteamientos deberían basarse en determinadas premisas básicas, entre las que se encuentra la necesidad de respetar plenamente las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados miembros, abordar las causas profundas de la migración forzada, facilitar la entrada legal de ciudadanos de terceros países en la UE con fines de empleo, seguir combatiendo la inmigración ilegal, y basarse en un auténtico sistema de reparto de la carga, tanto dentro de la UE como con los terceros países de acogida, en vez de desplazar la carga hacia éstos.
*(9 de junio de 2003).*

## Funcionarios de enlace para combatir la inmigración ilegal

La Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración ha sido publicada en el *DOUE* (C 140/12 de 14-6-2003). El funcionario de enlace de inmigración será el representante de uno de los Estados miembros, destinado en el extranjero por el servicio de inmigración u otra autoridad competente, a uno o varios terceros países, 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.
*(16 de junio de 2003).*

## Asistencia a terceros países en materia de asilo e inmigración

La Comisión Europea ha adoptado una propuesta de reglamento que establece un programa de asistencia técnica y financiera a favor de terceros países en materia de asilo e inmigración. La propuesta contiene un programa plurianual (período 2004-2008, con un presupuesto total de 250 millones de euros) destinado a poner en marcha la Comunicación de la Comisión de diciembre de 2002 relativa a la integración de las cuestiones vinculadas a la inmigración en las relaciones de la UE con países terceros. El Programa financiará iniciativas destinadas a ayudar a estos países a incrementar su capacidad en el ámbito de la gestión de la inmigración.
*(16 de junio de 2003).*

## Gastos de tramitación de solicitud de visados

Los ministros de la UE han adoptado la Decisión del Consejo relativa a la adaptación del anexo 12 de la Instrucción Consular Común y del anexo 14.a) del Manual Común sobre los gastos de tramitación de visados. La Decisión modifica los derechos a percibir, correspondientes a los gastos administrativos de tramitación de la solicitud de visado. La Decisión se aplicará a partir del 1 de julio de 2004.
*(16 de junio de 2003).*

## Observatorio Europeo sobre libre circulación de trabajadores

La Comisión Europea ha publicado un anuncio de contrato de servicios para la creación y coordinación de un observatorio europeo sobre la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea (2003/S 105-093549). La función de este observatorio será controlar el desarrollo de la legislación, jurisdicción y práctica judicial en cuanto a la aplicación de la legislación comunitaria sobre la libre circulación de trabajadores, sobre todo mediante la elaboración anual de informes nacionales de cada Estado miembro y de un informe europeo sobre el desarrollo en los Estados miembros de la UE. Plazo de recepción de ofertas: 25 de julio de 2003.
*(16 de junio de 2003).*

## Informe explicativo sobre el asilo y la inmigración en la UE

La Comisión Europea ha publicado en la web de Justicia e Interior un informe explicativo sobre asilo e inmigración en el contexto del Consejo Europeo de Salónica de los días 19 a 21 de junio. El documento contiene los textos relativos al asilo y la inmigración incluidos en la agenda de la Cumbre Europea, los instrumentos legales aprobados o en proceso de debate en el Consejo, así como una nota explicativa sobre cómo se adoptan, a nivel europeo, las decisiones en este área. Asimismo, se incluyen discursos, notas de prensa, y enlaces de interés.
*(23 de junio de 2003).*

## Gastos de tramitación de solicitud de visados

La Decisión del Consejo de 13 de junio de 2003 relativa a la adaptación del anexo 12 de la Instrucción consular común y del anexo 14.a) del Manual común sobre los gastos de tramitación de visados, ha sido publicada en el *DOUE* (20-6-2003 L 152/82). La Decisión modifica los derechos a percibir, correspondientes a los gastos administrativos de tramitación de la solicitud de visado. La Decisión se aplicará a partir del 1 de julio de 2004.
*(23 de junio de 2003).*

## Inmigrantes con residencia legal

El Consejo de la UE ha aprobado el proyecto de conclusiones del Consejo relativas al desarrollo de una política a escala de la Unión Europea sobre la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea. Asimismo, ha aprobado el proyecto de conclusiones del Consejo sobre la Mejora de la eficacia e intensificación de la cooperación consular entre los Estados miembros en terceros países.
*(23 de junio de 2003).*

## Derecho a voto de los inmigrantes

El Parlamento Europeo ha aprobado una resolución sobre las Comunicaciones de la Comisión sobre "Un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración" y sobre "Integración de las cuestiones de migración en las relaciones de la Unión Europea

con países terceros". El Parlamento ha hecho hincapié en la integración de inmigrantes y apoya, en esta línea, el concepto de "ciudadanía cívica" para que los inmigrantes residentes legales puedan gozar de derechos, y obligaciones, económicos, sociales y políticos, en particular, el derecho de voto en las elecciones municipales y europeas.
*(23 de junio de 2003).*

## Conclusiones de la Cumbre de Salónica

El Parlamento Europeo ha adoptado una resolución sobre las conclusiones del Consejo Europeo de Salónica. En el documento, se señala que el proyecto de Tratado presentado por la Convención debe constituir la única base de los trabajos de la Conferencia Intergubernamental. Por otro lado, sobre la política de inmigración, aboga por mantener un planteamiento global y por que se exploren canales legales para la entrada de nacionales de terceros países, siempre teniendo en cuenta la capacidad de acogida. Propugna igualmente una mayor cooperación por parte de los países de origen y un refuerzo de la lucha contra las redes criminales.
*(7 de julio de 2003).*

## Pensionistas con residencia en otro Estado miembro

El TJCE ha establecido en una sentencia (Asunto C-156/01 *R.P. van der Duin / Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen y Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen / T.W. van Wegberg-van Brederode*) que los pensionistas que establezcan su domicilio en un Estado miembro distinto de su Estado de origen deben solicitar una autorización previa al seguro de enfermedad del Estado miembro de residencia en el que están inscritos para recibir asistencia médica en otro Estado miembro. La sentencia añade que dicho principio se aplica también a los pensionistas que reciben asistencia médica en el Estado que les adeuda su pensión o renta. El TJCE señala que una vez que el titular de una pensión o de una renta y los miembros de su familia se han inscrito en la institución competente del Estado miembro donde residen tienen derecho, con arreglo al reglamento comunitario, a las prestaciones en especie servidas por dicho seguro de enfermedad como cualquier titular que resida en el territorio de dicho Estado miembro. En este sentido, se deduce que la institución competente para autorizar los desplazamientos de dichos asegurados a otro Estado miembro, incluido el Estado miembro deudor de la pensión o de la renta, para recibir prestaciones en especie con arreglo a las condiciones establecidas por el reglamento comunitario, es la institución del lugar de residencia de los interesados. Dicha institución es la que mejor puede comprobar en la práctica si se cumplen las condiciones para conceder la referida autorización previa.
*(7 de julio de 2003).*

## Desplazamiento regular de nacionales de terceros países a la UE

La Comisión Europea ha aprobado dos propuestas de Reglamento relativas al cruce de fronteras por nacionales de terceros países que residan en zonas fronterizas y se desplacen regularmente por razones legítimas a un país de la UE, sin representar una amenaza para la seguridad. La primera propuesta de Reglamento tiene por objeto facilitar la circulación local en las fronteras

terrestres entre Estados miembros y países terceros vecinos. La segunda propuesta extiende estos mecanismos a las fronteras de Estados miembros en los que todavía exista un control de personas en sus fronteras comunes.
*(8 de septiembre de 2003).*

## Estado miembro responsable para examinar solicitud de asilo

El Reglamento (CE) nº 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo 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 ha sido publicado en el *DOUE* (5-9-2003 L 222/3).
*(15 de septiembre de 2003).*

## Formación de conductores para prevenir la inmigración ilegal

La Directiva 2003/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativa a la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte de mercancías o de viajeros por carretera, por la que se modifican el Reglamento (CEE) nº 3820/85 del Consejo y la Directiva 91/439/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 76/914/CEE del Consejo ha sido publicada en el *DOUE* (10-9-2003 L 226/4). Los conductores recibirán formación para prevenir el tráfico de inmigrantes ilegales y la criminalidad.
*(15 de septiembre de 2003).*

## Transmision de demandas de asilo

El sistema DubliNET, la red segura de comunicaciones electrónicas entre autoridades nacionales responsables del tratamiento de demandas de asilo, se encuentra operativo desde el pasado 1 de septiembre de 2003, tanto en los Estados miembros de la UE como en Noruega e Islandia. Su creación estaba prevista en el Reglamento "Dublín II", que reemplaza al Convenio de Dublín, y que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una demanda de asilo presentada por un nacional de un país tercero.
*(22 de septiembre de 2003).*

## Reagrupación familiar

El Consejo de Competitividad ha aprobado la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. El objetivo de la Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. La Directiva establece que los Estados miembros deberán autorizar la entrada y la residencia al cónyuge y a los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, mientras que deja a elección de los Estados miembros la decisión sobre los ascendientes en línea directa y en primer grado, los hijos mayores solteros, y la pareja no casada.
*(22 de septiembre de 2003).*

## Expulsión de nacionales de terceros países

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 nacionales de terceros países presentes ilegalmente en sus territorios ha sido publicada en el *DOUE* (19-9-2003 C 223/3). El objetivo de la Decisión es conseguir racionalizar, mediante la organización de vuelos conjuntos, las operaciones de expulsión de los nacionales de terceros países a los que se apliquen las correspondientes medidas adoptadas por dos o más Estados miembros. Asimismo, se ha publicado la Iniciativa de la República Italiana con vistas a la adopción de una Directiva relativa a la asistencia durante el tránsito por el territorio de uno o varios Estados miembros con motivo de la ejecución de las resoluciones de expulsión adoptadas por los Estados miembros contra nacionales de terceros países (*DOUE* 19-9-2003 C 223/5).
*(29 de septiembre de 2003).*

## Mayor seguridad en visados y permisos de residencia

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Reglamento [por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1683/95] por el que se establece un modelo uniforme de visado así como una propuesta de Reglamento [por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1030/2002] por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. El objetivo es reforzar las normas de seguridad aplicables al modelo uniforme de visado y de permiso de residencia para los nacionales de terceros países mediante la inclusión de identificadores biométricos. Con la presentación de estas propuestas, la Comisión persigue un doble objetivo: adelantar de 2007 a 2005 la fecha límite fijada para la inclusión de la fotografía y, simultáneamente, pedir a los Estados miembros que armonicen la integración de los identificadores biométricos en el visado y en el permiso de residencia para los nacionales de terceros países, en aras de la interoperatividad.
*(29 de septiembre de 2003).*

## Estados seguros en el marco del procedimiento de asilo

En el marco de las negociaciones sobre la propuesta modificada de Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, los ministros de Justicia e Interior de la UE han alcanzado un acuerdo para establecer una lista mínima común de Estados seguros basada en criterios comunes. El Consejo de la UE pretende aprobar la lista al mismo tiempo que la Directiva. Todos los Estados miembros, excepto el Reino Unido y Suecia, estuvieron de acuerdo sobre los criterios que debe tener un Estado para ser considerado seguro (por ejemplo, que respete los Convenios internacionales y que establezca un sistema de recursos adecuado en caso de incumplimiento de los mismos).
*(6 de octubre de 2003).*

## Red de funcionarios de enlace de inmigración

El Consejo de la UE, a la espera de la opinión del Parlamento Europeo y del levantamiento de ciertas reservas parlamentarias, ha alcanzado un acuerdo sobre el Reglamento del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración. Se considera funcionario de enlace de inmigración al representante de uno de los Estados miembros, destinado en el extranjero por el servicio de inmigración u otra autoridad competente, a uno o varios terceros países, 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. Todo Estado miembro velará por que sus funcionarios de enlace de inmigración establezcan y mantengan contactos directos con las autoridades competentes del país anfitrión y con cualquier otro organismo pertinente de dicho país, a fin de facilitar y agilizar la recopilación e intercambio de información.
*(6 de octubre de 2003).*

## Reagrupación familiar

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar ha sido publicada en el *DOUE* (3-10-2003 L 251/12). El objetivo de la Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. La Directiva establece que los Estados miembros deberán autorizar la entrada y la residencia al cónyuge y a los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, mientras que deja a elección de los Estados miembros la decisión sobre los ascendientes en línea directa y en primer grado, los hijos mayores solteros, y la pareja no casada.
*(6 de octubre de 2003).*

# ANEXO LEGISLATIVO

## LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS (*BOE* DEL 30)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, contemplaba un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas. Entre estas últimas se ponía un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

Esta ley orgánica viene a completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo a dicho plan y, por ello, no debe considerarse aisladamente, sino en el conjunto de iniciativas del Gobierno para mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia.

Alcanzar estos objetivos exige abordar una serie de reformas en las materias mencionadas para lograr un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, cuyos elementos esenciales se exponen a continuación.

II

La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada.

El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales.

Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.

III

Por otra parte, se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados. Así, los artículos 147, respecto a las lesiones, 234, respecto al hurto y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

III

El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

IV

Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas:

1.º La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos.

Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con

pena de prisión inferior a 6 años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión.

De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Paralelamente se reforma el artículo 108 del Código Penal para establecer, con carácter general, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el juez o tribunal a consecuencia de la comisión de un delito.

2.º La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.

La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas —con independencia de que sean o no trabajadores— será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.

Por último, se ha incluido en el artículo 318 la posibilidad de que los jueces o tribunales impongan alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal.

3.º La existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina.

En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de 6 a 12 años.

Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

4.º La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país.

Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutan de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.

El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España.

Para ello, se reforma el artículo 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

5.º Por último, la adaptación de la Ley de extranjería a la realidad delictiva y procesal existente.

Esta ley orgánica reforma también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

## Ley Orgánica 11/2003

### III

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para mejorar el régimen jurídico de entrada y permanencia en territorio español de los extranjeros.

Se trata ahora, mediante la reforma de los apartados 4 y 7 del artículo 57 y del artículo 62.1, de mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal.

Con la nueva redacción del apartado 4 del artículo 57 se mejora el texto actual, aclarando que la expulsión, además de conllevar "en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado", implicará también "el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España".

Igualmente, esta ley orgánica, al modificar el artículo 57.7 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión.

La nueva redacción del artículo 57.7 establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial es muy breve, pues no podrá pasar de los tres días.

Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. También se prevé el modo de actuar cuando sean varios los órganos judiciales que están conociendo procesos penales contra un mismo ciudadano extranjero. En este caso, como es lógico, se impone a la autoridad gubernativa el deber de solicitar la autorización de la expulsión a todos esos órganos jurisdiccionales.

Por último, esta reforma también mejora la regulación de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. Con ella se trata de garantizar que las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión no queden sin efecto por la imposibilidad de hallar al extranjero.

**Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**—Uno. Se modifica el artículo 23, que queda redactado como sigue:

> "Artículo 23.—Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente."

Dos. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

"Artículo 66.—1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.º Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.ª Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.ª Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.ª Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior."

Tres. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, que quedan redactados como sigue:

"1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad."

Cuatro. Se modifica el artículo 108, que queda redactado como sigue:

"Artículo 108.—1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad."

Cinco. Se añade un párrafo al apartado 1 y se modifica el apartado 2 del artículo 147, con la siguiente redacción:

"Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de 6 a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido."

Seis. Se modifica el artículo 149, que queda redactado como sigue:

"Artículo 149.—1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de

inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz."

Siete. Se modifica el artículo 153, que queda redactado como sigue:

"Artículo 153.—El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 6 meses a 3 años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza."

Ocho. Se modifica el artículo 173, que queda redactado como sigue:

"Artículo 173.—1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 1 a 5 años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores."

Nueve. Se modifica el artículo 188, que queda redactado como sigue:

"Artículo 188.—1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a

ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida."

Diez. Se añade un párrafo segundo al artículo 234, que queda redactado como sigue:

"Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito."

Once. Se añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 244, que queda redactado como sigue:

"Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito."

Doce. Se modifica el artículo 318, que queda redactado como sigue:

"Artículo 318.—Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código."

Trece. Se modifica el artículo 318 bis, que queda redactado como sigue:

"Artículo 318 bis.—1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el

tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada."

Catorce. Se modifica el párrafo 1.º del artículo 515, que queda redactado como sigue:

"1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada."

Quince. Se deroga el último párrafo del apartado 2 del artículo 617.

**Art. 2. Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**—Uno. El apartado 4 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

"4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado."

Dos. El apartado 7 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

"7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

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

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

Tres. El apartado 1 del artículo 61 queda redactado como sigue:

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

a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.

b) Residencia obligatoria en determinado lugar.

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

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

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

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

Cuatro. El apartado 1 del artículo 62 tendrá la siguiente redacción:

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

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

**Art. 3. Modificación del Código Civil.**—Uno. La rúbrica del capítulo XI del título IV del libro I del Código Civil quedará redactada del siguiente modo:

"Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio."

Dos. El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil quedará redactado del siguiente modo:

"La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107."

Tres. El artículo 107 del Código Civil quedará redactado del siguiente modo:

"Artículo 107.—1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

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."

DISPOSICIONES FINALES

**Primera. Carácter de esta ley.**—El artículo tercero de esta ley tiene carácter ordinario y se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

**Segunda. Entrada en vigor.**—La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

# Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

# Notas BIBLIOGRÁFICAS


AGUELO NAVARRO, P: "Comentarios de urgencia acerca del anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 4/2000", *Revista de Web de Extranjería ReICAZ* nº 15 www.reicaz.es/extranjeria.

– "El Tribunal Supremo anula 13 artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería", *Revista de Web de Extranjería ReICAZ* nº 15 www.reicaz.es/extranjeria.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "Al fin se ha hecho realidad la obligatoriedad de la Convención de las Naciones Unidas, sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", *Revista de Web de Extranjería ReICAZ* nº 15 www.reicaz.es/extranjeria.

– "A los ecuatorianos ya se les exige visado para acceder al territorio español", *Revista de Web de Extranjería ReICAZ* nº 15 www.reicaz.es/extranjeria.

AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 2003. El pasado dice cosas que interesan al Futuro*, Edai, Madrid 2003, 307 pp.

AZOUZ BEGAG: *L´intégration,* Le Cavalier Bleu, París 2003, 122 pp.

BODY-GENDROT, S., y WIHTOL DE WENDEN, C.: *Police et discriminations raciales. Le tabou francais*, Les Éditions de l´Atelier, París 2003, 192 pp.

COMISIÓN DE LAS CCEE: *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Hacia regímenes de asilo más accesibles, equitativos y organizados*, COM (2003) 315 final, de 3 de junio de 2003, 26 pp.

– *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo con vistas al Consejo Europeo de Tesalónica, relativa al desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes ilegales*, COM (2003) 323 final, de 6 de junio de 2003, 22 pp.

– *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo*, COM (2003) 336 final, de 3 de junio de 2003, 62 pp.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *Inmigración, asilo e integración social*, Luxemburgo 2002, 120 pp.

## Notas bibliográficas


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2002, 467 pp.

CHUECA SANCHO, A.G.: "Dos mitos sobre las migraciones", *Revista de Web de Extranjería ReICAZ* nº 15 www.reicaz.es/extranjeria.

DIAGO DIAGO, M.P.: "La familia multicultural y el Derecho", en AAVV: *La familia en la sociedad del Siglo XXI,* Madrid 2003, pp. 277 a 291.

DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14 edic., Tecnos, Madrid 2003, 1019 pp.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *La multiculturalidad...,* pp. 89-142.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *The Right to Family Reunification in the Spanish Law System*, Spanish Yearbook of International Law 1999-2000, pp. 1-37 (vol. publicado en 2003).

GIL RODRÍGUEZ J.: "Aproximación a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Cc en materia de nacionalidad: emigración e inmigración", *Revista del Poder Judicial,* nº 68, 2002, pp. 105-167.

GISTI: *Les visas en France,* París, mayo 2003, 96 pp.

– *La guide de l´entrée et du séjour des étrangers en France,* La Découverte, 5ª edic., París 2003, 22 pp.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM-OIM): *Informed Migration,* Ginebra, 2003, 350 pp.

– *The Migration Development Nexus*, Ginebra 2003, 317 pp.

– *Migración colombiana en España*, Ginebra, 2003, 220 pp.

NIETO DELGADO, C.: *Reforms and Counter-reforms in Spanish Law of Aliens*, Spanish Yearbook of International Law 1999-2000, pp. 51-70 (vol. publicado en 2003).

ORIOL, P.: "Derecho de voto para los residentes extranjeros", *Mugak,* nº 22, 2003, pp. 11-15.

PÉREZ MARTÍN, E.: "Los derechos de los extranjeros en España: el derecho al trabajo y las libertades políticas conexas, el derecho de sindicación y el de huelga", *Revista del Poder judicial,* nº 68, 2002, pp. 13-59.

RIPOLL CARULLA, S.: *Spain´s Bilateral Agreements on Foreign Workers: A New Instrument of Spanish Immigration and Development Policy*, Spanish Yearbook of International Law 1999-2000, pp. 39-49 (vol. publicado en 2003).

SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ: *Pacificar violencias cotidianas*, Gobierno de Aragón, Zaragoza 2003, 504 pp.

TORRES, F.: "Igualdad, derecho de voto de los inmigrantes y proceso de integración", *Mugak,* nº 22, 2003, pp. 7-10.

TRUJILLO HERRERA, R.: *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dykinson, Madrid 2003, 486 pp.

VV.AA.: *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad Social,* Madrid, 2003, 210 pp.

ZABALO ESCUDERO, E.: "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: Especial referencia al Islam", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *La multiculturalidad...*, pp. 221-258.

– "Legislación española de extranjería: Evolución y experiencias en su aplicación", J. OTADUY, E. TEJERO y A. VIANA (ed.): *Migraciones, Iglesia y Derecho*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2003, pp. 109-133.

# El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo

INÉS ARRIAGA IRABURU
EUNSA, Pamplona
2003

Prólogo de J.A. PASTOR

La autora entra en materia en su capítulo II, estudiando los titulares del derecho a la vida familiar en la Convención Europea de Derechos Humanos; incide entonces en la condición de efectividad y realidad de la vida familiar, para que pueda ser protegida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y revisa los distintos tipos de lazos familiares protegidos en la jurisprudencia de este órgano internacional.

Los capítulos III y IV (dedicados al respeto de la vida familiar como obligación negativa y positiva de los Estados parte en la Convención Europea de Derechos Humanos) resultan los más novedosos e interesantes. Esos dos capítulos justifican por sí solos la publicación de esta monografía.

En el capítulo III se revisa la noción de injerencia del Estado en el derecho a la vida privada del extranjero, la legalidad y la legitimidad de la injerencia y la necesidad de esa injerencia en una sociedad democrática. En este último apartado analiza la proporcionalidad de la injerencia y la doctrina del margen de apreciación del Estado que la realiza.

El capítulo IV (obligación positiva del Estado) se construye partiendo de la noción de "falta de respeto", conjugada asimismo con la doctrina de la ponderación de intereses y la doctrina del margen de apreciación del Estado.

Con buen criterio la autora defiende que el enfoque dado a numerosas sentencias del Tribunal Europeo debe modificarse (pp. 219-220 y 273-274, por ejemplo); ese enfoque se basa con frecuencia en el hecho de que la Convención Europea no atribuye a los extranjeros el derecho a entrar en un Estado; pues bien, dicha base resulta muy débil porque los demandantes no solicitan que el Tribunal les proteja su derecho a entrar en territorio de un Estado sino que les proteja su derecho a disfrutar de la vida familiar.

A pesar de estar bien elaborados y ser técnicamente buenos, a mi entender sobran los capítulos I y V. En el primero la autora examina el mecanismo de protección convencional, o sea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un capítulo demasiado extenso (65 pp.). También elabora un quinto capítulo (breve, de una quincena de páginas) dedicado al derecho a la vida familiar de los extranjeros en la Ley de Extranjería. Digo que se podría prescindir de ambos capítulos porque en ellos no se aborda la cuestión enunciada en el título de la monografía.

La ausencia de unas conclusiones generales al final de la obra puede considerarse superada porque, al terminar cada capítulo, se realiza una "valoración", muy parecida a unas conclusiones parciales.

Las críticas antes mencionadas no suponen obstáculo para concluir que la lectura de esta obra sin duda merece la pena.

En ella se plantean muchas e interesantes cuestiones de la protección internacional de los extranjeros, se suscitan otras y se profundiza en buen número de ellas. Además la bibliografía y la documentación resultan muy interesantes y actualizadas.

Zaragoza, octubre de 2003.

## III Curso de iniciación a la práctica de Derecho de Extranjería

Directores: P. AGUELO NAVARRO, y
A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Valladolid, Lex Nova
2003-2004

Adaptado al programa homologado por el Consejo General de la Abogacía Española.

Programa del Curso:

Estatutos de extranjería: derechos y libertades; Acceso a la nacionalidad española; Visados, entrada y situaciones de estancias y permanencias; Residencia no laboral. La reagrupación familiar; El permiso de trabajo; Régimen sancionador: infracciones y sanciones; Régimen sancionador: procedimientos sancionadores y recursos; Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea.

## Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional 2ª edición

Directores: P. AGUELO NAVARRO y
Á.G. CHUECA SANCHO

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid, Homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

**Directores:** Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

**Colaboran:** Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Gobierno de Aragón - Consejería de Economía, Fundación Telefónica, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México) - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería del reicaz y Editorial Lex Nova.

**Programa:**

**Módulo Introductorio:** Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

**Módulo Primero:** Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

**Módulo Segundo:** Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gente en movimiento.

**Módulo 2B (USA):** La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

**Módulo 2C (MÉXICO):** Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

**Metodología E-Learning:**

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

Más información ver en: www.extranjeria.info/curso

# Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España

MERCEDES MOYA ESCUDERO Y
RICARDO RUEDA VALDIVIA
La Ley

# L'immigració a Catalunya avui
# Anuari 2002

ELISEO AJA y
MÓNICA NADAL (Eds.)
Fundació Jaume Bofill-Editorial Mediterránia
Barcelona, 2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

Índice sistemático

I. Pluralidad de situaciones de extranjería laboral

II. Libre circulación de trabajadores

III. Autorización para trabajar en España

IV. Régimen jurídico del permiso de trabajo

V. Reconocimiento/homologación de títulos extranjeros. Colegiación de profesionales extranjeros

VI. Infracciones y sanciones

VII. Derechos laborales y sociales de los trabajadores extranjeros

VIII. Otros derechos del trabajador extranjero

Abreviaturas

En junio de 2003 se publicaba el cuarto Anuari sobre la inmigración en Cataluña. Está dividido en tres partes, la Parte Jurídica (dirigida por E. AJA), la Parte Sociológica (dirigida por M. NADAL) y los Monográficos; a ellas hay que sumar tres Anexos.

**En la Parte Jurídica** se halla en primer término una valoración general del año 2002, debida al propio E. AJA (pp. 27 y ss.). El autor realiza aportaciones muy sugerentes sobre el principio de legalidad en las normas de inmigración, la posición de los tribunales en esta materia, el papel de los ayuntamientos en la misma y la necesidad de colaboración entre las administraciones municipal, autonómica y estatal en inmigración

Después encontramos hasta siete análisis de gran actualidad y muy destacable interés. Por no hacer un catálogo de los mismos, citaré los dedicados a las posibilidades de regularización de extranjeros en la vigente Ley de Extranjería (pp. 47 y ss., E. ROIG), la

Ley catalana sobre menores inmigrantes no acompañados (pp. 81 y ss., A. DE PALMA), la actuación del Ayuntamiento de Barcelona en inmigración (pp. 107 y ss., V. AGUADO) o la atribución de efectos laborales a la relación entre el empresario y el trabajador cuando éste carece de permiso de trabajo (p. 157, I. CAMÓS).

**En la Parte Sociológica** se insertan estudios asimismo muy destacables. Sobresale la aproximación general, elaborada por M. NADAL (pp. 171 y ss.) con amplio despliegue estadístico sobre el origen de los inmigrantes, su distribución territorial en Cataluña, el censo de 2001, matrimonios y nacimientos. La misma NADAL escribe el capítulo dedicado a educación (pp. 239 y ss.) y el de las expulsiones y devoluciones (pp. 311 y ss.). La inserción laboral de la población inmigrada (pp. 277 y ss.) es abordada por quien conoce la materia de primera mano, Miguel PAJARES.

En **los Monográficos** el estudio titulado "Seguretat, delinqüencia i immigració: Aprendre a llegir les dades" (pp. 327 y ss., F. GUILLÉN y L. VALLÈS) deshace el tópico xenófobo y políticamente manipulado que establece la asociación entre delincuencia e inmigración; recuerda entre otros aspectos que en numerosas ocasiones simples infracciones administrativas realizadas por extranjeros, que no constituyen delitos, son transformadas informativamente hablando en tales (p. 359). Se trata de un estudio que debería ser declarado de obligada lectura para todos nuestros políticos y periodistas, que en ocasiones simplifican en tema tan vidrioso como éste.

La diversidad cultural y la integración social de los inmigrantes es abordada por Mohamed CHAIB (pp. 363 y ss.), destacando aspectos claves bien conocidos de esta cuestión, como la interculturalidad, la inexistencia del derecho de sufragio activo y pasivo de los inmigrantes o la cuestión religiosa. Finalmente, el conocido Colectivo IOÉ elabora un completo apartado dedicado a las fuentes para el estudio de la población extranjera en Cataluña (pp. 379 y ss.).

No es necesario ningún esfuerzo para poner de relieve la trascendencia de este Anuario en materia de inmigración y la necesidad de su consulta para los estudiosos del fenómeno de la inmigración y para quienes, no siéndolo, desean una aproximación bien razonada al mismo. Los trabajos publicados en este Anuari ofrecen la máxima objetividad y un muy elevado rigor científico. Su orientación y su contenido implican sin duda un profundo conocimiento de la materia y el máximo respeto por los derechos humanos de los inmigrantes.

## Inmigración extranjera en Andalucía

LOURDES SERRA SALOMÓN (coord.)
Junta de Andalucía-Consejería de Gobernación
Granada, 2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

Nos presenta este volumen las ponencias examinadas en el II Seminario sobre la Investigación de la Inmigración Extranjera en Andalucía, celebrado en abril de 2002 en la Universidad de Almería. Este II Seminario dividió sus trabajos en seis bloques y en él participaron casi una treintena de autores. Con una orientación interdisciplinaria, los análisis pro-

ceden del Derecho, la Sociología, la Antropología, la Pedagogía, etc.

El primer bloque (pp. 11 y ss.) analiza **el marco legal de la inmigración**. En el mismo se incluyen trabajos sobre el control de fronteras y la ordenación de los flujos migratorios, el marco jurídico internacional y comunitario del control migratorio y los aspectos jurídico-laborales de la inmigración.

El segundo bloque (pp. 43 y ss.) profundiza **en mercados de trabajo e integración social**. Sobresalen los apartados dedicados a la incidencia económica de la población migrante extranjera y al mercado de trabajo agrícola en la provincia de Huelva.

El tercer bloque (pp. 89 y ss.) aborda **las políticas de vivienda y la exclusión social de inmigrantes extranjeros**. En él destacan los análisis realizados sobre las provincias de Huelva y Almería. Los problemas son sin duda graves; por eso la Junta de Andalucía planteaba en enero de 2001 la posibilidad de que, mediante un acuerdo con la Administración del Estado, se financiase la construcción de viviendas en alquiler para los inmigrantes. El riesgo de medidas como la anotada puede ser doble: La conversión de esos bloques de viviendas en guetos para inmigrantes y la aparición de un (real o supuesto) agravio comparativo de la población autóctona que conduzca a la xenofobia.

Precisamente el cuarto bloque (pp. 131 y ss.) se centra en **la población nativa o autóctona**. Analiza las creencias, sentimientos y actitudes hacia la población inmigrante, especialmente hacia los magrebíes y subsaharianos. Sobresale el estudio sobre las actitudes actuales de los jóvenes andaluces hacia los inmigrantes; su lectura resulta preocupante porque en él se demuestra que la mayoría de los alumnos andaluces consultados valora de modo indiferente la inmigración y se comprueba que tan sólo un 15,7% la valora de modo positivo, frente a un 24,6 que ofrece una valoración negativa.

Revisando **la educación intercultural**, el quinto bloque (pp. 173 y ss.) repasa la escolarización de alumnos y alumnas inmigrantes, las dificultades lingüísticas y la construcción de la llamada educación intercultural.

El sexto y último bloque (pp. 233 y ss.) se titula "**Inmigración, ONG´s y sociedad civil**" y destaca aspectos tales como la llamada integración social de los inmigrantes, las ONG´s como intermediarias interculturales y el asociacionismo, incluyendo el de las mujeres inmigrantes.

Dar cuenta pormenorizada de todos los autores y de las ponencias presentadas en el II Seminario no ofrece demasiado interés. Pero sí conviene recordar que entre ellos se encuentran algunos autores de tanto prestigio –demostrado ya en sus publicaciones sobre inmigración– como M.L. TRINIDAD GARCÍA, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F. CHECA OLMOS, P. PUMARES FERNÁNDEZ o F.J. GARCÍA CASTAÑO. Por todo ello, esta obra resulta de obligada lectura para conocer bien el fenómeno de la inmigración en Andalucía.

Ángel G. Chueca Sancho
Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza
y Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@extranjeria.info)

I

# El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

## (Crónica jurisprudencial, 1-julio-2002 a 30-junio-2003).

SUMARIO

I. Nota preliminar.

II. La expulsión como trato inhumano o degradante (artículo 3 de la Convención). A) El caso Mamatkulov y Abdurasulovic (Sentencia de 6 de febrero de 2003). B) Los casos Aliev y Khokhlich (Sentencia de 29 de abril de 2003).

III. La detención del extranjero para su expulsión o extradición (artículo 5 de la Convención). El caso RAF (Sentencia de 17 de junio de 2003).

IV. El derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 de la Convención). A) El caso Amrollahi (Sentencia de 11 de julio de 2002). B) El caso Taskin (Sentencia de 23 de julio de 2002). C) El caso Jakupovic (Sentencia de 6 de febrero de 2003). D) Los casos de sustracción internacional de menores (Sylvester/Austria, Sentencia de 24 de abril de 2003 y Maire/Portugal, Sentencia de 26 de junio de 2003). E) El segundo caso Mehemi (Sentencia de 10 de abril de 2003).

V. El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 de la Convención). El caso Khokhilch (Sentencia de 29 de abril de 2003).

VI. Expulsión y discriminación (artículo 14 de la Convención).

VII. El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención). El caso Mamatkulov y Abdurasolavic (Sentencia de 6 de febrero de 2003).

VIII. La libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2 del Protocolo 4). El caso Mehemi (Sentencia de 10 de abril de 2003).

IX. La prohibición de las expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4). El caso Sulejmanovic y otros (Sentencia de 8 de noviembre de 2002).

X. Las garantías procesales de la expulsión individual (artículo 1 del Protocolo 7).

XI. La satisfacción equitativa (artículo 41 de la Convención).

Ángel G. Chueca Sancho

XII. La condena en gastos y costas procesales.

XIII. La ejecución de las sentencias del TEDH (artículo 46 de la Convención). **El segundo caso Mehemi (Sentencia de 10 de abril de 2003).**

## I. NOTA PRELIMINAR

En el momento de escribir esta Crónica el Consejo de Europa tiene 45 Estados miembros, tras el ingreso de Serbia-Montenegro el 3 de abril de 2003.

Sus miembros, según el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, reconocen "el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Pues bien, entre ellos se cuentan Estados (por ejemplo, Rusia) cuya violación de los Derechos Humanos resulta masiva y permanente (Chechenia). Así se deduce inequívocamente de los informes del COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES[1].

En esta Crónica revisaremos 11 sentencias dictadas en materia de extranjería por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La mayoría de ellas afectan al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8).

La jurisprudencia del TEDH en este período anual no solamente aborda los ya clásicos casos de expulsión de extranjeros, sino también otros aspectos más novedosos ligados a la extranjería como la detención para la extradición (caso RAF/ESPAÑA), la sustracción internacional de menores y la expulsión masiva con readmisión de los expulsados.

Dado su contenido, que no es algo fosilizado sino vivo y en permanente evolución, el sumario de la presente Crónica ha añadido tres apartados: El derecho de demanda individual ante el TEDH (artículo 34 de la Convención), la libre circulación de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado (artículo 2 del Protocolo 4) y la ejecución de las sentencias del mismo TEDH (artículo 46 de la Convención). Son apartados deducibles de las sentencias dictadas en el caso MAMATKULOV Y ABDURASULOVIC y en el caso MEHEMI.

## II. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 3 de la Convención: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El período revisado aporta tres sentencias en las cuales se examina la aplicación de esta norma: Se trata de las dictadas contra Turquía en el caso MAMATKULOV Y ABDURASULOVIC y contra Ucrania en los casos ALIEV y KHOKHLICH.

(1) Ver http://www.cpt.coe.int/. El 10 de junio de 2003 el Comité de Prevención de la Tortura difundía una DECLARACIÓN PÚBLICA SOBRE CHECHENIA.

## A) El caso Mamatkulov y Abdurasulovic (Sentencia de 6 de febrero de 2003)

### Hechos

Dos nacionales uzbecos demandan a Turquía aduciendo que se habían violado varias normas convencionales en su proceso de extradición. Ambos habían llegado a territorio turco con visados turísticos; arrestados en Turquía, serían extraditados a Uzbekistán, acusados de un homicidio y de atentado contra el Presidente de ese Estado. Esos hechos habían sido calificados como delitos comunes por los tribunales turcos.

El 11 y el 22 de marzo de 1999, antes de que se produjera la extradición, presentan una demanda ante el TEDH; la Sala juzgadora, aplicando el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, adopta unas medidas provisionales indicando que Turquía no debía extraditarlos hasta que el mismo TEDH hubiera decidido sobre el caso (p. 5).

Pero la extradición se produjo realmente el 27 de marzo de 1999, sin que Turquía respetara las medidas provisionales.

Juzgados en su Estado de origen, fueron condenados a diversas penas de prisión que, en el primer caso, totalizaban 20 años y en el segundo 11 años; esas penas las debían cumplir en establecimientos penitenciarios en "régimen estricto".

### El TEDH dice y decide

Los demandantes alegaban la violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 6 (derecho a un tribunal independiente e imparcial) y 34 (derecho de los particulares de demandar a los Estados ante el TEDH) de la Convención. Pero, al no ser condenados en Uzbekistán a la pena de muerte, el Tribunal se centra en los artículos 3, 6 y 34.

*Sobre el artículo 3,* el TEDH dice:

> "65. Como ha declarado el Tribunal en el pasado, los Estados partes, en virtud de un principio de Derecho Internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que se deriven para ellos de los tratados, incluida la Convención, tienen el derecho de controlar la entrada, la permanencia y la salida de los no nacionales. El Tribunal advierte asimismo que ni la Convención ni sus protocolos consagran el derecho de asilo...
>
> 66. Sin embargo, según jurisprudencia constante del Tribunal, la extradición por un Estado parte puede suscitar un problema respecto al artículo 3, comprometiendo por tanto la responsabilidad según la Convención del Estado en cuestión, cuando hay motivos serios y comprobados para pensar que el interesado, si se le extradita al país de destino, correrá en él un riesgo real de ser sometido a un trato contrario a esta disposición...
>
> 67. Para determinar si hay motivos serios y comprobados de pensar en un riesgo real de tratos incompatibles con el artículo 3, el Tribunal se apoya en el conjunto de datos que se le han aportado o, si es necesario, que se ha procurado de oficio...

> 68. En un asunto de este tipo, un Estado parte asume una responsabilidad según el artículo 3 por haber expuesto a alguien al riesgo de malos tratos...
>
> 69. Es preciso recordar que, para caer bajo el ámbito del artículo 3, un mal trato debe alcanzar un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es relativa por esencia; depende del conjunto de datos del caso, y sobre todo de la naturaleza y del contexto del trato o de la pena así como de las modalidades de ejecución, de su duración y de sus efectos físicos o mentales...
>
> 71. El Tribunal... constata que Amnistía Internacional alega, entre otros aspectos, que «numerosos presuntos partidarios de partidos y movimientos clandestinos islamistas de oposición han sufrido actos de tortura y de malos tratos por parte de los responsables de la aplicación de la ley»...
>
> 72. En el caso, el Tribunal estima que, a pesar de las vivas preocupaciones que suscitan, estos informes no describen más que la situación general en la República de Uzbekistán; no confirman en su contenido las alegaciones específicas de los demandantes en el caso y deben ser corroborados por otros elementos de prueba...
>
> 77. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las pruebas presentadas ante él, el Tribunal estima que los hechos no están suficientemente establecidos como para permitirle concluir la violación del artículo 3 de la Convención."

Por todo ello, el TEDH decide por unanimidad que no ha existido violación del artículo 3.

*Sobre el artículo 6,* el TEDH examina el procedimiento de extradición seguido por Turquía y el procedimiento penal seguido por Uzbekistán y concluye que los demandantes no han sufrido una denegación de justicia (pp. 86-87). Por tanto, el TEDH decide por unanimidad que no ha existido violación del artículo 6.

**Nota crítica**

Esta sentencia nos presenta una lúcida síntesis de la doctrina del Tribunal Europeo de DH sobre el artículo 3 y las posibilidades de violación por los Estados partes en la Convención. Para ello parte del conocido caso SOERING, cuya sentencia de 1989 prohibió a Gran Bretaña la extradición a los Estados Unidos de este nacional alemán, que había cometido un asesinato en territorio estadounidense.

Recordar esta línea jurisprudencial puede considerarse como una simple reafirmación; pero el recordatorio esconde un pronunciamiento de indudable valor, sobre todo tras el 11 de septiembre de 2001.

Vista la situación en Uzbekistán, la solución dada por el TEDH debiera haber sido la contraria, afirmando que Turquía, al extraditar a los demandantes, había violado la Convención; el riesgo de que aquellos sufrieran tratos inhumanos e incluso tortura ni mucho menos resultaba teórico o potencial.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia anterior en este punto concreto, el párrafo 72 ha de ser criticado con claridad. Los informes de Amnistía Internacional demostraban la trágica situación uzbeca aun cuando la sentencia diga que "no confirman en su contenido las alegaciones específicas de los demandantes en el caso".

Podemos pensar en una hipótesis: Tras la extradición, supongamos que Mamatkulov y Abdurasulovic hubieran sufrido torturas o malos tratos, ¿dónde habría quedado entonces la efectividad real de la Convención para ellos? En tal hipótesis, ¿habría considerado el TEDH que Turquía había violado los derechos humanos de ambos?

Por todo ello, la teoría general del artículo 3 queda muy bien esbozada en la sentencia, pero la aplicación a este caso concreto no se ha producido como debiera haberlo hecho el Tribunal Europeo, que reitera –también en la teoría– una y otra vez la necesidad de la efectividad de la Convención.

## B) Los casos Aliev y Khokhlich (Sentencia de 29 de abril de 2003)

### Hechos

El ruso Pakhrudin Muktarovich ALIEV demandaba a UCRANIA, Estado en el que había sido juzgado y condenado a muerte en 1997 por el Tribunal Supremo de la República Autónoma de Crimea; había sido acusado de pertenencia a banda armada y de participación en varios asesinatos.

Hechos similares se producen en el caso de Mykola KHOKHLICH, nacional polaco, acusado de dos asesinatos y condenado a muerte, condena después conmutada. Al detenido se le diagnosticó además una tuberculosis.

El año 2000 UCRANIA abolía la pena de muerte y a los aproximadamente 500 condenados a ella se la conmutaba por la de cadena perpetua.

Los demandantes alegaban no solamente la violación del artículo 3 de la Convención (ante el TEDH se presentaron tres informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura) sino también la del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar y derecho a la inviolabilidad de la correspondencia). Además en el segundo de los casos se aduce la violación del artículo 13 de la Convención.

### El TEDH dice y decide

Con términos idénticos, señala en los párrafos 129 y 162: "Como ha indicado el Tribunal en varias ocasiones, el artículo 3 de la Convención contiene uno de los valores más fundamentales de una sociedad democrática. Prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanas y degradantes, sean cuales fueren las circunstancias y la conducta de la víctima..."

El TEDH decide que las condiciones de detención de los demandantes en el corredor de la muerte violaban claramente el artículo 3: Se hallaban en celdas de aislamiento, mal alimentados, apenas auxiliados médicamente cuando enfermaban, etc.

Nota crítica

Las sentencias no plantean en sí mismas cuestiones de extranjería sino de régimen de centros penitenciarios, aplicable tanto a nacionales como a extranjeros. Como el citado régimen no constituye materia de esta Crónica, no será revisado aquí.

Sin embargo, dada la trascendencia del derecho protegido en ellas (el derecho a la vida) conviene recordarlas.

## III. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN O SU EXTRADICIÓN (ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 5:

> "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:
>
> a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
>
> b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
>
> c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
>
> d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
>
> e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
>
> f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.
>
> 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.
>
> 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.
>
> 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.
>
> 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación."

## El caso RAF (Sentencia de 17 de junio de 2003)

### Hechos

Roland RAF, de nacionalidad yugoslava, había sido detenido el 11 de abril de 1997 en Torremolinos (Málaga) por presunta pertenencia a una banda de falsificación de pasaportes y documentos de identidad y por robo. Pasados dos años en prisión provisional sin ser sometido a juicio, la Audiencia Provincial de Málaga ordena su puesta en libertad por los delitos antes citados pero decide a la vez que se le mantenga en prisión para su posible extradición a Francia.

Poco después la misma Audiencia Provincial lo condena por robo, falsedad en documento público y posesión de armas a ocho años de prisión.

Tras la presentación de dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, el 14 de febrero de 2001 se producía la entrega temporal a Francia, aplicando el Convenio Europeo de Extradición.

El demandante alegaba que ESPAÑA había violado el artículo 5.1.f), de la Convención, considerando ilegal su privación de libertad para la extradición.

### El TEDH dice y decide

> "53. Tratándose de la presunta irregularidad de la detención para los fines de la extradición que ha alegado el demandante, corresponde al Tribunal investigar si esta detención era «regular» para los fines del artículo 5.1º, teniendo en cuenta sobre todo las garantías que ofrece el sistema interno. En materia de «regularidad» de una detención, incluyendo la observación de las vías legales, la Convención remite esencialmente a la obligación de observar tanto las normas de fondo como de procedimiento de la legislación nacional, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5: proteger al individuo contra la arbitrariedad...
>
> 60... En la medida en la que el demandante se queja de que no ha sido entregado a las autoridades francesas directamente después del acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de febrero de 1999 sobre su extradición... el Tribunal observa que, en derecho español, una decisión de extradición no puede ser ejecutada más que con el acuerdo previo de las jurisdicciones que conocen de procedimientos penales seguidos contra el interesado en España o una vez que éste ha purgado las penas a las cuales ha sido previamente condenado en España...
>
> 61. El Tribunal observa que la detención del demandante ha estado cubierta en todo momento por una de las excepciones previstas en el artículo 5.1º, de la Convención. En ausencia de otras indicaciones que permitan pensar que esta detención no ha sido conforme a las «vías legales», ha de constatarse forzosamente que el demandante no ha sido privado de libertad de manera contraria a esta disposición, y que se ha beneficiado de las garantías suficientes para estar protegido contra una privación arbitraria de libertad, siendo su detención conforme con las exigencias del artículo 5 de la Convención."

Por todo ello, el Tribunal decide que ESPAÑA no ha violado esta norma convencional.

Nota crítica

No ofrece demasiadas dificultades esta sentencia. En ella el Tribunal recuerda que el fin del artículo 5 es el de proteger al individuo contra la arbitrariedad. Además la sentencia sintetiza algunos aspectos importantes del Derecho Español en materia de extradición.

## IV. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 8:

> "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
>
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

Nada menos que seis sentencias abordan la cuestión del artículo 8; su contenido va desde la consideración del derecho a la vida familiar en sí misma hasta el examen de dos casos de sustracción internacional de menores.

### A) El caso Amrollahi (Sentencia de 11 de julio de 2002)

Hechos

El iraní Davood AMRROLLAHI, en plena guerra IRÁN-IRAK, deserta del ejército de su país, entra en territorio danés y solicita asilo político. DINAMARCA le concede un permiso de residencia en 1990; dos años después comienza a convivir con la danesa A. La pareja, después casada, tiene dos hijos nacidos de su relación; con ellos convive una hija que A. tenía de una relación anterior.

En 1996 Amrrollahi es detenido (en posesión de 450 gramos de heroína), acusado de tráfico de drogas y condenado a tres años de prisión y a su expulsión de Dinamarca. Cumplidos dos tercios de la condena, el demandante se opone a su expulsión hacia Irán, alegando que Dinamarca viola el artículo 8 de la Convención.

El TEDH dice y decide

El Tribunal recuerda que la expulsión puede suponer una violación de esa norma convencional. Para comprobarlo, examina la injerencia de Dinamarca en la vida privada del demandante y sobre todo valora si dicha injerencia cumple los requisitos necesarios para ser válida (estar prevista por la ley, perseguir un fin legítimo y ser una medida necesaria en una sociedad democrática).

Examinando este tercer requisito, la sentencia afirma que "la orden de expulsión se basa en un delito grave" (p. 36).

Señala además la sentencia:

> "38. Respecto a las conexiones con su país de origen, el Tribunal recuerda que dejó Irán cuando tenía 21 años... Según las pruebas presentadas ante el Tribunal, nada hace pensar que el demandante haya mantenido estrechos lazos con Irán, sobre todo desde que perdió el contacto con su familia en 1987.
>
> 39. Dados los lazos del demandante con Dinamarca, ahora él mantiene relación solamente con su esposa, sus dos hijos y la anterior hija de A.[2], todos ellos nacionales daneses...
>
> 40. El Tribunal va a examinar ahora la posibilidad del demandante, su mujer y sus hijos de establecer una vida familiar fuera. El Tribunal ha examinado, primero, si el demandante, su esposa y sus hijos pueden vivir juntos en Irán.
>
> 41. La esposa del demandante, A., es nacional danesa. No ha visitado nunca Irán, no conoce el Farsi y no es Musulmana. A pesar de estar casada con un nacional iraní, no ha mantenido relación con el país. En estas circunstancias el Tribunal acepta que no es imposible para la esposa y los hijos del demandante vivir en Irán pero que ello, ciertamente, les provoca obvias y serias dificultades. Además, la hija que A tiene de una relación anterior, que vive con A. desde su nacimiento en 1989, rechaza el ir a Irán..."

Por todo ello, la sentencia concluye que la aplicación de la decisión de expulsar a Amrrollahi a Irán puede constituir una violación del artículo 8 de la Convención.

### Nota crítica

Interesa esta sentencia sobre todo por el control que el TEDH hace respecto a todas las circunstancias de la vida familiar del extranjero que puede sufrir una expulsión. La efectividad de la vida familiar –por un lado– y la posibilidad de que tal vida familiar se prosiga en el Estado de recepción del posible expulsado son los dos criterios más importantes.

El concepto de familia en este caso no solamente se establece por la vía paternofilial sino también por la convivencia. Por eso el Tribunal considera también importante el hecho de que la hija de la anterior relación de A no desee vivir en Irán.

## B) El caso Taskin (Sentencia de 23 de julio de 2002)

### Hechos

Fatma TASKIN, nacional turca, entra en territorio de ALEMANIA en 1988 con un visado turístico. Solicita después un permiso de residencia por reagrupación familiar, pues su marido vive en Alemania con un permiso de duración indefinida. Tiene dos hijos nacidos en territorio alemán pero de nacionalidad turca.

(2) El diccionario traduce el término inglés de *stepdaughter* por "hijastra", término que me parece demasiado anticuado.

El presidente de la Comunidad Urbana de Sarrebruck concede a Fatma un permiso de duración limitada. Desde 1998 su marido está en paro.

En 1999 el Presidente de la Comunidad Urbana de Sarrebruck decide no prorrogar ese permiso porque, según el derecho interno alemán, el permiso de residencia por reagrupación familiar tan sólo puede concederse si la subsistencia del miembro reagrupado está asegurada por la propia actividad profesional del extranjero, por su patrimonio o por otros medios propios. Aduce asimismo que Fatma no había aprendido alemán, lo que demostraba su falta de voluntad de integrarse en la sociedad alemana.

La demandante lleva el asunto hasta el Tribunal Constitucional Federal, que rechaza su recurso.

Por otro lado, desde 1999 la demandante sufre problemas psíquicos y depresiones y se halla internada en un centro de reposo; en un incendio producido en su domicilio había sufrido graves quemaduras. Por todo ello, un tribunal alemán estableció para ella el régimen de la curatela.

El año 2000 sus dos hijos abandonan Alemania para vivir con su abuela en Turquía.

**La solución amistosa validada por el TEDH**

Según el artículo 30 de la Ley alemana sobre los extranjeros, vigente en ese momento, se puede conceder un permiso de residencia por razones humanitarias si se ha excluido la atribución o la prórroga de otro permiso de residencia o si, en razón de las circunstancias particulares del caso, la salida del extranjero de territorio alemán tendría para él una gravedad excepcional (p. 36).

Esta solución fue admitida mediante un arreglo amistoso de 14 de febrero de 2002 entre la Comunidad Urbana de Sarrebruck y la demandante. El TEDH considera válido el arreglo y decide cancelar la demanda del registro de entrada (artículo 37.1º).

A pesar de todo, la demandante sigue litigando ante los tribunales alemanes con el fin de obtener una autorización de residencia de sus hijos y rehacer su vida familiar.

**Nota crítica**

La posibilidad de los arreglos amistosos se halla siempre abierta, cuando su contenido sea respetuoso con la Convención. Por eso lo admite el Tribunal.

Pero el caso sigue abierto ante Tribunales internos en el terreno concreto de la reagrupación materno-filial. No obstante, no parece que esta reagrupación resulte posible mientras no sea levantado el régimen de curatela al que está sometida la demandante por sus problemas psíquicos.

## C) El caso Jakupovic (Sentencia de 6 de febrero de 2003)

### Hechos

Un nacional de Bosnia-Herzegovina, Elvis JAKUPOVIC, nacido en 1979, residía en AUSTRIA desde 1991. Su madre se vuelve a casar y el demandante vive con ella, el marido de su madre, su hermano y dos hermanas menores, nacidas del nuevo matrimonio.

Acusado de diversos delitos (robo, allanamiento de morada), el demandante, menor de edad en el momento de los hechos, es condenado en 1996 a diversas penas de prisión y a la expulsión, con prohibición de entrada en territorio austriaco durante diez años.

La sentencia fue adoptada por cuatro votos contra tres e incluye las opiniones disidentes de los tres jueces.

### El TEDH dice y decide

El Tribunal señala:

> "22. Corresponde a los Estados partes mantener el orden público, en particular ejerciendo su derecho, bien establecido por el Derecho Internacional y sometido a sus obligaciones convencionales, de controlar la entrada y residencia de los extranjeros. Por ello tienen el poder de expulsar a los extranjeros condenados de delitos graves. Pero sus decisiones en este terreno pueden interferir en el derecho protegido por el artículo 8.1º...
>
> 28. El Tribunal observa que, en el momento de la expulsión, el demandante no llevaba mucho tiempo viviendo en Austria, unos cuatro años. Por tanto su situación no es comparable con la de un inmigrante de la segunda generación, pues llegó a Austria con once años, acudió previamente a la escuela en su país de origen y por tanto se halla familiarizado con su lengua y su cultura. A pesar de todo, la prohibición de residencia afecta seriamente a su vida privada y familiar; llegó a Austria con su madre y su hermano y la nueva familia que ha sido creada aparentemente no mantiene estrechos lazos con Bosnia...
>
> 32. Teniendo en cuenta todos los elementos del caso, el Tribunal concluye, que al imponer la prohibición de residencia en las circunstancias particulares del caso, las autoridades austriacas han superado el margen de apreciación previsto en el artículo 8 y, por otra parte, las razones para fundamentar la necesidad de la prohibición de residencia no han sido suficientemente sopesadas."

Por ello, el Tribunal, por cuatro votos contra tres decide que ha existido violación del artículo 8 de la Convención.

### Nota crítica

La sentencia comentada, que (adoptada por tan exigua mayoría) es definitiva al haber transcurrido los tres meses desde que fuera dictada por la Sala y no haber sido remitido el asunto a la Gran Sala (artículo 44 de la Convención), ofrece a mi entender dos aspectos de interés: La expulsión de extranjeros por delitos cometidos mientras eran menores de edad y la proporcionalidad en las prohibiciones de entrada de un extranjero legalmente expulsado.

En primer lugar, la decisión de expulsión en este caso la valida el TEDH diciendo que no estamos ante un inmigrante de la segunda generación y que el demandante conoce la lengua y la cultura bosnias.

A pesar de todo, habremos de preguntarnos si la misma medida de la expulsión resulta proporcionada y convencionalmente admisible cuando los delitos que la originan se cometieron siendo su autor menor de edad. Por el momento no se ha planteado ante el Tribunal el tema de la expulsión y la minoría de edad desde estos parámetros.

En segundo término, la sentencia aborda la proporcionalidad en las prohibiciones de entrada de un extranjero legalmente expulsado. Estamos ante un aspecto que el Tribunal desarrolló en la sentencia dictada en el caso MEHEMI (analizado después) y que deberemos contrastar con algunas legislaciones internas (¿la nueva versión española de la Ley de Extranjería?), para comprobar si los Estados adecuan su derecho interno a los compromisos internacionales de un Estado que sea parte en la Convención Europea de Derechos Humanos o Convención de Roma.

El plazo de diez años de prohibición de entrada en territorio austriaco parece a todas luces desproporcionado si lo relacionamos con los delitos probados ante tribunales internos.

### D) Los casos de sustracción internacional de menores (Sylvester/Austria, Sentencia de 24 de abril de 2003 y Maire/Portugal, Sentencia de 26 de junio de 2003)

Hechos

En el primer caso, dos personas, padre e hija, de nacionalidad estadounidense (Thomas Richard SYLVESTER) y estadounidense y austriaca (Carina Maria SYLVESTER), demandan a Austria.

El primer demandante se había casado con una austriaca y habían tenido una hija en EEUU; en 1995, cuando la niña tenía un año, la madre se la lleva sin consentimiento del marido y vuelve a Graz (Austria).

Los demandantes alegan la violación de los artículos 6 y 8 de la Convención; pero el Tribunal rechaza la alegación del artículo 6. En 1996 un Tribunal de Graz ordenaba a la madre que enviara a su hija a los EEUU; rechazadas las sucesivas apelaciones de la madre, a pesar de todo la sentencia no se ejecutó y la niña siguió junto a su madre.

En el segundo caso, el matrimonio formado por el francés Paul MAIRE y la portuguesa S.C., tiene en Francia un hijo, Julien, nacido en 1995. En 1997, S.C. se marcha con su hijo a Portugal. Al divorciarse el matrimonio en febrero de 1998, un tribunal francés concede al padre la patria potestad, otorgando a la madre un simple derecho de visita.

La demanda se dirige contra PORTUGAL por no haber aplicado la Convención de Derechos del Niño, de 1989, en la que es parte dicho Estado y haber permitido de hecho el desplazamiento ilegal del niño.

En los dos casos se aduce el incumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en la que son partes los dos Estados demandados.

### El TEDH dice y decide

En la sentencia dictada condenando a Austria, el TEDH señala:

> "55. Se trata de determinar si ha existido violación del respeto a la vida familiar de los demandantes. El Tribunal reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra acciones arbitrarias de las autoridades públicas. Éstas tienen además obligaciones positivas inherentes al efectivo «respeto» de la vida familiar...
>
> 59... El Tribunal ha observado repetidamente que es decisivo saber si las autoridades nacionales han dado todos los pasos necesarios para facilitar la ejecución (de la sentencia)."

Como ello no ha sido así, AUSTRIA es condenada por violación del artículo 8.

En la segunda sentencia, reiterando los argumentos, el Tribunal afirma:

> "74. Conviene recordar que, en un asunto de este tipo, la adecuación de una medida se juzga en función de la rapidez de su puesta en práctica. En fin, los procedimientos relativos a la atribución de la patria potestad, incluida la ejecución de la decisión dada al efecto, exigen un tratamiento urgente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables entre el niño y aquel de los padres que no vive con él...
>
> 75. En el momento de la demanda formulada por la autoridad central francesa a su homóloga portuguesa, el 5 de julio de 1997, Julien se hallaba, sin ninguna duda, en una situación de desplazamiento ilícito... El Tribunal considera que el juzgado de Oeiras ha adoptado finalmente su decisión el 15 de junio de 1999 afirmando que S.C. debía considerarse como regularmente citada para comparecer puesto que ella ya había intervenido en el procedimiento, el 2 de julio de 1998. Podemos por tanto preguntarnos por qué razones ha sido necesario esperar un año desde esta primera fecha para adoptar semejante decisión. El Gobierno no ha aportado ninguna razón. Julien finalmente no fue encontrado por la policía judicial hasta el 14 de diciembre de 2001, o sea cuatro años y seis meses después de la demanda formulada por la autoridad central francesa...
>
> 76. El Tribunal admite que estas dificultades son debidas, como ha alegado el Gobierno, esencialmente al comportamiento de la madre. Pero subraya que corresponde a las autoridades competentes adoptar todas las medidas adecuadas para sancionar dicha falta de cooperación de la madre... Incluso en el caso en que el orden jurídico interno no permitiera la adopción de sanciones eficaces, el Tribunal considera que corresponde a cada Estado parte dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben en virtud el artículo 8 de la Convención y de otros instrumentos de Derecho Internacional que ha elegido ratificar.
>
> 77. Ciertamente el interés del niño debe primar en este tipo de asuntos, razón por la cual las autoridades portuguesas podrían considerar que en el momento actual la patria potestad debe ser atribuida a la madre. En su demanda de 21 de diciembre de 2001, el Ministerio Público así lo ha apoyado, fundamentándolo en la integración del niño en su nuevo medio para solicitar la modificación de la Sentencia de 19 de febrero de 1998. Sin duda el largo período transcurrido antes de encontrar a Julien ha creado una situación de hecho desfavorable para el demandante, teniendo en cuenta sobre todo los pocos años del niño."

Por eso el Tribunal condena a PORTUGAL por violación del artículo 8, decidiendo asimismo el pago de 20.000 euros por daños morales y los gastos y costas procesales.

**Nota crítica**

En los dos casos se plantea el mismo problema de la sustracción internacional de menores. En los dos se deberían haber aplicado además otros tratados internacionales, el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de Derechos del Niño, de 1989. En los dos surgen cuestiones de Derecho Internacional Privado, sobre todo la relativa a la ejecución de sentencias.

La jurisprudencia del TEDH se reafirma respecto al artículo 8: Esta norma impone obligaciones negativas (no injerencia en vida privada y familiar, por parte del Estado) y positivas (obligaciones de hacer del Estado, como demuestran ambas sentencias).

Conviene destacar que los dos Estados demandados se defendían diciendo que la conducta de las madres respectivas les había impedido cumplir sus obligaciones; la argumentación no es admitida por el Tribunal porque ello implicaría el incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados respecto al artículo 8.

Argumentaciones como las utilizadas por Austria y Portugal se van repitiendo con demasiada frecuencia ante el TEDH; parece como si los Estados, desentendiéndose de sus obligaciones jurídicas, quisieran privatizar hasta la aplicación de los tratados internacionales que les obligan por haber sido voluntariamente ratificados por ellos. En otras palabras, parece como si los Estados dependieran totalmente de la cooperación y buena voluntad de los particulares y, cuando esa cooperación no existe, nada permitiera pedir la responsabilidad de los mismos Estados.

## E) El segundo caso Mehemi (Sentencia de 10 de abril de 2003)

**Hechos**

Ali MEHEMI, argelino nacido en Francia en 1962, donde había vivido con su familia ininterrumpidamente hasta 1995 es condenado por tráfico ilícito de estupefacientes a seis años de prisión; el Tribunal de Apelación de Lyon incrementaba su condena imponiendo la prohibición definitiva de entrada en territorio francés.

Llevado el caso ante la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos en 1994, pasó al TEDH, que dictaba sentencia el 26 de septiembre de 1997 condenando a Francia por haber violado el artículo 8. Pero, antes de que decidiera el Tribunal Europeo, FRANCIA había expulsado a Mehemi y había comenzado a cumplir la prohibición definitiva de entrada en territorio francés.

El demandante prosiguió su guerra judicial y en 1998 el Tribunal de Apelación de Lyon transformaba la prohibición definitiva de entrada en territorio francés en una prohibición por diez años, considerando que esta segunda medida no era desproporcionada respecto al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El mismo año, Mehemi obtiene un visado y entra legalmente en territorio francés. El Ministro del Interior adoptaba una decisión que obligaba a Mehemi a residir en el Departamento del Ródano. El año 2001 el mismo Ministro deroga esa decisión.

Al no permitirle residir en cualquier parte del territorio francés, el demandante aducía que se violaba su derecho a la vida privada y familiar y el artículo 2 del Protocolo adicional nº 4.

**El TEDH decide**

Como Francia ha readmitido en su territorio a MEHEMI, tras reducir su prohibición de entrada a 10 años, y además el Ministro de Interior le ha permitido residir en todo el territorio de ese Estado, el TEDH considera que no existe violación del artículo 8.

**Nota crítica**

Consultar el apartado XIII de esta Crónica.

## V. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ARTÍCULO 13 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 13:

> "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales."

### El caso Khokhilch (Sentencia de 29 de abril de 2003)

**Hechos**

El artículo 13 se suscita cuando el demandante solicita que le visite en prisión un notario, ante el cual deseaba otorgar poderes a su abogado; su solicitud no es atendida. Ello le impedía ejercer después su derecho a un recurso efectivo.

**El TEDH dice y decide**

El Tribunal señala en primer lugar que la petición del demandante no fue realizada por escrito; observa después que las autoridades ucranias finalmente le concedieron esa visita, pero no antes de que un Tribunal Regional le diera ya la razón al demandante.

Por eso decide que no ha existido violación del artículo 13.

### Nota crítica

El retraso en concederle esa visita, para dar plenos poderes a un abogado, ¿no constituye en sí mismo una violación del artículo 13?

La decisión del TEDH parece demasiado permisiva en este terreno; aún lo es más si se conjugan y aplican simultáneamente los artículos 6 (derecho a un tribunal independiente e imparcial) y 13 de la Convención.

## VI. EXPULSIÓN Y DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 14:

> "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período considerado).

## VII. EL DERECHO DE DEMANDA INDIVIDUAL ANTE EL TEDH (ARTÍCULO 34 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 34:

> "El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho."

### El caso Mamatkulov y Abdurasolavic (Sentencia de 6 de febrero de 2003)

#### Hechos

Los demandantes alegan la violación de esta norma convencional, puesto que se produjo su extradición antes de que decidiera el TEDH y sin que Turquía hubiera aplicado las medidas provisionales indicadas por el mencionado Tribunal.

#### El TEDH dice y decide

El TEDH desarrolla una argumentación basada en el incumplimiento por Turquía de las medidas provisionales y dice:

> "93. El objeto y fin de este instrumento de protección de los seres humanos[3] apelan a comprender y aplicar sus disposiciones de una manera que torne sus exigencias reales y efectivas, en el sistema de

(3) Se refiere a la Convención.

demandas individuales. Además, cualquier interpretación de los derechos y libertades enumeradas debe conciliarse con «el espíritu general» (de la Convención), destinada a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática...

95... Para que el mecanismo del recurso individual instaurado en el artículo 34 sea eficaz, es de la mayor importancia que los demandantes, declarados o potenciales, sean libres para comunicar con el Tribunal, sin que las autoridades les presionen de ningún modo para retirar o modificar sus alegaciones. Por la palabra «presionar» es necesario entender no solamente la coerción directa y los actos flagrantes de intimidación de los demandantes declarados o potenciales, de su familia o de su representante ante la ley, sino también los actos o contactos indirectos o de mala ley tendentes a disuadir a éstos o a desanimarlos de utilizar los recursos que ofrece la Convención..."

Tras examinar los aspectos más sobresalientes de las medidas provisionales en el Tribunal Internacional de Justicia, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el TEDH señala:

"107. Una indicación dada por el Tribunal, como la del caso, en virtud del artículo 39 de su reglamento, le permite examinar eficazmente una demanda y asegurar la eficacia de la protección prevista por la Convención y, ulteriormente, al Comité de Ministros[4] supervisar la ejecución de la sentencia final. Una medida de este tipo permite que el Estado afectado pueda cumplir su obligación de acatar la sentencia final del Tribunal, que es jurídicamente obligatoria según el artículo 46 de la Convención.

Por tanto, los términos de la indicación dada por el Tribunal en virtud del artículo 39 de su reglamento deben interpretarse en este contexto...

109. Considerando que todo Estado parte en la Convención tiene el deber de abstenerse de todo acto u omisión que perjudicaría a la integridad y a la efectividad de la sentencia final (artículo 46), y visto cuanto precede, el Tribunal considera que la extradición de los Sres Mamatkulov y Abddurasulovic, a pesar de la indicación que él había dado en virtud del artículo 39, ha reducido a cenizas el derecho de recurso de los interesados.

El Tribunal reitera a este respecto que una interpretación de las normas convencionales debe hacerse respetando el principio de la buena fe y el objeto y el fin del tratado así como la regla del efecto útil. Esto vale también para las disposiciones reglamentarias que deben ser interpretadas a la luz de las normas convencionales a las cuales se conectan...

111. Por todo ello, al no adecuarse a las indicaciones dadas por el Tribunal en virtud del artículo 39 de su reglamento, Turquía no ha respetado las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 34 de la Convención"[5].

La decisión según la cual Turquía había violado esta norma se adopta por seis votos contra uno

(4) El Comité de Ministros es el principal órgano del Consejo de Europa; la Convención le atribuye el poder de supervisar la ejecución de las sentencias definitivas (artículo 54).

(5) La solución según la cual Turquía había violado esta norma se adopta por seis votos contra uno (del Juez R. TÜRMEN).

Nota crítica

Respecto a las medidas provisionales, el artículo 39 del reglamento del Tribunal las califica como indicaciones. Si este término se interpreta en su sentido literal, los Estados pueden seguir tales medidas o pueden no hacerlo, sin incurrir en el segundo supuesto en responsabilidad.

En realidad nos encontramos con dos tesis, que podemos clasificar como antigua y moderna.

La tesis antigua fue expuesta por el TEDH en la sentencia dictada en 1991 en el caso CRUZ VARAS/SUECIA. Interpretando el entonces artículo 25 de la Convención, actual artículo 34, esta sentencia indica que "se forzaría el sentido del artículo 25 si se dedujera de las palabras «se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho» una obligación (de los Estados partes) de adaptarse a una indicación dada en virtud del artículo 36 del reglamento interno" (p. 99). Por tanto, tales indicaciones no resultaban obligatorias para los Estados partes y dependían de la voluntad de cooperación de éstos en cada momento.

La tesis moderna, diseñada en el caso examinado ahora, cambia totalmente la perspectiva en una obra en tres actos:

1º Interpreta las medidas provisionales en el contexto del artículo 46 de la Convención (que regula la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias);

2º Aplica las reglas de interpretación de los tratados a las normas reglamentarias, entre otras al artículo 39 del Reglamento que le permite adoptar medidas provisionales; y

3º Concluye que Turquía, al no respetar las medidas provisionales, en realidad viola el artículo 34 de la Convención.

Esta tesis moderna alinea el sistema del Consejo de Europa con el sistema americano, donde las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias. Bienvenida sea esta alineación, porque protege los derechos humanos mucho más eficazmente.

## VIII. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS EXTRANJEROS QUE SE HALLEN LEGALMENTE EN TERRITORIO DE UN ESTADO (ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO 4).

Dice el artículo 2 del Protocolo 4:

> "1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.
>
> 2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo.

> 3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.
>
> 4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática."

## El caso Mehemi (Sentencia de 10 de abril de 2003).

### Hechos

Los hechos se resumen al estudiar el caso en el artículo 8. Al ser obligado el demandante a residir en el Departamento del Ródano, alega que se viola esta norma del Protocolo nº 4, en el cual es parte Francia.

### El TEDH dice y decide

> "59. El Tribunal constata que el Ministro ha derogado de oficio la orden de residencia obligatoria, basándose en el hecho de que la prohibición de entrada en el territorio durante diez años finalmente pronunciada había sido considerada cumplida desde el 10 de julio de 2001. También constata que el demandante no ha introducido ningún recurso contra la orden de residencia obligatoria dictada el 20 de febrero de 1998. Observa finalmente que el derecho francés le abría un recurso administrativo y un recurso contencioso contra un eventual rechazo de derogación de esta decisión. En estas circunstancias, el Tribunal observa que no se suscita ninguna otra cuestión sobre el artículo 2 del Protocolo nº 4."

Por eso decide que no ha lugar a examinar la alegación del artículo 2 de este Protocolo.

### Nota crítica

Dos cuestiones surgen ante este escueto pronunciamiento sobre dicha norma:

1ª El Tribunal admitió la alegación gubernamental de que Mehemi no había agotado los recursos internos en esta materia, como le exige el artículo 35.1º, de la Convención. Por tanto, rechazó su demanda en esta cuestión.

2ª A pesar de todo, ¿por qué razón no acudió el TEDH al párrafo 3 de este artículo 2 del Protocolo 4 y de esa forma justificó o en su caso impugnó la decisión del Ministro del Interior? Podía haberlo hecho valiéndose de los clásicos motivos de orden público.

## IX. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO 4).-

Dice el artículo 4 del Protocolo adicional nº 4: "Quedan probibidas las expulsiones colectivas de extranjeros".

### El caso Sulejmanovic y otros (Sentencia de 8 de noviembre de 2002)

**Hechos**

En mayo de 2000, seis nacionales de la ex Yugoslavia, demandan a ITALIA por haber realizado una expulsión colectiva.

Hallándose en un campo situado en el municipio de Roma, la Prefectura de Policía ordena un control sobre la legalidad o ilegalidad de la estancia de estos extranjeros. Despertados en la madrugada por las fuerzas policiales y comprobada su situación irregular en la comisaría, son expulsados hacia Sarajevo con un documento que les había dado el Cónsul de Bosnia-Herzegovina.

Los demandantes aducen la violación de los artículos 3 y 13 de la Convención y 4 del Protocolo adicional nº 4.

**Los términos del arreglo amistoso**

En septiembre de 2002 las partes llegan a un arreglo amistoso, que someten al Tribunal.

Sin ningún reconocimiento de violación de la Convención y con el compromiso de que los demandantes renuncian a cualquier acción ante el TEDH, acuerdan lo siguiente:

PUNTO I:

El Ministerio del Interior se compromete a:

a) Revocar las decisiones de expulsión;

b) Dejar entrar en Italia (de acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores) a los demandantes y a los miembros de sus hogares; entre ellos destaca el hijo de una de las parejas expulsadas, que había nacido en Bosnia tras la expulsión de sus padres. Para el regreso a Italia se les concede un plazo hasta el 31 de octubre de 2002.

c) Conceder un permiso humanitario de permanencia, renovable anualmente, que les permite ejercer actividades profesionales y acudir a centros escolares.

d) El Ayuntamiento de Roma debe encontrar un lugar temporal de acogida.

e) Las autoridades escolares deben escolarizar a los niños.

f) Finalmente, una de las demandantes, Alisa SULEJMANOVIC debe beneficiarse de los cuidados médicos necesarios del sistema nacional de salud.

PUNTO II:

Además, el Gobierno italiano paga a cada una de las 16 personas que forman parte de las familias u hogares de los demandantes la cantidad de 7.746,90 euros

PUNTO III:

Como el abogado de los demandantes no ha cobrado honorarios profesionales, el Gobierno solamente le abona 2.656,31 euros por los gastos que le ha ocasionado su intervención ante el TEDH.

El Tribunal considera válido este arreglo amistoso y, por tanto, cancela la demanda del registro de entrada.

**Nota crítica**

Tras la sentencia dictada en febrero de 2002 en el caso CONKA[6] aparece este arreglo amistoso. Tiene sobre el caso CONKA la ventaja de que Italia asume no solamente el pago de una compensación económica sino también la readmisión en su territorio.

Al no fundamentar individualizadamente cada una de las posibles situaciones que pueden originar una expulsión individual, las actuaciones de las autoridades italianas se transforman en expulsiones colectivas, que violan el citado Protocolo nº 4 y el Derecho Internacional Público en general.

## X. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO 7).

Dice el artículo 1 del Protocolo adicional nº 7:

> "1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:
>
> a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión
>
> b) hacer que se examine su caso, y
>
> c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.
>
> 2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional."

(No existe jurisprudencia sobre este artículo en el período analizado).

(6) Ver mi estudio titulado "El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros", nº 1 de esta Revista, pp. 9-36.

## XI. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 41 de la Convención:

> "Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa."

En el caso Mamatkulov y Abdurasulovic se solicitaba una satisfacción equitativa; pero el Tribunal la denegó por unanimidad, utilizando su fórmula clásica ("la constatación de la violación constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral sufrido por los demandantes"). La misma fórmula le servirá, por ejemplo, en el caso Jakupovic.

Por el contrario, en las sentencias dictadas en los casos Aliev y Khokhlich se condenaba a UCRANIA al pago de una satisfacción equitativa de 2.000 euros en cada caso, por daños morales.

En los casos Sylvester y Maire se condena, respectivamente, a Austria y Portugal al pago de 20.000 euros por daños morales y se considera que la sentencia constituye en sí misma una satisfacción equitativa por los restantes daños.

## XII. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES

En el caso Mamatkulov y Abdurasulovic se condena a Turquía al pago de 10.000 euros por gastos y costas procesales.

La sentencia dictada contra Austria en el caso Jakupovic también condena a ese Estado a pagar 7.936,09 euros por este mismo concepto.

Los gastos y costas procesales, en el caso Sylvester, ascienden nada menos que a 22.682,61 euros; la elevada cuantía resulta comprensible, dado que el demandante litigaba desde los EEUU.

La condena en gastos y costas procesales también se produce en el caso Maire por una cuantía de 6.100 euros.

## XIII. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH (ARTÍCULO 46 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el artículo 46 de la Convención:

> "1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes.
>
> 2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros que velará por su ejecución."

## El segundo caso Mehemi (Sentencia de 10 de abril de 2003)

### Hechos

Ver análisis del artículo 8.

### El Tribunal dice y decide

El TEDH señala:

> "43. El Tribunal recuerda que, según el artículo 46, las Partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean partes, siendo el Comité de Ministros el encargado de supervisar la ejecución. De ello se deduce sobre todo que el Estado demandado reconocido responsable de una violación de la Convención o de sus protocolos está llamado no solamente a pagar a los interesados las cantidades señaladas como satisfacción equitativa sino también a elegir, bajo control del Comité de Ministros, las medidas generales y/o, en su caso, individuales a adoptar en su orden jurídico interno con el fin de terminar con la violación constatada por el Tribunal y de borrar en lo posible las consecuencias... El Tribunal no es competente para examinar si un Estado Parte ha cumplido las obligaciones que le impuso una de sus sentencias... Pero nada impide al Tribunal conocer de una demanda ulterior que suscite un problema nuevo, no solucionado por la sentencia..."

### Nota crítica

No se trata de examinar otra vez la situación ya juzgada en 1997; ello resultaría inadmisible según la misma Convención [artículo 35.2º.b)].

Pero sí conviene recordar dos aspectos sobresalientes:

– La ejecución la vigila el Comité de Ministros del Consejo de Europa, no el TEDH.

– En todo caso, los Estados se hallan obligados a cumplir las sentencias del Tribunal y a "borrar en lo posible las consecuencias de la violación"; en otras palabras, el demandante no se puede conformar con recibir una simple cantidad económica, por importante que sea, sino que puede exigir que se borren las consecuencias de la violación.

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza y
Director Adjunto de la REDMEX
(agchueca@extranjeria.info)

II

# Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

## (La OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)(*)

SUMARIO

I. Presentación y eco de la consulta.

II. El carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación.

III. Derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados.

IV. La OC-18 destruye el mito de la ilegalidad de las personas.

## I. PRESENTACIÓN Y ECO DE LA CONSULTA

El 17 de septiembre de 2003 emitía la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) su Opinión Consultiva OC-18/03, titulada precisamente "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". La OC-18/03 había sido solicitada por MÉXICO el 10 de mayo de 2002.

México solicitaba que la CIDH se pronunciara sobre cinco cuestiones[1]:

– "¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados?"

– Las Declaraciones y Tratados de derechos humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas es condición necesaria para que un Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a us jurisdicción?"

– "La privación de uno o más derechos laborales" a los migrantes indocumentados, "¿es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley", recogida en esos textos?

(*) El texto íntegro puede consultarse en: www. corteidh.or.cr.

(1) Párrafo 4.

– La consecución de los objetivos de la política migratoria de un Estado, ¿puede "subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación"?

– Habida cuenta del desarrollo progresivo del Derecho Internacional, "el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley... ¿pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*?"

La solicitud mexicana suscitó un enorme interés; por eso en el procedimiento ante la Corte no solamente intervino México sino que también presentaron observaciones escritas los Estados de Honduras, Nicaragua, El Salvador, Canadá y Costa Rica; además estuvieron presentes (como observadores) representantes de otros siete Estados latinoamericanos y de la ONU.

El interés se comprueba revisando asimismo el número de los *amici curiae*, que incluyó (entre otros) a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Iberoamericana de México, la Universidad San Francisco de Quito, la Harward Law School, la American University, diversos centros de la Universidad de Buenos Aires, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR) y algunas ONG latinoamericanas y de Estados Unidos.

México fundamenta su petición de esta OC-18[2] en el especial interés que la protección de los trabajadores migrantes tiene para ese Estado, dado que existen unos 6.000.000 de trabajadores mexicanos fuera de su territorio nacional, aproximadamente la mitad de los cuales están indocumentados. Además, desde el 1 de enero de 2002 hasta el 7 de mayo de ese mismo año México ha tenido que intervenir, a través de sus representaciones consulares, en 383 casos de defensa de los migrantes mexicanos por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en los centros de trabajo y accidentes de trabajo.

Entre la documentación presentada destacaré la ofrecida por la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, en la cual se realiza un examen del derecho comparado y de la práctica en la materia; ese examen va desde las leyes y las prácticas argentinas hasta las estadounidenses, pasando por las brasileñas, las chilenas, las dominicanas y las mexicanas.

Por su parte también sobresale la intervención oral y escrita de Jorge A. BUSTAMANTE, de la Universidad Nacional Autónoma de México. Partiendo de la vulnerabilidad del migrante, destaca este Profesor que se crea una "asimetría de poder" en las relaciones sociales entre nacionales y extranjeros-migrantes, asimetría que "es sancionada por el Estado mediante el establecimiento de accesos diferenciales para unos y para otros a los recursos públicos; de ahí surge un marco jurídico de relaciones sociales que entra en contradicción con la noción más amplia de derechos humanos".

(2) Párrafo 47.

La OC-18/03 fue adoptada por unanimidad[3] y lleva adjuntos los votos concurrentes de cuatro jueces.

## II. EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La CIDH se refiere de un modo claro a la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos. Dicha obligación se halla plasmada en diversos Tratados internacionales y se deduce de la jurisprudencia internacional. La Corte señala que el incumplimiento de esa obligación general por los Estados mediante cualquier tratamiento discriminatorio genera la responsabilidad internacional de dichos Estados.

Entrando ya en el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, la OC-18 revisa los términos distinción y discriminación; utiliza el primero de ellos para "lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos"[4]. Estas advertencias terminológicas de la Corte ofrecen el mayor interés, porque la prohibición de discriminar no implica igualitarismo absoluto sino, como suele afirmarse, implica tratar de modo igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales.

Según la Corte, este principio de igualdad y no discriminación "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias"[5].

Pero desde luego toda distinción no esconde una discriminación; pueden existir distinciones no discriminatorias; por ejemplo, la limitación del ejercicio de los derechos políticos a favor de los nacionales o ciudadanos. Pero esas distinciones son auténticas excepciones a la norma general que obliga a los Estados a proteger los derechos humanos sin discriminaciones entre nacionales y extranjeros.

Desde esos presupuestos, la Corte observa: "Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del Derecho Internacional General, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en un determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares... El principio... pertenece al *ius cogens*... y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"[6].

(3) En realidad, de 6 de los 7 jueces de la Corte, porque el juez Máximo PACHECO GÓMEZ no pudo participar por razones de fuerza mayor.

(4) Párrafo 84.

(5) Párrafo 88.

(6) Párrafos 100 y 101.

Concretando el citado principio en el acceso a la justicia o derecho al debido proceso, la OC-18 señala que la obligación de los Estados de respetar este principio tiene carácter *erga omnes*, "se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas"[7].

Por otra parte, analiza la Corte la aplicación del principio a los migrantes. La Corte recuerda que generalmente éstos se hallan "en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes)... Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra"[8].

En todo caso, el principio analizado debe aplicarse no solamente a cuantas personas se hallen regularmente en territorio de un Estado, sino a todas las que se encuentren en él, sea de modo regular o irregular. No obstante, los Estados pueden adoptar medidas contra quienes se hallen irregularmente en su territorio, medidas siempre respetuosas con los derechos humanos, especialmente con el derecho al debido proceso.

## III. DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Hablemos ahora de los trabajadores migrantes indocumentados o en situación irregular, que no cuentan con el permiso de entrada, de residencia o de trabajo en el Estado receptor.

La OC-18/03 se centra en los derechos laborales. Según la Corte, "una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna... La calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral... Estos derechos son consecuencia de la relación laboral"[9].

Ello sucede así porque "los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores... Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presente el principio de la inalienabilidad de tales derechos"[10].

(7) Párrafo 109.

(8) Párafos 112-113.

(9) Párrafos 133-134.

(10) Párrafos 155-157.

Con su teoría jurídica, la Corte revisa asimismo a veces la realidad; además de la vulnerabilidad, destaca que se contrata a los trabajadores migrantes indocumentados con bajas remuneraciones, se les impide sindicarse, se les amenaza con expulsarlos, se ven privados del derecho al debido proceso, etcétera.

Por otra parte, la OC-18 proclama el respeto de la Corte a las políticas migratorias de cada Estado; pero también recuerda que los objetivos de tales políticas deben respetar los derechos humanos y los actos de dichas políticas también deben respetar tales derechos.

Desde esta posición "no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa... negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente"[11].

## IV. LA OC-18 DESTRUYE EL MITO DE LA ILEGALIDAD DE LAS PERSONAS

El análisis de la OC-18/03 aquí realizado ha sido inicial, pero ha permitido demostrar la extraordinaria importancia de este pronunciamiento judicial internacional. En realidad contiene lo que podemos denominar como **el certificado de calidad de un Estado en materia de derechos humanos:** El principio de igualdad y no discriminación aplicado a todas las personas dependientes de su jurisdicción, incluidos los extranjeros indocumentados.

Por primera vez de un modo directo en la jurisprudencia internacional, se aborda el problema con criterios claros y jurídicamente compatibles con los derechos humanos. Son criterios exclusivamente jurídicos y no viciados por consideraciones políticas o de otro tipo.

Desde luego numerosos Estados no obtienen hoy ese certificado de calidad en materia de derechos humanos. España, con la restrictiva Ley de Extranjería vigente, que contraría o viola numerosos tratados internacionales ratificados por ella, forma parte de esta lista de Estados suspendidos en derechos humanos.

Como efecto beneficioso indudable, la OC-18/03 contribuye a deshacer el MITO DE LA ILEGALIDAD DE LAS PERSONAS.

El mito se estructura en dos movimientos:

a) **Primero se afirma que algunas personas** (que han cruzado ilegalmente las fronteras de un

(11) Párrafo 170.

Estado o permanecen en él sin permiso de residencia) **son EXTRANJEROS ILEGALES**. Como escribe MIGRANTS RIGHTS INTERNATIONAL, "estas dos sencillas palabras criminalizan y deshumanizan al ser humano, volviéndolo un «*bien» antisocial*"[12].

Desde el punto de vista del Derecho, ninguna persona es ilegal, pueden ser ilegales sus actos. Todas las personas, por el simple hecho de ser personas, tienen derechos humanos, que los Estados no nos conceden.

**b) El segundo movimiento permite afirmar que, contra la inmigración ilegal, vale todo**, cualquier medida resulta legítima.

Estamos ante un mito, simplificador y peligroso para los derechos humanos:

- Simplificador porque las situaciones de irregularidad de las personas pueden ser muy distintas: Desde quien se oculta de la justicia, hasta quien huye de una persecución política o racial.

- Peligroso para los derechos humanos de los migrantes porque, con el pretexto de luchar contra la inmigración irregular, pueden justificarse expulsiones ilegales de extranjeros y, de alguna manera, se preparan campañas xenófobas.

(12) *Alcanzando la dignidad*. Manual del Promotor de la Convención de los derechos humanos de los Migrantes, noviembre de 2002, pp. 3-4.

Eduard Sagarra i Trías
Abogado Roca Junyent Advocats
Profesor Titular Derecho Internacional Público de la U.B y ESADE (Facultad Derecho Ramón Llull)
(e.sagarra@rocajunyent.com)

III

# La protección internacional de los derechos de los trabajadores migrantes

El 1 de julio pasado entró en vigor la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, que había sido adoptada, sin votación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1990 (Resolución 45/158) tras más de diez años de discusiones y debates.

Al respecto, cabe hacer dos observaciones previas que demuestran la importancia que tiene el texto y la difícil política internacional en torno a las migraciones, los inmigrantes, y la, por ahora, utópica aplicación futura de dicha Convención Internacional. Por un lado, los pocos países que la han ratificado (es decir, a quienes les será de aplicación) 22 países, que –y ello no es casual– son los países exportadores de mano de obra, y por tanto son quienes están interesados en proteger en el extranjero a sus emigrantes. Por otro, los Estados receptores de mano de obra inmigrante, prefieren no comprometerse internacionalmente y, en todo caso, regulan los derechos de los inmigrantes en el ámbito interno, o como máximo en el ámbito europeo, con Reglamentos específicos sobre trabajadores migrantes o, dentro del marco general de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Son dos posturas distintas y que se rigen por valores y perspectivas muy distintas. Países como Marruecos, Mali, Bolivia, Uganda, México o Uruguay (algunos de los 22) intentan internacionalmente proteger a aquellos súbditos a los que no les pueden dar trabajo y que no pueden otorgarles medios de subsistencia dignos para ellos o para sus familias. La finalidad de sus políticas es encontrar –legítimamente– el fundamento de sus actos, en la protección internacional de los Derechos Humanos.

La postura de los países receptores de inmigración (Europa, EE.UU., Canadá Australia, etc.) que son los Estados que todavía no han firmado, o bien no piensan –por ahora– ratificarlo, es plantear la política de inmigración como una política policial y de control del mercado económico y de regulación de los flujos en función de las necesidades de mano de obra. En este contexto económico-laboral-policial, el individuo y sus derechos no son, a corto plazo, ni el principal bien a proteger, ni es la preocupación de los países de acogida.

El planteamiento que hago, no es precisamente bucólico, pero es la doble lectura que tiene este texto internacional que afecta de un lado a quienes, no queriéndolo, tienen necesidad de emigrar para buscar un trabajo que les permita subsistir a ellos, a sus familias y, funcionar los propios países de origen, y por otra la necesidad de participación en el mundo económico de "la tierra prometida" donde desarrollan su trabajo.

Eduard Sagarra i Trías

III

Según datos del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, más de 175 millones de personas, entre trabajadores migratorios, refugiados, solicitantes de asilo, migrantes permanentes, viven y trabajan en un país distinto del de nacimiento o nacionalidad. La mayoría son trabajadores migratorios, definidos por la Convención como "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional" .

En la Convención se definen por primera vez los derechos aplicables a ciertas categorías de trabajadores migratorios y sus familiares, como: *"trabajadores fronterizos"*, *"trabajadores de temporada"*, *"marinos"*, *"trabajadores en una estructura marina"*, *"trabajadores itinerantes"*, *"trabajadores vinculados a un proyecto"* y *"trabajadores por cuenta propia"*. Ahora bien la definición de los derechos siendo importante, no es trascendente, ya que lo importante es dotar de contenido a los derechos, garantizarlos, y sobre todo establecer mecanismos eficaces de sanción para los estados que incumplan, vulneren o no apliquen dichos derechos.

Este instrumento internacional contiene normas de carácter obligatorio que regulan el tratamiento, así como los derechos sociales y humanos de los migrantes, tanto documentados como no documentados, así como las obligaciones respectivas del Estado origen de los emigrantes y del Estado que recibe, es decir, de donde provienen los inmigrantes. Su objetivo último es prevenir y eliminar la explotación de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares a lo largo de las distintas fases del proceso migratorio a las que habrán de enfrentarse.

Es de destacar que, un elemento estructural de la Convención, es la preocupación por evitar la migración ilegal y clandestina. La Convención trata de poner fin a la contratación ilegal o clandestina y el tráfico ilegal de trabajadores migratorios y desalentar el empleo de trabajadores migratorios en situación ilegal o sin documentos. Este excelente deseo –loable a todas luces– es contradictorio con la realidad de las redes organizadas de "modernos negreros y traficantes de trabajadores", que extorsionan, explotan y se lucran del tráfico clandestino de personas.

La gran diferencia entre los Estados, sus políticas, y la cooperación entre los países productores y receptores de emigración, con las mafias y redes de traficantes, es que mientras los primeros necesitan de largas negociaciones de complicados y complejos tratados y de egoístas jurisdicciones; los segundos (las mafias) actúan, sin fronteras ni valores morales ni derechos, ni normas jurídicas, sino por la vía de hecho con el fin único del provecho económico a corto plazo.

Aplaudimos, sin reservas, la entrada en vigor de la Convención, pero hemos de pedir a nuestro gobierno y al de los Estados miembros de la Unión Europea que firmen y ratifiquen al Convenio, por ser el que mejor refleja la defensa de los derechos de los *Trabajadores Migrantes*. Pero, sobre todo, debemos de pedir, solicitar y exigir que se lleve a cabo una política de inmigración –no exclusivamente policial o de orden público– sino que sea global, general y adecuada en defensa de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. Todo ello, en definitiva repercutirá automáticamente en las sociedades de acogida, es decir en los habitantes y ciudadanos de los Estados ricos.

III

Mientras no se alcance un instrumento como el Convenio de las Naciones Unidas sobre protección de los trabajadores migrantes es absolutamente necesario –por coherencia de un Estado de Derecho como el nuestro– que se fomente un estatus jurídico para los inmigrantes que, sobre todo, respete y salvaguarde la dignidad del individuo, es decir, de las personas con independencia de su nacionalidad, religión o lugar de origen.

# JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

## CELEBRADAS

- Seminario Internacional en memoria del día internacional de la lucha contra la esclavitud y su abolición.

  7 de agosto de 2003, Madrid.

- IV Congreso Trienal de la Revista de Derecho Privado Europeo.

  2, 3 y 4 de octubre de 2003, Barcelona.

- Política de extranjería y Derechos Humanos.

  11, 12 y 13 de octubre de 2003, Sevilla.

- El pulso de América Latina.

  24 y 25 de octubre, Zaragoza.

## A CELEBRAR

- Curso e-learning sobre introducción al derecho de extranjería y su práctica.

  1 de octubre de 2003 al 31 de enero de 2004. Universidad de Zaragoza y Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

- Los polizones y la normativa de extranjería en España.

  31 de octubre de 2003, Madrid. CEAR y Amnistía Internacional.

- Derecho de Extranjería.

  Noviembre de 2003, Colegio de Abogados de Santander.

- Una aproximación a la actualidad de África.

  4 al 25 de noviembre, Teruel.

## Jornadas sobre Extranjería

### IV

- XII Jornadas contra el Racismo y la Xenofobia. “Mujer e Inmigración”.

  10 al 14 de noviembre de 2003.

- Clausura de la primera edición e inaguración de la segunda edición del Título E-learning sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional.

  14 de noviembre, Consejo General de la Abogacía Española, Madrid.

- I Seminario Inmigración y Europa “España en la construcción de una política europea de inmigración”.

  20 y 21 de noviembre de 2003, Barcelona.

# ÚLTIMA HORA

## PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL, MODIFICADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE; DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL; DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y DE LA LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL

Procedimiento: Urgente.

Número de expediente en el Congreso: 121/000160.

Registrado el 10 de octubre de 2003, calificado el 14 de octubre de 2003, Comisión Constitucional.

Situación actual: Senado. Concluido (Aprobado sin modificaciones) en fecha 29 de octubre de 2003.

Texto del Proyecto: (Web de Extranjería del ReICAZ).

# 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 nº de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el nº de verano el 1 de junio, respectivamente.

# NOTAS

# NOTAS